

ECLI:NL:HR:2021:1645

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	05-11-2021
Datum publicatie	05-11-2021
Zaaknummer	20/01595
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2021:425, Contrair In cassatie op : ECLI:NL:GHDHA:2020:234, (Gedeeltelijke) vernietiging met verwijzen
Rechtsgebieden	Burgerlijk procesrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
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 'Investing' 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

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 20/01595

Datum 5 november 2021

ARREST

In de zaak van

DE RUSSISCHE FEDERATIE,
zetelend te Moskou, Rusland,
EISERES tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,
hierna: de Russische Federatie,
advocaten: R.S. Meijer, R.R. Verkerk en A.E.H. van der Voort Maarschalk,

tegen

1. VETERAN PETROLEUM LIMITED,
gevestigd te Nicosia, Cyprus,
hierna: VPL,

2. YUKOS UNIVERSAL LIMITED,
gevestigd te Douglas, Isle of Man,
hierna: YUL,

3. HULLEY ENTERPRISES LIMITED,
gevestigd te Nicosia, Cyprus,
hierna: Hulley,

VERWEERDERS in cassatie, eisers in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,
hierna gezamenlijk: HVY,
advocaten: T. Cohen Jehoram, J. de Bie Leuveling Tjeenk en B.M.H. Fleuren.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaken C/09/477160 / HA ZA 15-1, C/09/477162 / HA ZA 15-2 en C/09/481619 / HA ZA 15-112 van de rechtbank Den Haag van 11 maart 2015, 8 juli 2015 en 20 april 2016;
- b. de arresten in de zaak 200.197.079/01 van het gerechtshof Den Haag van 11 oktober 2016, 25 september 2018, 18 december 2018 en 18 februari 2020.

De Russische Federatie heeft tegen de arresten van het hof van 25 september 2018 en 18 februari 2020 beroep in cassatie ingesteld.

HVY hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

Partijen hebben schriftelijke toelichtingen ingediend en hun standpunten mondeling bepleit.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot verwerping van het principaal cassatieberoep.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Inleiding en wijze van behandeling

(a) Inleiding

2.1 De Russische Federatie is in arbitrale procedures veroordeeld schadevergoeding te betalen aan drie (voormalige) aandeelhouders van Yukos Oil Company wegens schending van haar verplichtingen uit het Verdrag inzake het Energiehandvest (*The Energy Charter Treaty*, hierna: ECT)¹. Deze zaak gaat over de vraag of de in die procedures gewezen vonnissen moeten worden vernietigd.

(b) Wijze van behandeling

2.2 De Hoge Raad zal eerst (onder 3) enkele uitgangspunten voor de beoordeling van de zaak weergeven. Dat betreft (a) de feiten, (b) het toepasselijke recht en (c) de vordering van de Russische Federatie en de beslissingen van de rechtbank en het hof daarover. Ook zullen daar onder (d) de voor de beoordeling in cassatie meest relevante oordelen van het hof in grote lijnen worden weergegeven.

2.3 Vervolgens zal (onder 4) een samenvatting worden gegeven van de cassatieklachten van de Russische Federatie en van HVY.

2.4 De Hoge Raad zal (onder 5) het principale beroep van de Russische Federatie per onderdeel behandelen.

Daarbij zullen telkens eerst worden weergegeven de overwegingen van het hof voor zover die voor de beoordeling van het onderdeel van belang zijn. Daarna zullen bij de behandeling van de onderdelen 1, 2, 3 en 5 de relevante wets- en verdragsbepalingen worden weergegeven; de verdragsbepalingen in de authentieke Engelstalige versie. Vervolgens zullen de klachten van het onderdeel worden beoordeeld. Bij de onderdelen 6, 7 en 8 zullen de overwegingen van het hof waartegen de klachten zich richten niet worden weergegeven, omdat de onderdelen 6 en 7 geheel met een verkorte motivering op de voet van art. 81 lid 1 RO zullen worden afgedaan en onderdeel 8 geen afzonderlijke behandeling behoeft.

2.5 Vervolgens zal de Hoge Raad (onder 6) beoordelen of is voldaan aan de voorwaarden waaronder HVY het incidentele beroep hebben ingesteld.

2.6 De Hoge Raad zal (onder 7) de slotsom formuleren.

2.7 Tot slot volgt (onder 8) de beslissing.

3 Uitgangspunten en feiten

(a) Feiten

3.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.

(i) HVY zijn, althans waren, aandeelhouder in Yukos Oil Company (hierna: Yukos), een in de Russische Federatie gevestigde oliemaatschappij. Yukos is op 1 augustus 2006 failliet verklaard en op 21 november 2007 uit het Russische handelsregister geschrapt.

(ii) HVY hebben in 2004 op de voet van art. 26 ECT een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen de Russische Federatie (hierna: de arbitrageprocedure). HVY vorderden in de

arbitrageprocedure dat de Russische Federatie veroordeeld zou worden om aan hen schadevergoeding te betalen. Zij legden daaraan ten grondslag dat de Russische Federatie in strijd met de ECT hun investeringen in Yukos had onteigend en had nagelaten deze investeringen te beschermen. De plaats van de arbitrage was Den Haag.

(iii) Het ingevolge het UNCITRAL-arbitragereglement benoemde scheidsgerecht (hierna: het scheidsgerecht) heeft in drie afzonderlijke *interim awards*² (hierna: de *interim awards*) geoordeeld over een aantal preliminaire verweren die de Russische Federatie had opgeworpen, onder meer met betrekking tot de bevoegdheid van het scheidsgerecht. In de *interim awards* heeft het scheidsgerecht bepaalde bevoegdheids- en ontvankelijkheidsverweren verworpen en ten aanzien van andere preliminaire verweren beslist dat het oordeel daarover zou worden aangehouden tot de inhoudelijke fase (*the merits phase*) van het geding.

(iv) In drie afzonderlijke *final awards*³ (hierna: de *final awards*) heeft het scheidsgerecht de nog resterende bevoegdheids- en 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 ten bedrage van USD 8.203.032.751 (aan VPL), USD 1.846.000.687 (aan YUL) en USD 39.971.834.360 (aan Hulley). Kort gezegd oordeelde het scheidsgerecht dat de Russische Federatie met een aantal belasting- en invorderingsmaatregelen jegens Yukos had aangestuurd op het faillissement van Yukos met geen ander doel dan de uitschakeling van M. Khodorkovsky (de *chairman* van Yukos en een van haar aandeelhouders) als potentiële politieke tegenstander van president Poetin, en het verwerven van de activa van Yukos.

(v) De Russische Federatie heeft de ECT ondertekend, maar nooit bekrachtigd.

(b) Toepasselijk recht

3.2 Op deze procedure tot vernietiging van arbitrale vonnissen is van toepassing het Vierde Boek ('Arbitrage') van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoals dat gold tot 1 januari 2015.⁴ Daarnaast zal hierna telkens worden verwezen met de aanduiding '(oud) Rv', ook indien wordt verwezen naar bepalingen die gelijkloidend zijn aan bepalingen met hetzelfde nummer in de thans geldende tekst van het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

(c) Vordering van de Russische Federatie en de beslissingen van de rechtbank en het hof

3.3.1 In deze procedure vordert de Russische Federatie vernietiging van de door het scheidsgerecht gewezen *interim awards* en *final awards* (zie hiervoor in 3.1 onder (iii) en (iv), hierna ook gezamenlijk: de arbitrale vonnissen).

De Russische Federatie heeft daartoe een beroep gedaan op de volgende vernietigingsgronden (zoals vermeld in art. 1065 lid 1 (oud) Rv):

- (a) een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, in verband waarmee het scheidsgerecht niet bevoegd was tot kennisneming en beslissing op de vorderingen van de HVY;
- (b) het scheidsgerecht was onregelmatig samengesteld, in het bijzonder doordat de assistent van het scheidsgerecht klaarblijkelijk een inhoudelijke rol van betekenis heeft vervuld bij het beoordelen van het bewijs, bij de beraadslaging van het scheidsgerecht en bij de voorbereiding van de *final awards*;
- (c) het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden;
- (d) de arbitrale vonnissen zijn ten aanzien van diverse cruciale aspecten niet met redenen omkleed;
- (e) de arbitrale vonnissen zijn strijdig met de Nederlandse openbare orde en de goede zeden.

3.3.2 De rechtbank⁵ heeft de vordering van de Russische Federatie toegewezen wegens het

ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst.

HVY hebben tegen het vonnis van de rechtbank hoger beroep ingesteld.

3.3.3 In de procedure in hoger beroep hebben HVY bezwaar gemaakt tegen bepaalde eisenwijzigingen die besloten zouden liggen in de memorie van antwoord van de Russische Federatie. Het hof heeft in een tussenarrest⁶ (hierna: het tussenarrest) geoordeeld dat dit bezwaar gegrond is voor zover het betrekking heeft op door de Russische Federatie aangevoerde stellingen met betrekking tot beweerdelijk door HVY gepleegd bedrog in de arbitrageprocedure.

3.3.4 Het hof heeft bij eindarrest⁷ (hierna: het eindarrest) het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering van de Russische Federatie afgewezen.

(d) Samenvatting van de oordelen van het hof

3.4 In grote lijnen en voor zover in cassatie van belang komen de oordelen van het hof op het volgende neer.

in het tussenarrest

(i) De Russische Federatie heeft in de memorie van antwoord stellingen aangevoerd die, kort gezegd, inhouden dat HVY in de arbitrageprocedure op frauduleuze wijze hebben verhuisd wie de daadwerkelijke eigendom van en zeggenschap over HVY hebben. Deze stellingen, indien juist, zouden gronden kunnen opleveren om op de voet van art. 1068 lid 1 (oud) Rv herroeping van de arbitrale vonnissen te vorderen. Daarom kunnen deze verwijten niet in een vernietigingsprocedure als het onderhavige aan de orde worden gesteld. (rov. 5.1-5.7).

in het eindarrest

Bevoegdheid; uitleg van de 'limitation clause' in art. 45 lid 1 ECT

(ii) Art. 45 lid 1 ECT bepaalt dat iedere staat die de ECT heeft ondertekend, het verdrag voorlopig zal toepassen, maar dat dit alleen geldt "to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations" (hierna ook: de *limitation clause*). HVY mogen in de vernietigingsprocedure – en voor het eerst in hoger beroep – een subsidiaire uitleg van de *limitation clause* verdedigen die zij niet al in de arbitrageprocedure hadden verdedigd. (rov. 4.4-4.5)

(iii) De *limitation clause* moet zo worden begrepen, dat een ondertekenende staat die niet de verklaring bedoeld in art. 45 lid 2, onder a, ECT heeft afgelegd, gehouden is de ECT voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht in die zin, dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van de ECT voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. De *limitation clause* kan dus niet worden ingeroepen indien een bepaling van de ECT op zichzelf in strijd is met enige regel van nationaal recht. (rov. 4.5)

(iv) Uitgaande van deze uitleg van de *limitation clause*, is de voorlopige toepassing van art. 26 ECT (dat geschilbeslechting tussen een verdragsluitende staat en een investeerder van een andere verdragsluitende staat door middel van arbitrage mogelijk maakt) niet strijdig met de "constitution, laws or regulations" van de Russische Federatie. Niet is gesteld of gebleken dat het Russische recht een regel kent die uitsluit dat art. 26 ECT voorlopig wordt toegepast. Dit betekent dat de Russische Federatie gehouden was art. 26 ECT voorlopig toe te passen en dat de rechtbank ten onrechte anders heeft beslist. (rov. 4.6)

(v) In de uitleg die de Russische Federatie aan de *limitation clause* geeft, gaat het erom of enige bepaling van de ECT op zichzelf in strijd is met het nationale recht. Ook als van die uitleg wordt uitgegaan, is art. 26 ECT niet in strijd met Russisch recht in de zin van art. 45 lid 1 ECT. (rov. 4.7)

Bevoegdheid; uitleg van 'Investerings' en 'Investeerder' in art. 1 leden 6 en 7 ECT

(vi) Uit de bewoordingen van de ECT volgt dat een investeringsgeschil onder het bereik van art. 26 ECT valt indien de rechtspersoon die de investering doet, is opgericht volgens het recht van de ene (verdragsluitende) staat en de investering als bedoeld in art. 1 lid 6 ECT plaatsvindt in een andere (verdragsluitende) staat. Noch uit de context van art. 1 ECT en art. 26 ECT, noch uit het doel van de ECT volgt dat de verdragsopstellers het oogmerk hadden nadere eisen te stellen aan het buitenlandse karakter van de investering of investeerder, of het internationale karakter van het geschil. (rov. 5.1.7)

(vii) Uit de tekst van art. 17 ECT (*denial of benefits-clause*) volgt niet dat investeringen via de U-bochtconstructie (waaronder volgens de Russische Federatie de investeringen van HVY vallen) buiten de bescherming van de ECT vallen. Ook bestaat geen regel van internationaal gewoonterecht of algemeen rechtsbeginsel op grond waarvan in een geval als dit geen aanspraak bestaat op bescherming. (rov. 5.1.8)

(viii) De Russische Federatie heeft niet aangetoond dat een rechtsbeginsel van investeringsrecht bestaat dat inhoudt dat elk investeringsverdrag slechts bescherming verleent aan investeringen waarmee een economische bijdrage wordt geleverd aan het gastland, ongeacht of het verdrag een definitie van de term investering bevat. (rov. 5.1.9)

(ix) De Russische Federatie heeft tevergeefs aangevoerd dat Russische zakenlieden die betrokken waren bij de privatisering van Yukos (hierna: Khodorkovsky c.s.) zich op grond van beginselen van doorbraak van aansprakelijkheid niet kunnen verschuilen achter de vennootschapsstructuur van HVY die zij zelf hebben misbruikt om fraude, omkoping, en andere misdaden te plegen. Art. 1 lid 7 ECT biedt geen grondslag voor toepassing van regels van nationaal recht ter zake van doorbraak van aansprakelijkheid. (rov. 5.1.10)

(x) De ECT vereist niet dat een investering is gedaan in overeenstemming met het recht van het gastland. Ook voor de toegang tot arbitrage als bedoeld in art. 26 ECT bevat de tekst van de ECT op dit punt geen beperkingen. Dit leidt ertoe dat het scheidsgerecht niet onbevoegd is indien zou worden aangetoond dat sprake is van illegaal handelen ten tijde van of bij het doen van de investering. (rov. 5.1.11)

(xi) De conclusie luidt dat de gronden die de Russische Federatie heeft aangevoerd om te betogen dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, die gevolgtrekking niet kunnen dragen. (rov. 5.3)

Schending opdracht en samenstelling scheidsgerecht

(xii) Het scheidsgerecht was in beginsel gehouden het geschil over de in Rusland opgelegde belastingmaatregelen in ieder geval aan de Russische belastingautoriteiten voor te leggen. Het nalaten daarvan is evenwel niet voldoende ernstig om vernietiging van het arbitrale vonnis te rechtvaardigen, omdat niet aannemelijk is geworden dat de Russische Federatie door dit nalaten nadeel heeft ondervonden. (rov. 6.3)

(xiii) Ook als ervan wordt uitgegaan dat de assistent van het scheidsgerecht onderdelen van de arbitrale vonnissen heeft geschreven, kan dat niet tot de conclusie leiden dat bij de samenstelling van het scheidsgerecht wettelijke of tussen partijen overeengekomen regels zijn veronachtzaamd. Dat de assistent inhoudelijke werkzaamheden heeft verricht, wil nog niet zeggen dat de arbiters op zodanige wijze in strijd met hun opdracht hebben gehandeld dat dit zou moeten leiden tot

vernietiging van de arbitrale vonnissen. (rov. 6.6)

Motivering

(xiv) De klacht dat het scheidsgerecht, ten aanzien van de stelling dat Yukos gebruik heeft gemaakt van schijnvennootschappen in lagebelastingregio's, een onbegrijpelijk en niet steekhoudend oordeel heeft gegeven dat op één lijn te stellen is met een geheel ongemotiveerd oordeel, berust op een onjuiste lezing van de *final awards*. (rov. 8.4)

Openbare orde

(xv) De door de Russische Federatie gestelde frauduleuze, corrupte en illegale activiteiten van Khodorkovsky c.s. leiden niet tot de conclusie dat de arbitrale vonnissen of de wijze waarop deze tot stand zijn gekomen in strijd zijn met de openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv. (rov. 9.8)

4 De cassatieklachten van de Russische Federatie en van HVY

Het principale beroep van de Russische Federatie

4.1.1 Het middel in het principale beroep van de Russische Federatie bestaat uit acht onderdelen, die wat betreft de onderdelen 1 tot en met 7 ieder een inleiding en verschillende klachten bevatten. De onderdelen stellen, samengevat, het volgende aan de orde.

