

ECLI:NL:GHDHA:2022:1294

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	19-07-2022
Datum publicatie	19-07-2022
Zaaknummer	200.266.442/01
Rechtsgebieden	Burgerlijk procesrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Vernietigings- en herroepingsprocedure. Arbitrale uitspraken gedaan naar aanleiding van gebeurtenissen op de Krim in 2014 op grond van een bilateraal investeringsverdrag gesloten tussen Oekraïne en de Russische Federatie.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummers : 200.266.442/01 en 200.266.444/01

Zaaknummer arbitrage : PCA Case No. 2015-21

arrest van 19 juli 2022

inzake

de Russische Federatie,

zetelende te Moskou, Russische Federatie

eiseres,

hierna te noemen: de Russische Federatie,

advocaat: voorheen mr. R.R. Verkerk te Rotterdam, thans zonder advocaat,

tegen

JSC CB Privatbank,

gevestigd te Kiev, Oekraïne,
geïntimeerde,
hierna te noemen: PrivatBank,
advocaat: mr. D. Horeman te Amsterdam.

1 Het verloop van de procedure

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het arrest van 16 februari 2021 in het incident op grond van de artikelen 21, 22 en 843a Rv en de daarin genoemde processtukken;
- de conclusie van repliek van de Russische Federatie van 22 juni 2021 met producties;
- de conclusie van dupliek van PrivatBank van 14 september 2021 met producties;
- het proces-verbaal van de mondelinge behandeling gehouden op 12 januari 2022, waarbij pleitnotities zijn overgelegd en de Russische Federatie ook een PowerPointpresentatie heeft overgelegd; in het proces-verbaal zijn ook de ten behoeve van de mondelinge behandeling overgelegde producties genoemd;
- de brief van de zijde van PrivatBank van 3 maart 2022 naar aanleiding van het proces-verbaal.

2 Korte aanduiding van de zaak

2.1 PrivatBank is een arbitrageprocedure gestart tegen de Russische Federatie op basis van een tussen Oekraïne en de Russische Federatie in 1998 gesloten bilateraal investeringsverdrag. Volgens PrivatBank zijn – met haar bankactiviteiten samenhangende – investeringen die zij deed op de Krim na de incorporatie van de Krim door de Russische Federatie onteigend in strijd met dit verdrag, waardoor zij schade heeft geleden. Het scheidsgerecht heeft een tussenuitspraak en een gedeeltelijke einduitspraak gedaan, waarin het onder meer heeft geoordeeld over zijn bevoegdheid en over de vraag of de Russische Federatie het bilaterale investeringsverdrag heeft geschonden. De Russische Federatie heeft een vernietigingsprocedure en een herroepingsprocedure aanhangig gemaakt, die gevoegd worden behandeld. In de vernietigingsprocedure voert de Russische Federatie op meerdere gronden aan dat het bilaterale investeringsverdrag in dit geval toepassing mist en dat het scheidsgerecht daarom ten onrechte bevoegdheid heeft aangenomen. Verder stelt zij dat de arbitrale uitspraken moeten worden vernietigd wegens strijd met de openbare orde. In de herroepingsprocedure voert de Russische Federatie aan dat de arbitrale uitspraken moeten worden herroepen onder meer omdat PrivatBank in de arbitrale procedure bedrog zou hebben gepleegd en stukken zou hebben achtergehouden.

3 Enige feiten

De gebeurtenissen op de Krim

3.1 De achtergrond van de arbitragezaak is gelegen in de gebeurtenissen op de Krim in 2014. De Krim was tot (in ieder geval) 6 maart 2014 onderdeel van Oekraïne.

- 3.2 Op 6 maart 2014 stemde de *Supreme Council* van de Krim voor aansluiting bij de Russische Federatie als een federaal onderdeel en voor het agenderen van een referendum daarover op 16 maart 2014. Op 16 maart 2014 hielden de autoriteiten op de Krim een referendum waarin de bevolking van de Krim werd gevraagd of zij aansluiting wenste bij de Russische Federatie als federaal onderdeel. Volgens de organisatoren van het referendum stemde ongeveer 96% van de deelnemers voor aansluiting bij de Russische Federatie. Op 17 maart 2014 verklaarden zowel de *Supreme Council* van de Krim als de gemeenteraad van Sevastopol zich onafhankelijk van Oekraïne met als doel om onafhankelijke soevereine staten te worden en de Russische Federatie te verzoeken om zich bij haar te mogen aansluiten. Op 18 maart 2014 ondertekenden de nieuwe autoriteiten van de Republiek de Krim en de stadstaat Sevastopol enerzijds en de Russische Federatie anderzijds de "*Treaty between the Russian Federation and the Republic of Crimea on the Acceptance of the Republic of Crimea into the Russian Federation and the Formation of New Constituent Parts within the Russian Federation*". Op 19 maart 2014 erkende het Grondwettelijk Hof van de Russische Federatie dat het hiervoor genoemde verdrag in overeenstemming is met de grondwet van de Russische Federatie. Op 21 maart 2014 nam het parlement van de Russische Federatie een wet aan waarmee het hiervoor genoemde verdrag werd geratificeerd (de *Crimean Incorporation Law*). De *Crimean Incorporation Law* erkende onder meer de doorlopende geldigheid van de titel van onder Oekraïens recht rechtsgeldig verkregen onroerend goed per 18 maart 2014.
- 3.3 Oekraïne heeft niet erkend dat de Krim onderdeel is gaan uitmaken van de Russische Federatie. Ook internationaal was daartegen verzet. Op 27 maart 2014 nam de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties resolutie 68/262 aan ten aanzien van de Territoriale Integriteit van Oekraïne en verzocht "*all States, international organizations and specialized agencies not to recognize any alteration of the status of the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol*". Feitelijk staat de Krim sinds maart 2014 onder bestuur van de Russische Federatie.

PrivatBank

- 3.4 PrivatBank is in 1992 in Oekraïne opgericht naar Oekraïens recht. Vanaf de oprichting tot aan de nationalisatie in 2016 (waarover hieronder meer) waren de meerderheid van de aandelen en de zeggenschap in handen van twee personen met (onder meer) de Oekraïense nationaliteit, [betrokkene 1] en [betrokkene 2]. PrivatBank werd op 19 maart 1992 door de Nationale Bank van Oekraïne (hierna: NBU) in de *State Register of Banks* geregistreerd. Het was PrivatBank daarmee toegestaan om bankactiviteiten te ontplooiën in Oekraïne. In 1994 breidde PrivatBank haar activiteiten naar de Krim, waaronder Sevastopol. Vanaf 1996 begon de NBU licenties aan banken uit te geven. Aan PrivatBank is toen door de NBU een volledige banklicentie uitgegeven. PrivatBank had filialen op de Krim en beheerde aldaar investeringen als geldautomaten en zelfbedieningsloketten. PrivatBank heeft leningen uitgegeven aan bedrijven en particulieren op de Krim.
- 3.5 Op 21 april 2014 nam de Russische Centrale Bank het besluit de activiteiten van PrivatBank op de Krim te beëindigen. De Russische Centrale Bank gaf daarvoor als reden het falen van PrivatBank "*to perform obligations to creditors (depositors)*" (*Central Bank of the Russian Federation Resolution No. PH-33-1 "On Terminating the Activities of Standalone Business Units of the Public Joint Stock Company PrivatBank Commercial Bank of Dnepropetrovsk, Ukraine on the territory of the Republic of Crimea and the City of Sevastopol, a City of Federal Significance"*). Tussen maart 2014 en dit besluit waren al filialen en andere activa van PrivatBank op de Krim door de Russische Federatie in beslag genomen. In april 2014 vaardigde de *State Council of the Republic of Crimea, de Staatsraad van de toen net opgerichte Republiek de Krim*, een verordening uit waarin stond dat bepaalde bezittingen van PrivatBank op de Krim genationaliseerd werden (*Decree No. 2085-6/14 of the State Council of the Republic of Crimea dated 30 April 2014 and amendments thereto dated 3 september 2014 to 27 February 2015 (CE-88-E)*).
- 3.6 Op 18 december 2016 heeft de NBU PrivatBank in Oekraïne failliet laten verklaren. De reden

daarvoor was de slechte kapitaalpositie van PrivatBank. Op voorstel van de NBU is PrivatBank vervolgens voor 1 Oekraïense grivna verkocht aan de Oekraïense staat. Na de nationalisatie werd een herkapitalisatie van PrivatBank uitgevoerd. In totaal vond herkapitalisatie plaats voor een bedrag van meer dan USD 5,5 miljard.

3.7 Voorafgaand aan het faillissement van PrivatBank heeft de NBU een onderzoek laten uitvoeren naar onder meer PrivatBank door een extern internationaal onderzoeksbureau, Kroll Inc. (hierna: Kroll). Naar aanleiding van dit onderzoek heeft NBU op 16 januari 2018 een persbericht doen uitgaan waarin zij de belangrijkste bevindingen van het Kroll onderzoek omschreef. Dit persbericht luidt als volgt:

“The results of an independent investigation by the company Kroll have been presented to the National Bank of Ukraine. The investigation has identified that PrivatBank was subjected to a large scale and coordinated fraud over at least a ten year period ending December 2016, which resulted in the Bank suffering a loss of at least USD 5.5 billion. Key findings of the investigation include:

*1. **Extraction of funds** . There are clear indications that loan proceeds were used to purchase assets and to finance business enterprises inside and outside of Ukraine for the benefit of former shareholders and their affiliates.*

*2. **Disguising the origins of funds** . The mechanisms used to disguise the origin and destination of loan funds demonstrated the characteristics of a large-scale money-laundering scheme. The volume and timing of the transactions within minutes of each other and with no declared connection between the entity repaying the loan and the original borrower and the extensive use of Special Purpose Vehicle (SPV) companies based in off-shore jurisdictions, demonstrated indications of a concerted attempt to disguise the true nature of the economic purpose from regulatory and other stakeholders for the benefit of the former shareholders and their affiliates.*

*3. **Bank within the bank** . Central to the coordinated manipulation of the loan book, and extraction of benefit was a shadow banking structure within PrivatBank. The secretive structure processed and facilitated the movement of the proceeds of hundreds of loans worth billions of USD to parties related to the former shareholders and their affiliates. This shadow banking structure used hundreds of employees embedded within the bank.*

*4. **Structure and administration of the loans** . The shadow bank administered the related party corporate loan portfolio. It issued new loans, typically used to repay principal and interest on existing related party loans (Recycling Scheme), and was the architect of fund flow mechanisms to disguise the origin and destination of the loan funds, presenting a façade of an ordinary client-focused bank. The Bank attracted funds from private and commercial depositors from Ukraine and other countries, which facilitated the Loan Recycling Scheme. This long term hiding of such a large exposure to related parties required PrivatBank to make repeated false representations of its financial position. This misrepresentation could only have been achieved through multiple instances of banking fraud and false accounting by the former management of the bank.*

*5. **Balance sheet** . Prior to nationalisation in December 2016, more than 95 percent of corporate lending was to parties related to former shareholders and their affiliates. Towards the end of 2016, 75% of the loan book was consolidated into loans to 36 borrowers related to the former shareholders and their affiliates. The majority of these loans remain overdue and unpaid, resulting in a loss to the Bank of at least USD 5.5 billion.”*

Het bilaterale investeringsverdrag

3.8 Op 27 november 1998 hebben Oekraïne en de Russische Federatie een bilateraal investeringsverdrag gesloten, de *Agreement Between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the Encouragement and Mutual Protection of Investments* (hierna: de BIT 1998). Dit verdrag voorziet onder meer in bescherming van investeringen (*investments*) gedaan door investeerders van de ene lidstaat op het grondgebied (*territory*) van de andere lidstaat. De authentieke taalversies van de BIT 1998 zijn in het Russisch en het

Oekraïens.

3.9 Enkele relevante artikelen uit dit verdrag luiden, in de Engelse vertaling, als volgt.

Artikel 1 BIT 1998 (*Definitions*):

"For the purposes of this Agreement:

1. The term "investments" means any kind of tangible and intangible assets [which are] invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with its legislation, including

(a) (...)

Any alteration of the type of investments in which the assets are invested shall not affect their nature as investments, provided that such alteration is not contrary to legislation of a Contracting Party in the territory of which the investments were made.

2. The term "investor of a Contracting Party" means:

a) any natural person having the citizenship of the state of the Contracting Party and who is competent in accordance with its legislation to make investments in the territory of the other Contracting Party;

b) any legal entity constituted in accordance with the legislation in force in the territory of that Contracting Party, provided that the said legal entity is competent in accordance with legislation of the Contracting Party, to make investments in the territory of the other Contracting party.

(...)

4. The term "territory" means the territory of the Russian Federation or the territory of Ukraine as well as their respective exclusive economic zone and the continental shelf, defined in accordance with international law.

5. The term "legislation of the Contracting Party" means legislation of the Russian Federation or Ukraine, respectively."

Artikel 12 BIT 1998 (*Application of the Agreement*):

"This Agreement shall apply to all investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, on or after January 1, 1992"

Artikel 13 BIT 1998 (*Amendments*):

"By their mutual consent, the Contracting Parties may make necessary amendments and addenda to this Agreement, which shall be formalized as relevant Protocols and shall constitute an integral part of this Agreement after each of the Contracting Parties has notified the other that the national procedures necessary for the Protocol to take effect have been completed."

De arbitrale procedure

3.10 Op 1 april 2015 betekenden PrivatBank en Finance Company Finilon LLC (hierna: Finilon) de *Notice of Arbitration* aan de Russische Federatie. Finilon was een entiteit die een deel van de investeringen van PrivatBank had verkregen. In deze vernietigings- en herroepingsprocedure speelt Finilon geen rol, omdat in de arbitrale procedure Finilon geen compensatie voor door haar geleden schade heeft geëist. Hierna zal enkel nog van PrivatBank worden gesproken.

3.11 PrivatBank liet bij de *Notice of Arbitration* weten dat zij [arbiter 1] als arbiter had benoemd. Omdat de Russische Federatie geen eigen arbiter benoemde, is overeenkomstig artikel 7 lid 2 onder (b) van de UNCITRAL-regels [arbiter 2] als tweede arbiter benoemd. Beide arbiters hebben vervolgens [arbiter 3] benoemd tot voorzitter van het scheidsgerecht. Arbiters hebben Den Haag aangewezen als plaats van arbitrage.

3.12 PrivatBank stelde zich kort gezegd op het standpunt dat de Russische Federatie haar verplichtingen op grond van de artikelen 2, 3, 5 en 6 van de BIT 1998 heeft geschonden door het nemen van de hiervoor genoemde maatregelen (kort gezegd: de nationalisatie en/of onteigening). Volgens PrivatBank was sprake van een onwettige onteigening van de investeringen van PrivatBank op de Krim en heeft de Russische Federatie daarvoor geen compensatie verstrekt.

3.13 De Russische Federatie heeft het PHA bij brief van 16 juni 2015 van [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] (hierna: [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie]) van het ministerie van Justitie van de Russische Federatie en begeleidende brief van 1 juli 2015 van de toenmalige ambassadeur van de Russische Federatie in Nederland [ambassadeur Russische federatie] medegedeeld dat zij elk scheidsgerecht, hoe ook samengesteld, onbevoegd acht om over de tegen haar ingestelde vorderingen te beslissen.

3.14 De begeleidende brief van de ambassadeur luidt voor zover relevant als volgt:

"Herewith a letter from Mr. [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] , Deputy Director of the Department of International Law and Cooperation, Ministry of Justice of the Russian Federation, is conveyed to the Permanent Court of Arbitration.

Nothing in the attached letter of the Ministry of Justice of the Russian Federation can be interpreted as consent of the Russian Federation to constitution of an arbitral tribunal, participation in arbitration proceedings, or as procedural actions taken in the framework of the proceedings on the claims of Aeroport Belbek LLC and Mr. [betrokkene 1] and of PJSC CB PrivatBank and Finance Company Finilon LLC against the Russian Federation, or as waiver by the Russian Federation of the jurisdictional immunities in respect of itself and its property in relation to any judicial or administrative proceedings or procedures, connected directly or indirectly with these claims, including immunity from court jurisdiction and immunity from any measures of constraint that can be connected directly or indirectly with these claims, regardless of the jurisdiction (national or supranational) under which they are initiated."

De brief van [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] luidt als volgt:

"We return you herewith the Notices of Arbitration on the arbitration proceedings initiated under Article 9 of the Agreement between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the Encouragement and Mutual Protection of Investments before the Permanent Court of Arbitration by the Aeroport Belbek LLC and Mr. [betrokkene 1] vs. the Russian Federation (...) and by the PJSC CB PrivatBank and the Finance Company Finilon LLC vs. the Russian Federation (...).

It is manifest that such claims cannot be considered under the Agreement mentioned above and, therefore, the Agreement cannot serve as a basis for composing an arbitral tribunal to settle these claims.

In accordance with paragraph 1 Article 1 of the Agreement the term "investment" means every kind of movable and immovable and intellectual property invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the legislation of the latter contracting Party. The property in question which is the matter of the claims is situated in the territory of the Crimea and Sevastopol, i.e. in the territory that was a part of Ukraine but at the present time pursuant to the will of people forms an integral part of the territory of the Russian Federation and cannot be regulated by the Agreement.

On the basis of the abovementioned the Russian Federation does not recognize the jurisdiction of an international tribunal at the Permanent Court of Arbitration in settlement of the abovementioned claims."

3.15 De Russische Federatie heeft tot aan het wijzen van het deelvonnis van 4 februari 2019 – afgezien van het sturen van de hiervoor genoemde brief – niet deelgenomen aan de arbitrageprocedure. De Russische Federatie is gedurende de arbitrageprocedure op de hoogte gehouden van alle procedurestappen en heeft kopieën ontvangen van alle bij de procedure

behorende stukken, verzoeken en brieven met alle bijlagen.

3.16 Oekraïne heeft in de arbitrageprocedure – met toestemming van het scheidsgerecht – op 16 mei 2016 een zogenoemde *'non-disputing party submission'* ingediend, waarin Oekraïne haar standpunt over de toepasselijkheid van de BIT 1998 voor de onderhavige kwestie heeft toegelicht.