4.1.2 Onderdeel 1 richt zich tegen het oordeel van het hof (zie hiervoor in 3.4 onder (i)) dat de door de Russische Federatie in hoger beroep aangevoerde stellingen dat HVY in de arbitrageprocedure frauduleus hebben gehandeld, niet in deze vernietigingsprocedure aan de orde kunnen worden gesteld.

4.1.3 Onderdeel 2 voert aan dat de Russische Federatie niet gebonden was aan de in art. 26 ECT opgenomen arbitrageclausule, omdat de Russische Federatie de ECT alleen heeft ondertekend en nooit heeft bekrachtigd. De Russische Federatie is het niet eens met de uitleg die het hof aan de *limitation clause* heeft gegeven en met het daarop gebaseerde oordeel van het hof dat de Russische Federatie gehouden was om art. 26 ECT voorlopig toe te passen (zie hiervoor in 3.4 onder (ii)-(v)).

4.1.4 De onderdelen 3 en 4 richten zich tegen het oordeel van het hof (zie hiervoor in 3.4 onder (vi)-(x)) dat HVY een beroep kunnen doen op de bepalingen van de ECT. Volgens de Russische Federatie kunnen HVY niet worden aangemerkt als buitenlandse investeerders en gelden hun investeringen niet als buitenlandse investeringen als bedoeld in de ECT. Daarbij voert de Russische Federatie ook aan dat sprake is van illegale investeringen door HVY, zodat het scheidsgerecht niet bevoegd was om van de vorderingen van HVY kennis te nemen. Verder betoogt de Russische Federatie dat het oordeel van het scheidsgerecht strijdig is met de openbare orde (zie hiervoor in 3.4 onder (xv)).

4.1.5 Volgens onderdeel 5 heeft het hof ten onrechte niet geoordeeld (zie hiervoor in 3.4 onder (xii)) dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door geen advies te vragen aan de belastingautoriteiten, zoals art. 21 lid 5 ECT voorschrijft.

4.1.6 Onderdeel 6 maakt bezwaar tegen het oordeel van het hof (zie hiervoor in 3.4 onder (xiii)) over de rol die de assistent van het scheidsgerecht heeft vervuld bij de totstandkoming van de arbitrale vonnissen. De assistent heeft volgens de Russische Federatie ook inhoudelijke werkzaamheden verricht en het scheidsgerecht is daarover niet transparant geweest. Daarom had het hof moeten oordelen dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden en onregelmatig was samengesteld, aldus de Russische Federatie.

4.1.7 Onderdeel 7 richt zich tegen de verwerping door het hof (zie hiervoor in 3.4 onder (xiv)) van de door de Russische Federatie opgeworpen vernietigingsgrond dat het scheidsgerecht geen steekhoudende motivering heeft gegeven voor het oordeel dat het geen enkel bewijs had gevonden dat de *trading companies* van Yukos in de lagebelastingregio Mordovië schijnvennootschappen waren.

4.1.8 Onderdeel 8 bouwt voort op de onderdelen 1 tot en met 7.

Het voorwaardelijk incidentele beroep van HVY

4.2.1 Het middel in het incidentele beroep van HVY bestaat uit drie onderdelen. Onderdeel 1 richt zich tegen de verwerping door het hof van het primaire standpunt van HVY over de uitleg van de *limitation clause*. Onderdeel 2 klaagt over het oordeel van het hof dat het scheidsgerecht in beginsel gehouden was om het geschil voor te leggen aan de Russische belastingautoriteiten. Onderdeel 3 klaagt dat het hof heeft miskend dat de Russische Federatie de beslissing van het scheidsgerecht om de beschuldigingen gebaseerd op het *unclean hands*-argument te verwerpen, niet later dan in de dagvaarding met een vernietigingsgrond mocht bestrijden.

4.2.2 De onderdelen zijn alle voorwaardelijk voorgesteld. Onderdeel 1 is voorgesteld onder de voorwaarde dat een of meer klachten van onderdeel 2 van het middel in het principale beroep slagen, onderdeel 2 onder de voorwaarde dat een of meer klachten van onderdeel 5 van het middel in het principale beroep slagen, en onderdeel 3 onder de voorwaarde dat een of meer klachten van onderdeel 3 of 4 van het middel in het principale beroep slagen.

5 Beoordeling van het middel in het principale beroep

Onderdeel 1

Kan bedrog in de arbitrageprocedure alleen in een herroepingsprocedure aan de orde worden gesteld?

(a) Weergave van de overwegingen van het hof

5.1.1 Het hof heeft, voor zover voor de beoordeling van het onderdeel van belang, het volgende overwogen.

(i) HVY maken bezwaar tegen onder meer de stellingen van de Russische Federatie dat de arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde wegens door HVY tijdens de arbitrage gepleegde fraude, bestaande uit het indienen van valse verklaringen en het achterhouden van documenten, en dat HVY in de arbitrage hebben nagelaten diverse documenten en correspondentie over te leggen. (rov. 5.1 onder (i) en (iii) van het tussenarrest)

(ii) Het bezwaar van HVY tegen deze stellingen van de Russische Federatie bestaat erin dat de Russische Federatie de herroepingsprocedure van art. 1068 (oud) Rv had moeten instellen, althans haar eiswijziging had moeten indienen binnen drie maanden nadat de feiten die zij ten grondslag legt aan haar stelling dat bedrog is gepleegd dan wel stukken zijn achtergehouden, aan haar bekend waren geworden of bekend behoorden te zijn. Ook is volgens HVY de eiswijziging in strijd met de eisen van een goede procesorde (art. 130 Rv). (rov. 5.3 onder (b) en (c) van het tussenarrest)

(iii) In de memorie van antwoord heeft de Russische Federatie geen nieuwe gevallen van fraude aangevoerd, maar slechts verwezen naar "nieuwe documenten" die volgens haar door HVY in de arbitrage hadden moeten worden overgelegd. Het gaat dus om de stellingen omtrent bedrog en het achterhouden van stukken in de arbitrage. (rov. 5.5 van het tussenarrest)

(iv) Deze stellingen, indien juist, zouden gronden kunnen opleveren om op de voet van art. 1068 lid 1 (oud) Rv herroeping van een arbitraal vonnis te vorderen. Het verwijt dat HVY heeft nagelaten bepaalde stukken in het geding te brengen die voor de beslissing van het scheidsgerecht van belang waren geweest, valt onder de herroepingsgrond van art. 1068 lid 1, onder c, (oud) Rv. De verwijten dat HVY (opzettelijk) valse en/of onjuiste verklaringen hebben afgelegd, de werkelijke stand van zaken hebben verzwegen dan wel een getuige op onoorbare wijze hebben beïnvloed, vallen onder de herroepingsgrond van art. 1068 lid 1, onder a, (oud) Rv. (rov. 5.6 van het tussenarrest)

(v) HVY voeren terecht aan dat deze verwijten alleen in een herroepingsprocedure op grond van art. 1068 (oud) Rv aan de orde kunnen worden gesteld en niet in een vernietigingsprocedure als de onderhavige. Het rechtsgevolg van vernietiging wegens een van de gronden van art. 1065 lid 1 (oud) Rv en wegens herroeping is in beide gevallen hetzelfde: de bevoegdheid van de gewone rechter herleeft, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen (vgl. art. 1068 lid 3 (oud) Rv). Er zijn echter verschillen ten aanzien van de termijn waarbinnen de rechtsmiddelen moeten worden ingesteld en ten aanzien van de bevoegde rechterlijke instantie. Indien meer dan drie maanden zijn verstreken nadat het arbitrale vonnis gezag van gewijsde heeft verkregen, kan herroeping nog worden gevorderd binnen drie maanden nadat het bedrog of de valsheid bekend is geworden of een partij de nieuwe stukken in handen heeft gekregen. Een dergelijke extra termijn ontbreekt voor de vernietigingsprocedure. De vordering tot herroeping wordt bovendien aangebracht bij het gerechtshof dat bevoegd zou zijn in hoger beroep te oordelen over de vordering tot vernietiging bedoeld in art. 1064 (oud) Rv, terwijl de vernietigingsprocedure (in dit geval, waarop het oude recht van toepassing is) wordt ingesteld bij de rechtbank. De herroepingsprocedure kent dus maar één feitelijke instantie. Indien het mogelijk zou zijn vernietiging van het arbitrale vonnis te vorderen wegens een of meer van de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 (oud) Rv op grond van de stelling dat de wederpartij tijdens de arbitrage bedrog heeft gepleegd of stukken heeft achtergehouden, zou hetzelfde resultaat kunnen worden bereikt als met een vordering tot herroeping, maar zou zowel de genoemde termijn van drie maanden als de exclusieve bevoegdheid van het hof als enige feitelijke instantie langs een omweg kunnen worden ontgaan, bijvoorbeeld door in een bij de rechtbank aanhangige vernietigingsprocedure meer dan drie maanden na de ontdekking van het bedrog door een eisvermeerdering, bedrog aan te voeren als nieuw argument voor een reeds in de dagvaarding gedaan beroep op art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv. Dat is niet aanvaardbaar. (rov. 5.7 van het tussenarrest)

(vi) HVY's bezwaar dat de Russische Federatie haar stellingen over door HVY in de arbitrages

gepleegde fraude niet in deze vernietigingsprocedure kan aanvoeren, is dus gegrond. Aan het bezwaar van HVY dat de eisenwijziging in strijd is met de eisen van een goede procesorde, wordt niet toegekomen. (rov. 5.8 van het tussenarrest)

(vii) Gelet op de rov. 5.1-5.8 van het tussenarrest, behoeft niet te worden beslist op de door de Russische Federatie aangevoerde stellingen dat HVY fraude in de arbitrages hebben gepleegd. (rov. 9.7.1-9.7.2 van het eindarrest).

(b) Relevante wetsbepalingen

5.1.2 Art. 1064 (oud) Rv luidt als volgt:

1. Tegen een geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis dat niet vatbaar is voor arbitraal hoger beroep, of tegen een geheel of gedeeltelijk eindvonnis, gewezen in arbitraal hoger beroep, staan slechts de rechtsmiddelen van vernietiging en van herroeping op de voet van deze afdeling open.
2. De vordering tot vernietiging wordt ingesteld bij de rechtbank ter griffie waarvan het origineel van het vonnis volgens artikel 1058, eerste lid, moet worden nedergelegd.
3. Een partij kan de vordering tot vernietiging instellen zodra het vonnis gezag van gewijsde heeft verkregen. De bevoegdheid daartoe vervalt drie maanden na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank. Wordt echter het vonnis, voorzien van een verlot tot tenuitvoerlegging, aan de wederpartij betekend, dan kan die partij, ongeacht het verstreken zijn van de termijn van drie maanden, genoemd in de vorige zin, alsnog binnen drie maanden na deze betekening de vordering tot vernietiging instellen.
4. (...)
5. Alle gronden tot vernietiging moeten, op straffe van verval van het recht daartoe in de dagvaarding worden voorgedragen.

Art. 1065 lid 1 (oud) Rv luidt als volgt:

1. Vernietiging kan slechts plaatsvinden op een of meer van de navolgende gronden:
 - a. een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt;
 - b. het scheidsgerecht is in strijd met de daarvoor geldende regelen samengesteld;
 - c. het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden;
 - d. het vonnis is niet overeenkomstig het in artikel 1057 bepaalde ondertekend of niet met redenen omkleed;
 - e. het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, strijdt met de openbare orde of de goede zeden.

Art. 1067 (oud) Rv luidt als volgt:

Zodra het vonnis waarbij een arbitraal vonnis is vernietigd onherroepelijk is geworden, herleeft de bevoegdheid van de gewone rechter, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen.

Art. 1068 (oud) Rv luidt als volgt:

1. Herroeping kan slechts plaats vinden op een of meer van de navolgende gronden:
 - a. het vonnis berust geheel of ten dele op na de uitspraak ontdekt bedrog, door of met medeweten van de wederpartij in de arbitrale procedure gepleegd;
 - b. het vonnis berust geheel of ten dele op stukken die na de uitspraak blijken vals te zijn;
 - c. een partij heeft na de uitspraak stukken die op de beslissing van het scheidsgerecht van invloed zouden zijn geweest en door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden, in handen gekregen.
2. De vordering tot herroeping wordt met overeenkomstige toepassing van artikel 1064, derde lid,

of, indien dit een later tijdstip zal opleveren, binnen drie maanden nadat het bedrog of de valsheid bekend is geworden of een partij de nieuwe stukken in handen heeft gekregen, aangebracht voor het gerechtshof dat bevoegd zou zijn in hoger beroep te oordelen over de vordering tot vernietiging, bedoeld in artikel 1064. (...)

3. Indien de rechter de voor herroeping aangevoerde grond of gronden juist bevindt, vernietigt hij het vonnis geheel of gedeeltelijk. Artikel 1067 is van overeenkomstige toepassing.

(c) Beoordeling van de klachten

5.1.3 Onderdeel 1.2 betoogt onder meer dat het hof ten onrechte heeft beslist dat feitelijke stellingen die een beroep op herroeping in de zin van art. 1068 (oud) Rv zouden hebben kunnen rechtvaardigen, niet tevens tot vernietiging van een arbitraal vonnis kunnen leiden op grond van art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, (oud) Rv wegens schending van de openbare orde. Het hof heeft ten onrechte de Russische Federatie een vrije keuze tussen de rechtsmiddelen vernietiging en herroeping onthouden, aldus het onderdeel.

5.1.4 De Russische Federatie heeft in haar inleidende dagvaarding als grond voor vernietiging van de arbitrale vonnissen onder meer aangevoerd dat de arbitrale vonnissen in strijd met de openbare orde tot stand zijn gekomen. Zij heeft in haar memorie van antwoord in hoger beroep gesteld dat de arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde omdat HVY in de arbitrageprocedure frauduleus hebben gehandeld, onder meer door valse verklaringen in te dienen, door documenten achter te houden die relevant zijn voor cruciale geschilpunten in de arbitrage en door geheime betalingen te doen aan een van HVY's voornaamste getuigen.

5.1.5 Tegen een arbitraal eindvonnis dat niet vatbaar is voor arbitraal hoger beroep, staan alleen de rechtsmiddelen vernietiging (hierna: de vernietigingsprocedure) en herroeping (hierna: de herroepingsprocedure) open (art. 1064 (oud) Rv).

5.1.6 Vernietiging kan slechts plaatsvinden op de gronden genoemd in art. 1065 lid 1, onder a tot en met e, (oud) Rv. Een van die gronden is dat het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde.

Een partij kan de vordering tot vernietiging instellen zodra het vonnis gezag van gewijsde heeft gekregen. De bevoegdheid daartoe vervalt drie maanden na de dag van nederlegging van het vonnis ter griffie van de rechtbank. Indien het vonnis voorzien van een verlof tot tenuitvoerlegging aan de wederpartij wordt betekend, dan kan die partij alsnog binnen drie maanden na deze betekening de vordering tot vernietiging instellen (art. 1064 lid 3 (oud) Rv).

5.1.7 Herroeping kan ingevolge art. 1068 lid 1 (oud) Rv slechts plaatsvinden op de gronden (a) dat het vonnis geheel of ten dele berust op na de uitspraak ontdekt bedrog, door of met medeweten van de wederpartij in de arbitrale procedure gepleegd, (b) dat het vonnis geheel of ten dele berust op stukken die na de uitspraak vals blijken te zijn, of (c) dat een partij na de uitspraak stukken die op de beslissing van het scheidsgerecht van invloed zouden zijn geweest en door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden, in handen heeft gekregen. Deze gronden worden hierna gezamenlijk aangeduid als: bedrog.

De herroepingsvordering wordt aangebracht binnen de termijn van art. 1064 lid 3 (oud) Rv of, indien dit een later tijdstip oplevert, binnen drie maanden nadat het bedrog bekend is geworden (art. 1068 lid 2, eerste volzin, (oud) Rv).

5.1.8 Indien een arbitraal vonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog, kan dat grond opleveren voor het oordeel dat het vonnis, of de wijze waarop het vonnis tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde zoals bedoeld in art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv. Een partij kan in een vernietigingsprocedure dus op deze grond vernietiging van een arbitraal vonnis vorderen.

5.1.9 Aan hetgeen hiervoor in 5.1.8 is overwogen doet niet af dat bedrog door een van de

procespartijen tevens een grond voor herroeping op de voet van art. 1068 lid 1 (oud) Rv kan opleveren. Noch uit de wettekst, noch uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever heeft beoogd dat, indien de aangevoerde stellingen zowel een vernietigingsgrond in de zin van art. 1065 lid 1 (oud) Rv als een herroepingsgrond in de zin van art. 1068 lid 1 (oud) Rv opleveren, een partij deze stellingen uitsluitend in een herroepingsprocedure aan haar vordering ten grondslag kan leggen. De wijze waarop beide procedures door de wetgever zijn vormgegeven en de verschillen tussen beide procedures, geven evenmin grond om de wettelijke regeling van de art. 1064 tot en met 1068 (oud) Rv op die wijze uit te leggen. De Hoge Raad overweegt daarover het volgende.