3.17 De arbitrageprocedure is door het scheidsgerecht gesplitst met als doel om kwesties betreffende bevoegdheid (*jurisdiction*) en ontvankelijkheid (*admissibility*) in een preliminaire procedure te behandelen (*bifurcation*). Op 24 februari 2017 heeft het scheidsgerecht een tussenuitspraak (*Interim Award*) gedaan, die is gecorrigeerd op 27 maart 2017. Het dictum van deze uitspraak luidt als volgt:

"For the foregoing reasons, the Tribunal finds that:

1. the Russian Federation has assumed obligations under the Treaty in respect of the Claimants and their claimed investments in the Crimean Peninsula as of 21 March 2014;

2. there is a dispute between the Parties arising in connection with what the Claimants allege to constitute "investments" under the Treaty; and

3. the Claimants have satisfied the notice and negotiation requirements under Article 9 of the Treaty.

3.18 Het scheidsgerecht heeft hierna de arbitrage verder opgesplitst in een aansprakelijkheidsfase en een fase betreffende de omvang van de schadevergoeding (*quantum phase*). Op 4 februari 2019 heeft het scheidsgerecht een deeluitspraak (*Partial Award*) gedaan. Het dictum van deze uitspraak luidt als volgt:

"For the foregoing reasons, the Tribunal finds that:

1. the Tribunal has jurisdiction over PrivatBank's claims under the Treaty;

2. PrivatBank's claims are admissible; and

3. the Russian Federation has breached Article 5 of the Treaty in respect of PrivatBank's investments.

The issue of compensation due in the light of this finding of liability and any decision of the costs of arbitration are deferred to the next phase of the arbitration."

3.19 Het hof zal bij de beoordeling van de vernietigings- en herroepingsgronden voor zover nodig ingaan op de overwegingen van het scheidsgerecht.

3.20 Ten tijde van het pleidooi in deze vernietigings- en herroepingsprocedure was de arbitrale procedure over de omvang van de schadevergoeding nog aanhangig. Bij brief van 21 mei 2019 heeft de Russische Federatie aan het scheidsgerecht te kennen gegeven alsnog deel te zullen nemen aan de arbitrale procedure. Zij heeft bij die brief diverse verzoeken gedaan waarop het scheidsgerecht heeft gerepondeerd in de *Procedural Order no. 7* van 12 september 2019. Kort samengevat is de Russische Federatie door het scheidsgerecht in de gelegenheid gesteld om verweer te voeren met betrekking tot (de omvang van) de schadevergoeding, waarbij zij in dat kader ook in de gelegenheid is gesteld om haar *Illegality Objection* nader uit te werken. De relevante passages van de *Procedural Order no. 7* luiden als volgt:

"2.11 In any event, having reviewed the jurisdictional objections summarized in the Respondent's recent correspondence, as well as the Respondent's Set Aside and Revocation Writs, the Tribunal considers that its Awards address both the threshold jurisdictional issue of the application of the Treaty between the Russian Federation and Ukraine in respect of the Crimean Peninsula in the period from February 2014 onwards, and all other applicable jurisdictional and admissibility requirements under the Treaty.

2.12 *That said, the Tribunal notes that, in support of its argument that "PrivatBank does ... not qualify as an investor within the meaning of Article 1(1) of the [Treaty] who has made investments within the*

meaning of Article 1(2) of the [Treaty], because PrivatBank obtained its investments through corruption, fraud and violence, among other things”(the “Illegality Objection”), the Respondent has put forward in its Set Aside and Revocation Writs a set of arguments and factual evidence that was neither put before the Tribunal by the Claimant, nor addressed by the Tribunal in its Awards. Although the Respondent could have raised this issue at an earlier stage of these proceedings, the Tribunal considers that, in view of the substantial new evidence now adduced by the Respondent, as well as the serious nature of its allegations, it would be appropriate to allow the Respondent to make submissions on its Illegality Objection, should it wish to do so. In order to minimize any delay resulting from such submissions and given that the Respondent’s arguments and evidence in respect of the Illegality Objection will likely also be relevant to the damages issues in these proceedings, the Tribunal considers that any such submissions should be made in the Respondent’s submissions on compensation (as to which, see paragraph 2.24 below).

2.13 *The Tribunal accordingly denies the Respondent’s request for permission to make written and oral submissions on jurisdiction, save that in its submissions on compensation (as to which, see paragraph 2.24 below) the Respondent may make submissions in respect of its Illegality Objection.”*

4 De vorderingen

4.1 De Russische Federatie heeft het hof in de vernietigingsprocedure verzocht om de arbitrale vonnissen van 24 februari 2017, zoals gecorrigeerd op 27 maart 2017, en 4 februari 2019 te vernietigen, met veroordeling van PrivatBank in de (werkelijke) kosten van dit geding, inclusief nakosten en te vermeerderen met wettelijke rente.

4.2 De Russische Federatie heeft het hof in de herroepingsprocedure verzocht om de arbitrale vonnissen (van 24 februari 2017, 27 maart 2017 en 4 februari 2019) te herroepen en te vernietigen, met veroordeling van PrivatBank in de werkelijke kosten van dit geding.

4.3 PrivatBank concludeert zowel in de vernietigings- als in de herroepingsprocedure tot niet-ontvankelijkverklaring van de Russische Federatie in haar vorderingen dan wel tot afwijzing van die vorderingen.

5 De beoordeling in de vernietigingsprocedure

5.1 Uitgangspunten voor de uitleg van de BIT 1998

5.1.1 Verschillende van de door de Russische Federatie voor haar vordering tot vernietiging aangevoerde grondslagen maken uitleg van de BIT 1998 noodzakelijk. Tussen partijen is, terecht, niet in geschil dat de bepalingen van de BIT 1998 moeten worden uitgelegd aan de hand van de maatstaven van de artikelen 31 en 32 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (WVV). Deze bepalingen luiden als volgt:

“Article 31. General rule of interpretation

1. *A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*

2. *The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:*

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. *There shall be taken into account, together with the context:*

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. *A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.*

Article 32. Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable."

5.1.2 De manier waarop deze artikelen moeten worden toegepast is door de Hoge Raad (HR 5 november 2021, Russische Federatie tegen HVY, ECLI:NL:HR:2021:1645) als volgt omschreven:

"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 (de statenpraktijk). 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."

5.2 Levert het aanhangig maken van deze vernietigings- en herroepingsprocedure misbruik van procesrecht op?

5.2.1 PrivatBank heeft verder als algemene stelling aangevoerd, dat de Russische Federatie met het instellen van deze vernietigings- en herroepingsprocedures misbruik van procesrecht maakt en handelt in strijd met de internationaalrechtelijk vereiste goede trouw, omdat in deze procedures door de Russische Federatie een procespositie wordt gekozen die strijdig is met het overigens door de Russische Federatie gehuldigde uitgangspunt dat de Krim rechtens deel uitmaakt van de Russische Federatie. Het Constitutionele Hof van de Russische Federatie oordeelde immers dat de Krim in Russisch-grondwettelijke zin deel uitmaakt van het grondgebied van de Russische Federatie. Naast de rechtsprekende macht hebben ook de uitvoerende macht en de wetgevende macht van de Russische Federatie publiekelijk het standpunt ingenomen dat de Krim deel uitmaakt van het grondgebied van de Russische Federatie. De vordering van de Russische Federatie, die tot uitgangspunt neemt dat de Krim niet tot de *territory* van de Russische Federatie behoort, geldt daarom als een vordering

gebaseerd op feiten en omstandigheden waarvan de Russische Federatie de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan de Russische Federatie op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. De Russische Federatie heeft ook geen belang bij haar vorderingen tot vernietiging, omdat de arbitrale procedure nog loopt en de Russische Federatie haar argumenten over illegaliteit daar nog kan inbrengen. Dit alles brengt volgens PrivatBank mee dat de vorderingen van de Russische Federatie zonder een uitgebreide inhoudelijke beoordeling verworpen kunnen worden.

5.2.2 De Russische Federatie heeft bestreden dat sprake is van misbruik van procesrecht. Haar vorderingen zijn niet op voorhand kansloos, integendeel. Zij heeft haar stellingen in deze procedure in ruime mate met feitelijke en juridische argumenten onderbouwd. Aan de strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf voor misbruik van procesrecht, zoals die volgt uit het arrest Duka/Achmea (HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828, NJ 2012/233) is niet voldaan. De Russische Federatie heeft wel degelijk belang bij haar vernietigingsvordering; er ligt immers een tussenuitspraak van het scheidsgerecht waarin deze een definitief oordeel heeft geveld over zijn bevoegdheid.

5.2.3 Het hof verwerpt de stelling dat de vorderingen van de Russische Federatie afstuiten op misbruik van procesrecht. Er is niet veel rechtspraak die betrekking heeft op de een situatie als de onderhavige, incorporatie van een gedeelte van een verdragsland bij een BIT in het andere verdragsland. Deze procedure heeft verder niet tot onderwerp of de Krim onderdeel is van de Russische Federatie, maar of de BIT 1998 van toepassing is op de gestelde Oekraïense investeringen. De vernietigingsvordering van de Russische Federatie vergt een zorgvuldige uitleg van de BIT 1998. Er is dus geen sprake van een vordering die wegens de evidente ongegrondheid ervan in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Het *territory*-argument is bovendien maar één van de argumenten waarop de Russische Federatie haar standpunt dat sprake is van onbevoegdheid van het scheidsgerecht baseert. Het hof zal bij de beoordeling van dit argument (zie hieronder vanaf 5.7.1) ingaan op de betekenis van het feit dat (organen van) de Russische Federatie zelf het standpunt huldigen dat de Krim onderdeel uitmaakt van de Russische Federatie.

5.2.4 Het is ook onjuist dat de vordering van de Russische Federatie (in al haar aspecten) prematuur is. De Russische Federatie heeft terecht naar voren gebracht dat de *Partial Award*, een gedeeltelijk eindvonnis is waartegen de Russische Federatie genoodzaakt was om binnen de daarvoor geldende termijn een rechtsmiddel in te stellen. Het oordeel van het scheidsgerecht over – onder meer – het territoriale toepassingsgebied van de BIT 1998 en de vraag of in het licht van het temporele toepassingsbereik van de BIT 1998 sprake is van *investments* staat in de volgende fase van de arbitrale procedure niet meer ter discussie. Wat betreft de vraag of de stellingen omtrent de illegaliteit van de investeringen prematuur zijn: hierop komt het hof terug onder 5.10 van deze uitspraak, waarin op de illegaliteitsargumenten van de Russische Federatie wordt ingegaan.

5.3 De bevoegdheid van het scheidsgerecht

5.3.1 Artikel 1065 lid 1 Rv bepaalt dat vernietiging van een arbitraal vonnis slechts kan plaatsvinden op een of meer van de in dat artikellid onder a t/m e genoemde gronden.

I *De grondslag van artikel 1065 lid 1 onder a Rv*

5.3.2 In artikel 1065 lid 1 onder a Rv is genoemd de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt. De Russische Federatie heeft in deze procedure op de volgende gronden aangevoerd dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt:

I(a) Het oordeel van het scheidsgerecht impliceert een oordeel over de

(soevereiniteits)status van de Krim; het scheidsgerecht was onbevoegd daarover te oordelen.

I(b) De BIT 1998 schept geen verplichting voor de Russische Federatie ten aanzien van Oekraïense investeringen op de Krim zonder de gespiegelde verplichtingen van Oekraïne ten opzichte van investeringen in Oekraïne door investeerders van de Krim (reciprociteitsbeginsel).

I(c) De Krim was ten tijde van de gestelde investeringen geen onderdeel van het *territory* van de Russische Federatie zoals gedefinieerd in artikel 1 lid 4 BIT 1998; het scheidsgerecht is uitgegaan van een verkeerde uitleg van het begrip *territory*.

I(d) De binnenlandse investeringen van PrivatBank zijn geen *investments* in de zin van artikel 1 in samenhang met artikelen 9 en 12 BIT 1998. Er is sprake van oorspronkelijk binnenlandse investeringen die niet beschermd worden door de BIT 1998, ook niet na de incorporatie van de Krim. Het scheidsgerecht is dus uitgegaan van een verkeerde uitleg van het begrip *investments*.

I(e) PrivatBank is geen *investor* in de zin van artikel 1 lid 2 BIT 1998 onder meer omdat zij onder haar nationale Oekraïense recht nooit bevoegd zijn geweest buitenlandse investeringen op de Krim te doen. Het scheidsgerecht is dus uitgegaan van een verkeerde uitleg van het begrip *investor*.

I(f) PrivatBank heeft vanwege illegaal handelen geen *investments* gedaan en is vanwege die reden ook geen *investor* in de zin van de BIT 1998.

II De grondslag van artikel 1065 lid 1 onder e Rv

5.3.3 Daarnaast is in artikel 1065 lid 1 onder e Rv als grond voor vernietiging genoemd dat het vonnis in strijd is met de openbare orde. De Russische Federatie heeft ook op deze grond een beroep gedaan. In dat verband heeft zij het volgende betoogd:

(i) Het scheidsgerecht heeft bevoegdheid aangenomen ten aanzien van een kwestie (de status van de Krim onder de BIT 1998) die niet ter vrije bepaling van partijen staat.

(ii) De arbitrale vonnissen honoreren corruptie, fraude en geweld van PrivatBank.

(iii) Een vonnis dat berust op het bewust door PrivatBank verzwijgen van essentiële gegevens, is naar zijn wijze van totstandkoming in strijd met de openbare orde.

5.4 **Uitgangspunten bij de toetsing van de bevoegdheid van het scheidsgerecht op grond van artikel 1065 lid 1 onder a Rv**

Aard van de toetsing

5.4.1 Ingevolge artikel 1020 lid 1 Rv kunnen partijen bij overeenkomst geschillen die tussen hen uit een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan, aan arbitrage onderwerpen. Het scheidsgerecht is gerechtigd te oordelen over zijn bevoegdheid (artikel 1052 lid 1 Rv), maar het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter brengt mee dat de beantwoording van de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst is gesloten uiteindelijk aan de rechter is opgedragen. Het fundamentele karakter van dit recht brengt ook mee dat een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond vermeld in artikel 1065 lid 1 onder a Rv, inhoudende dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, door de rechter niet terughoudend wordt getoetst.

5.4.2 Bij een bilateraal investeringsverdrag als de BIT 1998, op grond waarvan een onderdaan van een verdragsluitende staat een geschil tegen de andere verdragsluitende staat aan een scheidsgerecht kan voorleggen, wordt de verdragsbepaling die dit mogelijk maakt gezien als een open uitnodiging van een staat aan alle investeerders uit de andere verdragsluitende staat om tussen hen gerezen geschillen voor te leggen aan een scheidsgerecht. Door de aanvaarding van dat (derden)beding door de investeerder, in dit geval door het aanhangig

maken van een arbitrale procedure, komt de overeenkomst tot arbitrage tot stand. Indien echter moet worden aangenomen dat de voorwaarden waaronder het aanbod tot arbitrage is gedaan niet zijn vervuld, is geen sprake van een geldige arbitrageovereenkomst. Voor deze zaak betekent dit dat de hiervoor in rov. 5.3.2 onder a tot en met f genoemde, door de Russische Federatie opgeworpen gronden door het hof volledig moeten worden getoetst door een uitleg van de BIT 1998 aan de hand van de hiervoor genoemde uitlegmaatstaven die volgen uit het WVV.

Heeft de Russische Federatie het recht verwerkt om onbevoegdheidsgronden naar voren te brengen?

Het standpunt van PrivatBank

5.4.3 PrivatBank heeft alle door de Russische Federatie aangevoerde gronden voor onbevoegdheid van het scheidsgerecht bestreden. PrivatBank heeft als algemeen argument voor het falen van deze gronden naar voren gebracht dat de Russische Federatie op dit punt niet-ontvankelijk is omdat de onbevoegdheidsgronden tijdens de arbitrage naar voren konden worden gebracht.

5.4.4 PrivatBank heeft het preliminaire verweer als volgt toegelicht.

5.4.4.1 Artikel 1052 lid 2 Rv bepaalt dat een partij in een arbitrageprocedure voor alle weren dient te betogen dat geen sprake is van een geldige arbitrageovereenkomst, op straffe van verval van het recht om zich in een latere fase in de arbitrale procedure of een erop volgende gerechtelijke procedure te beroepen op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht. In het verlengde hiervan bepaalt artikel 1065 lid 2 Rv dat de afwezigheid van een geldige arbitrageovereenkomst niet kan leiden tot vernietiging van een arbitraal vonnis indien de verschenen eiser niet voor alle andere weren in de arbitrageprocedure heeft aangevoerd dat er geen geldige arbitrageovereenkomst bestond.

5.4.4.2 De Russische Federatie heeft zich in de arbitrageprocedure nauwelijks uitgelaten over de vermeende onbevoegdheid van het scheidsgerecht. De brief van [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] bevat de enige inhoudelijke alinea hierover die de Russische Federatie naar voren heeft gebracht gedurende de arbitrage tot aan het gedeeltelijk eindvonnis. Er is geen reden waarom de Russische Federatie het verweer in de brief van [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] niet nader heeft uitgewerkt.

5.4.4.3 De Russische Federatie geeft ook geen verklaring waarom zij niet eerder een beroep op deze en aanvullende argumenten heeft gedaan, terwijl zij daartoe herhaaldelijk werd uitgenodigd. Het scheidsgerecht heeft in *Procedural Order no. 7* bevestigd dat de Russische Federatie ruimschoots de gelegenheid heeft gehad dergelijke gronden aan te voeren.

5.4.4.4 Het scheidsgerecht biedt de Russische Federatie bovendien zelfs de gelegenheid zich in de *quantum phase* uit te laten over de vermeende onrechtmatigheid van PrivatBanks investeringen. Omdat de Russische Federatie nog de gelegenheid heeft deze overwegingen tijdens de arbitrage aan de orde te stellen, heeft zij er ook geen belang bij om deze elementen te laten beoordelen in een vernietigingsprocedure.

5.4.4.5 Ieder beroep van de Russische Federatie op onbevoegdheidsgronden die niet tijdens de arbitrage zijn aangevoerd of die tijdens de *quantum phase* besproken zullen worden, is strijdig met de beginselen van een goede procesorde. Het toelaten van dergelijke argumenten druist in tegen het belang van een efficiënte procesvoering. Deze argumenten moeten daarom terzijde geschoven worden.

Het standpunt van de Russische Federatie

5.4.5 Het standpunt van de Russische Federatie op dit punt kan als volgt worden samengevat.

5.4.5.1 Artikel 1052 lid 2 Rv bepaalt alleen voor een partij die in het arbitraal geding is verschenen dat zij voor alle weren een beroep moet doen op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt, zulks op straffe van verval van haar recht om op dat ontbreken later alsnog een beroep te doen.

5.4.5.2 De Russische Federatie is niet verschenen in de arbitrale procedure. Met verschijnen in de zin van artikel 1052 lid 2 Rv wordt – naar volgt uit de parlementaire geschiedenis – bedoeld dat een partij op enigerlei wijze aan de arbitrage deelneemt, bijvoorbeeld door medewerking te verlenen aan de benoeming van arbiters.

5.4.5.3 De Russische Federatie heeft op geen enkele wijze deelgenomen aan de arbitrage; zij heeft geen arbiter benoemd, geen medewerking verleend aan de benoeming van de arbiters, geen conclusie van antwoord ingediend, geen enkele zitting bijgewoond, geen *fees* betaald en nooit met de in de arbitrage betrokken eisende partijen gecommuniceerd.

5.4.5.4 Dat de Russische Federatie op geen enkele wijze heeft deelgenomen aan de arbitrage is bovendien door zowel het scheidsgerecht als PrivatBank erkend.

5.4.5.5 De namens de Russische Federatie beleefdheidshalve aan het PHA gestuurde brieven zijn niet aan eisers en evenmin aan de – toen al benoemde – arbiters gestuurd; het PHA heeft de brieven eigener beweging doorgestuurd aan het scheidsgerecht.

5.4.5.6 De Russische Federatie heeft geen verweer ten principale gevoerd. Dit heeft het scheidsgerecht bindend vastgesteld. PrivatBank heeft in de arbitrage uitdrukkelijk erkend dat de Russische Federatie geen verweer heeft gevoerd.

5.4.5.7 Zelfs als geoordeeld zou moeten worden dat de Russische Federatie in de arbitrage is verschenen door het sturen van de genoemde brieven, mist de sanctie van artikel 1065 lid 2 Rv jo 1052 lid 2 Rv toepassing. Ook het beroep op rechtspraak zoals het arrest Smit Bloembollen/Ruwa Bulbs (ECLI:NL:HR:2009:BG6443) mist toepassing: dit arrest ziet alleen op een situatie waarin een verweerder wel in de arbitrage is verschenen en in die procedure principaal verweer heeft gevoerd. De Russische Federatie heeft geen van beide gedaan.

5.4.5.8 Tot slot heeft de Russische Federatie aangevoerd dat – voor zover zij geldt als een partij die is verschenen en die principaal verweer heeft gevoerd – het haar vrijstond om haar bevoegdheidsverweren in de vernietigingsprocedure nader uit te werken.

Het oordeel van het hof

5.4.6 Allereerst moet beoordeeld worden of de Russische Federatie is verschenen in de arbitrale procedure. Als zij niet is verschenen, gelden in deze vernietigingsprocedure geen – uit artikel 1052 lid 1 en 2 in samenhang met artikel 1065 lid 2 Rv voortvloeiende – beperkingen voor het opwerpen van gronden waarop het scheidsgerecht onbevoegd was.

Indien de Russische Federatie wel geldt als verschenen, moet worden uitgegaan van de volgende door de Hoge Raad aanvaarde maatstaf:

"Het samenstel van bepalingen van art. 1052 lid 1 en 2 en art. 1065 lid 1 sub a Rv strekt ertoe te bewerkstelligen dat, indien een partij de bevoegdheid van het scheidsgerecht wil betwisten vanwege het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, daarover door het scheidsgerecht in een vroeg stadium van de procedure een beslissing kan worden genomen, waardoor zoveel mogelijk voorkomen wordt dat onnodige proceshandelingen verricht zouden worden indien een later (in het arbitraal geding of bij de gewone rechter) gedaan beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, alsnog zou moeten leiden tot het oordeel dat het scheidsgerecht onbevoegd is. In het licht van deze strekking moet beoordeeld worden of en in hoeverre toelaatbaar is dat een partij die in het arbitraal geding voor alle weren een beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage heeft gedaan, het beroep daarop in het verdere verloop van het arbitraal geding dan wel in de vernietigingsprocedure met nieuwe feitelijke of juridische stellingen onderbouwt. Niet kan als algemene regel worden aanvaard dat daartoe nimmer ruimte zou bestaan. Telkens zal in een concreet geval beoordeeld moeten worden of een nieuwe feitelijke of juridische stelling, mede gelet op de eisen van een goede procesorde, in

strijd komt met de hiervoor weergegeven strekking van de wettelijke regeling.”

5.4.7 De hierboven onder 3.14 geciteerde brieven zijn – tot het wijzen van de *Partial Award* – het enige teken van leven van de Russische Federatie geweest in de arbitrale procedure. Partijen gaan er terecht beide van uit dat in een arbitrale procedure geen formele eisen gelden voor het verschijnen in de procedure. Op zich is het dus mogelijk dat dergelijke brieven, ook als er verder geen participatie is, als een verschijnen moeten worden aangemerkt. Dat kan het geval zijn als (één van) de desbetreffende brieven het karakter hebben (heeft) van een (beknopt) verweerschrift. Dat is met deze brieven niet het geval. Op zichzelf is niet doorslaggevend dat de Russische Federatie in de begeleidende brief van 1 juli 2015 te kennen heeft gegeven dat de bijgevoegde brief van [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] niet moet worden opgevat als een deelname aan de arbitrage. Het gaat om uitleg van de brief aan de hand van objectieve maatstaven, en niet om de uitleg die een partij daar zelf – in een begeleidende brief – aan geeft. Evenmin is doorslaggevend dat de brief aan het PHA is gestuurd, en niet aan het scheidsrecht. PrivatBank moest er immers van uit gaan dat deze brief aan partijen zou worden doorgestuurd. Doorslaggevend is dat de hoofdboodschap van de brief van 16 juni 2015 is dat de Russische Federatie de *Notice of Arbitration* retourneert met de kennelijke bedoeling dat zij niet aan de arbitrale procedure zal deelnemen. Die boodschap is toegelicht met slechts twee volzinnen waarin is uiteengezet waarom het tribunaal onbevoegd wordt geacht. De brief heeft daarmee niet het karakter van een (beknopt) verweerschrift. Dat het scheidsrecht het in de brief genoemde bevoegdheidsverweer wel heeft behandeld, maakt dit niet anders. Het scheidsrecht was immers gehouden ook eigener beweging te toetsen of het bevoegd was en heeft dat ook – los van de desbetreffende brief – gedaan. In alinea 157 van de *Interim Award* van 24 februari 2017 overwoog het scheidsrecht immers: “*As it informed the Parties by letter from the PCA dated 19 March 2016, the Tribunal considers that it is required to determine its jurisdiction and the admissibility of the claims whether or not objections have been raised by the respondent*”. De Russische Federatie heeft verder terecht naar voren gebracht dat zowel het scheidsrecht (in hoofdstuk 3 van het arbitrale tussenvonnissen van 24 februari 2017 onder “*The Respondent’s non-participation*”) als PrivatBank tijdens de arbitrale procedure er blijk van hebben gegeven dat zij de Russische Federatie beschouwden als “niet verschenen”.

5.4.8 Het voorgaande brengt mee dat de Russische Federatie niet het recht heeft verwerkt om bepaalde onbevoegdheidsgronden in deze procedure naar voren te brengen. Ook het feit dat de Russische Federatie in *Procedural Order no. 7* in de gelegenheid is gesteld om haar *illegality objection* in het kader van de *quantum phase* uit te werken staat er niet aan in de weg dat volledig getoetst moet worden of het scheidsrecht bevoegd was.

Is het hof in deze vernietigingsprocedure gebonden aan de door het scheidsrecht gegeven gronden voor bevoegdheid?

Het standpunt van de Russische Federatie

5.4.9 De Russische Federatie heeft van haar kant als overkoepelende stelling voor de beoordeling van de bevoegdheid ingenomen, dat dit hof als “vernietigingsrechter” enkel mag beoordelen of de door het scheidsrecht gehanteerde gronden voor zijn bevoegdheid juist zijn. Als die gronden niet juist zijn, moet de arbitrale uitspraak worden vernietigd. Het hof kan volgens de Russische Federatie als vernietigingsrechter niet zelf bevoegdheidsgronden onder de arbitrale uitspraak schuiven. De Russische Federatie heeft dit als volgt geformuleerd:

“De volledige en niet-terughoudende, oftewel integrale, toetsing onder artikel 1065 lid 1 sub a Rv wil dus zeggen dat, voor zover daartegen het vernietigingsberoep is gericht, de gewone rechter alleen de uitdrukkelijke, positieve bevoegdheidsbeslissing van het scheidsrecht volledig toetst:

was die bevoegdheidsaanvaarding op de door het scheidsgerecht dáárvoor aangegeven grond al dan niet juist. Daar houdt de taak van de rechter ex artikel 1065 lid 1 onder a Rv op. De gewone rechter kan niet een alternatieve, al dan niet door de eiser in de arbitrage of pas door hem als verweerder in de vernietigingsprocedure ingeroepen, bevoegdheidsgrond onder het arbitraal vonnis schuiven teneinde de vernietiging ervan te voorkomen."

Het standpunt van PrivatBank

- 5.4.10 PrivatBank heeft deze stelling bestreden. Er is volgens haar geen bepaling in het Nederlandse procesrecht te vinden die de toetsing door de vernietigingsrechter in een vernietigingsprocedure beperkt tot de positieve bevoegdheidsoordelen van het scheidsgerecht. Uit artikel 1052 lid 4 en 5 Rv en artikel 1065 lid 1 onder a Rv volgt welke arbitrale vonnissen kunnen worden vernietigd, te weten uitsluitend arbitrale vonnissen waarin het scheidsgerecht zichzelf bevoegd heeft verklaard, maar deze artikelen bepalen niets over hoe die toetsing tot vernietiging dient plaats te vinden. Zolang er geen procesrechtelijke beperkingen zijn, staat het de rechter vrij om andere argumenten in aanmerking te nemen en staat het een gedaagde vrij om zijn verweer op de best mogelijk wijze vorm te geven. Het vereiste van doelmatigheid en finaliteit in arbitrage brengt mee dat PrivatBank bevoegdheidsargumenten kan inroepen die ofwel zijn verworpen ofwel niet door het scheidsgerecht aan de orde zijn gesteld. Indien een rechter een arbitraal vonnis zou vernietigen omdat het scheidsgerecht bevoegdheid heeft aangenomen op basis van grond x, maar in feite bevoegdheid had op basis van grond y, dan zou een volledige arbitrageprocedure voor niets zijn gevoerd, ook al was het onderzoek van het geschil door het scheidsgerecht objectief gezien gerechtvaardigd.

Het oordeel van het hof

- 5.4.11 Het hof verwijst op dit punt naar het arrest van de Hoge Raad in de zaak van de Russische Federatie tegen HVY, HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, waaruit volgt dat de vernietigingsrechter vrij is om op andere dan de door het scheidsgerecht gehanteerde gronden te oordelen dat het scheidsgerecht zich terecht bevoegd heeft geacht om van het geschil kennis te nemen:

"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. Dat hangt samen met het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter. 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, 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."

5.4.12 Onder vigeur van de huidige artikelen 1052 tot en met 1067 Rv valt deze beoordeling niet anders uit. Dit betekent dat het hof zelfstandig moet beoordelen of het scheidsgerecht bevoegdheid kon aannemen, en daarbij (gedeeltelijk) andere gronden kan betrekken dan die welke het scheidsgerecht zelf aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd. Het hof hoeft daarom in onderstaande beoordeling van de bevoegdheid van het scheidsgerecht, niet in te gaan op de argumentatie van de Russische Federatie voor zover die inhoudt dat door PrivatBank gebezigde argumenten andere zijn dan die welke het scheidsgerecht aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd.

5.5 De (sovereiniteits)status van de Krim (onbevoegdheidsargument Ia)

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.5.1 Het scheidsgerecht heeft de vraag of het gehouden of bevoegd was te oordelen over de (internationaalrechtelijke) legaliteit of illegaliteit van de incorporatie van de Krim onder ogen gezien en daarover het volgende opgenomen in §143 - 144 van de *Interim Award (corrected)* van 27 maart 2017:

"143. The Tribunal observes that its jurisdiction derives from the Treaty alone. It is not an inter-State tribunal of general jurisdiction. While the Tribunal has an incidental jurisdiction under the Treaty to address ancillary issues that are properly engaged by the proceedings of which it is seised and which are necessary for its decisions, its jurisdiction does not in principle go beyond that conferred upon it by the Contracting Parties under Article 9 of the Treaty. Given the circumstances of this case, the Tribunal emphasises these limits on its jurisdiction, which it considers to be axiomatic.

144. In this regard, the Tribunal notes that this Interim Award does not reach any view on the legality or illegality under international law of the incorporation of the Crimean Peninsula by the Russian Federation or on the sovereignty claims of Ukraine and the Russian Federation in respect of the Crimean Peninsula. None of the findings contained in this Interim Award are intended to take any position on such matters."

Het standpunt van de Russische Federatie

5.5.2 De Russische Federatie heeft kort samengevat het volgende naar voren gebracht.

5.5.2.1 Het is algemeen bekend dat Oekraïne de soevereiniteit van de Russische Federatie over de Krim betwist. De Russische Federatie en Oekraïne zijn ook buiten de context van de BIT 1998 verwickeld in diverse interstatelijke geschillen met betrekking tot de Krim. Oekraïne heeft in 2016 op grond van Bijlage VII van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee (hierna: UNCLOS) een arbitrage aanhangig gemaakt, waarin Oekraïne stelt dat zij "coastal state"-rechten heeft ten aanzien van de Zwarte Zee, de Zee van Azov en de Straat van Kertsj. Dit is een aanspraak van Oekraïne op soevereiniteit over de Krim.

5.5.2.2 Een scheidsgerecht dat op grond van de BIT 1998 is samengesteld, is niet bevoegd te beslissen over de status van de Krim tussen de verdragspartijen. Noch Oekraïne, noch de Russische Federatie heeft ermee ingestemd dat het scheidsgerecht zou beslissen over de status van de Krim. Het zogenaamde *Monetary Gold*-beginsel (zie *Italy vs France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America, ICJ Reports 1954, Judgement, 15 juni 1954*) levert een duidelijke belemmering op voor de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Het scheidsgerecht moest, om over de toepasselijkheid van de BIT 1998 te beslissen, bepalen van welke verdragspartij de wetgeving van toepassing is op de Krim. Dit is immers een essentieel onderdeel van onder meer artikel 1 lid 1 BIT 1998. Oekraïne accepteert niet dat de Russische wetgeving van toepassing is op de Krim. Dit raakt de posities van de Russische Federatie en Oekraïne naar internationaal publiekrecht, en

vereiste een beslissing van het scheidsgerecht dienaangaande. Een dergelijke beslissing is van invloed op een derde staat (Oekraïne) waardoor het *Monetary Gold*-beginsel in de weg staat aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Bovendien is het bepalen wier wetgeving van toepassing is op een bepaald grondgebied een zuivere kwestie van soevereiniteit. Daardoor valt dit geschil buiten hetgeen arbitrabel is onder Nederlands recht.

5.5.2.3 Het scheidsgerecht heeft er ten onrechte geen rekening mee gehouden dat het voorwerp en doel van investeringsarbitrage is gericht op de depolitisering van investeringsgeschillen. Als een op grond van de BIT 1998 samengesteld scheidsgerecht zich zou mengen in een kwestie die van invloed is op acute politieke geschillen tussen staten, dan zou het systeem van investeringsarbitrage fundamenteel worden geschaad. De poging van het scheidsgerecht om *territory* op zodanige wijze te definiëren dat politieke vraagstellingen vermeden worden, maakt dit niet anders.

5.5.2.4 Het door Oekraïne in haar *non-disputing party submission* ingenomen standpunt staat haaks op haar in alle overige gremia ingenomen standpunt dat de Krim tot haar grondgebied behoort. Oekraïne heeft ook wetgeving aangenomen waaruit haar soevereiniteitsclaim op de Krim volgt. Het standpunt in de *non-disputing party submission* is daarmee niet te goeder trouw.

5.5.2.5 Internationale jurisprudentie bevat veel voorbeelden van scheidsgerechten die in soortgelijke situaties geen bevoegdheid aanvaarden. In de hiervoor genoemde UNCLOS-arbitrage tussen Oekraïne en de Russische Federatie overwoog het UNCLOS scheidsgerecht dat zijn bevoegdheid zich niet uitstrekke tot een oordeel over de soevereiniteit over de Krim, terwijl een uitspraak over de gestelde rechten als kuststaat noodzakelijkerwijs een expliciet of impliciet oordeel vereiste over de soevereiniteit over de Krim. Het scheidsgerecht heeft zich daarom onbevoegd verklaard ten aanzien van de door Oekraïne ingestelde vorderingen. De Russische Federatie heeft voor soortgelijke uitspraken verwezen naar *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v UK)*, PCA Case No. 2011-03, Award, 18 maart 2015, en *MOX Plant Case (Ireland v UK)*, PCA Case No. 2002-01, Procedural Order no. 3, 24 juni 2003.

Het standpunt van Privatbank

5.5.3 PrivatBank bestrijdt dat het bestaan van een soevereiniteitsgeschil over de Krim tussen de Russische Federatie en Oekraïne in de weg staat aan een toepassing van de BIT 1998 op investeringen in de Krim. Ook onderschrijft PrivatBank niet dat het scheidsgerecht niet kon beslissen over haar vordering zonder daarbij een standpunt in te nemen over dat soevereiniteitsgeschil.