5.1.10 Evenals de vernietigingsprocedure, leidt de herroepingsprocedure in het geval van een toewijzende beslissing tot vernietiging van het arbitrale vonnis (art. 1068 lid 3 (oud) Rv). Er is dus niet een verschil in rechtsgevolg dat zou rechtvaardigen dat de herroepingsprocedure, met uitsluiting van de vernietigingsprocedure, de enige rechtsgang is waarin aan de orde kan worden gesteld dat een arbitraal vonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog.

De regeling van art. 1068 lid 2, eerste volzin, (oud) Rv heeft tot gevolg dat een herroepingsvordering nog kan worden aangebracht als de termijn voor het instellen van een vernietigingsvordering al is verstreken of de vernietigingsprocedure is afgerond zonder dat deze tot vernietiging heeft geleid. Het bepaalde in art. 1068 lid 2 (oud) Rv strekt ertoe de mogelijkheid om een arbitraal vonnis aan te tasten, te verruimen door de partij die zich op bedrog wil beroepen een aanvullende termijn te geven voor het aanbrengen van de herroepingsvordering. Met die strekking zou niet stroken dat de stelling dat het arbitrale vonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog, uitsluitend ten grondslag kan worden gelegd aan een herroepingsvordering en niet aan een – tijdig ingestelde – vordering tot vernietiging.

Ook uit de wettelijke regeling inzake herroeping van gerechtelijke uitspraken (art. 382 e.v. Rv) volgt niet dat gronden die tot herroeping kunnen leiden, uitsluitend in een herroepingsprocedure aan de orde kunnen worden gesteld. Vernietiging van gerechtelijke uitspraken dient juist zo veel mogelijk door aanwending van een gewoon rechtsmiddel te worden bereikt.⁸ Pas als de gewone rechtsmiddelen tegen een gerechtelijke uitspraak zijn uitgeput of de termijnen daarvoor ongebruikt zijn verstreken, staat het buitengewone rechtsmiddel van herroeping open (art. 383 lid 1 Rv).

5.1.11 Ingevolge art. 1064 lid 2 (oud) Rv moet de vernietigingsvordering worden ingesteld bij de rechtbank, met de mogelijkheid van hoger beroep,⁹ terwijl ingevolge art. 1068 lid 2 (oud) Rv de herroepingsvordering, bij wijze van prorogatie,¹⁰ moet worden aangebracht voor het gerechtshof dat bevoegd zou zijn in hoger beroep te oordelen over de vordering tot vernietiging. De reden voor dit verschil is in de wetsgeschiedenis niet toegelicht. Het verschil is, mede in het licht van het feit dat het onder het huidige recht niet meer bestaat (zie art. 1064a lid 1 Rv), van onvoldoende gewicht om aan te nemen dat met de herroepingsprocedure een exclusieve rechtsgang voor bedrog is beoogd, en staat dus niet eraan in de weg dat de stelling dat het arbitrale vonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog, ook ten grondslag kan worden gelegd aan een tijdig ingestelde vordering tot vernietiging.

5.1.12 Het oordeel van het hof dat de Russische Federatie de in rov. 5.5 van het tussenarrest genoemde stellingen alleen in een herroepingsprocedure aan de orde kon stellen en deze dus niet ten grondslag kon leggen aan de in deze procedure aan de orde zijnde vernietigingsvordering, is dus onjuist. De daartegen gerichte klacht slaagt. De overige klachten van onderdeel 1 behoeven geen behandeling.

5.1.13 Het volgende verdient nog opmerking.

5.1.14 Ingevolge art. 1064 lid 5 (oud) Rv moeten de gronden die eiser aan de vordering tot vernietiging ten grondslag wil leggen, op straffe van verval van het recht daartoe in de inleidende dagvaarding worden opgenomen. In het arrest *Breeders/Burshan*¹¹ heeft de Hoge Raad

geoordeeld dat art. 1064 lid 5 (oud) Rv zich op zichzelf niet ertegen verzet dat, naar aanleiding van het gevoerde verweer in het verdere verloop van het geding, of naar aanleiding van de beslissing van de eerste rechter, in hoger beroep een nadere uitwerking wordt gegeven van de bij inleidende dagvaarding aangevoerde gronden, en zo nodig een omissie wordt hersteld. De mogelijkheid om reeds bij dagvaarding aangevoerde gronden in hoger beroep nader uit te werken, of nieuwe feitelijke stellingen aan te voeren, is evenwel niet onbeperkt. Deze mogelijkheid wordt onder meer begrensd door de gewone regels geldend voor het hoger beroep, zoals art. 130 Rv. Daarnaast wordt die mogelijkheid begrensd door specifieke bepalingen die voorschrijven wanneer een bepaalde vernietigingsgrond (voor het eerst) moet worden ingeroepen, op straffe van verval van het recht daarop later alsnog een beroep te doen. Indien een dergelijke bepaling aan de orde is, zal telkens in een concreet geval beoordeeld moeten worden of een in de loop van de vernietigingsprocedure aangevoerde nieuwe feitelijke of juridische stelling, mede gelet op de eisen van een goede procesorde, met de strekking van een dergelijke bepaling in strijd komt.¹²

5.1.15 Uit hetgeen hiervoor in 5.1.7-5.1.10 is overwogen, volgt dat de herroepingsprocedure aan degene die meent dat het arbitrale vonnis op bedrog berust, een extra mogelijkheid geeft op die grond het vonnis in rechte aan te tasten, hetgeen in het bijzonder van belang is als de andere rechtsmiddelen, zoals de vordering tot vernietiging, reeds zijn uitgeput of de termijnen voor het instellen daarvan ongebruikt zijn verstreken op het moment dat het bedrog wordt ontdekt.

Dat die mogelijkheid in de tijd wordt beperkt door de termijn van drie maanden nadat het bedrog bekend is geworden (art. 1068 lid 2, eerste volzin, (oud) Rv), strekt ertoe dat de wederpartij na het ongebruikt verstrijken van die termijn ervan mag uitgaan dat het arbitrale vonnis niet langer blootstaat aan vernietiging als gevolg van herroeping. Deze termijn dient dus de rechtszekerheid. Indien evenwel reeds een vernietigingsprocedure aanhangig is waarin in de dagvaarding is betoogd dat het vonnis, of de wijze waarop het tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde, kan de wederpartij rekening houden met de mogelijkheid dat het arbitrale vonnis op die grond niet in stand zal blijven, en wordt het belang van de rechtszekerheid niet geschaad wanneer het beroep op de openbare orde in de loop van de vernietigingsprocedure nader wordt uitgewerkt met een beroep op bedrog.

De strekking van art. 1068 lid 2, eerste volzin, (oud) Rv brengt dan ook niet mee dat ook in een vernietigingsprocedure een beroep op bedrog binnen de in die bepaling genoemde termijn moet zijn gedaan, op straffe van verval van het recht daarop later alsnog een beroep te doen. Of in een vernietigingsprocedure in een later stadium alsnog een beroep op bedrog gedaan kan worden, moet voor het overige beoordeeld worden aan de hand van de hiervoor in 5.1.14 weergegeven regels.

5.1.16 Ten aanzien van de toepassing van art. 130 lid 1 Rv geldt dat telkens in een concreet geval beoordeeld moet worden of het aanvoeren van een nieuwe stelling ter onderbouwing van een reeds bij dagvaarding aangevoerde vernietigingsgrond, in strijd komt met de eisen van een goede procesorde. Daarbij kan onder meer van belang zijn wat de reden is voor het niet eerder aanvoeren van de nieuwe stelling.

Van de in art. 130 lid 1 Rv bedoelde strijd met de eisen van een goede procesorde kan onder meer sprake zijn indien in een geval als het onderhavige, waarin wordt gesteld dat het arbitrale vonnis onder invloed van bedrog tot stand is gekomen, de hiervoor bedoelde nadere uitwerking later wordt gegeven dan in de eerstvolgende conclusie of akte nadat het bedrog bekend is geworden.

5.1.17 Hetgeen hiervoor is overwogen over de verhouding tussen de herroepingsprocedure en de vernietigingsprocedure, geldt ook onder het huidige recht.

5.1.18 In dit geval heeft de Russische Federatie gesteld dat zij na de datum van het vonnis van de rechtbank bedrog aan de zijde van HVY heeft ontdekt, en heeft zij daarop een beroep gedaan in de eerstvolgende conclusie van haar zijde in het hoger beroep (de memorie van antwoord). De vraag of deze door de Russische Federatie in de memorie van antwoord gegeven nadere

uitwerking van de reeds bij inleidende dagvaarding ingeroepen vernietigingsgrond in strijd is met de eisen van een goede procesorde zoals bedoeld in art. 130 lid 1 Rv, heeft het hof niet behandeld.

(d) Conclusie

5.1.19 De conclusie is dat onderdeel 1 slaagt.

Onderdeel 2

Is de Russische Federatie op grond van art. 45 ECT gebonden aan voorlopige toepassing van art. 26 ECT?

(a) Weergave van de overwegingen van het hof

5.2.1 Het hof heeft, voor zover voor de beoordeling van het onderdeel van belang, in het eindarrest het volgende overwogen.

Nieuwe bevoegdheidsgronden en bevoegdheidsargumenten in de vernietigingsprocedure

(i) Het scheidsgerecht heeft twee interpretaties van de *limitation clause* onder ogen gezien: beoordeeld dient te worden of het *beginsel* van voorlopige toepassing in strijd is met Russisch recht (standpunt HVY), dan wel of een *afzonderlijke bepaling* van de ECT (in dit geval art. 26) in strijd is met Russisch recht (standpunt Russische Federatie). Het scheidsgerecht heeft het standpunt van HVY als het juiste aanvaard. (rov. 4.4.1)

(ii) HVY hebben in deze vernietigingsprocedure, voor het eerst in hoger beroep, als subsidiair standpunt verdedigd dat het bij de *limitation clause* gaat om de vraag of de *voorlopige toepassing* van een of meer bepalingen van de ECT onverenigbaar is met het recht van een verdragsstaat, doordat de wetgeving van die staat voorlopige toepassing van een verdrag in beginsel wel toestaat, maar bepaalde (categorieën of soorten van) verdragsbepalingen van voorlopige toepassing uitsluit. (rov. 4.4.2)

(iii) Met het wettelijk systeem is niet verenigbaar dat de vernietigingsrechter slechts zou mogen toetsen of het scheidsgerecht zich op de juiste gronden bevoegd heeft verklaard en niet die bevoegdheid zou mogen aannemen op gronden die het scheidsgerecht (naar het oordeel van de rechter: ten onrechte) om welke reden dan ook niet heeft behandeld. Het zou in strijd zijn met een effectieve arbitrale rechtspleging indien een arbitraal vonnis moet worden vernietigd omdat het scheidsgerecht een verkeerd argument voor het aannemen van zijn bevoegdheid heeft gebruikt, terwijl die bevoegdheid in feite wel aanwezig is. (rov. 4.4.3-4.4.4)

(iv) Het voorgaande betekent ook dat er in beginsel geen bezwaar tegen bestaat indien de gedaagde in de vernietigingsprocedure nieuwe argumenten aanvoert die het oordeel van het scheidsgerecht dat het bevoegd is, kunnen ondersteunen. Het subsidiaire standpunt van HVY ten aanzien van de uitleg van de *limitation clause* zal in aanmerking worden genomen bij het oordeel of een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt in de zin van art. 1065 lid 1, onder a, (oud) Rv. (rov. 4.4.5-4.4.7)

De uitleg van art. 45 lid 1 ECT, meer in het bijzonder van de limitation clause, en de uitleg van art. 45 lid 2, onder a, ECT

(v) Het subsidiaire standpunt van HVY is het meest in overeenstemming met de gewone betekenis van de bewoordingen van de *limitation clause* en met de context en het voorwerp en doel van de ECT. Van een gevestigde statenpraktijk in de zin van art. 31 lid 3 van het Weens Verdragenverdrag (hierna: WVV)¹³ is onvoldoende gebleken, maar voor zover daarvan sprake zou zijn, verzet zij zich niet tegen het subsidiaire standpunt van HVY. Dit betekent dat de *limitation clause* zo moet worden begrepen, dat een ondertekenende staat die niet de verklaring bedoeld in art. 45 lid 2, onder a,

ECT heeft afgelegd, gehouden is de ECT voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht in die zin, dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van de ECT voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. De *limitation clause* kan dus niet worden ingeroepen indien een bepaling van de ECT op zichzelf in strijd is met enige regel van nationaal recht. (rov. 4.5.9-4.5.33)

(vi) Deze uitleg laat de betekenis van art. 45 lid 1 ECT respectievelijk van de *limitation clause* niet dubbelzinnig of duister en deze interpretatie leidt niet tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is. Voor toepassing van de aanvullende interpretatieregels van art. 32 WVV is in zoverre dan ook geen aanleiding. Ten overvloede wordt opgemerkt dat de *travaux préparatoires* deze uitleg van art. 45 lid 1 ECT bevestigen. (rov. 4.5.34-4.5.40)

(vii) De betekenis van de woorden 'not inconsistent' volgt uit de uitleg door het hof van de *limitation clause*. Het gaat in die interpretatie erom of er nationale wet- of regelgeving is die voorlopige toepassing voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. Is dat laatste het geval, dan is voorlopige toepassing van die (soorten of categorieën) verdragsbepalingen 'inconsistent' met nationaal recht. (rov. 4.5.41)

(viii) Tekst en context van art. 26 ECT geven geen aanknopingspunt voor een uitleg waarin voorlopige toepassing van art. 26 ECT (geschilbeslechting door arbitrage) 'inconsistent' is met Russisch recht indien een dergelijke wijze van geschilbeslechting geen wettelijke grondslag heeft in Russisch recht, of dat recht zelf niet voorziet in die mogelijkheid. Het andersluidende oordeel van de rechtbank komt erop neer dat de bepalingen van de ECT alleen dan voorlopig kunnen worden toegepast, indien daarvoor reeds een wettelijke grondslag in het nationale recht aanwezig is. Dat zou de voorlopige toepassing als bedoeld in art. 45 lid 1 ECT van veel van zijn praktische betekenis beroven en niet in overeenstemming zijn met de in die bepaling tot uitdrukking gebrachte wens van de verdragspartijen om de ECT zoveel mogelijk voorlopig toe te passen. (rov. 4.5.47)

(ix) De conclusie is dat de *limitation clause* aldus wordt uitgelegd, dat een ondertekenende staat die niet de verklaring bedoeld in art. 45 lid 2, onder a, ECT heeft afgelegd, gehouden is de ECT voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht in die zin, dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit.