5.5.4 PrivatBank wijst erop dat het scheidsgerecht in het tussenvonnissen expliciet heeft overwogen dat het zich niet uitsprak over de status van de Krim. Het scheidsgerecht heeft zijn bevoegdheid op basis van de BIT 1998 (uitsluitend) beoordeeld op basis van de toepasselijke internationaalrechtelijke normen, waarbij het zich heeft beperkt tot de vraag "*which Contracting Party is responsible under the Treaty to address claims of investors of the other Contracting Party in respect of investments in the Crimean Peninsula*". De bevoegdheidsvraag is dus – op basis van een uitleg van de BIT 1998 – beantwoord zonder een (derden bindende) uitspraak over de status van de Krim te doen. Noch voor de bevoegdheidsvraag van het scheidsgerecht, noch voor het geschil zelf (de schadevergoedingsvordering van PrivatBank voor geleden schade door de onrechtmatige onteigening van haar investeringen op de Krim) is de soevereine status van de Krim beslissend. Het scheidsgerecht heeft dan ook niet over de soevereine status van de Krim geoordeeld noch over enige andere kwestie die niet ter vrije bepaling van partijen staat.

Het oordeel van het hof

5.5.5 Het hof volgt niet de stelling van de Russische Federatie dat het scheidsgerecht, niettegenstaande zijn hierboven geciteerde overwegingen, met zijn oordeel over de

toepasselijkheid van de BIT 1998 een (impliciet of expliciet) oordeel heeft gegeven over het soevereiniteitsconflict tussen de Russische Federatie en Oekraïne.

- 5.5.6 Het standpunt van de Russische Federatie hangt samen met haar uitleg van het begrip *territory* in artikel 1 lid 4 BIT 1998. Volgens de Russische Federatie moet dit begrip worden uitgelegd als *sovereign territory*, terwijl één van de (noodzakelijke) elementen van het begrip *sovereign territory* is, dat de soevereiniteit van een staat over een bepaald grondgebied internationaal wordt erkend. Als deze uitleg juist is, zou het scheidsgerecht met zijn oordeel dat de Krim kan worden gezien als *territory* van de Russische Federatie in de zin van artikel 1 lid 4 van de BIT 1998, inderdaad (impliciet) een oordeel hebben gegeven over de soevereiniteitskwesitie. Het scheidsgerecht heeft in de arbitrale tussenuitspraak echter geoordeeld, dat het begrip *territory* nu juist niet moet worden uitgelegd als *sovereign territory* in deze zin. Het scheidsgerecht oordeelde (heel kort samengevat) dat voor de toepassing van artikel 1 lid 4 BIT 1998 voldoende is dat de Russische Federatie *settled, long-term control* heeft over de Krim hetgeen er – mede – toe heeft geleid dat de Russische Federatie de verantwoordelijkheid voor de internationale betrekkingen van de Krim op zich heeft genomen. Het scheidsgerecht hoefde, gegeven deze uitleg, geen oordeel te geven over het soevereiniteitsgeschil tussen de Russische Federatie en Oekraïne en heeft dat ook niet gedaan. Het heeft zich enkel gebaseerd op de feitelijke stand van zaken op de Krim. Of deze uitleg van het begrip *territory* juist is, komt hierna aan de orde. Waar het hier om gaat is dat het scheidsgerecht niet heeft geoordeeld over de soevereine status van de Krim.
- 5.5.7 Voor zover de Russische Federatie betoogt dat ook de vaststelling dat op de Krim sinds de incorporatie de wetten van de Russische Federatie gelden, een oordeel vergt over het soevereiniteitsconflict, volgt het hof de Russische Federatie daarin niet. Dat sinds de incorporatie de wetgeving van de Russische Federatie wordt toegepast op het grondgebied van de Krim is een feitelijke vaststelling; het houdt geen oordeel in over de (internationaalrechtelijke) rechtmatigheid daarvan.
- 5.5.8 De Russische Federatie heeft verder, ter ondersteuning van haar standpunt, verwezen naar een arbitraal vonnis van 21 februari 2020, gewezen tussen Oekraïne en de Russische Federatie betreffende een *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation, PCA Case No. 2017-06)*. Deze uitspraak maakt niet dat het hof tot een ander oordeel komt. In de uitspraak waar de Russische Federatie naar verwijst, was de vraag welk land soevereiniteit bezit op de Krim volledig bepalend voor de gegrondheid van bepaalde vorderingen van Oekraïne, die gebaseerd waren op het UNCLOS. Het UNCLOS geeft onder meer een "kuststaat" het recht om verschillende activiteiten te verrichten in de wateren voor de kust. In de UNCLOS-zaak had Oekraïne zich op het standpunt gesteld dat zij soevereiniteit had over de Krim (*Interim Award* §152). Om te bepalen of Oekraïne gold als kuststaat in de zin van dat verdrag, was het daarom volgens het scheidsgerecht nodig om te bepalen wie de soevereiniteit had op de Krim. Daartoe achtte het scheidsgerecht zich niet bevoegd. Anders dan in deze zaak heeft het scheidsgerecht in de UNCLOS-zaak zijn bevoegdheid niet gebaseerd op de uitoefening van "*settled jurisdiction or control*", waarvoor geen oordeel over de soevereiniteit nodig is. Daarbij komt dat deze zaak zich onderscheidt van de onderhavige zaak doordat het een geschil tussen de (verdrags)staten zelf betrof en niet tot onderwerp had het (gestelde) aantasten van investeringen van derden, te weten (rechts)personen gevestigd of woonachtig in een verdragsstaat. Voor de andere UNCLOS-zaken waarnaar de Russische Federatie verwijst geldt hetzelfde.
- 5.5.9 Het hof zal in het onderstaande ingaan op de bezwaren die de Russische Federatie heeft tegen de door het scheidsgerecht aan het begrip *territory* gegeven uitleg. Het hof zal daarbij voor zover nodig de argumenten betrekken die de Russische Federatie heeft aangevoerd in het kader van de vraag of het scheidsgerecht ten onrechte in het soevereiniteitsgeschil is getreden.

5.6 Reciprociteit (onbevoegdheidsargument Ib)

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.6.1 Het reciprociteitsargument is door de Russische Federatie in de arbitrale procedure niet aangevoerd en niet als zodanig behandeld door het scheidsgerecht. Wel heeft het scheidsgerecht in de *Interim Award* van 24 februari 2017 aandacht besteed aan de *non-disputing party submission* van Oekraïne. Het scheidsgerecht heeft uit die *submission* afgeleid dat Oekraïne de soevereiniteitsclaim van de Russische Federatie op de Krim bestrijdt, maar tegelijkertijd in praktische zin aanvaardt dat de Russische Federatie sinds de incorporatie rechtsmacht heeft over en effectieve controle uitoefent op de Krim. Oekraïne beschouwt dit als een bestendige situatie en accepteert dat de Russische Federatie de verantwoordelijkheid voor de buitenlandse betrekkingen van de Krim op zich heeft genomen (*Interim Award* van 24 februari 2017, §129). Het scheidsgerecht heeft het standpunt van Oekraïne betrokken bij zijn oordeel dat de Russische Federatie degene is die de facto soevereiniteit uitoefent op de Krim en daarmee de verantwoordelijkheid is gaan dragen voor de buitenlandse betrekkingen van de Krim.

Het standpunt van de Russische Federatie

5.6.2 De Russische Federatie heeft – naast en in het verlengde van het hierna te bespreken *territory*-argument – benadrukt dat de BIT 1998 na de incorporatie van de Krim niet kan worden toegepast, omdat voor de werking van de BIT 1998 noodzakelijk is dat sprake is van reciprociteit. Omdat Oekraïne op grond van haar eigen wetgeving geen bescherming biedt onder de BIT 1998 voor investeringen op haar grondgebied door Krimse investeerders, kunnen er volgens de Russische Federatie geen verplichtingen van de Russische Federatie onder de BIT 1998 bestaan ten aanzien van Oekraïense investeringen op de Krim.

5.6.3 De Russische Federatie heeft dit standpunt als volgt nader uitgewerkt.

5.6.3.1 Bij het sluiten van de BIT 1998 stond partijen voor ogen dat dit verdrag betrekking had op de respectieve soevereine grondgebieden van beide verdragspartijen op dat moment. Voor de toepassing van de BIT 1998 op de Krim, is een duidelijke en ondubbelzinnige overeenkomst tussen de verdragspartijen vereist. Er is geen ruimte voor een dergelijke overeenkomst zolang Oekraïne de soevereiniteit van de Russische Federatie over de Krim niet accepteert, en daarmee ook haar eigen verplichtingen onder de BIT 1998 niet accepteert jegens Russische investeerders op de Krim die investeren in Oekraïne.

5.6.3.2 Het reciprociteitsbeginsel, als onderliggend fundamenteel grondbeginsel van de BIT 1998, staat in de weg aan een eenzijdige wijziging van de toepasselijkheid van de BIT 1998, zonder een daarmee samenhangende wijziging door de andere verdragspartij.

5.6.3.3 Oekraïne heeft wetgeving aangenomen die het onmogelijk maakt om onder de BIT 1998 bescherming te bieden aan investeerders uit de Krim die investeringen hebben gedaan op het grondgebied van Oekraïne. Een juiste interpretatie te goeder trouw van de BIT 1998 kan niet zijn dat er nieuwe verplichtingen ontstaan voor de Russische Federatie met betrekking tot Oekraïense investeringen op de Krim, maar geen corresponderende nieuwe verplichtingen voor Oekraïne voor investeringen vanuit de Krim in Oekraïne. Het aannemen van éézijdige verplichtingen druist direct in tegen het reciprociteitsbeginsel en daarmee tegen de aard van de BIT 1998.

5.6.3.4 Het scheidsgerecht heeft ten onrechte het ontbreken van wederkerigheid niet in aanmerking genomen bij de aanneming van nieuwe, niet tussen de verdragspartijen overeengekomen verplichtingen voor de Russische Federatie.

5.6.3.5 De weigering van Oekraïne om investeringen vanuit de Krim in Oekraïne op grond van de BIT 1998 te beschermen, brengt mee dat de Russische Federatie met een beroep op dit

principe haar wederkerige prestaties kan opschorten. Dit volgt ook uit het ook in het verdragenrecht geldende principe van de *exceptio non adimpleti contractus*.

Het standpunt van PrivatBank

5.6.4 PrivatBank heeft samengevat het volgende aangevoerd.

5.6.4.1 Het beginsel van wederkerigheid is irrelevant voor de onderhavige procedure. Of een geldige arbitrageovereenkomst tussen partijen bestaat, is niet afhankelijk van het beginsel van wederkerigheid; de BIT 1998 stelt niet een dergelijke voorwaarde, ook niet in artikel 9 BIT 1998.

5.6.4.2 Voor zover sprake zou zijn van een geschil tussen de verdragspartijen zou dat opgelost moeten worden via de band van artikel 10 BIT 1998. Het staat overigens niet vast of Oekraïne bescherming zal bieden aan Russische investeerders vanuit de Krim. Bovendien is het niet Oekraïne als verdragspartij die zeggenschap heeft over het aannemen van bevoegdheid, maar een scheidsgerecht benoemd op grond van artikel 9 BIT 1998.

5.6.4.3 Investeerders die het in de BIT 1998 besloten liggende geclausuleerde aanbod tot arbitrage aanvaardden, hebben zelfstandige rechten. Dit zijn weliswaar afgeleide rechten, maar deze rechten zijn niet afhankelijk van de rechten en verplichtingen die de verdragspartijen jegens elkaar hebben. Het handelen van de thuisstaat heeft dan ook geen invloed op de bestaande rechten van een beschermde investeerder jegens de gaststaat of op de corresponderende verplichtingen van de gaststaat jegens die investeerder. Het is dus onjuist dat de Russische Federatie wegens beweerdelijk handelen door Oekraïne haar verplichtingen zou kunnen opschorten jegens PrivatBank.

Het oordeel van het hof

5.6.5 Het hof wijst het standpunt af dat de BIT 1998 geen gelding heeft op de Krim wegens gebrek aan wederkerigheid. Als uitgangspunt geldt dat geen van beide verdragspartijen de BIT 1998 heeft geschorst of opgezegd. Door het aanhangig maken van deze procedure heeft PrivatBank het door de Russische Federatie in de BIT 1998 gedane aanbod tot arbitrage aanvaard. Het scheidsgerecht diende vervolgens – aan de hand van (uitleg van) de BIT 1998 – te beoordelen of het bevoegdheid had en of de Russische Federatie uit de BIT 1998 voortvloeiende verplichtingen heeft geschonden, zoals het scheidsgerecht ook heeft gedaan. Welke verplichtingen voor Oekraïne uit de BIT 1998 voortvloeien, hoefde in deze arbitrale procedure niet beoordeeld te worden. Dat Oekraïne niet – in abstracte zin – “de verplichting heeft aanvaard” om investeringen van op de Krim gevestigde (rechts)personen op het grondgebied van Oekraïne uit hoofde van de BIT 1998 te beschermen, maakt dat niet anders. Een concrete schending van de BIT 1998 door Oekraïne is door de Russische Federatie niet aangevoerd. Voor het geval daarvan wel sprake zou zijn (ten opzichte van enige investeerder in Oekraïne vanuit de Krim), heeft PrivatBank er terecht op gewezen dat de verplichtingen die voor Oekraïne uit de BIT 1998 voortvloeien in zo’n geval door een scheidsgerecht (zo nodig aan de hand van een uitleg van de BIT 1998) kunnen worden vastgesteld. In een dergelijke procedure kan aan de orde komen of de door Oekraïne aangenomen wetgeving een schending van het verdrag inhoudt. Een andere opvatting zou juist bewerkstelligen dat het – door de Russische Federatie benadrukte – niet-politieke karakter van de BIT 1998 wordt uitgehold.

5.6.6 Het is onjuist dat het scheidsgerecht met zijn oordeel “eenzijdige nieuwe verplichtingen” heeft aangenomen of vastgesteld. Het scheidsgerecht heeft slechts, op basis van een uitleg van de BIT 1998, vastgesteld of het bevoegdheid had en welke verplichtingen voor de Russische Federatie uit dat verdrag volgen. De stelling van de Russische Federatie dat sprake is van “nieuwe verplichtingen” omdat partijen bij het aangaan van de BIT 1998 (enkel) het oog hadden op gelding van het verdrag op hun respectieve *sovereign territories*, hangt samen met de uitleg van het begrip *territory*. Het hof zal op deze uitleg hierna ingaan.

5.7 De definitie van *territory* (onbevoegdheidsargument Ic)

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.7.1 Het scheidsgerecht heeft in zijn *Interim Award* vooropgesteld dat deze kwestie op zichzelf staat en niet kan worden opgelost door toepassing van een reeds uitgekristalliseerd toetsingskader. Het scheidsgerecht heeft verder tot uitgangspunt genomen dat de BIT 1998 vóór de gebeurtenissen in 2014 van kracht was op de Krim en dat ook na die gebeurtenissen blijft. Geen van beide verdragspartijen bij de BIT 1998 heeft immers stappen gezet om het verdrag op te zeggen of de Krim van de werking ervan uit te sluiten, of verklaard dat de BIT 1998 niet langer van toepassing is op de Krim. Dat sluit volgens het scheidsgerecht ook aan bij het in artikel 26 WVV neergelegde uitgangspunt dat verdragen gestand moeten worden gedaan (*pacta sunt servanda*). De vraag is, aldus het scheidsgerecht, welke investeerders kunnen profiteren van de bescherming van het verdrag en ten opzichte van welke partij bij het verdrag. Hoewel niet rechtstreeks van toepassing, heeft het scheidsgerecht zich bij de beantwoording van deze vraag mede laten leiden door het WVV en het daarin opgenomen criterium welke staat verantwoordelijk is voor de internationale betrekkingen van het desbetreffende grondgebied. Deze aanpak sluit ook aan bij de algemene regel betreffende het territoriale toepassingsgebied van verdragen die is uitgedrukt in artikel 29 WVV, inhoudende dat een verdrag van toepassing is op het gehele grondgebied (*territory*). Die algemene regel gaat uit van een ruimere betekenis van het begrip *territory* die grondgebied omvat ten aanzien waarvan een staat verantwoordelijkheid voor internationale betrekkingen op zich heeft genomen. Ten aanzien van artikel 1 lid 4 BIT 1998 overwoog het scheidsgerecht dat niets er op wijst dat de daarin gebruikte term *territory* een andere definitie heeft dan de normale definitie van artikel 29 WVV. De zinsnede "defined in accordance with international law" in artikel 1 lid 4 BIT 1998 slaat volgens het scheidsgerecht alleen terug op de "exclusive economic zones and continental shelf" van de beide verdragsstaten, niet op de definitie van *territory* als zodanig. De conclusie van het scheidsgerecht is dat enerzijds het feit dat de Krim op grond van Russisch recht is geïncorporeerd in de Russische Federatie, die daar ook *jurisdiction and effective control* heeft en in het verlengde daarvan de verantwoordelijkheid voor internationale betrekkingen op zich heeft genomen, en anderzijds het beginsel van *pacta sunt servanda* uit artikel 26 WVV en het uitgangspunt van artikel 29 WVV dat verdragen van toepassing zijn op het gehele grondgebied van staten, meebrengen dat de Russische Federatie verdragsbescherming moet bieden aan Oekraïense investeerders op de Krim. Het scheidsgerecht oordeelde verder dat deze verplichting is ingegaan op 21 maart 2014, de datum waarop de *Incorporation Law* van kracht is geworden. Dat is volgens het scheidsgerecht het moment waarop de uitoefening van *jurisdiction and effective control* over de Krim door de Russische Federatie een aanvang heeft genomen.

Het standpunt van de Russische Federatie

5.7.2 Volgens de Russische Federatie verwijst het begrip *territory* in artikel 1 lid 4 BIT 1998 naar hetzij het soevereine grondgebied van de Russische Federatie, hetzij het soevereine grondgebied van Oekraïne zoals deze waren in 1998, toen de BIT 1998 werd gesloten. Het begrip verwijst dus niet naar andere grondgebieden dan het respectieve soevereine grondgebied van de verdragspartijen in 1998. De betekenis van het begrip *territory* in artikel 1 lid 4 BIT 1998 kan nadien alleen wijzigen met instemming van de verdragspartijen.