Uitgaande van de interpretatie die de Russische Federatie aan de *limitation clause* geeft, is van 'strijdigheid' in de zin van art. 45 lid 1 ECT in ieder geval sprake indien een verdragsbepaling en een bepaalde regel van nationaal recht niet tegelijkertijd toepassing kunnen vinden omdat toepassing van de ene regel schending van de andere regel meebrengt. Of daarnaast sprake is van 'strijdigheid' hangt af van de specifieke context van de in het geding zijnde regelgeving. Van 'strijdigheid' is in ieder geval niet reeds sprake indien het nationale recht geen grondslag biedt voor, of niet voorziet in, de desbetreffende bepaling van de ECT. (rov. 4.5.48)

Toepassing limitation clause in deze zaak (uitgaande van de uitleg die het hof aan die bepaling geeft)

(x) De voorlopige toepassing van art. 26 ECT is niet strijdig met de 'constitution, laws or regulations' van de Russische Federatie. Niet is gesteld of gebleken dat het Russische recht een regel kent die uitsluit dat art. 26 ECT voorlopig wordt toegepast. Dit betekent dat de Russische Federatie gehouden was art. 26 ECT voorlopig toe te passen en dat de rechtbank ten onrechte anders heeft beslist. (rov. 4.6.1)

Toepassing limitation clause in deze zaak (uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie aan die bepaling geeft)

(xi) Desalniettemin wordt, ten overvloede, onderzocht of, uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie en de rechtbank aan de *limitation clause* geven, art. 26 ECT in strijd is met enige bepaling van het recht van de Russische Federatie. (rov. 4.6.2)

(xii) De Russische Federatie heeft drie zelfstandig dragende gronden aangevoerd waaruit naar haar mening volgt dat arbitrage over de vorderingen van HVY strijdig is met Russisch recht: (a) het is in strijd met het Russische (grond)wettelijk verankerde beginsel van de scheiding der machten; (b) naar Russisch recht zijn geschillen over publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals belasting- en onteigeningsgeschillen, niet arbitabel; (c) naar Russisch recht komt aan aandeelhouders geen vordering toe voor waardevermindering van hun aandelen wegens aan de vennootschap toegebrachte schade. (rov. 4.7.1)

(a) De scheiding der machten

(xiii) De Russische *Laws on Foreign Investment* van 1991 en 1999 (hierna: LFI 1991 en LFI 1999) maken internationale arbitrage over investeringsgeschillen met zoveel woorden mogelijk. (rov. 4.7.5)

(xiv) Het Russische recht kent niet de regel dat voorlopige toepassing geen betrekking kan hebben op verdragen die moeten worden bekrachtigd omdat daarin bepalingen voorkomen die afwijken van federale wetgeving of deze aanvullen. Art. 23 lid 2 van de *Federal Law on International Treaties* (hierna: FLIT) maakt het mogelijk dat verdragsbepalingen die afwijken van federale wetten of deze aanvullen, voorlopig worden toegepast. Nu naar Russisch recht de voorlopige toepassing doorloopt tot het moment waarop de Russische Federatie aan de overige verdragspartijen heeft laten weten dat zij niet voornemens is partij bij het desbetreffende verdrag te worden, hetgeen in dit geval in augustus 2009 is gebeurd, kan dat niet anders betekenen dan dat voorlopige toepassing van de ECT vóór dat tijdstip niet 'inconsistent' is met Russisch recht in de zin van art. 45 lid 1 ECT. (rov. 4.7.9-4.7.21 en 4.7.30)

(xv) Het Constitutionele Hof van de Russische Federatie acht het toelaatbaar dat de regering de Russische Federatie verplicht verdragsbepalingen voorlopig toe te passen in afwachting van bekrachtiging, ook indien deze verdragsbepalingen afwijken van federale wetgeving. (rov. 4.7.29)

(xvi) Hoewel de ECT niet binnen de in art. 23 lid 2 FLIT bedoelde termijn van zes maanden aan de Doema is voorgelegd, heeft dat geen gevolgen voor de voorlopige toepassing van de ECT. Dit betekent dat de voorlopige toepassing van de ECT niet wordt beperkt door de werking van de *limitation clause* van art. 45 lid 1 ECT in combinatie met art. 23 lid 2 FLIT. Het beroep van de Russische Federatie op de scheiding der machten gaat niet op. (rov. 4.7.30-4.7.32)

(b) Zijn geschillen omtrent publiekrechtelijke bevoegdheden arbitabel?

(xvii) Een geschil tussen een buitenlandse investeerder en het gastland is niet publiekrechtelijk van aard. Ook echter indien ervan uitgegaan wordt dat naar Russisch recht arbitrage slechts voor civielrechtelijke geschillen is opengesteld en dat het onderhavige geschil niet een dergelijk civielrechtelijk geschil is, is internationale arbitrage op de voet van art. 26 ECT niet 'inconsistent' met Russisch recht. Een op grond van art. 26 ECT benoemd scheidsgerecht moet een aan hem voorgelegd geschil beslissen "in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law". Het valt niet in te zien dat een dergelijke vorm van internationale arbitrage niet zou kunnen bestaan naast de door de Russische Federatie aangehaalde wettelijke bepalingen. Dat Russisch recht voor nationale situaties de mogelijkheid van arbitrage slechts openstelt voor civielrechtelijke geschillen, is niet in strijd met de omstandigheid dat de ECT internationale arbitrage openstelt voor de daarin geregelde gevallen, in aanvulling op de bestaande mogelijkheden naar nationaal Russisch recht. Ook uit de verdragspraktijk van de Russische Federatie blijkt geen terughoudendheid ten aanzien van internationale arbitrage van geschillen over investeringsverdragen. (rov. 4.7.35-4.7.37)

(xviii) Ook uit de *Explanatory Note* die de regering op 26 augustus 1996 als toelichting bij het wetsvoorstel tot ratificatie van de ECT bij de Doema heeft ingediend, en waarin op grond van art. 16 lid 4 FLIT moest zijn opgenomen "a report on its conformity with the legislation of the Russian Federation", blijkt niet van enig probleem met de arbitrageclausule van art. 26 ECT of met voorlopige toepassing van die bepaling. (rov. 4.7.38)

(xix) Reeds op grond van het voorgaande kan niet worden geoordeeld dat art. 26 ECT in strijd is

met Russisch recht in de zin van de *limitation clause*, ook niet als wordt uitgegaan van de uitleg die de Russische Federatie daaraan geeft. (rov. 4.7.39)

(xx) Ook de art. 25 en 27 van het Russische Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering laten geen andere conclusie toe dan dat verdragen regels kunnen inhouden die tot gevolg hebben dat andere dan civielrechtelijke geschillen aan arbitrage kunnen worden onderworpen. Dat geldt ook voor art. 1 lid 5 van de Wet over Internationale Handelsarbitrage en de art. 21 en 23 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in Handelszaken. (rov. 4.7.40-4.7.42)

(xxi) Zowel de LFI 1991 als de LFI 1999 laat uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat een geschil tussen een buitenlandse investeerder en de Russische Federatie op een andere wijze wordt beslecht dan door een Russisch gerecht. Art. 9 LFI 1991 wijst op de mogelijkheid van "international means for settling disputes" en art. 10 LFI 1999 op "international arbitration (arbitration tribunal)". Arbitrage op de voet van art. 26 ECT valt onder beide omschrijvingen. Art. 9 LFI 1991 en art. 10 LFI 1999 gaan uit van een ruime opvatting van wat als een investeringsgeschil onder deze wetten kan worden beschouwd en beperken die mogelijkheid niet tot privaatrechtelijke geschillen. (rov. 4.7.47-5.7.52)

(xxii) Ook de Grondbeginselenwet bepaalt dat een internationaal verdrag kan voorschrijven dat investeringsgeschillen tussen een investeerder en de toenmalige USSR langs andere weg kunnen worden opgelost dan door de Russische rechter. Enige beperking tot privaatrechtelijke geschillen is hierin niet te lezen. (rov. 4.7.54)

(xxiii) Ook indien de LFI 1991 en de LFI 1999 geen grondslag zouden bieden om in een verdrag een geschil als dat van HVY en de Russische Federatie aan internationale investeringsarbitrage te onderwerpen, valt uit deze wetten toch in ieder geval niet af te leiden dat een dergelijke vorm van arbitrage 'inconsistent' is met Russisch recht. Dat volgt ook niet uit andere bronnen van Russisch recht. Van een algemeen in de Russische Federatie levende rechtsovertuiging dat internationale arbitrage van internationale investeringsgeschillen ongeoorloofd is, is evenmin gebleken. (rov. 4.7.57)

(xxiv) De conclusie luidt dat art. 26 ECT niet in strijd is met Russisch recht in de zin van de *limitation clause*. (rov. 4.7.58)

(c) Komt naar Russisch recht aan aandeelhouders een vordering toe voor waardevermindering van hun aandelen?

(xxv) De stelling dat HVY als (voormalige) aandeelhouders van Yukos naar Russisch recht geen rechtsvordering kunnen instellen in verband met schade toegebracht aan de vennootschap, is niet van belang voor de vraag of het scheidsgerecht op grond van art. 26 ECT bevoegd was om over het geschil tussen partijen te oordelen. (rov. 4.7.62)

(xxvi) Het scheidsgerecht heeft de vordering van HVY zo begrepen dat zij aanvoeren dat de Russische Federatie hun aandelen (niet expliciet maar wel *de facto*) heeft onteigend. Het scheidsgerecht heeft de vorderingen van HVY op deze grond toegewezen. Het hof onderschrijft deze lezing van de stellingen van HVY. Daarvan uitgaande heeft het scheidsgerecht terecht beslist dat HVY geen rechtsvordering hebben ingesteld voor schade toegebracht aan de vennootschap (Yukos). (rov. 4.7.63)

(xxvii) Voor zover al zou moeten worden geoordeeld dat de ECT vorderingen van aandeelhouders mogelijk maakt die aandeelhouders naar Russisch recht niet kunnen instellen, volgt daaruit nog niet dat de ECT op dit punt strijdig (in de zin van de *limitation clause*) is met Russisch recht. (rov. 4.7.64)

(b) Relevante verdragsbepalingen

5.2.2 Art. 26 ECT ("Settlement of Disputes between an Investor and a Contracting Party") luidt, voor zover van belang, als volgt:

1. Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an

obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably.

2. If such disputes can not be settled according to the provisions of paragraph 1 within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, the Investor party to the dispute may choose to submit it for resolution:

- a) to the courts or administrative tribunals of the Contracting Party party to the dispute;
- b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute settlement procedure; or
- c) in accordance with the following paragraphs of this Article.

3. a) Subject only to subparagraphs b) and c), each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation in accordance with the provisions of this Article.

b) (...)

c) (...)

4. In the event that an Investor chooses to submit the dispute for resolution under subparagraph 2 c), the Investor shall further provide its consent in writing for the dispute to be submitted to:

a) (...)

b) a sole arbitrator or ad hoc arbitration tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as "UNCITRAL"); or

c) (...)

5. (...)

6. A tribunal established under paragraph 4 shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law.

7. (...)

8. (...).

Van art. 45 ECT ("Provisional application") luiden de leden 1 en 2 als volgt:

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

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

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

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

(c) Beoordeling van de klachten

Heeft de Russische Federatie ondubbelzinnig en vrijwillig ingestemd met arbitrage?

5.2.3 De onderdelen 2.2 en 2.8 betogen dat voor de bevoegdheid van het scheidsgerecht niet voldoende is dat art. 26 ECT een arbitrageclausule bevat. Het scheidsgerecht zou slechts dan bevoegd kunnen zijn indien de Russische Federatie duidelijk, ondubbelzinnig en vrijwillig met arbitrage heeft ingestemd. De onderdelen klagen dat in het onderhavige geval niet aan dit vereiste is voldaan.

5.2.4 Deze klachten kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

Mocht het hof nieuwe bevoegdheidsargumenten in aanmerking nemen?

5.2.5 Onderdeel 2.3 richt diverse klachten tegen het oordeel van het hof (zie hiervoor in 5.2.1 onder (i)-(iv)) dat het op grond van door HVY voor het eerst in de vernietigingsprocedure aangedragen argumenten mag oordelen dat het scheidsgerecht bevoegd was van de vorderingen van HVY kennis te nemen, hoewel het scheidsgerecht zelf zijn bevoegdheid daarop niet heeft gebaseerd.

5.2.6 Deze klachten kunnen niet tot cassatie leiden reeds omdat daarbij geen belang bestaat. Het oordeel van het hof over de bevoegdheid van het scheidsgerecht is immers niet alleen gebaseerd op het door HVY voor het eerst in de vernietigingsprocedure aangedragen bevoegdheidsargument en de daarbij behorende uitleg van de *limitation clause* (rov. 4.5.8-4.6.2 van het eindarrest), maar ook – ten overvloede – op het door de rechtbank gevolgde standpunt van de Russische Federatie over de uitleg van de *limitation clause* (rov. 4.7.1-4.7.58 van het eindarrest). Hierna in 5.2.11-5.2.20 zal blijken dat de klachten tegen dat ten overvloede gegeven oordeel niet slagen.

5.2.7 Inhoudelijk treffen de klachten evenmin doel. Daartoe wordt als volgt overwogen.

Op grond van art. 1052 lid 1 (oud) Rv mag het scheidsgerecht zelf over zijn bevoegdheid oordelen. Indien het scheidsgerecht zich bevoegd acht, is dat oordeel evenwel niet definitief. Het laatste woord over de bevoegdheid van de arbiters komt aan de rechter toe.¹⁴ Dat hangt samen met het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter.¹⁵

Indien op de voet van art. 1065 lid 1, aanhef en onder a, (oud) Rv wordt gevorderd dat het arbitrale vonnis wordt vernietigd omdat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, dient de rechter te beoordelen of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat. Die beoordeling dient zonder terughoudendheid plaats te vinden,¹⁶ en is niet beperkt tot de vraag of de arbiters hun bevoegdheid op de juiste gronden hebben aangenomen. Het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt mee dat de rechter de arbitrale beslissing niet vernietigt op de enkele grond dat het scheidsgerecht de beslissing dat het bevoegd is van het geschil kennis te nemen, onjuist heeft gemotiveerd. Het staat de rechter dan ook vrij om op andere dan de door het scheidsgerecht gehanteerde gronden te oordelen dat het zich terecht bevoegd heeft geacht om van het geschil kennis te nemen. Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat de rechter die oordeelt dat de door het scheidsgerecht gehanteerde gronden ontoereikend zijn voor de door het scheidsgerecht aangenomen bevoegdheid, maar constateert dat het scheidsgerecht wel op andere gronden bevoegd is, het arbitrale vonnis desalniettemin zou moeten vernietigen. Het gevolg daarvan zou zijn dat, hoewel er een geldige overeenkomst tot arbitrage is, het geschil door de gewone rechter moet worden beslist, tenzij de partijen anders overeenkomen (art. 1067 (oud) Rv). Dat strookt niet met de gebleken bedoeling van de partijen om hun geschil niet aan overheidsrechtspraak maar aan arbitrage te onderwerpen.

Uitleg van de limitation clause

5.2.8 Onderdeel 2.4 richt zich tegen de door het hof gegeven uitleg van de *limitation clause* (rov. 4.5.8-4.6.1 van het eindarrest, hiervoor in 5.2.1 onder (v)-(x) kort weergegeven). De onderdelen 2.5 en 2.6 richten zich tegen de door het hof ten overvloede gegeven oordelen op basis van de door de Russische federatie bepleite en door de rechtbank onderschreven uitleg van de *limitation clause* (rov. 4.7.1-4.7.58 van het eindarrest, hiervoor in 5.2.1 onder (xii)-(xxiv) kort weergegeven).

Volgens de onderdelen 2.4 en 2.5 gaat het in de *limitation clause* erom of de voorlopige toepassing van afzonderlijke verdragsbepalingen in een specifiek geval strijdig is met nationale wet- en regelgeving. De onderdelen verenigen zich met de door rechtbank aan de *limitation clause* gegeven uitleg, die inhoudt (zie rov. 5.33 van het vonnis van de rechtbank) dat voorlopige

toepassing van de mogelijkheid van arbitrage zoals geregeld in art. 26 ECT niet alleen onverenigbaar is met Russisch recht indien hetgeen uit die bepaling volgt in het nationale recht wordt verboden, maar ook indien arbitrage in een geschil als het onderhavige geen wettelijke grondslag heeft of niet past in het wettelijk systeem, of niet verenigbaar is met de uitgangspunten die zijn neergelegd in of kenbaar zijn uit de wetgeving. De rechtbank heeft volgens de onderdelen terecht overwogen dat van strijdigheid met Russisch recht ook sprake kan zijn indien dat recht zelf niet voorziet in de mogelijkheid van arbitrage zoals geregeld in art. 26 ECT. Het hof had volgens de onderdelen dus niet moeten beoordelen of art. 26 ECT en het Russische recht in dit geval tegelijkertijd toepassing kunnen vinden, maar – zoals de rechtbank heeft gedaan – of dit geschil op grond van het Russische recht door arbitrage kon worden beslecht.

5.2.9 De uitleg van de bepalingen van de ECT dient te geschieden aan de hand van de maatstaven van de art. 31-33 WVV. Op grond van art. 31 lid 1 WVV moet een verdrag te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Uit art. 31 lid 3, aanhef en onder b, WVV volgt dat behalve met de context rekening moet worden gehouden met ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de verdragspartijen inzake de uitleg van het verdrag is ontstaan, hetgeen meebrengt dat ook de heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur van de verdragslanden een primair interpretatiemiddel bij de uitleg van dat verdrag vormt (hierna: de statenpraktijk).¹⁷ Op aanvullende middelen van uitleg kan een beroep worden gedaan om de betekenis die voortvloeit uit de toepassing van art. 31 WVV te bevestigen of de betekenis te bepalen indien de uitleg, geschied overeenkomstig art. 31 WVV, de betekenis dubbelzinnig of duister laat, of leidt tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is (art. 32 WVV). Met inachtneming van het bepaalde in art. 32 WVV kan voor de uitleg van een verdrag een beroep worden gedaan op de voorbereidende werkzaamheden (*travaux préparatoires*) van dat verdrag.¹⁸

5.2.10 De door het hof aan de *limitation clause* gegeven uitleg (rov. 4.5.48, eerste zin, van het eindarrest, zie hiervoor in 5.2.1 onder (ix)) komt de Hoge Raad voorshands juist voor, op grond van de door het hof daartoe in rov. 4.5.9-4.5.47 gebezigde argumenten (zie hiervoor in 5.2.1 onder (v)-(viii)). Echter, mede gelet op de uiteenlopende interpretaties die het scheidsgerecht, de rechtbank en het hof in deze zaak aan de *limitation clause* hebben gegeven, kan niet worden aangenomen dat deze uitleg in alle opzichten een *acte clair* is. Zo nodig zou de Hoge Raad aan het Hof van Justitie van de Europese Unie moeten voorleggen hoe de *limitation clause* moet worden uitgelegd. Er bestaat in deze zaak, anders dan onderdeel 2.7 betoogt, evenwel geen noodzaak om dit te doen, omdat het antwoord op de vraag of de door het hof aanvaarde uitleg juist is, niet bepalend is voor de beslissing in cassatie. De klachten kunnen namelijk op andere gronden al niet tot cassatie leiden. Daartoe overweegt de Hoge Raad het volgende.