5.7.3 De Russische Federatie heeft verder vooropgesteld dat het begrip *territory* op grond van artikel 31 WVV moet worden uitgelegd aan de hand van (i) de gewone betekenis, (ii) de context, (iii) het voorwerp en doel van de BIT 1998 en (iv) de goede trouw; het scheidsgerecht heeft deze analyse ten onrechte nagelaten. Toepassing van deze maatstaf brengt volgens de Russische Federatie het volgende mee.

Ad (i)

- uit de gewone betekenis van het begrip *territory* in het internationaal publiekrecht en de tekst van de BIT 1998 zelf volgt dat met *territory* bedoeld is *sovereign territory*. Het grondgebied van de Krim vormt geen *sovereign territory* van de Russische Federatie als dit niet door Oekraïne en internationaal wordt erkend.
- deze gewone betekenis van *territory* wordt bevestigd door de Commissie voor Internationaal Recht (ILC) van de VN, gezaghebbende internationale rechtspraak, het Hof van Justitie (21 december 2016 in zaak C-104/16 *Raad/Front Polisario*, ECLI:EU:C:2016:973) en een grote hoeveelheid gezaghebbende literatuur op het gebied van internationaal publiekrecht;
- de toevoeging van het woord "*sovereign*" in de tekst van het verdrag was (dus) niet nodig, omdat dit al volgt uit het begrip *territory*;
- gewone woordenboeken zijn – anders dan PrivatBank aanvoert – niet geschikt om de betekenis van een juridische term in een internationaal verdrag uit te leggen. Het is in het internationale recht gebruikelijk dat de uitleg van verdragstermen plaatsvindt aan de hand van de betekenis daarvan in het internationale recht. De verwijzing door PrivatBank naar de betekenis van *territory* in woordenboeken legt dus geen gewicht in de schaal. Overigens verwijzen ook gewone woordenboeken voor wat betreft de betekenis van *territory* naar soevereiniteit (o.a. Black's Law Dictionary);
- het begrip *territory* kan volgens de BIT 1998 slechts naar de *territory* van één staat tegelijk verwijzen. Dat volgt ook uit de tekst en de *travaux préparatoires* van artikel 29 WVV. Het grondgebied in de zin van de BIT 1998 kan dan ook niet worden opgesplitst in *de iure* grondgebied en *de facto* grondgebied. Er kan maar één soevereine staat per grondgebied zijn en er is niet zoiets als "BIT-land" (grondgebied waarop het verdrag wel van toepassing móet zijn);
- het woordje "*its*" in artikel 1 lid 4 BIT 1998 drukt een element van bezit of eigendom uit, waaruit volgt dat de intentie was te verwijzen naar het respectieve soevereine grondgebied van partijen, net als het gebruik van "*its*" in artikel 29 WVV.
- de aanvulling van *exclusive economic zone and the continental shelf* was alleen nodig omdat deze gebieden naar internationaal publiekrecht geen onderdeel zijn van het soevereine grondgebied van een staat;
- als de bedoeling was om *territory* iets anders te laten betekenen dan soeverein grondgebied, dan hadden partijen het wel in het verdrag opgenomen;
- deze door de Russische Federatie voorgestane uitleg conform het WVV wordt bevestigd door de *dissenting opinion* van professor [...] in de zaak Naftogaz en de door de Russische Federatie overgelegde *legal opinions* van prof. P. Dumberry, prof. emeritus M. Mendelson, prof. Y. Nouvel en prof. A. Bianchi.

Ad (ii)

- dat het moet gaan om het soevereine grondgebied volgt ook uit de context van artikel 1 lid 4 BIT 1998; het is onlosmakelijk verbonden met bij uitstek soevereine bevoegdheden van een verdragspartij;
- de opvatting dat onder *territory* ook grondgebied valt waarover een staat slechts *de facto* controle uitoefent is strijdig met de gewone volkenrechtelijke betekenis van het begrip *territory*, welke betekenis partijen bij het sluiten van de BIT 1998 voor ogen stond;
- het gaat niet om de feitelijke mogelijkheid van een staat om wetgeving te kunnen afkondigen, het gaat erom wat de verdragsluitende staten hebben bedoeld op het moment van het sluiten van de BIT 1998;
- het verdrag is gebaseerd op wederkerigheid en het gebrek daaraan wat betreft de status van de Krim maakt dat de Krim niet kan worden gekwalificeerd als *territory* in de zin van het verdrag; het verdrag kan namelijk niet goed functioneren als geen sprake is van wederkerigheid. De BIT 1998 gaat uit van een erkenning door de ene verdragsstaat van de

bevoegdheden, zoals de wetgevende bevoegdheid, van de andere verdragsstaat;

- diverse andere bepalingen van de BIT 1998 bevestigen dat de BIT 1998 het oog heeft op bij uitstek *soevereine* bevoegdheden van de verdragspartijen met betrekking tot hun respectieve *territory*, zoals die waren in 1998 ten tijde van het sluiten van de BIT 1998 (en ook waren vanaf 1 januari 1992, het moment van het uiteenvallen van de Sovjet-Unie). Slechts in uitzonderlijke omstandigheden, die zich in dit geval niet voordoen, kan de betekenis van een verdragsbepaling of -begrip meebewegen met latere internationale ontwikkelingen van juridische en/of feitelijke aard. In dit geval zou een wijziging van de inhoud van het begrip *territory* uitdrukkelijke overeenstemming van de verdragsstaten vergen, volgens de procedure neergelegd in artikel 13 BIT 1998.

Ad (iii)

- de BIT 1998 heeft als voorwerp en doel het stimuleren en beschermen van investeringen door investeerders van de soevereine *territory* van de ene verdragspartij in de soevereine *territory* van de andere verdragspartij en er is dus mee beoogd om buitenlandse *investors* aan te trekken. Daarom behoeven ook slechts buitenlandse investeringen te worden beschermd;

- de Oekraïense investeerders die vóór 2014 investeringen hebben gedaan op de Krim zijn überhaupt nooit beschermd geweest onder de BIT 1998. Zij zijn daar ook nooit vanuit gegaan toen zij hun investeringen deden. Er is ten aanzien van hen geen sprake van een leemte;

- het doel van het verdrag is met name het stimuleren van investeringen, niet het beschermen ervan. Bescherming van investeringen is slechts een middel om investeringen te stimuleren.

Ad (iv)

- een uitleg te goeder trouw sluit aan bij hetgeen de verdragsstaten bij het aangaan van het verdrag rechtmatig en redelijkerwijs konden verwachten. In 1998 hield niemand, en zeker niet de vertegenwoordigers van beide verdragspartijen, rekening met het feit dat de Krim een betwist gebied zou worden tussen de verdragspartijen, laat staan dat een dergelijke omstandigheid onder het toepassingsgebied van de BIT 1998 zou of zou kunnen vallen;

- artikel 73 WVV bepaalt bovendien dat bij de uitleg van verdragsbepalingen niet mag worden vooruitgelopen op vraagstukken die zich met betrekking tot een verdrag kunnen voordoen op grond van statenopvolging of het uitbreken van vijandelijkheden tussen staten.

5.7.4 Bij conclusie van repliek heeft de Russische Federatie verder gewezen op artikel 32 WVV dat voorziet in de mogelijkheid om gebruik te maken van aanvullende middelen van uitlegging ter bevestiging van de betekenis van een verdragsterm die voortvloeit uit de toepassing van artikel 31 WVV. Volgens de Russische Federatie bevestigen zowel de *travaux préparatoires* van de BIT 1998 als de statenpraktijk de door de Russische Federatie voorgestane uitleg van het begrip *territory* in de BIT 1998. De Russische Federatie heeft daartoe gewezen op enkele voorstellen voor artikel 1 lid 4 BIT 1998 van Oekraïne, waarin wel het woord *sovereign power* of *sovereign rights or jurisdiction* voorkomt.

Het standpunt van Privatbank

5.7.6 PrivatBank heeft samengevat het volgende naar voren gebracht.

5.7.6.1 De wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht van de Russische Federatie hebben publiek verklaard dat de Krim deel uitmaakt van haar grondgebied. De uitleg van de BIT 1998 door de Russische Federatie, inhoudende dat de Krim niet tot haar *territory* als bedoeld in dat verdrag behoort, is in het licht daarvan niet te goeder trouw. Het is een algemeen beginsel van internationaal recht dat staten geen standpunten mogen innemen die met elkaar strijden. Een verdragspartij kan niet stellen dat aan één van de vereisten van artikel 9 BIT 1998 niet is voldaan als het eerder publiekelijk vele tegengestelde beweringen

heeft gedaan. Een betoog inhoudende dat de Krim niet tot de *territory* van de Russische Federatie behoort levert naar Nederlands procesrecht misbruik van bevoegdheid op om vernietiging op die grond te vorderen. PrivatBank verwijst op dit punt onder meer naar de brief aan het PHA van [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] , geciteerd in nr. 3.14 hierboven, waarin is opgenomen dat de Krim onderdeel uitmaakt van de Russische Federatie. Verder verwijst PrivatBank naar de gebeurtenissen op de Krim in maart 2014, waaruit blijkt dat de Russische Federatie de Krim als haar grondgebied beschouwt. Het desbetreffende beginsel ("*venire contra factum proprium*") maakt deel uit van het positieve internationale recht. Dit beginsel vindt in investeringsarbitrages toepassing door artikel 31 lid WVV. Het beginsel van goede trouw is uitdrukkelijk ook van toepassing op kwesties betreffende de bevoegdheid van een scheidsrecht.

5.7.6.2 Het is onjuist dat *territory* uitsluitend verwijst naar soeverein grondgebied zoals dat was in 1998. Die uitleg zou het ongerijmde resultaat hebben dat Oekraïne nog steeds verantwoordelijk is voor Russische investeringen op de Krim. De erkenning van de soevereiniteit van de Russische Federatie op de Krim door Oekraïne zou overigens bij deze door de Russische Federatie gepresenteerde uitleg geen verschil maken, omdat het dan nog steeds niet gaat om het soevereine grondgebied zoals dat was in 1998. Hierdoor is het standpunt van de Russische Federatie inconsistent. Het vastpinnen van een *territory* op het moment van het sluiten van het verdrag is relevant waar het de uitleg van grensverdragen betreft. Voor bilaterale investeringsverdragen geldt die ratio niet, want dergelijke verdragen hebben niet de strekking territoriale grenzen af te bakenen.

5.7.6.3 Het is evenzeer onjuist dat *territory* moet worden begrepen als soeverein grondgebied zonder tijdsaanduiding. Het feit dat de Russische Federatie en Oekraïne twisten over de soevereiniteit van de Krim maakt niet dat de BIT 1998 geen gelding (meer) heeft op de Krim. Ook dit standpunt van de Russische Federatie is strijdig met haar eigen consequent ingenomen standpunt dat de Krim onderdeel uitmaakt van haar soevereine grondgebied. De stellingen van de Russische Federatie doen bovendien niet af aan de juistheid van het oordeel van het scheidsrecht, dat *territory* als opgenomen in artikel 1 lid 4 BIT moet worden uitgelegd als grondgebied waarover een verdragsstaat *settled, long term control* uitoefent en de verantwoordelijkheid draagt voor internationale betrekkingen. Het scheidsrecht heeft met deze uitleg aan de Russische Federatie geen "nieuwe verplichtingen" opgelegd.

5.7.7 Ten aanzien van de uitleg van artikel 1 lid 4 BIT 1998 heeft PrivatBank verder het volgende naar voren gebracht.

5.7.7.1 De gewone betekenis van *territory* in het verdrag omvat het grondgebied waarover een staat de feitelijke controle uitoefent:

- De gewone betekenis van *territory* in het Oekraïens of Russisch bevat geen verwijzing naar soevereiniteit.
- Hetzelfde geldt voor de definitie van het Engelse woord *territory* in woordenboeken. De in woordenboeken gegeven betekenis van een term is zijn gewone betekenis. BIT-scheidsrechten verwijzen voor de uitleg van BIT-verdragen geregeld naar woordenboekdefinities van verdragstermen.
- De gewone betekenis van *territory* in het Oekraïens en Russisch en ook in het Engels zijn verenigbaar met de context van artikel 1 lid 4 BIT 1998 en met het voorwerp en doel daarvan.
- In het verdragenrecht wordt de gewone betekenis van *territory* niet noodzakelijkerwijs begrepen als een verwijzing naar het soevereine grondgebied van een staat, de verwijzing "soeverein" wordt daarom veel toegevoegd. Dit geldt bijvoorbeeld voor een aantal andere bilaterale investeringsverdragen die Oekraïne heeft afgesloten. Aan de omstandigheid dat de Russisch – Oekraïense BIT de term *sovereign* niet bevat, moet betekenis gehecht worden. Een verdrag wordt immers geacht zorgvuldig te zijn verwoord.
- Om deze reden kan het woord *sovereign* ook niet worden "toegevoegd" aan de term

territory. Uit rechtspraak op het gebied van internationale verdragen volgt dat bij de uitleg van die verdragen geen voorwaarden mogen toegevoegd, die de bewoordingen van het verdrag niet bevat.

- Uit de door de Russische Federatie bij repliek overgelegde *travaux préparatoires* blijkt zelfs dat eerdere onderhandelingsversies van de BIT 1998 de term *sovereign* bevatten, maar dat deze is komen te vervallen. Er moet van uit gegaan worden dat verdragspartijen daar bewust voor hebben gekozen.

- De uitleg van een verdragsbepaling vindt niet plaats door acht te slaan op de internationaal publiekrechtelijke betekenis van een term, artikel 31 lid 1 WVV spreekt immers van de *gewone* betekenis. Dit is ook door het Parijse Cour d'Appel bevestigd in de zaak *Ukraine vs Tatneft* (*Ukraine v. Tatneft*, Cour d'Appel).

- Het opnemen van de exclusieve economische zone en het continentaal plat in artikel 1 lid 4 BIT 1998 laat zien dat de verdragspartijen niet de bedoeling hadden *territory* te beperken tot soeverein grondgebied. De verdragspartijen zijn dus een definitie van *territory* overeengekomen die niet is beperkt tot soeverein grondgebied.

5.7.7.2 Uit de context van artikel 1 lid 4 BIT 1998 volgt dat *territory* tevens het grondgebied omvat waarover een staat feitelijke controle uitoefent:

- Talrijke bepalingen van de BIT 1998 gaan uit van feitelijke controle over *territory*. De artikelen 2, 3 en 5 van de BIT 1998 kunnen slechts worden nageleefd door degene die de feitelijke controle uitoefent. Dit geldt zowel voor het geven van *full legal protection* (artikel 2 BIT 1998) als voor het aannemen en doorvoeren van stimuleringsmaatregelen.

- De bepalingen van de BIT 1998 ten aanzien van investeringsbescherming zouden op de Krim hun betekenis verliezen als de uitleg van de Russische Federatie van *territory* wordt gevolgd.

- Er bestaat geen steun voor een restrictieve uitleg van *territory* op grond van artikel 29 WVV. PrivatBank verwijst op dit punt naar een uitspraak van het Zwitserse Federale Hof in een soortgelijke vernietigingszaak en de door haar ingebrachte *legal opinion* van professor Shaw. Verder geldt volgens PrivatBank dat de externe context, zoals artikel 29 WVV, slechts kan dienen om een uitleg volgens de artikelen 31 en 32 WVV te bevestigen. Uitgangspunt zijn dus de duidelijke bewoordingen van het verdrag zelf.

5.7.7.3 Een beperkte uitleg van *territory* druist in tegen het voorwerp en doel van de BIT 1998:

- Voorwerp en doel van de BIT 1998 zijn het bieden van bescherming aan buitenlandse investeerders en het aantrekken van investeringen.

- Hoe groter het toepassingsbereik van een BIT hoe beter daarmee het voorwerp en doel van het verdrag wordt bereikt. Geen enkele investeerder op de Krim is gebaat bij een restrictieve uitleg en een dergelijke restrictieve uitleg staat daarom haaks op voorwerp en doel van het verdrag

Het oordeel van het hof

De situatie op de Krim

5.7.8 Partijen zijn het er over eens, dat de Russische Federatie *de facto* controle over de Krim heeft. Voor zover de Russische Federatie betoogt dat haar wetten niet gelden op de Krim omdat Oekraïne dat niet erkent, gaat het hof daaraan voorbij. De toepassing van de wetgeving van de Russische Federatie op de Krim in de praktijk is, voor zover voor deze kwestie van belang, niet afhankelijk van de erkenning door Oekraïne. De Russische Federatie heeft voor het overige niet, althans niet gemotiveerd, betwist dat zij op de Krim het volledige gezag heeft en dat haar wetten daar worden toegepast. De Russische Federatie heeft immers de Krim geïncorporeerd in die federatie, zoals blijkt uit de hierboven weergegeven samenvatting van de gebeurtenissen op de Krim.

Uitleg artikel 1 lid 4 BIT 1998

5.7.9 Het hof is van oordeel dat de Krim valt onder de *territory* van de Russische Federatie als bedoeld in artikel 1 lid 4 BIT 1998, op de volgende gronden:

- (i) de woordelijke tekst van artikel 1 lid 4 BIT 1998 spreekt niet van *sovereign territory*;
- (ii) er is geen regel van internationaal (verdragen)recht dat met *territory* in een verdrag altijd wordt bedoeld *sovereign territory* in de door de Russische Federatie bedoelde zin;
- (iii) een uitleg van artikel 1 lid 4 BIT 1998 conform de regels van artikel 31 WVV, waarbij de drie elementen van die bepaling (tekst, context en '*object and purpose*') – te goeder trouw ('*in good faith*') – tezamen in één operatie worden toegepast, leidt tot de conclusie dat de Krim valt onder de *territory* van de Russische Federatie.

Ad (i)

5.7.10 Het hof roept in herinnering dat artikel 1 lid 4 BIT 1998 luidt als volgt:

"The term "territory" means the territory of the Russian Federation or the territory of Ukraine as well as their respective exclusive economic zone and the continental shelf, defined in accordance with international law."