5.2.11 Het hof heeft in rov. 4.7.5-4.7.32 van het eindarrest (zie hiervoor in 5.2.1 onder (xiii)-(xvi)) overwogen dat het Russische constitutionele recht en de federale wetgeving zich niet verzetten tegen voorlopige toepassing van verdragen. In rov. 4.7.5 en 4.7.47-4.7.52 van het eindarrest (zie hiervoor in 5.2.1 onder (xiii) en (xxi)) heeft het hof overwogen dat het Russische recht in art. 9 LFI 1991 en art. 10 LFI 1999 internationale arbitrage over investeringsgeschillen met zoveel woorden mogelijk maakt en dat beide wetten bevestigen dat een geschil als het onderhavige arbitabel is. Het hof heeft dus niet alleen – overeenkomstig zijn uitleg van de *limitation clause* – beoordeeld of voorlopige toepassing van art. 26 ECT in strijd is met Russisch recht en of art. 26 ECT en het Russische recht tegelijkertijd toepassing kunnen vinden, maar ook – ten overvloede, overeenkomstig de door de Russische Federatie voorgestane uitleg van de *limitation clause* – of het Russische recht zelf een grondslag biedt voor een vorm van geschilbeslechting zoals in art. 26 ECT is voorzien en zoals in dit geval aan de orde is.

5.2.12 Onderdeel 2.5 klaagt onder meer dat het hof “een rechtens onjuiste *petitio principii*” heeft gehanteerd doordat het zijn oordeel dat het Russische recht voorziet in de mogelijkheid van internationale arbitrage in een geschil als hier aan de orde, via art. 9 LFI 1991 en art. 10 LFI 1999

heeft gegrond op art. 26 ECT zelf, terwijl het erom gaat of de bestaande interne rechtsorde – de Hoge Raad begrijpt: de ECT buiten beschouwing latend – voorziet in dergelijke arbitrage. Deze klacht faalt omdat zij gegrond is op een uitleg van de *limitation clause* die in zoverre in elk geval niet juist kan zijn. Hiertoe is het volgende redengevend.

5.2.13 De hiervoor in 5.2.12 weergegeven, door de Russische Federatie voorgestane uitleg van de woorden “not inconsistent with its constitution, laws or regulations” in de *limitation clause* is niet in overeenstemming met de bewoordingen daarvan. De tekst van de *limitation clause* geeft geen aanknopingspunten voor de uitleg die inhoudt dat voor voorlopige toepassing van art. 26 ECT geen plaats is indien het Russische recht niet zelf voorziet in de mogelijkheid van arbitrage zoals geregeld in art. 26 ECT. De gebruikte bewoordingen “not inconsistent with” duiden erop dat geen sprake mag zijn van strijdigheid tussen de desbetreffende bepaling van de ECT en het nationale recht, en niet dat de bepaling van de ECT in overeenstemming moet zijn met een gelijksoortige bepaling in het nationale recht.

5.2.14 De door de Russische Federatie voorgestane uitleg vloeit evenmin voort uit de context van de *limitation clause* en strookt niet met voorwerp en doel van de ECT.

In de preambule van de ECT is onder meer opgenomen:

“Wishing to implement the basic concept of the European Energy Charter initiative which is to catalyse economic growth by means of measures to liberalize investment and trade in energy.”

Art. 2 ECT (“Purpose of the Treaty”) luidt als volgt:

This Treaty establishes a legal framework in order to promote long-term cooperation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Charter.

In de European Energy Charter 1991, waarnaar de preambule en art. 2 ECT verwijzen, is onder 4. (“Promotion and protection of investments”) bepaald:

“In order to promote the international flow of investments, the signatories will at national level provide for a stable, transparent legal framework for foreign investments, in conformity with the relevant international laws and rules on investment and trade.

They affirm that it is important for the signatory States to negotiate and ratify legally binding agreements on promotion and protection of investments which ensure a high level of legal security and enable the use of investment risk guarantee schemes.”

Art. 10 lid 1 ECT luidt als volgt:

Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to Make Investments in its Area. (...)

In de ECT, in het bijzonder in deel III van de ECT (“Investment Promotion and Protection”), zijn voorts diverse bepalingen opgenomen die beogen buitenlandse investeringen te stimuleren en de investeerders en hun investeringen te beschermen. Uit dit alles blijkt dat een belangrijk doel van de ECT is het bevorderen van investeringen in de energiesector, onder meer door het aanmoedigen en creëren van stabiele, billijke, gunstige en transparante investeringscondities voor investeerders uit andere verdragsluitende staten. Ook art. 26 ECT, dat voorziet in een mechanisme waarmee investeerders de naleving van de uit de ECT voortvloeiende rechten kunnen afdwingen, moet in dat licht worden gezien.

Voorlopige toepassing van de ECT heeft de kennelijke strekking om deze gunstige investeringscondities zo veel mogelijk te laten intreden vanaf de ondertekening van de ECT.

Daarmee verdraagt zich niet een uitleg van de *limitation clause* op grond waarvan een investeerder geen beroep zou kunnen doen op de in de ECT voorziene bescherming indien het recht van de ondertekenende staat niet ook zelf daarin voorziet. Daarmee zou de in art. 45 lid 1 ECT voorziene voorlopige toepassing van bepalingen van de ECT immers geen praktische betekenis hebben.

5.2.15 De hiervoor in 5.2.12 weergegeven, door de Russische Federatie bepleite uitleg van de *limitation clause* vindt ook geen steun in de statenpraktijk. Om te kunnen vaststellen dat sprake is van een later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de verdragspartijen over deze uitleg is ontstaan, is nodig dat alle verdragsluitende staten die uitleg in de toepassing van het desbetreffende verdrag, al dan niet uitdrukkelijk, hebben aanvaard.

De Russische Federatie heeft zich beroepen op verklaringen van partijen bij, dan wel ondertekenaars van de ECT. Zij heeft zich onder meer beroepen op de *1994 EU Joint Statement*¹⁹ en op een verklaring van de Europese Commissie van 21 september 1994²⁰ (zie rov. 4.5.29 van het eindarrest). Niet is gebleken dat de andere verdragsluitende staten de volgens de Russische Federatie uit de *1994 EU Joint Statement* blijkende interpretatie van de *limitation clause* ondersteunen. Bovendien zijn deze *Joint Statement* en de genoemde verklaring van de Europese Commissie afgelegd voorafgaand aan de totstandkoming van de ECT, zodat daaruit niet een later gebruik kan worden afgeleid.

Ook van de door de Russische Federatie aangehaalde verklaring van de Europese Raad van 13 juli 1998²¹ is, hoe deze ook moet worden begrepen, niet gebleken dat alle verdragsluitende staten die verklaring ondersteunen.

De verklaringen omtrent de voorbereiding en goedkeuring van de authentieke Russische tekst van de ECT kunnen evenmin worden aangemerkt als een later gebruik in de zin van art. 31 lid 3, onder b, WV. Hetzelfde geldt voor de opmerkingen die tijdens of na het onderhandelingsproces door (functionarissen van) enkele andere landen, zoals Nederland, Finland en het Verenigd Koninkrijk, zijn gemaakt.

Ook overigens is niet gebleken van een later gebruik in de toepassing van de ECT waardoor overeenstemming van de verdragspartijen over de door de Russische Federatie verdedigde uitleg is ontstaan.

5.2.16 De conclusie is dat de uitleg die de Russische Federatie aan de *limitation clause* geeft, voor zover die uitleg inhoudt dat het nationale recht van een ondertekenende staat zélf moet voorzien in de verdragsregeling waarvan de voorlopige toepassing aan de orde is, niet in overeenstemming is met de bewoordingen daarvan, niet voortvloeit uit de context, niet strookt met voorwerp en doel van de ECT en evenmin steun vindt in de statenpraktijk. Dat aan de *limitation clause* in elk geval in zoverre niet de door de Russische Federatie voorgestane uitleg kan worden gegeven, is niet dubbelzinnig of duister en leidt niet tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is. Er is daarom geen aanleiding de aanvullende interpretatieregels van art. 32 WV toe te passen, waaronder raadpleging van de *travaux préparatoires*.

Over het oordeel dat de door de Russische Federatie voorgestane uitleg van de *limitation clause* in elk geval in zoverre niet juist is, kan gelet op hetgeen hiervoor is overwogen redelijkerwijs geen twijfel bestaan. Voor het stellen van prejudiciële vragen op de voet van art. 267 lid 3 VWEU, zoals onderdeel 2.7 bepleit, bestaat daarom geen aanleiding.

5.2.17 Het oordeel van het hof dat het Russische recht arbitrage in een geschil als het onderhavige uitdrukkelijk mogelijk maakt, berust voor het overige op zijn uitleg van Russisch recht. Over de juistheid van dat oordeel kan ingevolge het bepaalde in art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO in cassatie niet worden geklaagd.

5.2.18 Voor zover onderdeel 2.6 zich met motiveringsklachten keert tegen de overwegingen van het hof over de vraag of het Russische recht een grondslag biedt voor een vorm van geschilbeslechting zoals in art. 26 ECT is voorzien, laten deze klachten zich niet beoordelen zonder

daarbij ook de juistheid van het oordeel van het hof omtrent de inhoud en de uitleg van dat recht te betrekken. Dit brengt mee dat deze motiveringsklachten eveneens afstuiten op art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO.

5.2.19 De klacht van onderdeel 2.6.5 dat het hof geen acht had mogen slaan op verweren van HVY over het toepassingsbereik van de LFI 1991 en de LFI 1999 die eerst na de memoriewisseling in hoger beroep zijn aangevoerd, faalt. Het hof dient buitenlands recht immers ambtshalve toe te passen, en was bij zijn oordeel dienaangaande niet gebonden aan hetgeen partijen daarover hebben aangevoerd. Bovendien stond het HVY vrij om hun reeds eerder ingenomen standpunt ten aanzien van de toepasselijkheid en uitleg van deze wetten bij akte nader uit te werken en te preciseren.

5.2.20 Nu de klachten van de onderdelen 2.5 en 2.6 tegen de ten overvloede gegeven oordelen van het hof op basis van de door de Russische Federatie bepleite uitleg van de *limitation clause* niet tot cassatie kunnen leiden, bestaat geen belang bij onderdeel 2.4. Deze oordelen kunnen immers het oordeel van het hof dat de Russische Federatie gebonden is aan de in art. 26 ECT opgenomen arbitrageclausule, zelfstandig dragen.

Dit betekent dat ook onderdeel 2.4 niet tot cassatie kan leiden.

(d) Conclusie

5.2.21 De conclusie is dat de klachten van onderdeel 2 niet tot cassatie kunnen leiden.

Onderdeel 3

Hebben HVY een Investering gedaan en zijn zij Investeerder in de zin van art. 1 en 26 ECT?

(a) Weergave van de overwegingen van het hof

5.3.1 Het hof heeft, kort gezegd en voor zover voor de beoordeling van het onderdeel van belang, in het eindarrest het volgende overwogen.

De bij de uitleg van de ECT in acht te nemen normen

(i) De bepalingen van de ECT moeten worden uitgelegd aan de hand van de maatstaven van de art. 31 en 32 WVV. (rov. 4.2.1-4.2.5)

Investering/Investeerder, art. 1 leden 6 en 7 ECT

(a) Inleiding

(ii) Art. 1 leden 6 en 7 ECT geven een definitie van de begrippen 'Investment' (hierna ook: Investering) en 'Investor' (hierna ook: Investeerder). Volgens de Russische Federatie heeft het scheidsgerecht een onjuiste uitleg aan deze termen gegeven met als gevolg dat het zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard om kennis te nemen van de vordering van HVY. (rov. 5.1.1)

(b) (...)

(c) Standpunt Russische Federatie en vooropstellingen van het hof

(iii) Het standpunt van de Russische Federatie in deze vernietigingsprocedure luidt dat het scheidsgerecht niet bevoegd was omdat HVY en hun aandelen in Yukos niet onder de bescherming van de ECT vallen, zodat de arbitrale vonnissen moeten worden vernietigd op grond van art. 1065 lid 1, onder a, (oud) Rv. HVY zijn, aldus de Russische Federatie, nep buitenlandse investeerders met een nep buitenlandse investering. (rov. 5.1.3)

(iv) Het uitgangspunt voor de uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT vormt de tekst van deze

bepalingen en de gewone betekenis die aan de bewoordingen toekomt. Niet in geschil is dat HVY vennootschappen zijn die zijn "organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party". Daarmee is – tekstueel gezien – voldaan aan de eisen die art. 1 lid 7 ECT stelt aan een Investeerder. Ook is – tekstueel gezien – voldaan aan de definitie van Investering als bedoeld in art. 1 lid 6 ECT. Het artikellid geeft een niet-limitatieve opsomming van 'assets', waartoe ook aandelen ('shares'; art. 1 lid 6, onder b, ECT) behoren. De aandelen Yukos, die HVY houden, zijn derhalve aan te merken als Investering in de zin van de ECT. Tot slot is – tekstueel gezien – voldaan aan de eis als bedoeld in art. 26 ECT dat sprake is van een geschil tussen een 'Contracting Party' (de Russische Federatie) en investeerders uit 'another Contracting Party' (HVY, vennootschappen naar het recht van Cyprus en Isle of Man) "relating to an Investment of the latter in the Area of the Former". (rov. 5.1.6)

(d) Buitenlandse investering, buitenlandse investeerder

(v) In de ECT is gekozen voor "het recht van het land volgens de wetten waarvan de Investeerder is georganiseerd" om de nationaliteit van een Investeerder te bepalen. De opstellers van de ECT hadden ervoor kunnen kiezen aanvullende voorwaarden in art. 1 lid 7 ECT op te nemen (zoals in andere investeringsverdragen is gedaan), aan de hand waarvan had kunnen worden vastgesteld of HVY een werkelijke band met Cyprus respectievelijk Isle of Man hebben. Dit hebben zij niet gedaan. (rov. 5.1.7.2)

(vi) De ECT bepaalt precies wanneer sprake is van een Investeerder en een Investering en wanneer een investeringsgeschil een internationaal karakter heeft dat valt onder het bereik van art. 26 ECT. Noch uit de context van de art. 1 en 26 ECT, noch uit het doel van de ECT volgt dat de verdragsopstellers het oogmerk hadden nadere eisen te stellen aan het buitenlandse karakter van de Investering of Investeerder, of het internationale karakter van het geschil. (rov. 5.1.7.3)

(vii) Art. 1 lid 6 ECT bepaalt dat onder Investering wordt verstaan iedere vorm van activa die eigendom is van of wordt gecontroleerd door een Investeerder. Vaststaat dat de aandelen Yukos worden gehouden door HVY. Er hoeft dus niet te worden vastgesteld wie de zeggenschap over de aandelen heeft. De *Understanding* bij art. 1 lid 6 ECT, waarin nader is bepaald hoe moet worden vastgesteld of sprake is van een Investering in de ene verdragsluitende staat die direct of indirect onder zeggenschap staat van (is 'controlled by') een Investeerder uit een andere verdragsluitende staat, is hier dan ook niet relevant. (rov. 5.1.7.4)

(e) Zeggenschap over de investerende vennootschap (U-bocht)

(viii) Uit de tekst van art. 17 ECT (*denial of benefits clause*) volgt niet dat investeringen via de U-bochtconstructie (zoals de investeringen van HVY volgens de Russische Federatie moeten worden aangemerkt) buiten de bescherming van de ECT vallen. Art. 17 ECT geeft verdragsstaten het recht aan een nauwkeurig omschreven categorie investeerders de bescherming van een deel van het verdrag te ontzeggen, te weten aan investeerders die enkel op formele gronden zijn gevestigd in een verdragsstaat, maar materieel in overwegende mate zijn verbonden met een niet-verdragsstaat. Deze omstandigheid brengt niet mee dat art. 1 ECT aldus moet worden begrepen dat daarin een uitzondering moet worden gelezen voor een andere categorie investeerders, te weten schijnvennootschappen en/of investeerders die worden gecontroleerd door onderdanen van de verdragsstaat waarin zij investeringen doen. (rov. 5.1.8.4)

(ix) De arbitrale vonnissen die (tot op zekere hoogte) bevestigen dat U-bochtconstructies geen bescherming verdienen, bieden onvoldoende aanknopingspunten om aan te nemen dat er een internationaal rechtsbeginsel bestaat inhoudend dat investeringsverdragen U-bochtconstructies niet (behoren te) beschermen. (rov. 5.1.8.9)

(x) Uit de door HVY aangehaalde arbitrale rechtspraak kan worden afgeleid dat er geen algemeen aanvaard rechtsbeginsel bestaat dat inhoudt dat investeringsverdragen geen bescherming verlenen aan vennootschappen die volledig onder zeggenschap staan van onderdanen van het gastland. (rov. 5.1.8.10)

(xi) Aan de door de Russische Federatie bedoelde statenpraktijk komt weinig gewicht toe, nu de

juiste uitleg van de ECT niet inhoudt dat U-bochtinvesteringen worden uitgesloten. Daar komt nog bij dat de omstandigheden waaraan de Russische Federatie refereert, niet voldoen aan het bepaalde in art. 31 lid 3, onder b, WVV, omdat zij niet zien op de statenpraktijk in de toepassing van de ECT, maar op keuzes die de staten hebben gemaakt bij het sluiten van nieuwe verdragen. (rov. 5.1.8.11)

(f) Economische bijdrage aan gastland

(xii) Er bestaat wellicht een regel van ongeschreven recht dat van een investering in de zin van het ICSID-verdrag²² slechts sprake kan zijn indien de investeerder een economische bijdrage aan het gastland levert. Dat impliceert niet het bestaan van een internationaal erkend rechtsbeginsel van investeringsrecht dat inhoudt dat elk investeringsverdrag slechts bescherming verleent aan investeringen waarmee een economische bijdrage wordt geleverd aan het gastland, ongeacht of het verdrag een definitie van de term investering bevat. De Russische Federatie heeft weliswaar verwezen naar een arbitrale uitspraak waarin het bestaan van een dergelijk rechtsbeginsel is aangenomen, maar dat is niet voldoende om het bestaan van een rechtsbeginsel in de door haar bedoelde zin aannemelijk te maken. De Russische Federatie stelt verder dat er arbitrale rechtspraak en recente verdragen bestaan waarin aan de hand van objectieve criteria wordt vastgesteld of sprake is van een internationale investering. Zij heeft echter niet aannemelijk gemaakt dat dergelijke criteria ook gelden voor een Investering in de zin van art. 1 lid 6 ECT. (rov. 5.1.9.4)

(xiii) De verdragsopstellers hadden in art. 1 lid 6 ECT de term 'Investering' beperkter kunnen definiëren dan zij hebben gedaan. Uit de bewoordingen van de ECT blijkt echter dat enkel aan de hand van een 'asset based'-definitie, dat wil zeggen aan de hand van een niet-limitatieve lijst van activa, wordt bepaald of sprake is van een Investering in de zin van de ECT. Tegen deze achtergrond biedt de omstandigheid dat in art. 1 lid 6 ECT wordt gesproken van een Investeerder die een Investering "doet" en (in de *Understanding*) van een Investering die "wordt gedaan", onvoldoende houvast om in dit artikellid de eis te lezen dat de buitenlandse investeerder een economische bijdrage moet leveren aan het gastland. (rov. 5.1.9.5)

(b) Relevante verdragsbepalingen

5.3.2 Art. 1 leden 6 en 7 ECT luiden als volgt:

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

- a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;
- b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;
- c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;
- d) Intellectual Property;
- e) Returns;
- f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

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

"Investment" refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector

and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as "Charter efficiency projects" and so notified to the Secretariat.

7. "Investor" means:

a) with respect to a Contracting Party:

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

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

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

(c) Beoordeling van de klachten

Dienen aan het zijn van Investering en Investeerder in de zin van de ECT nadere eisen te worden gesteld?

5.3.3 Volgens onderdeel 3.2.2 is de uitleg die het hof in rov. 5.1.5-5.1.8 van het eindarrest heeft gegeven aan de begrippen 'Investering' en 'Investeerder' in strijd met art. 31 lid 1 WVV. Het hof zou zijn uitleg ten onrechte hebben gebaseerd op een louter grammaticale uitleg van slechts een gedeelte van de tekst van de ECT, namelijk de definities van art. 1 leden 6 en 7 ECT, en weinig gewicht hebben toegekend aan de op grond van art. 31 lid 3, onder b, WVV in aanmerking te nemen latere statenpraktijk. Het hof heeft derhalve ten onrechte de vier door art. 31 lid 1 WVV genoemde uitlegcriteria niet als gelijkwaardig en in hun onderlinge samenhang toegepast, aldus het onderdeel.

Onderdeel 3.2.3 betoogt in de kern dat het hof bij de uitleg van de begrippen 'Investering' en 'Investeerder' heeft miskend dat voor de beoordeling of een vennootschap als Investeerder wordt beschermd onder de ECT, niet voldoende is dat zij is opgericht volgens het recht van een andere verdragsluitende staat dan het gastland en dat zij de formele rechthebbende is van aandelen in een vennootschap in dat gastland. Indien de eigendom en zeggenschap (art. 1 lid 6 ECT heeft het over "owned or controlled") in werkelijkheid liggen bij onderdanen van het gastland, is die vennootschap niet een buitenlandse investeerder en valt die vennootschap derhalve niet onder de bescherming van de ECT, aldus het onderdeel. Volgens het onderdeel heeft het hof de gewone betekenis van de termen in de ECT miskend. Die gewone betekenis houdt volgens het onderdeel in dat een partij gedurende een bepaalde tijd een economische bijdrage levert en een zeker risico loopt.

Onderdeel 3.2.3 vervolgt dat het hof ten onrechte geen of onvoldoende betekenis heeft toegekend aan voorwerp en doel van de ECT, namelijk het bevorderen en beschermen van buitenlandse investeringen.

Bovendien heeft het hof de context van art. 1 leden 6 en 7 ECT miskend, aldus het onderdeel. De samenhang van deze bepalingen met de *Understanding* bij art. 1 lid 6 ECT en de art. 10 lid 1 en 3, 13, 17 en 26 ECT, maakt volgens de klacht duidelijk dat de ECT slechts van toepassing is als een investeerder van een verdragsluitende partij investeert op het grondgebied van een andere verdragsluitende partij.

Ook klaagt het onderdeel dat het hof ten onrechte, althans zonder toereikende motivering, heeft geoordeeld dat weinig gewicht toekomt aan de statenpraktijk waarop de Russische Federatie een beroep heeft gedaan. Onjuist is ook het oordeel van het hof dat deze statenpraktijk niet ziet op de (uitleg en) toepassing van de ECT, omdat die gaat over keuzes die nadien zijn gemaakt bij het sluiten van nieuwe verdragen.

Ten slotte klaagt het onderdeel dat het hof duidelijke regels en fundamentele beginselen van internationaal recht heeft miskend en daarmee in strijd heeft gehandeld met art. 31 lid 3, onder c, WVV. In dit verband wijst het onderdeel op de beginselen dat internationale

investeringsverdragen slechts internationale – en dus geen binnenlandse – investeringen beschermen en bescherming bieden aan daadwerkelijke investeerders en dus niet aan hen die slechts 'op papier' investeerder zijn.

Onderdeel 3.3, dat zich richt tegen rov. 5.1.9.1-5.1.9.5 van het eindarrest, klaagt dat het hof ten onrechte het standpunt van de Russische Federatie heeft verworpen dat de aandelen van HVY in Yukos niet als Investering in de zin van art. 1 lid 6 ECT kunnen worden aangemerkt, omdat HVY geen daadwerkelijke economische bijdrage hebben geleverd aan de Russische Federatie. Geklaagd wordt dat het hof ten onrechte is uitgegaan van een louter grammaticale uitleg en dat het hof ten onrechte heeft overwogen dat de Russische Federatie het bestaan van een dergelijk internationaal erkend rechtsbeginsel van investeringsrecht niet heeft aangetoond, omdat het hof het bestaan van een rechtsbeginsel moet vaststellen in het kader van zijn verplichting een verdrag (zo nodig ambtshalve) uit te leggen. Volgens het onderdeel heeft het hof ten onrechte overwogen dat het vereiste van de economische bijdrage slechts geldt voor een investering als bedoeld in het ICSID-verdrag. Het onderdeel verwijst in dat verband onder meer naar de vereisten die zijn gesteld in de zaak *Salini Costruttori SpA/Marokko*²³ (hierna: *Salini*).

5.3.4 De onderdelen, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, werpen een vraag op van uitleg van bepalingen van de ECT. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de maatstaven van de art. 31-33 WVV, zoals hiervoor in 5.2.9 uiteengezet. Daarbij geldt dat ingevolge art. 31 lid 4 WVV aan een term in de ECT bijzondere betekenis moet worden toegekend indien wordt vastgesteld dat dit de bedoeling van partijen is geweest.²⁴

5.3.5 Art. 1 ECT is getiteld 'Definitions' en bevat in de leden 6 en 7 definities van de begrippen 'Investering' ('Investment') en 'Investeerder' ('Investor'). Uit de tekst van art. 1 leden 6 en 7 ECT volgt dat partijen bij de ECT aan deze begrippen een bijzondere betekenis hebben toegekend.

Art. 1 lid 7 ECT merkt als Investeerder aan vennootschappen of andere organisaties die zijn opgericht volgens de op het grondgebied van een verdragsluitende partij toepasselijke wetgeving ("organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party").²⁵ HVY zijn vennootschappen naar het recht van de verdragsluitende partijen Cyprus en Isle of Man.

Art. 1 lid 6, eerste alinea, ECT bepaalt dat een Investering is elke vorm van activa ('asset') die een Investeerder in eigendom heeft of waarover hij direct of indirect zeggenschap heeft, waarna onder (a) tot en met (f) een opsomming volgt van vormen van activa. Om als Investering in de zin van deze bepaling te kunnen worden aangemerkt, moet aan twee cumulatieve voorwaarden zijn voldaan: (i) het moet gaan om een vorm van activa die een Investeerder in eigendom heeft of waarover hij direct of indirect zeggenschap heeft, en (ii) die activa moeten ten minste een van de onder (a) tot en met (f) van die bepaling bedoelde bestanddelen omvatten.²⁶ HVY houden, althans hielden, aandelen in de in de Russische Federatie gevestigde oliemaatschappij Yukos. Aandelen ('shares') in een vennootschap of onderneming zijn opgenomen in art. 1 lid 6, eerste alinea, onder (b), ECT.

5.3.6 Uit hetgeen hiervoor in 5.3.5 is overwogen volgt dat HVY voldoen aan de definitie van Investeerder zoals neergelegd in art. 1 lid 7 ECT, en dat de door hen gehouden aandelen voldoen aan de definitie van Investering zoals neergelegd in de eerste alinea van art. 1 lid 6, onder (b), ECT.

Niet alle investeringen die beantwoorden aan de in de eerste alinea van art. 1 lid 6 ECT gegeven definitie vallen binnen de werkingssfeer van de ECT. Daarvoor moet de Investering in verband staan met een economische activiteit in de energiesector in de zin van de derde alinea van art. 1 lid 6 ECT.²⁷ De door HVY gehouden aandelen in de oliemaatschappij Yukos houden verband met een economische activiteit in de energiesector. Dit is tussen partijen niet in geschil. Daarom is ook voldaan aan de in art. 1 lid 6, derde alinea, ECT neergelegde voorwaarde.

5.3.7 De bewoordingen van art. 1 leden 6, onder (b), en 7 ECT wijzen erop dat voor de beoordeling of een vennootschap als Investeerder wordt beschermd onder de ECT, voldoende is dat zij is opgericht volgens het recht van een andere verdragsluitende staat dan het gastland en dat zij de

formele rechthebbende is van aandelen in een vennootschap in dat gastland. Aan de begrippen 'Investering' en 'Investeerder' hebben de verdragspartijen in art. 1 leden 6 en 7 ECT een bijzondere betekenis toegekend door de daarin opgenomen omschrijvingen van deze begrippen. Daarom komt in dit geval bij de uitleg van het begrip 'Investering' in art. 1 lid 6, onder (b), ECT geen betekenis toe aan de vereisten die in *Salini* zijn geformuleerd om vast te stellen of sprake is van een investering in de zin van het ICSID-verdrag dat, anders dan de ECT, zelf niet bepaalt wanneer sprake is van een internationale investering.

5.3.8 De hiervoor in 5.3.5-5.3.7 bedoelde uitleg overeenkomstig de bewoordingen van art. 1 leden 6 en 7 ECT strookt met de context van deze bepalingen en het voorwerp en doel van de ECT.

Wat betreft de context is het volgende van belang.

Onderdeel 3.2.3 doet een beroep op de *Understanding* bij art. 1 lid 6 ECT zoals opgenomen in de Slotakte van de Conferentie inzake het Europese Energiehandvest²⁸. Deze *Understanding* heeft betrekking op het criterium 'zeggenschap' ('controlled'). HVY zijn rechthebbende van de aandelen Yukos ('owned'), zodat deze *Understanding* bij de uitleg van art. 1 lid 6 onder (b) ECT geen rol speelt.

Art. 10 lid 3 en art. 13 ECT maken weliswaar een onderscheid tussen de eigen Investeerders van een verdragsluitende partij en Investeerders van andere verdragsluitende partijen of derde staten, maar bevatten geen aanwijzingen dat aanvullende eisen dienen te worden gesteld aan het internationale karakter van een Investering of Investeerder.

Art. 17 ECT (*denial of benefits-clause*) geeft verdragsstaten het recht om de bescherming van deel III van de ECT te ontzeggen aan investeerders die op formele gronden zijn gevestigd in een verdragsstaat, maar materieel in overwegende mate zijn verbonden met een niet-verdragsstaat. Deze bepaling staat de verdragsstaten toe het toepassingsbereik van de ECT te beperken en bevestigt daarmee het brede toepassingsbereik van de ECT indien (zoals bij de Russische Federatie het geval is) aan art. 17 ECT geen toepassing is gegeven.

Niet alleen de context, maar ook het doel van de ECT – dat (mede) de bevordering van de internationale samenwerking op het terrein van energie en het stimuleren en beschermen van internationale investeringen omvat (zie ook hiervoor in 5.2.14) – wijst erop dat geen andere eisen moeten worden gesteld aan het buitenlandse karakter van een Investering dan de eisen die voortvloeien uit de bewoordingen van art. 1 leden 6 en 7 ECT. Dit doel is juist gediend met ruime, eenvoudig toepasbare en voorspelbare definities van de begrippen 'Investering' en 'Investeerder'.

5.3.9 Voorts dient rekening te worden gehouden met ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan (art. 31 lid 3, onder b, WVV).

Dat een aantal verdragsluitende partijen bij de ECT in latere investeringsverdragen investeringen via een U-bochtconstructie van de werkingssfeer heeft uitgesloten, heeft geen betrekking op de toepassing van de ECT. Daarmee kan op grond van art. 31 lid 3, onder b, WVV dan ook geen rekening worden gehouden. Hetzelfde geldt voor de voorstellen voor de modernisering van de ECT, nu deze voorstellen niet zien op de toepassing van de huidige ECT maar op een mogelijk nieuw, aangepast verdrag. Ook overigens is niet gebleken van een later gebruik in de toepassing van de ECT waardoor overeenstemming van de verdragspartijen is ontstaan over een andere uitleg dan uit tekst, context, voorwerp en doel van de ECT volgt.

5.3.10 Verder dient rekening te worden gehouden met iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast (art. 31 lid 3, onder c, WVV). Ook algemene rechtsbeginselen als bedoeld in art. 38 lid 1, onder c, van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof kunnen van belang zijn.

Uit arbitrale rechtspraak met betrekking tot andere verdragen dan de ECT kan geen regel van volkenrecht worden afgeleid die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast. Bovendien is deze rechtspraak niet eenduidig. Reeds daarom behoeft geen rekening te worden gehouden met de stellingen van de Russische Federatie over internationaal erkende

rechtsbeginselen van investeringsrecht die volgens haar uit die rechtspraak kunnen worden afgeleid. Niet is gebleken van het bestaan van andere bronnen waaruit blijkt dat internationaal erkende beginselen van internationaal investeringsrecht bestaan, inhoudend dat elk investeringsverdrag – en dus ook de ECT – slechts bescherming zou verlenen aan investeringen waarmee een economische bijdrage wordt geleverd aan het gastland, ongeacht of het verdrag een definitie van de term 'investering' bevat, of dat investeringsverdragen geen bescherming zouden verlenen aan vennootschappen die volledig onder zeggenschap staan van onderdanen van het gastland.