In de woordelijke tekst van het verdrag wordt dus niet gesproken over *sovereign territory*. Uit de toevoeging "*as well as their respective exclusive economic zone and the continental shelf*" volgt niet dat met "*territory*" wordt bedoeld: "*sovereign territory*". De exclusieve economische zone en het continentaal plat maken geen onderdeel uit van het soevereine grondgebied van een staat, maar ook niet van een gebied waarover een staat rechtsmacht en effectieve controle uitoefent en waarvoor hij internationaal verantwoordelijkheid draagt. Uit deze toevoeging kan dus noch de ene, noch de andere betekenis van *territory* worden afgeleid. De zinsnede "*defined in accordance with international law*" slaat naar het oordeel van het hof alleen terug op de zinsnede "*their respective exclusive economic zone and the continental shelf*", en niet ook op "*territory of the Russian Federation or the territory of Ukraine*".

5.7.11 Het hof volgt verder niet de stelling van de Russische Federatie dat onder het begrip *territory* alleen kan vallen het grondgebied van de Russische Federatie zoals dit was op het moment van het sluiten van het verdrag. PrivatBank heeft terecht naar voren gebracht dat voor de *betekenis* van het begrip *territory* moet worden uitgegaan van de bedoelingen van de verdragsluitende partijen op het moment van het sluiten van het verdrag, maar dat dit niet betekent dat de *inhoud* van het begrip (het daadwerkelijke grondgebied) niet kan wijzigen bij toepassing van een uitleg conform die bedoelingen. Dat de verdragsluitende partijen bedoeld hebben het territoriale toepassingsgebied te fixeren op het moment van het sluiten van de BIT 1998, blijkt nergens uit. PrivatBank heeft er verder terecht op gewezen dat het uitgangspunt dat grenzen gefixeerd zijn op het moment van het sluiten van een verdrag, (enkel) van toepassing is op grensverdragen, maar geen opgeld doet bij de uitleg van een verdrag als het onderhavige.

Ad (ii)

5.7.12 Het hof volgt ook niet het standpunt van de Russische Federatie dat *territory* in het internationale verdragenrecht altijd de betekenis heeft van *sovereign territory*, ongeacht voorwerp en doel van het verdrag. Noch uit de juridische literatuur waarnaar de Russische Federatie verwijst, noch uit internationaalrechtelijke rechtspraak valt zo'n categorische conclusie te trekken. Uit het feit dat algemeen wordt aanvaard dat verdragen gelding hebben op het gehele soevereine grondgebied van een staat, volgt immers niet de conclusie dat verdragen niet ook werking (kunnen) hebben op grondgebied waarover een staat langdurig rechtsmacht en effectieve controle uitoefent, zoals in het onderhavige geval.

5.7.13 Ook artikel 29 WVV geeft geen aanleiding om te veronderstellen dat met *territory* altijd

wordt verwezen naar *sovereign territory*. Artikel 29 WVV luidt als volgt:

"Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory".

In de eerste plaats volgt uit artikel 29 WVV het uitgangspunt dat een verdrag ook na territoriale wijzigingen geldig blijft voor het hele (gewijzigde) grondgebied (zie Mark E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston: 2009, blz. 392 – 393):

"If there are territorial changes, the treaty continues, in principle, to apply to the entire territory; different intentions would have to be renegotiated with, or at least be tacitly approved by, the other parties."

- 5.7.14 Het is verder duidelijk dat ook volgens artikel 29 WVV wat betreft de territoriale werking van een verdrag primair moet worden gekeken naar de bedoelingen die volgen uit het verdrag zelf, in dit geval de BIT 1998. Uit de inhoud of geschiedenis van artikel 29 WVV valt ook niet af te leiden dat *territory* in zijn algemeenheid verwijst naar grondgebieden waarvan de soevereiniteit door de internationale gemeenschap is erkend. Zie Villiger, a.w. blz. 392:

*"The territory covers the area over which a party to the treaty exercises sovereignty and thus embraces all that State's land, territorial waters and air space, whether or not these areas are part of the metropolitan area (though not the continental shelf, the exclusive economic zone and the fishery zones). **Recognition under international law of the State and its territory is not required.**"* (vette letter aangebracht door het hof)

- 5.7.15 De Russische Federatie heeft naar voren gebracht dat het scheidsgerecht ten onrechte heeft geconcludeerd dat artikel 29 WVV de "internationale betrekkingen-test" ondersteunt. Daarmee doelt de Russische Federatie op de volgende passage in de *Interim Award* (§ 186):

"The Tribunal therefore considers that the term "territory" in the Treaty is used in accordance with the meaning of that term in Article 29 of the VCLT, and that the latter term has a wider meaning capable of encompassing territory for which a State has assumed the responsibility for international relations. In view also of the Respondent's correspondence, which refers to "territory", the Tribunal construes the term "territory" for purposes of the Treaty to include territory over which a State exercises settled jurisdiction or control and on behalf of which it has assumed responsibility for international relations."

- 5.7.16 Zoals onder meer uit deze overweging blijkt, heeft het scheidsgerecht zich niet uitsluitend op een "internationale betrekkingen-test" gebaseerd, maar is het scheidsgerecht uitgegaan van "*settled jurisdiction or control*", waarvan de verantwoordelijkheid voor internationale betrekkingen een uitvloeisel is. Naar het oordeel van het hof overweegt het scheidsgerecht terecht dat uit de regel in artikel 29 WVV dat een verdrag, behoudens aanwijzingen voor het tegendeel, van toepassing is op het "*entire territory*" van een verdragspartij, kan worden afgeleid dat de BIT 1998 geldt voor het gehele grondgebied waarover een verdragsstaat "*settled jurisdiction or control*" uitoefent.

- 5.7.17 De Russische Federatie heeft ter ondersteuning van haar standpunt verder gewezen op een uitspraak van het Hof van Justitie van de EU inzake de gelding van een handelsakkoord tussen de EU en Marokko over de vrijmaking van de handel in landbouw- en visserijproducten (ECLI:EU:C:2016:973, C-104/16 P *Raad/Front Polisario*). Het Hof van Justitie van de EU oordeelde dat dit verdrag niet van toepassing is op de Westelijke Sahara, een gebied dat onafhankelijkheid claimt, eerst ten opzichte van Spanje dat er tot 1975 de koloniale mogendheid was en thans ten opzichte van Marokko, dat het gebied inlijfde na de onafhankelijkheid van Spanje. In deze uitspraak ging het om de vraag of de

associatieovereenkomst tussen de Europese Unie en het Koninkrijk Marokko ook van toepassing is op de Westelijke Sahara. Het Hof van Justitie van de EU stelde voorop dat bij de uitlegging van de in het geding zijnde overeenkomst de rechter zich niet alleen moet houden aan de in artikel 31 lid 1 WVV vermelde regel van uitlegging te goeder trouw maar ook aan de regel dat rekening moet worden gehouden met iedere terzake dienende regel van het volkenrecht dat op de betrekkingen tussen verdragspartijen kan worden toegepast (rov. 86). In dat verband achtte het Hof van Justitie van de EU het van belang dat het Internationaal Gerechtshof in zijn advies heeft geoordeeld dat het gewoonterechtelijk beginsel van zelfbeschikking (artikel 1 van het Handvest van de Verenigde Naties) een internationaal rechtsbeginsel is dat van toepassing is op alle niet-zelfbesturende gebieden en op alle volkeren die nog niet onafhankelijk zijn geworden (rov. 88) en dat de Algemene Vergadering van de VN in verschillende resoluties over de Westelijke Sahara haar streven heeft uitgedrukt om "de autochtone bevolking van het gebied in staat te stellen haar recht op zelfbeschikking vrijelijk uit te oefenen" (rov. 91). Op grond daarvan oordeelde het Hof van Justitie van de EU dat het Gerecht weliswaar had vastgesteld dat de Westelijke Sahara was vermeld op de lijst van niet-zelfbesturende gebieden maar uit de status waarover de Westelijke Sahara op grond van het internationale recht beschikt ten onrechte niet de gevolgen had getrokken wat de niet-toepasselijkheid van de associatieovereenkomst op dat gebied betreft (rov. 93). Naar het oordeel van het hof moet de uitspraak van het Hof van Justitie van de EU in die bijzondere context worden gezien. Voor zover het Hof van Justitie van de EU in algemene zin zou hebben bedoeld dat uit artikel 29 WVV volgt dat een verdrag een staat uitsluitend bindt ten aanzien van internationaal erkend soeverein grondgebied, volgt het hof dat standpunt niet. Zoals hiervoor overwogen, kan naar het oordeel van het hof uit de bepaling in artikel 29 WVV dat een verdrag van toepassing is op het "*entire territory*" van een verdragspartij, worden afgeleid dat een verdrag ook geldt voor een gebied ten aanzien waarvan een staat rechtsmacht of effectieve controle uitoefent en, als uitvloeisel daarvan, internationale verantwoordelijkheid draagt. Het Hof van Justitie van de EU heeft de mogelijkheid van zo'n afwijkende uitleg opengelaten in rov. 98 waar wordt aangenomen dat uit de gewoonteregel kan voortvloeien dat voor een verdrag, in afwijking van de algemene regel, een staat kan binden ten aanzien van een ander gebied indien een dergelijke bedoeling blijkt uit dat verdrag of anderszins is aangetoond. Terzijde zij opgemerkt dat het hof niet gehouden is om de uitspraak van het Hof van Justitie van de EU, als deze de betekenis zou hebben die de Russische Federatie er aan toeschrijft te volgen, aangezien de uitspraak niet de uitleg van het Unierecht betreft.

5.7.18 De verwijzing van de Russische Federatie naar artikel 73 WVV treft evenmin doel. Dat artikel bepaalt dat met het WVV niet beoogd is vooruit te lopen op een nog op te stellen verdrag over de gevolgen van statenopvolging, internationale statenaansprakelijkheid of het uitbreken van vijandelijkheden tussen staten. De vraag in hoeverre een staat gebonden is door een verdrag in gevallen van statenopvolging of gewapend conflict wordt daarom bepaald door de specifieke regels van elk verdrag en in beginsel niet door het WVV (O. Dörr en K. Schmalenbach (red.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: a commentary*, Berlijn: Springer, 2018, blz. 1334). Uit artikel 73 WVV volgt, anders dan de Russische Federatie aanvoert, niet dat het scheidsgerecht bij de uitleg van de BIT 1998 geen rekening mocht houden met "vermeende latere omstandigheden".

5.7.19 Het hof ziet tot slot in de door de Russische Federatie overgelegde (delen van) de *travaux préparatoires* geen grond om tot een andere conclusie te komen. Uit die stukken volgt weliswaar dat verschillende definities van *territory* tussen de Russische Federatie en Oekraïne zijn uitgewisseld, waarbij – van de kant van Oekraïne – ook formuleringen zijn voorgesteld waarin het woord *sovereign* voorkomt, maar het hof kan aan de hand van die stukken niet vaststellen wat de reden is geweest waarom uiteindelijk de huidige formulering – waarin het woord *sovereign* niet voorkomt – is gekozen. Bij de verschillende tekstvoorstellen ontbreekt een (authentieke) toelichting. Nadere inzichten over de bedoelingen van de verdragspartijen vallen uit de overgelegde *travaux préparatoires* daarom

niet te destilleren.

Ad (iii)

- 5.7.20 Voorwerp en doel van de BIT 1998 is niet alleen het stimuleren, maar ook het beschermen van investeringen. Dit volgt in de eerste plaats uit de aanduiding van het verdrag (*on the encouragement and mutual protection of investments*), en daarnaast ook uit het feit dat de bescherming zich uitstrekt over investeringen gedaan op of na 1 januari 1992, dus ook over investeringen die zijn gedaan vóór het sluiten en de inwerkingtreding van het verdrag. De stelling van de Russische Federatie dat de bescherming uitsluitend gericht is op – gerekend vanaf het moment van sluiten van het verdrag – toekomstige investeringen, volgt het hof dus niet.
- 5.7.21 Hierbij sluit aan dat in de preambule van de BIT 1998 de bedoeling van het verdrag wordt weergegeven als “*intending to create and maintain favorable conditions for mutual investments*”. Bij het creëren van zulke gunstige omstandigheden gaat het niet alleen om het in het vooruitzicht stellen van bescherming voor toekomstige investeerders, maar ook om de bescherming van bestaande investeringen. De bescherming van bestaande investeringen dient ook het doel van het stimuleren van toekomstige investeringen. Toekomstige investeerders worden immers afgeschrikt als reeds bestaande investeringen (van derden of van henzelf) zonder adequate rechtsbescherming of compensatie worden onteigend of op andere wijze worden aangetast.
- 5.7.22 Het scheidsgerecht heeft vastgesteld – en dit wordt door partijen in deze vernietigingsprocedure ook niet bestreden – dat geen van beide verdragspartijen stappen heeft gezet om te komen tot een beëindiging van de werking van de BIT 1998. Er moet dus vanuit gegaan worden dat het de bedoeling van de verdragspartijen was en nog steeds is om investeringen over en weer op hun respectieve grondgebieden aan te moedigen en te beschermen.
- 5.7.23 Bij dit voorwerp en dit doel van de BIT 1998 past dat verplichtingen van het verdrag rusten op de verdragspartij die het in haar macht heeft om in een gebied de desbetreffende bescherming daadwerkelijk te bieden, en als uitvloeisel daarvan ten aanzien van dat gebied de verantwoordelijkheid voor de buitenlandse relaties op zich heeft genomen. Er is geen reden om aan te nemen dat partijen ten tijde van het sluiten van het verdrag beoogd hebben verdragsverplichtingen afhankelijk te maken van factoren die niet van belang zijn voor het bieden van rechtsbescherming. Belangrijk onderdeel van die rechtsbescherming wordt gevormd door artikel 5 BIT 1998 (*Expropriation*), dat bescherming biedt tegen onteigening en nationalisatie van investeringen. Het is de Russische Federatie die op het grondgebied van de Krim sinds de gebeurtenissen in 2014 deze bevoegdheden uitoefent, met toepassing van de aan Russische overheidsorganen toekomende bevoegdheden. De Russische Federatie heeft niet, althans niet gemotiveerd, betwist dat de investeringen van PrivatBank op de hierboven samengevatte wijze, dus met gebruikmaking van overheidsbevoegdheden (in de vorm van overheidsdecreten), zijn onteigend. De Russische Federatie heeft er weliswaar op gewezen dat de mogelijkheid tot onteigenen een “*essential attribute of sovereignty*” vormt, maar heeft niet bestreden dat zij deze mogelijkheid op het grondgebied van de Krim feitelijk heeft en ten aanzien van de investeringen van PrivatBank ook feitelijk heeft uitgeoefend.
- 5.7.24 Ook in de internationale literatuur wordt aangenomen dat verdragen ook van toepassing kunnen zijn op geannexeerde grondgebieden, zeker als het aankomt op de bescherming van individuen (waaronder vallen investeerders van een verdragsstaat). Dat geldt dus ook in het onderhavige geval. Dat is niet anders indien, zoals de Russische Federatie stelt, geen sprake is van annexatie maar van incorporatie. Wat geldt voor geannexeerd gebied, geldt ook voor geïncorporeerd gebied, aangezien de rechtsmacht en effectieve controle over het

desbetreffende gebied in beginsel dezelfde is (zie Hap en Wuschka, *Horror Vacui: Or Why Investment Treaties Should Apply to Illegally Annexed Territories*, *Journal of International Arbitration*, 33 *J.Int.Arb.* 256 (2016) en Costelloe, *Treaty Succession in Annexed Territory*, 65 *ICLQ* 2016).

5.7.25 Gezien het voorgaande is er op basis van de gewone betekenis van artikel 1 lid 1 van de BIT 1998 – dat niet verwijst naar *sovereign territory* – gecombineerd met de strekking en het doel van het verdrag, geen reden om aan te nemen dat de Krim niet valt onder de *territory* van de Russische Federatie als bedoeld in het verdrag. Het hof tekent daarbij nog aan dat het bij een uitleg van het verdrag conform de maatstaven van artikel 31 WVV, waar ook wordt gekeken naar het doel en de strekking, niet erop aankomt dat de verdragspartijen ten tijde van het sluiten van het verdrag deze feitelijke situatie, te weten de incorporatie van de Krim door de Russische Federatie vele jaren later, hebben voorzien en onder de werking van het verdrag hebben willen brengen. In zijn algemeenheid is het onmogelijk dat bij het sluiten van een verdrag alle mogelijke toekomstige situaties onder ogen worden gezien. Het komt erop aan na te gaan wat past bij de bedoelingen van partijen ten aanzien van de werking van het verdrag op het moment van het sluiten daarvan.

5.7.26 De conclusie is dat het scheidsgerecht niet is uitgegaan van een onjuiste definitie van het begrip *territory* en dat dit dus geen grond voor vernietiging van het arbitrale (tussen)vonnis oplevert. Bij deze stand van zaken kunnen de argumenten van PrivatBank gebaseerd op het volgens haar toepasselijke algemene beginsel van internationaal recht dat staten geen standpunten mogen innemen die met elkaar strijden, in het midden blijven. Ten overvloede merkt het hof op dat de Russische Federatie ook in deze procedure vooropstelt dat zij de Krim beschouwt als onderdeel van haar soevereine grondgebied, maar daarnaast consequenties verbindt aan het feit dat Oekraïne en de internationale gemeenschap dit standpunt niet delen, waardoor internationaalrechtelijk de rechtmatigheid van haar positie ter discussie staat. Aldus beschouwd neemt de Russische Federatie geen onverenigbare standpunten in.

5.8 De definitie van *investments* (onbevoegdheidsargument Id)

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.8.1 Het scheidsgerecht heeft zich in de *Interim Award* gebogen over de vraag of er sprake is van een geschil over *investments* als bedoeld in de BIT 1998. Het scheidsgerecht heeft daartoe (in § 98) eerst vastgesteld dat PrivatBank haar investeringen heeft omschreven als:

"(i) cash; (ii) USD 830 million worth of secured and unsecured loans;

title or leases to a network of bank branches and offices; (ii) title or leases to a network of bank branches and offices; (iii) other physical assets, such as ATMs, self-service banking portals and computers; and (iv) their "business"– namely their "rights under Russian law to carry out banking operations in [the Crimean Peninsula] after the Annexation."

Het scheidsgerecht heeft (in § 252) de beoordeling van een aantal onderwerpen uitgesteld tot een volgende fase van de arbitrale procedure:

"In particular, the Tribunal defers to the next phase consideration of the issues of whether: (i) the Claimants are "investors" for the purposes of Article 1 of the Treaty, including in the light of PrivatBank's nationalization by Ukraine; (ii) the Claimants' "investments" fall within the definition of that term in Article 1(1); and (iii) the dispute between the Parties arose "in connection with" those investments."