5.3.11 De uitleg die het hof heeft gegeven aan art. 1 leden 6, onder (b), en 7 ECT is in het licht van het voorgaande juist. Dit brengt mee dat ook is voldaan aan het vereiste zoals neergelegd in art. 26 ECT dat sprake moet zijn van een geschil tussen een 'Contracting Party' (de Russische Federatie) en een Investeerder uit 'another Contracting Party' (HVY) "relating to an Investment of the latter in the Area of the Former".

5.3.12 Ten overvloede wordt in aanmerking genomen dat de *travaux préparatoires* van art. 1 leden 6 en 7 ECT deze uitleg bevestigen. Blijkens deze wordingsgeschiedenis hebben de partijen bij de ECT bewust gekozen voor een ruime betekenis van de begrippen 'Investeerder' en 'Investering' en hebben zij, ondanks andersluidende voorstellen, ervan afgezien om aanvullende criteria op te nemen.

5.3.13 De klachten van de onderdelen 3.2.2, 3.2.3 en 3.3 stuiten op het voorgaande af.

Is sprake van een 'acte clair'?

5.3.14 Er bestaat, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, redelijkerwijs geen twijfel over de uitleg van de ECT voor zover relevant voor de hiervoor weergegeven beslissingen. De Hoge Raad ziet, anders dan onderdeel 3.5 bepleit, daarom geen noodzaak om prejudiciële vragen te stellen als bedoeld in art. 267 lid 3 VWEU.

Overige klachten

5.3.15 De overige klachten van onderdeel 3 kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

(d) Conclusie

5.3.16 De conclusie is dat de klachten van onderdeel 3 niet tot cassatie kunnen leiden.

Onderdeel 4

Hebben de gestelde illegale handelingen van HVY en Khodorkovsky c.s. gevolgen voor de vernietigbaarheid van de arbitrale vonnissen?

(a) Weergave van de overwegingen van het hof

5.4.1 Het hof heeft, voor zover voor de beoordeling van het onderdeel van belang, in het eindarrest het volgende overwogen.

(i) Er bestaat een internationaal rechtsbeginsel dat internationale investeringen die zijn gedaan in strijd met het recht van het gastland, geen bescherming verdienen. Dit geldt ook indien het desbetreffende investeringsverdrag dit niet met zoveel woorden bepaalt. Om de bescherming van een investeringsverdrag te verliezen, moet het wel gaan om gevallen waarin "the illegality affects

the "making", i.e. arises when initiating the investment itself and not just when implementing and/or operating it". Er moet onderscheid worden gemaakt tussen "(1) legality as at the initiation of the investment ("made") and (2) legality during the performance of the investment". Illegaal handelen van HVY in de periode nadat HVY hun investering in Yukos hebben gedaan, kan dus niet leiden tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht. (rov. 5.1.11.2)

(ii) De ECT valt niet in de categorie investeringsverdragen waarin in de definitie van de term 'investering' een zinsnede is opgenomen dat de investering moet zijn gedaan "in accordance with the law", of woorden van soortgelijke strekking. Ten aanzien van een verdrag dat geen legaliteitseis bevat, is de arbitrale rechtspraak verdeeld over de vraag welk gevolg eraan moet worden verbonden als een investeerder 'illegaal' handelt bij het doen van de investering. (rov. 5.1.11.3-5.1.11.4)

(iii) De Russische Federatie heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat een algemeen aanvaard rechtsbeginsel bestaat dat inhoudt dat een scheidsgerecht zich (steeds) onbevoegd dient te verklaren indien sprake is van het doen van een 'illegale' investering. In art. 1 lid 6 ECT is geen legaliteitseis opgenomen. Ook voor de toegang tot arbitrage als bedoeld in art. 26 ECT bevat de tekst van de ECT op dit punt geen beperkingen. In dit geval prevaleert de gewone betekenis van de bewoordingen van art. 1 lid 7 ECT. Dit leidt ertoe dat het scheidsgerecht niet onbevoegd is indien zou worden aangetoond dat sprake is van illegaal handelen ten tijde van of bij het doen van de investering. Dat een dergelijk illegaal handelen eventueel wel kan leiden tot ontzegging van de vorderingen, is in het kader van de onderhavige vernietigingsgrond (art. 1065 lid 1, onder a, (oud) Rv) niet relevant. (rov. 5.1.11.5)

(iv) Ook wanneer zou moeten worden aangenomen dat illegaal handelen ten tijde van het doen van de investering onder de ECT wel leidt tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht, kan dit de Russische Federatie niet baten. Het scheidsgerecht heeft in nr. 1283 van de *final awards* terecht geoordeeld dat de verweten gedragingen van Khodorkovsky c.s. in een te ver verwijderd verband staan tot de transacties waarmee HVY zelf hun aandelen in Yukos hebben verworven. De stelling van de Russische Federatie dat aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht in de weg staat dat HVY in 1995/1996 direct waren betrokken bij de illegale verwerving van de Yukos aandelen, gaat dus niet op. (rov. 5.1.11.6-5.1.11.7)

(v) Ook indien de aandelen die HVY in 1999-2001 hebben verkregen, in 1995/1996 door andere personen/vennootschappen zijn verworven door illegale handelingen, is daarmee nog niet gegeven dat sprake is van illegaal handelen door HVY zelf ten tijde van hun investering. Er is onvoldoende verband tussen de (gestelde) illegaliteiten in 1995/1996 en het doen van de investering door HVY. Dat wordt niet anders als daarbij acht wordt geslagen op de – mogelijke – betrokkenheid van HVY bij de betaling van steekpenningen. Uit de daarop gerichte stellingen van de Russische Federatie blijkt niet van voldoende verband tussen de investering van HVY (meer in het bijzonder van YUL) en de gestelde omkoping. In ieder geval is geen sprake van een zodanig evidente illegaliteit dat deze tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht moet leiden. (rov. 5.1.11.8)

(vi) Mogelijk illegaal handelen door Khodorkovsky c.s. ten tijde van de privatisering van Yukos staat in een te ver verwijderd verband tot de investering door HVY. (rov. 5.1.11.9)

(vii) De Russische Federatie voert onder de noemer 'unclean hands' aan dat de tenuitvoerlegging van de arbitrale vonnissen zal leiden tot een schending van de openbare orde wat betreft de fraude, corruptie en andere serieuze onwettigheden. (rov. 9.8.1)

(viii) Hetgeen het scheidsgerecht in dat verband heeft overwogen alsmede de daartegen gerichte verwijten van de Russische Federatie, is in rov. 5.1.11.1-5.1.11.9 besproken respectievelijk verworpen. (rov. 9.8.5)

(ix) In aanvulling daarop wordt het volgende overwogen. Het scheidsgerecht heeft geoordeeld dat de gestelde illegaliteiten niet relevant zijn voor de toewijzing van de vorderingen van HVY in de arbitrage omdat (i) alleen een illegaliteit bij het verrichten van de investering relevant is voor de bescherming onder de ECT, (ii) de gestelde illegaliteiten door anderen dan HVY zijn begaan en (iii) HVY de aandelen in Yukos rechtsgeldig hebben verworven. Ook indien ervan moet worden

uitgegaan dat de gestelde illegaliteiten hebben plaatsgevonden en dat zij raken aan de openbare orde, valt niet in te zien waarom dit oordeel van het scheidsgerecht in strijd zou zijn met de openbare orde. (rov. 9.8.7)

(x) De klacht dat het scheidsgerecht ten onrechte zou hebben beslist dat HVY "los te zien" zijn van Khodorkovsky c.s. en dat zij niet "onder zeggenschap" staan van de trustees in Guernsey en Jersey, mist feitelijke grondslag. Het scheidsgerecht heeft in dit verband slechts overwogen dat een aantal van de gestelde illegale gedragingen heeft plaatsgevonden voordat HVY aandeelhouder werden en dat die gedragingen diensgevolge zijn verricht door "anderen", zoals Bank Menatep of Khodorkovsky c.s. Het scheidsgerecht heeft dus niet méér beslist dan dat Bank Menatep en Khodorkovsky c.s. andere (rechts)personen zijn dan HVY en dat aan HVY geen gedragingen kunnen worden tegengeworpen die zijn verricht door anderen voordat HVY aandeelhouder werden. Dat oordeel, voor zover het in deze vernietigingsprocedure al ten toets zou kunnen komen, is juist en is door de Russische Federatie niet, dan wel in ieder geval onvoldoende gemotiveerd, bestreden. (rov. 9.8.8)

(xi) Ten tijde van de door het scheidsgerecht als onteigening gekwalificeerde handelingen van de Russische Federatie was Khodorkovsky *chairman* en – al dan niet indirect – aandeelhouder van Yukos en het scheidsgerecht oordeelde dat de Russische Federatie, door Yukos *de facto* te onteigenen, mede Khodorkovsky beoogde te treffen. Dat oordeel is niet onverenigbaar met het oordeel dat HVY en Khodorkovsky verschillende juridische entiteiten zijn. Van een onbehoorlijke, onvolledige en oppervlakkige beoordeling van het in het dossier aanwezige bewijsmateriaal door het scheidsgerecht is dan ook niet gebleken. (rov. 9.8.9)

(b) Beoordeling van de klachten

Bestaat er voldoende verband tussen het gestelde illegale handelen en de investering door HVY?

5.4.2 Onderdeel 4.3.1 klaagt dat het hof zich bij de beantwoording van de vraag of de aandelen legaal zijn verkregen, niet had mogen beperken tot een beoordeling van de transacties waardoor HVY de aandelen in Yukos verkregen, maar ook de betrokkenheid van Khodorkovsky c.s. bij de verwerving van de aandelen in 1995/1996 in de beoordeling had moeten betrekken. Het oordeel van het hof berust op een onjuiste rechtsopvatting over de reikwijdte van de ECT en is in ieder geval onvoldoende gemotiveerd, aldus het onderdeel.

5.4.3 De rechtsklacht van onderdeel 4.3.1 gaat uit van een onjuiste lezing van het oordeel van het hof en kan daarom reeds wegens een gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

Het hof heeft (in rov. 5.1.11.7-5.1.11.9 van het eindarrest) de transacties in 1995/1996 die aan de verwerving van de aandelen door HVY in 1999-2001 voorafgingen immers in de beoordeling betrokken. Het is daarbij veronderstellenderwijs ervan uitgegaan dat de aandelen in 1995/1996 door andere personen of vennootschappen zijn verworven door illegale handelingen. Het hof heeft zich dus niet beperkt tot een beoordeling van de transacties waardoor HVY de aandelen in Yukos verkregen.

5.4.4 Het hof heeft geconcludeerd dat er onvoldoende verband bestaat tussen het gestelde illegale handelen in 1995/1996 en het doen van de investering door HVY. Dit oordeel berust op een afweging en waardering van de door de Russische Federatie in dit verband aangevoerde, en door het hof veronderstellenderwijs voor juist gehouden, feiten. Die afweging en waardering zijn voorbehouden aan het hof als rechter die over de feiten oordeelt. Het oordeel is niet onbegrijpelijk en is voldoende gemotiveerd. Daarop stuit de motiveringsklacht van het onderdeel af.

5.4.5 Onderdeel 4.3.2 klaagt dat onjuist althans onvoldoende gemotiveerd is het oordeel van het hof (in rov. 5.1.11.2 van het eindarrest) dat illegale handelingen van HVY in de periode nadat HVY hun investering in Yukos hebben gedaan, niet kunnen leiden tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht.

5.4.6 Ook dit onderdeel kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

De Russische Federatie heeft zich in feitelijke instanties (memorie van antwoord, randnummer 723) op het standpunt gesteld dat onomstreden is de stelling dat de bescherming die de ECT biedt, uitsluitend kan worden onthouden aan investeringen waarvan het doen, en niet de latere uitvoering, onwettig is. Zij heeft niet aangevoerd dat het scheidsgerecht zich onbevoegd had moeten verklaren wegens illegale handelingen van HVY in de periode nadat HVY hun investering in Yukos hebben gedaan. Deze stelling, die mede een beoordeling van feitelijke aard vraagt, kan niet voor het eerst in cassatie worden aangevoerd.

5.4.7 Het met de onderdelen 4.3.1 en 4.3.2 tevergeefs bestreden oordeel van het hof dat het gestelde illegale handelen onvoldoende verband houdt met de verkrijging van de aandelen door HVY, kan zelfstandig het oordeel van het hof dragen dat het gestelde illegale handelen niet aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht in de weg staat. Dit betekent dat geen belang bestaat bij de behandeling van onderdeel 4.2, dat klaagt over het oordeel van het hof (in rov. 5.1.11.3-5.1.11.5) dat nu de ECT geen uitdrukkelijke legaliteitseis bevat, illegale handelingen ten tijde van HVY's investeringen niet aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht in de weg staan. Dat onderdeel kan daarom evenmin tot cassatie leiden.

Bestaat er grond voor het oordeel dat de arbitrale vonnissen, of de wijze waarop deze tot stand kwamen, in strijd zijn met de openbare orde?

5.4.8 Onderdeel 4.4 richt diverse klachten tegen het oordeel van het hof (in rov. 9.8 van het eindarrest) dat geen grond bestaat voor het oordeel dat de arbitrale vonnissen, of de wijze waarop zij tot stand kwamen, in strijd zijn met de openbare orde.

Onderdeel 4.4.2 klaagt dat deze beslissing niet in overeenstemming is met de internationale norm dat geen bescherming toekomt aan goederen of rechten die door illegaal handelen zijn verkregen of voor illegale doeleinden worden geëxploiteerd, en dat het hof bovendien heeft miskend dat het in strijd is met de nationale en internationale openbare orde dat op een verdrag gebaseerde vorderingen ter zake van een illegaal verkregen of illegaal geëxploiteerde investering voor bescherming in aanmerking zouden kunnen komen.

Onderdeel 4.4.3 klaagt dat onbegrijpelijk is het oordeel van het hof (in rov. 9.8.8 van het eindarrest) dat de Russische Federatie niet dan wel onvoldoende gemotiveerd heeft bestreden dat juist is het oordeel van het scheidsgerecht dat de gedragingen van Khodorkovsky c.s. niet aan HVY kunnen worden tegengeworpen.

Deze onderdelen lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

5.4.9 Ingevolge art. 1065 lid 1, onder e, (oud) Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis onder meer plaatsvinden op de grond dat het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde. Naar vaste rechtspraak is vernietiging van een arbitraal vonnis op deze grond slechts mogelijk indien de inhoud of uitvoering van het vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.²⁹

Bij de beoordeling van de vernietigingsvordering dient de rechter – behoudens voor zover deze vordering erop is gebaseerd dat een geldige overeenkomst van arbitrage ontbreekt of dat in strijd met hoor en wederhoor is gehandeld – terughoudendheid te betrachten. Een vernietigingsprocedure mag niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep. Het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt immers mee dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.³⁰

De onderdelen klagen – terecht – niet dat het hof de hiervoor weergegeven maatstaf zou hebben miskend.

5.4.10 Het hof heeft in rov. 9.8.7 van het eindarrest verwezen naar hetgeen het in de rov. 5.1.11.7-5.1.11.9 van het eindarrest heeft overwogen. Het is bij de beoordeling van de gestelde schending

van de openbare orde veronderstellenderwijs uitgegaan van de door de Russische Federatie gestelde illegale handelingen van Khodorkovsky c.s. en heeft veronderstellenderwijs aangenomen dat deze raken aan de openbare orde. In rov. 9.8.8 van het eindarrest is vervolgens het oordeel van het scheidsgerecht weergegeven dat, voor zover thans van belang, erop neerkomt dat Bank Menatep en Khodorkovsky c.s. andere (rechts)personen zijn dan HVY en dat aan HVY geen gedragingen kunnen worden tegengeworpen die zijn verricht door anderen voordat HVY aandeelhouder werden.

Het oordeel van het hof dat dit oordeel van het scheidsgerecht juist is en door de Russische Federatie niet althans onvoldoende gemotiveerd is bestreden, moet zo worden begrepen dat de Russische Federatie niet dan wel onvoldoende gemotiveerd heeft bestreden dat de gestelde illegale handelingen zijn verricht door andere (rechts)personen dan HVY en dat zij hebben plaatsgevonden voordat HVY aandeelhouder werden. Het oordeel moet voorts worden gezien in samenhang met het – blijkens hetgeen hiervoor in 5.4.4 is overwogen, tevergeefs – bestreden oordeel van het hof dat ook indien wordt uitgegaan van de juistheid van de feitelijke stellingen van de Russische Federatie, onvoldoende verband bestaat tussen het gestelde illegale handelen van Khodorkovsky c.s. en het doen van de investering door HVY waarover het in deze zaak gaat.