5.8.2 Het scheidsgerecht is in deze fase wel ingegaan op de vraag wat het gevolg is van het feit dat de investeringen, toen zij aanvankelijk werden gedaan, binnenlandse investeringen

waren en zich toen niet bevonden op het grondgebied van de Russische Federatie, maar op dat van Oekraïne. Daarbij heeft het scheidsgerecht beoordeeld of de zinsnede "*The term 'investments' means any kind of tangible and intangible assets invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with its legislation*" in artikel 1 lid 1 BIT 1998 niet betekent dat de investeringen van PrivatBank zich van meet af aan op het grondgebied van de Russische Federatie moesten bevinden teneinde onder de bescherming van de BIT 1998 te vallen. Bij deze beoordeling heeft het scheidsgerecht vooropgesteld dat het gaat om de uitleg van de BIT 1998 die moet plaatsvinden aan de hand van de artikelen 31 en 33 WVV.

- 5.8.3 Het scheidsgerecht heeft bij die uitleg acht geslagen op de woordelijke tekst van de BIT 1998, die authentieke versies kent in de Russische en de Oekraïense taal. Het scheidsgerecht heeft zich aangesloten bij de door PrivatBank gegeven uitleg over het gebruik van de onvoltooide tijd (*invested by*) in deze talen, die kan verwijzen naar een handeling of toestand die in het verleden is begonnen en voortduurt in het heden, of kan verwijzen naar een (voortdurende) eigenschap. Dit betekent volgens het scheidsgerecht dat met de hiervoor genoemde zinsnede op zichzelf in grammaticale zin geen temporele beperking aan het verdrag is gegeven. Het scheidsgerecht heeft verder gewezen op het verschil in taalgebruik in artikel 12 BIT 1998. Dat artikel bepaalt – in de Engelse vertaling –:

"This Agreement shall apply to all investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, on or after January 1, 1992"

Anders dan in artikel 1 lid 1 BIT 1998 is in artikel 12 BIT 1998 wél gebruik gemaakt van de voltooide tijd in de Russische en Oekraïense authentieke taalversies. Dit contrast in taalgebruik bevestigt de conclusie dat artikel 1 lid 1 BIT 1998 niet – impliciet of expliciet – vereist dat het moment dat de investering is gedaan en het moment dat de investering zich op het grondgebied van de andere verdragsstaat bevindt, in de tijd samenvallen.

- 5.8.4 Het scheidsgerecht heeft verder overwogen dat ook een analyse van het verdrag als geheel en de daaruit blijkende bedoelingen van partijen leidt tot de conclusie dat er geen verbinding hoeft te zijn tussen de oorspronkelijke investering en de verdragspartij die wordt aangesproken onder het verdrag. Integendeel, de context van de BIT 1998 als geheel laat volgens het scheidsgerecht zien dat er een overkoepelende bedoeling is om alle daarvoor in aanmerking komende investeringen onder het verdrag te laten vallen, ongeacht hoe of wanneer die investeringen als investeringen onder het verdrag zijn gaan gelden. De definitie van de term *investor of a Contracting Party* in artikel 1 lid 2 BIT 1998 bevat zowel ten aanzien van natuurlijke personen als ten aanzien van rechtspersonen geen verwijzing naar tijdstippen. Voor de toepasselijkheid van het verdrag is dus niet nodig dat de investeerder een inwoner van een partij bij het verdrag is op het moment dat de investering oorspronkelijk is gedaan en evenmin is nodig, als het gaat om een rechtspersoon, dat die rechtspersoon op dat moment is opgericht naar het land van een partij bij het verdrag. De BIT 1998 heeft daarom expliciet ook betrekking op investeringen die (i) zijn gedaan voordat het verdrag werd gesloten of in werking trad (artikel 12 BIT 1998), (ii) in de loop van de tijd zijn gewijzigd (artikel 1 lid 1 BIT 1998) en (iii) worden gehouden door investeerders wier nationaliteit of mogelijkheid om te investeren in de loop van de tijd zijn gewijzigd (artikel 1 lid 2 BIT 1998).

- 5.8.5 Op grond hiervan is het scheidsgerecht tot het oordeel gekomen dat in artikel 1 lid 1 BIT 1998 niet gelezen kan worden dat investeringen buiten de werking van het verdrag vallen in verband met het feit dat die investering oorspronkelijk niet in de Russische Federatie is gedaan. Het scheidsgerecht heeft dit in § 239 van de *Interim Award* als volgt samengevat:

"In summary, the Tribunal considers that its jurisdiction falls to be assessed on the date on which proceedings were instituted, having regard, as appropriate, to the circumstances in place

on the date on which the violation is alleged to have occurred. The Tribunal does not see any explicit temporal limitation in Article 1(1) of the Treaty, and finds neither reason nor basis to read into that provision any such limitation by reference to the text, context or object and purpose of the Treaty. Nor does the Tribunal find support for such a limitation in investment-treaty jurisprudence or practice. Accordingly, the Tribunal finds that the Treaty does not exclude from its protection investments that were made by Ukrainian investors in the Crimean Peninsula before the Russian Federation assumed responsibility for the international relations of the Crimean Peninsula and, thus, that PrivatBank's investments are not excluded from the scope of the Treaty's protections on the basis that they were initially made before 21 March 2014."

Het standpunt van de Russische Federatie

5.8.6 De Russische Federatie voert aan dat het scheidsgerecht ten onrechte heeft aangenomen dat PrivatBank investeringen heeft gedaan als bedoeld in artikel 1 lid 1 BIT 1998.

5.8.7 De Russische Federatie heeft dit standpunt (kort samengevat) als volgt verder uitgewerkt.

5.8.7.1 De Russische Federatie heeft vooropgesteld dat het centrale doel van investeringsverdragen als de BIT 1998 is het aantrekken van *buitenlandse* investeringen. Zij heeft daartoe gewezen op belangrijke multilaterale investeringsverdragen als NAFTA, ECT en ICSID. Zij heeft verder gewezen op een aantal uitspraken waar het ging om aantasting van *binnenlandse* investeringen door in de desbetreffende verdragsstaat genomen maatregelen. In die uitspraken werden de investeringsverdragen niet van toepassing geacht.

5.8.7.2 De Russische Federatie heeft verder onder verwijzing naar tekst, voorwerp en doel en context van de BIT 1998 aangevoerd, dat de (gestelde) investeringen om in aanmerking te komen voor bescherming onder de BIT 1998 in ieder geval *oorspronkelijk* – dat wil zeggen ten tijde van het doen van de investeringen – dienen te zijn gedaan op het soevereine territorium van de Russische Federatie zoals bepaald door haar internationale en tussen de verdragspartijen erkende grenzen ten tijde van het sluiten van de BIT 1998. De tekst van artikel 1 lid 1 BIT 1998 brengt mee dat het moet gaan om (i) *assets [which are] invested* (een handelingsvereiste), (ii) *in the territory of the other Contracting Party* (een territoriaal vereiste) en (iii) *in accordance with its legislation* (een legaliteitsvereiste). De gewone betekenis van *invested* duidt op een eenmalige, actieve handeling. Het op passieve wijze worden van een buitenlandse investeerder louter door een (gestelde) wijziging van het territorium valt er niet onder. Die gewone betekenis wijst verder op een handeling die in het verleden heeft plaatsgevonden. Dit moet worden onderscheiden van het voortdurende *owning* of *controlling* van investeringen. Dergelijke bezitsvormen komen niet voor in de BIT 1998 (anders dan in verschillende andere investeringsverdragen). Precies dit onderscheid tussen het verrichten van een actieve investeringshandeling ("*invested*") en het houden ("*owned*" of "*controlled*") van een investering maakt dat de definitie van *investments* in artikel 1 lid 1 BIT 1998 een grensoverschrijdend element vereist ten tijde van het doen van de oorspronkelijke investering. De Russische Federatie heeft verwezen naar diverse uitspraken in geschillen onder BIT-verdragen die bevestigen dat voor bescherming onder de desbetreffende verdragen onvoldoende is dat de investeerder de vereiste buitenlandse nationaliteit verkrijgt na het doen van de investering. Verder heeft de Russische Federatie gewezen op een exequaturprocedure met betrekking tot de BIT 1998 (*PAO Tatneft vs Ukraine*, High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales Queen's Bench Division Commercial Court, Case No. CL2017-000252, 13 juli 2018), waarin ook Oekraïne zich op het standpunt heeft gesteld dat het – om voor bescherming onder de BIT 1998 in aanmerking te komen – moet gaan om een actieve investering, en niet om een "houden" ten tijde van het inroepen van bescherming.

5.8.7.3 Ter ondersteuning van haar stellingen op dit punt heeft de Russische Federatie ook verwezen naar door haar ingebrachte deskundigenrapporten van prof. Tyulenev (*associate professor in translation studies*, verbonden aan Durham University) en een rapport van dr. T. Kurokhtina (*research associate* verbonden aan het *Institute for Slavic Studies of the Russian*

Academy of Sciences) met betrekking tot de oorspronkelijke taalversies. Volgens de Russische Federatie blijkt uit deze rapporten dat ook uit een grammaticale benadering van de oorspronkelijke taalversies volgt dat de voorwaarden gelijktijdig vervuld moeten zijn.

5.8.7.4 Ook het vereiste dat de investering moet zijn gedaan op het grondgebied van de andere verdragspartij '*in accordance with its legislation*' bevestigt dat de relevante peildatum voor toetsing onder artikel 1 lid 1 BIT 1998 het moment is van het doen van de oorspronkelijke investering. Het woord "*its*" verwijst naar de gaststaat. Of de investering is gedaan in overeenstemming met het recht van de gaststaat, moet volgens arbitrale vonnissen in zaken betreffende investeringsverdragen stevast beoordeeld worden aan de hand van de relevante peildatum, te weten de datum dat de investering oorspronkelijk werd gedaan. Een andere opvatting zou inhouden dat het gastland door het wijzigingen van zijn wetgeving de bescherming op ieder gewenst moment aan de investering zou kunnen ontnemen. Deze toets kan in dit geval dus niet zinvol gedaan worden; een investering in Oekraïne onder Oekraïens recht behoefde niet te voldoen aan het recht van de Russische Federatie.

5.8.7.5 Volgens de Russische Federatie volgt uit artikel 1 lid 1 BIT 1998 dus een handelingsvereiste, een territorialiteitsvereiste en een legaliteitsvereiste die alle, en alle op hetzelfde moment (het moment van de oorspronkelijke investering) moeten zijn vervuld. Dit volgt zowel uit de tekst van de BIT 1998 als uit het doel en de strekking van het verdrag. Een uitleg naar doel en strekking van het verdrag kan er bovendien niet toe leiden dat daarin andere dingen worden gelezen dan blijken uit de duidelijke tekst. Bescherming onder een investeringsverdrag is geen uitgangspunt of mensenrecht. Het scheidsgerecht mocht dan ook niet tot een door haar billijk geachte oplossing komen, die niet wordt gesteund door een – juist uitgevoerde – uitleg van het de BIT 1998.

5.8.7.6 Het feit dat artikel 12 BIT 1998 de werking van het verdrag uitbreidt ten aanzien van investeringen die ná 1992 maar vóór de inwerkingtreding van het verdrag zijn gedaan, doet niets af aan de uit een uitleg van de BIT 1998 conform artikelen 31 en 32 WVV volgende bedoeling van partijen om alleen oorspronkelijk buitenlandse investeringen te beschermen. De strekking van artikel 12 BIT 1998 is om binnenlandse investeringen uit te sluiten (investeringsgedaan vóór 1 januari 1992 door onderdanen van de Sovjet-Unie waren binnenlandse investeringen).

5.8.7.7 Ook de *travaux préparatoires* geven aanleiding voor een beperkte uitleg, in die zin dat alleen oorspronkelijk buitenlandse investeringen worden beschermd. Door Oekraïne is bij de totstandkoming van de BIT 1998 gepleit voor een ruime formulering van wat later artikel 12 BIT 1998 zou worden, in die zin dat het verdrag van toepassing zou zijn op alle investeringen gedaan voor de inwerkingtreding van het verdrag. De Russische Federatie heeft de "*backstop*" van 1992 voorgesteld en deze is ook in het verdrag gekomen.

5.8.7.8 De Russische Federatie heeft verder gewezen op een uitspraak van het Cour d'Appel de Paris, waarin de vernietiging is gevraagd van een in Frankrijk gewezen arbitrale uitspraak in een met de onderhavige zaak vergelijkbare zaak onder de BIT 1998 betreffende de Oekraïense Oschadbank. Het Cour d'Appel de Paris oordeelde in die zaak dat de investeringen van Oschadbank dateerden van vóór 1 januari 1992, zodat deze op de voet van artikel 12 BIT 1998 geen bescherming verdienden. Het Cour d'Appel heeft daarbij het standpunt verworpen, dat de investeringen per 21 maart 2014 zijn gaan gelden als investeringen gedaan in de Russische Federatie. Deze uitspraak is ook van belang voor de onderhavige procedure, omdat ook in deze zaak het scheidsgerecht ten onrechte van deze datum is uitgegaan.

Het standpunt van PrivatBank

5.8.8 PrivatBank heeft aangevoerd dat artikel 1 lid 1 BIT 1998 niet vereist dat een *investment* oorspronkelijk is gedaan als een Oekraïense investering op het *territory* van de Russische Federatie. Het is voldoende dat een Oekraïense *investor* op of na 21 maart 2014 zijn

investments op de Krim heeft om jegens de Russische Federatie de bescherming te kunnen genieten van de BIT 1998. Zij heeft dit nader als volgt uitgewerkt.

5.8.8.1 PrivatBank bezat op de Krim de volgende activa: (i) het recht van PrivatBank om op grond van een Oekraïense banklicentie activiteiten uit te oefenen op de Krim; (ii) vaste activa, onder meer bestaande uit vastgoed, geldautomaten, kantoorinrichting, voertuigen en huurcontracten; (iii) financiële activa, onder meer bestaande uit leningen, vorderingen en contanten. Deze activa vallen binnen de in artikel 1 lid 1 BIT 1998 gegeven definitie van investeringen. Dit wordt door de Russische Federatie ook niet betwist.

5.8.8.2 Uit de gewone betekenis van "*which are invested*" volgt dat een investering een investering op het *territory* van de andere verdragspartij kan worden. De oorspronkelijke taalversies van de BIT 1998 (Oekraïens en Russische) gebruiken (de tegenwoordige tijd van) het onvoltooide aspect van het werkwoord "*to invest*" voor de term "*are invested*" in artikel 1 lid 1 BIT 1998. Het onvoltooide aspect van een werkwoord wordt zowel in het Russisch als in het Oekraïens gebruikt om voortdurende, herhaalde of incomplete handelingen te beschrijven. Dit aspect omvat dus een duurelement. Opengelaten wordt of de geschreven handeling in het verleden, in de huidige tijd of in de toekomst plaatsvond of plaatsvindt. De tegenwoordige tijd van het onvoltooide aspect van een werkwoord beschrijft derhalve een staat van *current being*. Het Zwitserse Federale Hooggerechtshof kwam tot dezelfde conclusie (*Russian Federation vs PJSC Ukrnafta* en *Russian Federation vs Stabil LLC et al.*, uitspraken van 16 oktober 2018). Ter gelegenheid van het pleidooi heeft PrivatBank een *expert opinion* overgelegd van prof. A. Danylenko, hoogleraar Russische en Slavische taalkunde aan Pace University te New York en tevens verbonden aan Harvard University. In zijn opinie zet Danylenko uiteen dat de definitie van *investments* in artikel 1 lid 1 BIT 1998 geen restrictie in de tijd bevat, maar dat de verdragspartijen in dat artikel hebben gekozen voor het onvoltooide aspect van het (wederkerend gebruikte) werkwoord "*to invest*". Daarmee wordt in de verdragstalen '*a continuous and ongoing state of the object (...) 'assets' in this case*' aangeduid.

5.8.8.3 Ook de context van artikel 1 lid 1 BIT bevestigt dat investeringen op elk moment *investments* kunnen worden op het *territory* van de andere verdragspartij. Uit artikel 12 BIT, waaruit volgt dat bescherming van de BIT 1998 geldt al zo'n zeven jaar voor de sluiting ervan, valt af te leiden dat er geen noodzakelijk verband is tussen het oorspronkelijke moment van het doen van de investering en status van de activa als *investment*. Het gebruik van het voltooide aspect en de verleden tijd van het werkwoord "*to make*" in artikel 12 BIT 1998 onderschrijft dit. Dit gebruik biedt artikel 12 BIT 1998 een afsluitdatum. Alle activa die ná 1 januari 1992 in een *territory* geraken kunnen investeringsbescherming genieten. De definitie van *investors* in artikel 1 lid 2 BIT 1998 bevat geen temporeel vereiste. Ook artikel 1 lid 5 BIT 1998 legt geen temporele beperking op.

5.8.8.4 Ook uit het voorwerp en doel van de BIT 1998 volgt volgens PrivatBank niet dat *investments* oorspronkelijk op het *territory* van de andere verdragspartij moet plaatsvinden. Bescherming van Oekraïense investeringen op de Krim door de Russische Federatie is gunstig voor de economische samenwerking tussen de verdragspartijen.

5.8.8.5 Onjuist is dat niet kan worden getoetst of de investeringen voldoen aan de Russische wetgeving. In dit kader zijn de artikelen 6, 10, 12 en 17 van de *Crimean Incorporation Law* van belang. Uit deze bepalingen blijkt dat de Russische Federatie voornemens was de situatie van Oekraïense entiteiten en houders van rechten onder Oekraïense wetgeving uitdrukkelijk te reguleren en een mogelijk juridisch vacuüm in de periode na 21 maart 2014 te voorkomen. Artikel 17 lid 2 van de *Crimean Incorporation Law* voorziet in de voorzetting van de activiteiten van banken op de Krim op grond van vergunningen die door de NBU zijn afgegeven. De banklicentie die PrivatBank onder Oekraïense wetgeving in zijn bezit had en op geldige wijze heeft verkregen, was derhalve in overeenstemming met de wetten van de Russische Federatie met ingang van 21 maart 2014.