5.4.11 Het oordeel van het hof dat de arbitrale vonnissen, of de wijze waarop deze tot stand zijn gekomen, niet in strijd zijn met de openbare orde, is gebaseerd op de hiervoor in 5.4.10 genoemde overwegingen en geeft in het licht van de hiervoor in 5.4.9 weergegeven maatstaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het berust op afwegingen en waarderingen die zijn voorbehouden aan het hof als rechter die over de feiten oordeelt. In cassatie kan die beslissing dan ook niet verder op juistheid worden onderzocht. De bestreden beslissing is voldoende gemotiveerd en is in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk. De hiervoor in 5.4.8 weergegeven klachten stuiten daarop af.

Overige klachten

5.4.12 De overige klachten van onderdeel 4 kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

(c) Conclusie

5.4.13 De conclusie is dat de klachten van onderdeel 4 niet tot cassatie kunnen leiden.

Onderdeel 5

Schond het scheidsgerecht haar opdracht door geen advies te vragen aan de relevante belastingautoriteiten (art. 21 lid 5 ECT)?

(a) Weergave van de overwegingen van het hof

5.5.1 Het hof heeft, voor zover voor de beoordeling van het onderdeel van belang, in het eindarrest het volgende overwogen.

(i) Art. 21 lid 5 ECT bevat de verplichting voor het scheidsgerecht om, indien zich de vraag voordoet of een belastingmaatregel een onteigening is, de bedoelde vraag aan de desbetreffende belastingautoriteiten voor te leggen. Het scheidsgerecht was daarom in beginsel gehouden het geschil over de in Rusland opgelegde belastingmaatregelen in ieder geval aan de Russische belastingautoriteiten voor te leggen. Het nalaten daarvan is evenwel niet voldoende ernstig om vernietiging van de arbitrale vonnissen te rechtvaardigen omdat het niet aannemelijk is geworden dat de Russische Federatie door dit nalaten enig nadeel heeft ondervonden. (rov. 6.3.2)

(ii) Niet goed valt in te zien welke aanvullende informatie het scheidsgerecht van de Russische belastingautoriteiten had kunnen verkrijgen die tot een ander oordeel zou hebben geleid. Er kan dan ook niet worden geconcludeerd dat materiële benadeling voor de Russische Federatie heeft plaatsgevonden door het feit dat het scheidsgerecht de vraag of de in Rusland getroffen belastingmaatregelen een onteigening zijn, niet aan de Russische belastingautoriteiten heeft voorgelegd. (rov. 6.3.3)

(iii) De stelling dat het geschil aan de belastingautoriteiten van Cyprus en het Verenigd Koninkrijk had moeten worden voorgelegd, gaat niet op, nu art. 21 lid 5, onder b, ECT slechts voorschrijft dat advies aan de "relevant competent tax authority" moet worden gevraagd indien het gaat om de vraag "whether a tax constitutes an expropriation". HVY hebben echter niet aangevoerd dat belastingmaatregelen van Cyprus of het Verenigd Koninkrijk een onteigening inhouden. (rov. 6.3.4)

(iv) Het prognoseverbod, waarop de Russische Federatie zich heeft beroepen, is een Nederlands procesrechtelijk begrip dat inhoudt dat de rechter niet vooruit mag lopen op de uitkomst van een eventueel getuigenverhoor. Ook als moet worden aangenomen dat arbiters in een internationale arbitrage aan dit verbod gebonden zijn, heeft te gelden dat van een prognose op een getuigenverklaring geen sprake is geweest. Art. 21 lid 5, onder b (iii), ECT heeft een geheel ander karakter dan de verplichting om niet op grond van een prognose af te zien van het horen van getuigen. Het beginsel van hoor en wederhoor, waarop de Russische Federatie zich ook heeft beroepen, is een fundamenteel beginsel van procesrecht dat niet op één lijn is te stellen met de plicht van het scheidsgerecht om het geschil aan de bevoegde belastingautoriteiten voor te leggen en de (discretionaire) bevoegdheid rekening te houden met door de belastingautoriteiten getrokken conclusies. Van een schending van de opdracht die de vernietiging van het arbitraal vonnis rechtvaardigt, is dus geen sprake. (rov. 6.3.5)

(b) Relevante verdragsbepalingen

5.5.2 Art. 21 ("Taxation") leden 1 en 5 ECT luiden als volgt:

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

5. a) Article 13 shall apply to taxes.

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

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

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

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

tax is discriminatory. Such bodies may also take into account any conclusions arrived at by the Competent Tax Authorities after the expiry of the six-month period;

(iv) Under no circumstances shall involvement of the Competent Tax Authorities, beyond the end of the six-month period referred to in subparagraph b)(ii), lead to a delay of proceedings under Articles 26 and 27.

(c) Beoordeling van de klachten

Dient het nalaten om een vraag aan de belastingautoriteiten voor te leggen tot vernietiging van de arbitrale vonnissen te leiden?

- 5.5.3 Onderdeel 5.2.1 klaagt dat het hof, door er geen gevolgen aan te verbinden dat het scheidsgerecht heeft geweigerd het geschil over de in Rusland opgelegde belastingmaatregelen aan de belastingautoriteiten voor te leggen, ernstige fouten heeft gemaakt. Het hof heeft daarmee het dwingende karakter van de door art. 21 lid 5, onder b (i), ECT voorgeschreven verwijzingsverplichting ontkend of een niet bestaande nutteloosheidsuitzondering toegepast. De verwijzingsweigering van het scheidsgerecht is een schending van zijn opdracht en van (het procedurele aspect van) de openbare orde, die vernietiging van de arbitrale vonnissen rechtvaardigt, aldus het onderdeel.
- 5.5.4 Op grond van art. 1065 lid 1, aanhef en onder c, (oud) Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis plaatsvinden indien het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden. Bij de beoordeling van de vraag of het scheidsgerecht de grenzen van zijn opdracht heeft overschreden, moet mede worden betrokken of het geschil is beslecht in overeenstemming met de procedureregels die in het gegeven geval van toepassing zijn. De rechter moet bij zijn onderzoek of het scheidsgerecht de procedureregels heeft nageleefd, terughoudendheid betrachten. Dit hangt onder meer hiermee samen dat een procedure op de voet van art. 1065 (oud) Rv niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep, en dat het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging meebrengt dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. Is in een dergelijk geval sprake van strijd met de beginselen van een goede procesorde, dan zal het arbitrale vonnis blootstaan aan vernietiging op de voet van art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, (oud) Rv (strijd met de openbare orde). Ook die bepaling moet naar haar aard met terughoudendheid worden toegepast.³¹ Daaruit vloeit onder meer voort dat indien de schending van de opdracht niet ernstig is, dit niet tot vernietiging van het arbitrale vonnis leidt. Bij de beantwoording van de vraag of de ernst van de schending van de opdracht vernietiging van het arbitrale vonnis rechtvaardigt, komt de rechter beoordelingsvrijheid toe.
- 5.5.5 Op grond van art. 21 lid 1 ECT staat de ECT in beginsel niet in de weg aan de bevoegdheid van verdragsluitende staten om belastingmaatregelen te treffen. Art. 21 lid 5 ECT bevat hierop een uitzondering, die erop neerkomt dat belastingmaatregelen geen onteigening in strijd met art. 13 ECT mogen inhouden. Op grond van art. 21 lid 5, onder b (i), ECT dient de Investeerder of de verdragsluitende staat die aanvoert dat een belastingmaatregel in feite een met art. 13 ECT strijdige onteigening is, aan de bevoegde belastingautoriteiten de vraag voor te leggen of dat inderdaad het geval is. Laat de Investeerder of de verdragsluitende staat dat na, dan rust die verplichting op de geschilbeslechtende instantie, in dit geval het scheidsgerecht. Art. 21 lid 5, onder b, ECT ziet zowel op een geschil over de vraag of een belasting een onteigening vormt, als op een geschil over de vraag of een belasting waarvan wordt beweerd dat zij een onteigening vormt, discriminerend is.
- 5.5.6 Blijkens de eerste zin van rov. 6.3.1 van het eindarrest heeft het hof – in cassatie niet bestreden – vastgesteld dat de klachten van de Russische Federatie over het door het scheidsgerecht niet (juist) toepassen van art. 21 lid 5 ECT betrekking hebben op de vraag of sprake is van een onteigening. Ten aanzien van die vraag wordt in art. 21 lid 5, onder b (iii), ECT bepaald dat de

geschilbeslechtende instantie rekening kan houden ("may take into account") met eventuele conclusies van de bevoegde belastingautoriteiten. In zoverre wijkt de verplichting van de geschilbeslechtende instantie af van het geval waarin aan de orde is of een belasting waarvan wordt beweerd dat zij een onteigening vormt, discriminerend is. In het laatstgenoemde geval schrijft art. 21 lid 5, onder b (iii), ECT voor dat de geschilbeslechtende instantie rekening houdt ("shall take into account") met – tijdig – verstrekte conclusies van de bevoegde belastingautoriteiten.

5.5.7 In het licht van de aan het scheidsgerecht toekomende bevoegdheid om, indien aan de belastingautoriteiten de vraag wordt voorgelegd of een belastingmaatregel een onteigening vormt, de door die autoriteiten gegeven conclusies al dan niet in zijn beoordeling te betrekken ("may take into account"), en gelet op de uitdrukkelijke verwijzing naar die bevoegdheid in de *final awards* (nr. 1427) door het scheidsgerecht, is niet onbegrijpelijk het oordeel van het hof dat niet valt in te zien dat het scheidsgerecht in geval van voorlegging van die vraag aan de belastingautoriteiten tot een ander oordeel zou zijn gekomen. Het daarop gegronde oordeel dat het – door het hof aangenomen – nalaten om het geschil aan de belastingautoriteiten voor te leggen niet voldoende ernstig is om vernietiging van de *final awards* te rechtvaardigen geeft, mede gezien de door de rechter te betrachten terughoudendheid (zoals hiervoor in 5.5.4 omschreven), geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Hierop stuiten de klachten van onderdeel 5.2.1 af.

Overige klachten

5.5.8 De overige klachten van onderdeel 5 kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

(d) Conclusie

5.5.9 De conclusie is dat de klachten van onderdeel 5 niet tot cassatie kunnen leiden.

Onderdeel 6

Vormt de wijze waarop de assistent van het scheidsgerecht betrokken is geweest bij de totstandkoming van de arbitrale vonnissen, grond voor vernietiging van de arbitrale vonnissen?

5.6.1 Onderdeel 6 is gericht tegen rov. 6.6 van het eindarrest. Het hof heeft in die rechtsoverweging de bezwaren van de Russische Federatie verworpen tegen de wijze waarop de assistent van het scheidsgerecht betrokken zou zijn geweest bij de totstandkoming van de arbitrale vonnissen.

5.6.2 De klachten van het onderdeel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

Onderdeel 7

Missen de beslissingen van het scheidsgerecht over het gestelde misbruik door Yukos van schijnvennootschappen een steekhoudende motivering?

5.7.1 Onderdeel 7 is gericht tegen de rov. 8.4.13 en 8.4.16 van het eindarrest. Het hof heeft in die rechtsoverwegingen de bezwaren van de Russische Federatie verworpen tegen het oordeel van het scheidsgerecht in nr. 639 van de *final awards*, dat onder meer inhoudt dat "[t]he Tribunal has

not found any evidence in the massive record that would support Respondent's submission that there was a basis for the Russian authorities to conclude that the entities in Mordovia, for example, were 'shams'" en tegen de in nr. 648 van de *final awards* door het scheidsgerecht getrokken conclusies die onder meer inhouden dat het *Tax Ministry* te weinig bewijs had aangeleverd om de conclusie te kunnen trekken dat alle in de republiek Mordovië gevestigde dochtervennootschappen van Yukos misbruik maakten van het lagebelastingregime.

5.7.2 De klachten van het onderdeel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

Onderdeel 8

5.8 Onderdeel 8 bouwt voort op de onderdelen 1 tot en met 7 en behoeft geen zelfstandige behandeling.

6 Beoordeling van het middel in het voorwaardelijk incidentele beroep

Het incidentele beroep is voorwaardelijk ingesteld (zie hiervoor in 4.2.2).

Uit de beoordeling van het principale beroep volgt dat aan de voorwaarden niet is voldaan, zodat het voorwaardelijk incidentele beroep geen behandeling behoeft.

7 Slotsom

7.1 De slotsom is dat de onderdelen 2 tot en met 7 van het middel in het principale beroep niet tot cassatie kunnen leiden en dat onderdeel 8 geen zelfstandige behandeling behoeft. Onderdeel 1 slaagt wel. De bestreden arresten van het hof zullen daarom worden vernietigd.

Het voorwaardelijk incidentele beroep behoeft geen behandeling.

7.2 De zaak zal ter verdere behandeling en beslissing worden verwezen naar een ander hof.

8 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

- vernietigt de arresten van het gerechtshof Den Haag van 25 september 2018 en 18 februari 2020;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt HVY in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Russische Federatie begroot op € 7.082,07 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien HVY deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en F.J.P. Lock, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer H.M. Wattendorff op 5 november 2021.

¹ Verdrag inzake het Energiehandvest, Lissabon, 17 december 1994, Trb. 1995, 108.

² Hulley Enterprises v. The Russian Federation, PCA Case No. 226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 november 2009; Yukos Universal v. The Russian Federation, PCA Case No. 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 november 2009; Veteran Petroleum v. The Russian Federation, PCA Case No. 228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 november 2009.

³ Hulley Enterprises v. The Russian Federation, PCA Case No. 226, Final Award, 18 juli 2014; Yukos Universal v. The Russian Federation, PCA Case No. 227, Final Award, 18 juli 2014; Veteran Petroleum v. The Russian Federation, PCA Case No. 228, Final Award, 18 juli 2014.

⁴ Art. IV lid 4 in verbinding met art. IV lid 2 van de Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht (Stb. 2014, 200), in werking getreden op 1 januari 2015 (Stb. 2014, 254).

⁵ Rechtbank Den Haag 20 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4229.

⁶ Gerechtshof Den Haag 25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2476.

⁷ Gerechtshof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234.

⁸ Vgl. Kamerstukken II 1999/2000, 26855, nr. 3, p. 170.

⁹ Kamerstukken II 1985/86, 18464, nr. 6, p. 37.

¹⁰ Kamerstukken II 1983/84, 18464, nr. 3, p. 31.

¹¹ HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003.

¹² Vgl. HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003, rov. 4.3.3-4.3.4.

¹³ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, Wenen, 23 mei 1969, Trb. 1972, 51 en 1985, 79.

¹⁴ Kamerstukken II 1983/84, 18464, nr. 3, p. 21. Vgl. HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443, rov. 3.4.1.

¹⁵ Vgl. HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, rov. 4.2.

¹⁶ HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, rov. 4.2.

¹⁷ Vgl. HR 29 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1191, rov. 3.7; HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:956, rov. 3.1.3.

¹⁸ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:956, rov. 3.1.3.

¹⁹ Council of the European Union, 'Statement by the Council, the Commission, and the Member States on Article 45 of the European Energy Charter Treaty', 'A' Item Note, Brussels, 14 December 1994, Document 12165/94, Annex I.

²⁰ Bijlage ('Samenvatting van de inhoud van het "Verdrag inzake het Europees Energiehandvest"') bij Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de ondertekening en de voorlopige toepassing door de Europese Gemeenschappen van het Verdrag inzake het Europees Energiehandvest, 21 september 1994, COM(94) 405 def., 94/0214 (CNS).

²¹ Besluit van de Raad van 13 juli 1998 tot goedkeuring van de wijziging van de met de handel verband houdende bepalingen van het Verdrag inzake het Energiehandvest en de voorlopige toepassing ervan, zoals overeengekomen door de conferentie over het Energiehandvest en de internationale conferentie van de ondertekenende partijen van het Verdrag inzake het

Energiehandvest, 98/537/EG, L 252/21.

²² Verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen Staten en onderdanen van andere Staten, Washington, 18 maart 1965, Trb. 1981, 191.

²³ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juli 2001.

²⁴ HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, rov. 5.2.

²⁵ Vgl. ook HvJEU 2 september 2021, zaak C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 (Republiek Moldavië/Komstroy), punt 70.

²⁶ HvJEU 2 september 2021, zaak C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 (Republiek Moldavië/Komstroy), punt 69.

²⁷ HvJEU 2 september 2021, zaak C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 (Republiek Moldavië/Komstroy), punt 67-68.

²⁸ Trb. 1995, 108, p. 209 e.v.

²⁹ HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, rov. 4.2.

³⁰ HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952, rov. 3.3.1.

³¹ Zie voor een en ander HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, rov. 3.3.