5.8.8.6 Er is ook geen algemeen beginsel van internationaal recht dat bepaalt dat investeringsverdragen alleen oorspronkelijk buitenlandse investeringen beschermen. De

uitspraken waarop de Russische Federatie zich beroept hebben betrekking op andere verdragen en/of andere situaties en zijn niet relevant voor de beoordeling van het onderhavige geval.

Het oordeel van het hof

5.8.9 Het hof is van oordeel dat de investeringen van PrivatBank, ook al zijn ze aanvankelijk in Oekraïne gedaan, vallen onder het begrip *investments* als bedoeld in artikel 1 lid 1 BIT 1998, om de volgende redenen:

(i) uit de bewoordingen van het verdrag blijkt niet dat de investeringen van meet af aan op het grondgebied van de andere verdragsstaat moeten zijn gelegen om te kunnen worden gekwalificeerd als *investments* in de zin van het verdrag;

(ii) een uitleg van artikel 1 lid 1 BIT 1998 conform de uitlegmaatstaf van artikel 31 WvV leidt tot de conclusie dat voor de toepasselijkheid van het verdrag voldoende is dat de – na 1992 gedane – investeringen zich op het moment van de gestelde inbreuk op het grondgebied van de andere verdragsstaat bevonden.

5.8.10 Het hof volgt niet het standpunt van de Russische Federatie dat de gewone betekenis van *investments* een temporele beperking bevat. De drie vereisten die volgens de Russische Federatie zijn begrepen in de definitie van *investments* (een handelingsvereiste, een territoriaal vereiste en een legaliteitsvereiste) sluiten niet uit dat een investering die zich aanvankelijk op het grondgebied van de eigen verdragsstaat bevond, door de BIT 1998 wordt beschermd tegen een onteigening die plaatsvindt op een moment dat de investering zich bevindt op het grondgebied van de andere verdragsstaat. Dat een investering een actieve handeling vereist, zegt niets over het moment waarop die handeling moet plaatsvinden om onder het bereik van de BIT 1998 te vallen, en de door Russische Federatie aangehaalde territoriale- en legaliteitsvereisten bevatten evenmin een temporeel element.

5.8.11 Van belang is verder dat artikel 12 BIT 1998 erin voorziet dat het verdrag mede van toepassing is op investeringen die zijn gedaan vóór het sluiten en in werking treden van het verdrag, namelijk investeringen gedaan vanaf 1 januari 1992. In artikel 12 is bij het woord “*made*” in de Russische en Oekraïense taalversies gebruik gemaakt van een ander werkwoordaspect dan bij het woord “*invested by*” in artikel 1 lid 1 BIT 1998. Het werkwoordaspect van “*made*” verwijst (anders dan het werkwoordaspect van “*invested by*”) wél naar de verleden tijd (een zogenaamd perfectief aspect). De Russische Federatie heeft niet bestreden dat sprake is van verschillende werkwoordaspecten in deze artikelen. Zij stelt zich ook zelf op het standpunt dat het in artikel 1 lid 1 BIT 1998 gebruikte werkwoordaspect wordt gehanteerd “om een algemene stelling te poneren of om een kwaliteit aan te duiden”. Dat staat haaks op haar stelling dat artikel 1 lid 1 BIT 1998 een temporeel vereiste bevat, in die zin dat het doen van de investering en het zich bevinden in de gaststaat gelijktijdig moeten zijn. Dat investeringen van vóór 1 januari 1992 niet vallen onder bescherming van het verdrag ligt verder in zoverre voor de hand, dat zowel Oekraïne als de Russische Federatie tot 1 januari 1992 deel uitmaakten van de Sovjet-Unie. Het verdrag bevat daarmee een “harde” grens in de tijd: investeringen gedaan voor die datum komen niet in aanmerking voor bescherming. Dat het verdrag niet spreekt van het enkele “houden of bezitten van investeringen” sluit aan bij de naar het oordeel van het hof in de BIT 1998 besloten liggende bedoeling om ten tijde van de Sovjetperiode verkregen eigendommen buiten de werking van het verdrag te laten vallen. Een vereiste van gelijktijdigheid valt hier niet uit af te leiden.

5.8.12 Het voorgaande wordt bevestigd door de door PrivatBank ingeschakelde deskundige Danylenko, die in de samenvatting van zijn rapport vermeldt:

“I conclude that the Russian imperfective reflexive verb vkladyvajutsja and its Ukrainian (also imperfective reflexive) equivalent vkladajut’sja (“[which are] invested”) do not convey an active

action by an investor. As these are imperfective reflexives used with the meaning of the simple present, they refer to a state of affairs that can be described in this particular case as "the party has assets / the party has investments put in / 'the party has invested" (see...)".

- 5.8.13 Aldus geldt dat investeringen van vóór 1 januari 1992 wel buiten het verdrag zijn gehouden, maar dat in de bewoordingen van het verdrag voor investeringen van na die datum geen temporele vereisten kunnen worden gelezen. Anders gezegd: uit de tekst van artikel 1 lid 1 BIT 1998, bezien in de context, volgt niet dat investeringen, om voor bescherming in aanmerking te komen, zich reeds ten tijde van de investering op het grondgebied van de andere verdragsstaat moesten bevinden. Tussen partijen is overigens niet in geschil dat de investeringen van PrivatBank ná 1992 zijn gedaan. In verband hiermee is de uitspraak van het Cour d'Appel de Paris van 30 maart 2021 in de Oschadbank-zaak (*Fédération de Russie v. JSC Oschadbank, Cour d'Appel de Paris no 19/04161*), voor de beoordeling van deze zaak niet relevant: door het Cour d'Appel is geoordeeld dat Oschadbank haar *assets* vóór 1992 had verkregen.
- 5.8.14 Een uitleg te goeder trouw van het verdrag waarbij – naast de hiervoor genoemde tekst en context – het voorwerp en doel worden betrokken leidt evenmin tot de conclusie dat de investeringen zich van meet af aan op het grondgebied van de Russische Federatie moeten hebben bevonden. Hiervoor heeft het hof al overwogen dat de BIT 1998 naast en in het verlengde van het doel van het stimuleren van investeringen uit de andere verdragsstaat ook nadrukkelijk tot doel heeft het beschermen van investeringen. Het past bij deze beschermingsgedachte om het verdrag van toepassing te laten zijn op alle investeringen die er op basis van de tekst van het verdrag voor in aanmerking komen. Daarom is niet doorslaggevend dat PrivatBank bij het doen van de investeringen geen verdragsbescherming in het vooruitzicht had en dat haar investeringsbeslissingen daardoor dus niet beïnvloed zijn. Datzelfde geldt immers voor de ook door het verdrag beschermde investeringen die zijn gedaan vóór het opstellen en de inwerkingtreding van het verdrag. De slotsom is dat in de tekst, context en voorwerp en doel van het verdrag – mede gezien deze beschermingsgedachte – geen aanwijzingen zijn te vinden voor de door de Russische Federatie voorgestane beperkte uitleg van het begrip *investments*.
- 5.8.15 Het feit dat de investeringen moeten zijn gedaan in overeenstemming met de wetgeving van de gaststaat brengt gezien voorwerp en doel van de BIT 1998 geen vereiste van gelijktijdigheid met zich mee. De vaststelling of de investeringen voldoen aan de Russische wetgeving kan plaatsvinden met als toetsingsmoment de datum van incorporatie van de Krim door de Russische Federatie. Deze toets is door het scheidsgerecht ook tegen deze datum uitgevoerd in het arbitrale deelvonnissen van 4 februari 2019. Het scheidsgerecht is daarbij uitgegaan van de Russische wetgeving (in de uitspraak aangeduid als *Incorporation Law*, hiervoor ook aangeduid als *Crimean Incorporation Law*) die bepaalt dat – kort gezegd – (eigendoms)rechten op de Krim die onder Oekraïens recht golden na de incorporatie werden gerespecteerd. Op de legaliteit van de investeringen van PrivatBank zal het hof hierna nog terugkomen.
- 5.8.16 De Russische Federatie heeft gewezen op arbitrale rechtspraak onder BIT-verdragen (o.a. *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, 18 juni 2010) waaruit volgt dat de controle op de wettigheid van een investering moet plaatsvinden op het moment dat de investering wordt gedaan. Deze rechtspraak verzet zich niet tegen de uitleg van het scheidsgerecht. Bij dit uitgangspunt past immers dat de wetmatigheid van de investeringen in dit geval door het scheidsgerecht is getoetst op het moment dat de investeringen onderdeel gingen uitmaken van de rechtsorde van de Russische Federatie, dat wil zeggen ten tijde van de incorporatie.
- 5.8.17 Het hof sluit zich wat betreft het voorgaande aan bij de uitspraken van het Zwitserse Federale Hooggerechtshof van 16 oktober 2018 in vergelijkbare zaken, waarin de Russische

Federatie eveneens de vernietiging vorderde van arbitrale vonnissen waarbij Oekraïense investeerders die bescherming onder de BIT 1998 hadden gezocht voor investeringen gedaan op de Krim voor de incorporatie in het gelijk waren gesteld (*Russische Federatie v. Ukrnafta*, zaaknr. 396/2017 en *Russische Federatie v. Stabil LLC e.a.*, zaaknr. 398/2017). In deze zaken was de uitleg van artikel 1 lid 1 BIT 1998 ook aan de orde (in de Engelse vertaling van de Zwitserse uitspraken aangeduid als: *Article 1 (1) IPA (Investment Protection Agreement) 1998*). Het Zwitserse Federale Hooggerechtshof oordeelde (in de Engelse vertaling):

"We cannot concur with the Appellant when it argues that the very wording of Art. 1 (1) IPA 1998 indicates that the agreement only protects investments that, at the time of their making, were made by an investor from one Contracting State on the territory of another Contracting State; while by contrast, investments that were originally made in the investor's home country and "are located in the territory of the host country at a later time only due to a boundary change" do not fall under the protection of the 1998 Investment Protection Agreement. Contrary to the view argued in the appeal, the wording "assets [which are] invested by an investor of once Contracting Party in the territory of the other Contracting Party" does not clearly indicate whether Art. 1 (1) IPA 1998 presupposes that the investment was already made in the host country's territory from the outset, or whether the definition also includes investments made in a territory that only later came under the control of the host country. On the sole evidence of the wording of the text of the agreement as translated into English, there seems to be no more reason to rule out the position that the term "investments" entails an additional temporal restriction concerning a boundary change, than there is to rule out the Appellee's opposing position that "investments" do not necessarily have to be in the foreign state from the outset.

(...)

If wording in other provisions of the agreement is also consulted, the verb forms used for "invest" in the authentic languages rather tend to argue against the assumption of a temporal restriction, as the Appellee comprehensibly argues in its response. While the (perfective) verb form in Art. 12 IPA 1998 (...) expresses that the temporal scope of the agreement depends on a defined point in time when investments were made ("investments made [...] in the territory of the other Contracting State on or after January 1, 1992"), the (imperfective) verb form used in Art. 1 (1) IPA 1998 (...) ("assets [which are] invested [...] in the territory of the other Contracting State") does not describe an action that must have been completed at a certain point in time. The element of duration is furthermore indirectly included in Article 1 (1) IPA 1998, at the end, according to which a subsequent change in the type of investments is not supposed to change anything about their nature as an investment within the meaning of that provision.

When the Appellant variously argues that the term "investments" under Article 1 (1) IPA 1998 presupposes a cross-border activity performed at a certain point in time, it appears to be taking a transaction-based approach that primarily reflects former thinking about the liberalization of capital movements and ignores the aspect of the investment protection of values and rights that do not have an immediate connection with a cross-border transaction. (...) By contrast, Article 1(1) IPA 1998, which itemizes – not exhaustively – various assets (...) clearly contains a (more broadly understood) asset-based definition (...). If the definition of investment in a treaty is not linked to a specific transaction which can per se be attributed to a certain point in time, the term "investment" also does not entail a temporal restriction with respect to crossing the border, as the Appellant claims. That the host country is willing to guarantee protection only to investments that are in harmony with its legislation ("assets [which are] invested [...] in accordance with its legislation") is a prerequisite inherent in the system, from which nothing conclusive can be deduced concerning the question of the influence of a boundary change. (...)"

5.8.18 De Russische Federatie heeft aangevoerd dat een van de bij de zaak betrokken rechters, Klett,, tijdens de openbare beraadslaging een "*dissenting opinion*" heeft gegeven. Het Zwitserse Federale Hooggerechtshof deed echter een unanieme uitspraak. Er bestaat ook geen officieel verslag van de openbare beraadslaging. Dat één van de rechters tijdens de

openbare beraadslaging – naar zou volgen uit een namens de Russische Federatie opgemaakt verslag van die zitting – argumenten heeft genoemd voor een andere zienswijze, doet er niet aan af dat het Zwitserse Federale Hoogerechtshof tot de hierboven geciteerde uitspraak is gekomen, waarbij het hof zich aansluit.

5.8.19 De Russische Federatie heeft verder gewezen op vele uitspraken in BIT-arbitrages waaruit volgens haar om verschillende redenen volgt dat alleen “oorspronkelijk buitenlandse investeringen” voor bescherming onder de BIT 1998 in aanmerking komen. Het hof merkt daarover op dat het in die zaken ging om andere verdragen en om andere feitelijke situaties. De zaken die wel een directe analogie inhouden met de onderhavige zaak zijn de arbitrages die door andere Oekraïense investeerders aanhangig gemaakt zijn naar aanleiding van de gebeurtenissen op de Krim. In die zaken hebben scheidsgerechten met verschillende samenstellingen zonder uitzondering geoordeeld dat de BIT 1998 van toepassing is op (oorspronkelijk binnenlandse) Oekraïense investeringen die door de incorporatie van de Krim op het grondgebied van de Russische Federatie zijn komen te liggen. Dat in één van die zaken een *dissenting opinion* is afgegeven (door prof. [...] in de zaak *Naftogaz (Naftogaz v. The Russian Federation, PCA Case No. 2017-16)*) doet daar niet wezenlijk aan af.

5.8.20 Ten overvloed zal het hof hierna nog enkele van de door de Russische Federatie aangehaalde uitspraken bespreken.

5.8.20.1 De Russische Federatie heeft gewezen op een aantal uitspraken waar aan de orde was dat een oorspronkelijk binnenlandse investeerder naar het buitenland was verhuisd (dan wel de zetel van de rechtspersoon naar het buitenland had verplaatst) en de investeerder om die reden bescherming werd ontzegd (zoals het arrest van 25 april 2017 (no. 15/01040) van het Cour d’Appel de Paris in de vernietigingsprocedure van het arbitrale vonnis in de zaak *García and García v. Bolivarian Republic of Venezuela* en het arbitrale vonnis van 20 april 2016 in de zaak *Uzan v. Republic of Turkey, SCC Arbitration V 2014/023*). Deze uitspraken geven het hof geen grond om tot een ander oordeel te komen. Het ging in die zaken om investeerders die zich – op eigen initiatief en vaak specifiek met het doel om onder bescherming van een verdrag te komen vallen – hadden verplaatst. In het onderhavige geval gaat het om een verplaatsing van de grenzen van de verdragsluitende staten, waardoor een aanvankelijk binnenlandse investering buiten toedoen van de investeerder komt te liggen op grondgebied waarover de andere verdragsstaat rechtsmacht en effectieve controle heeft.

5.8.20.2 Ook heeft de Russische Federatie aandacht gevraagd voor diverse uitspraken van scheidsgerechten waar de vraag aan de orde was of het hebben van belangen in een vennootschap in de ene verdragsstaat die op haar beurt bezittingen in de andere verdragsstaat heeft, als investeringen in de zin van het verdrag konden worden beschouwd (zoals *Berschader and Berschader v. The Russian Federation (SCC Case No. 080/2004)*, *Standard Chartered Bank v. Tanzania (ICSID Case No. ARB/10/12)*, *Clorox Espana v. Venezuela (PCA Case No. 2015-30)*). Die zaken werpen echter geen licht op de in deze zaak voorliggende kwestie. Het gaat hier immers niet om de vraag of sprake is van een dergelijke indirecte investering door PrivatBank, maar om de vraag of deze investering zich in de Russische Federatie moest bevinden op het moment dat zij (actief) werd gedaan.

Dat Oekraïne in de zaak *PAO Tatneft v. Ukraine* het standpunt heeft ingenomen dat sprake moet zijn van een actieve investeringshandeling doet niet af aan de uitleg van *investment* door het scheidsgerecht. De investering ten aanzien waarvan Oekraïne dat standpunt innam was ook een indirecte investering. Overigens is het standpunt van Oekraïne in die zaak niet gevolgd door de Engelse rechter, die oordeelde dat ook indirecte investeerders aanspraak konden maken op bescherming onder de desbetreffende BIT (*PAO Tatneft and Ukraine, High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales Queen’s Bench Division Commercial Court, Case No. CL-2017-000252, 13 juli 2018*).

5.8.20.3 Ook de vergelijking met de door de Russische Federatie aangehaalde zaken waar het ging om een binnenlandse investering in de ene verdragsstaat, waarvan de waarde

volgens de investeerders in negatieve zin werd beïnvloed door maatregelen in de andere verdragsstaat, gaat niet op (*Bayview Irrigation District et al v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/01, *Award*, 19 juni 2007); *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. the United States of America*, UNCITRAL, *Award on Jurisdiction*, 28 januari 2008). In die zaken waren de desbetreffende investeringen immers steeds binnenlands gebleven.

5.8.21 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het scheidsgerecht terecht heeft geoordeeld dat de investeringen van PrivatBank (in beginsel) vallen onder het begrip *investments* als bedoeld in artikel 1 lid 1 BIT 1998, en dat er in zoverre dus geen grond tot vernietiging van de arbitrale uitspraken is.

5.9 De uitleg van *investor* in de zin van artikel 1 lid 2 BIT 1998 (onbevoegdheidsargument Ie)

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.9.1 Het scheidsgerecht heeft vooropgesteld dat uit artikel 1 lid 2 van de BIT 1998 volgt, dat het moet vaststellen of PrivatBank kan worden gekwalificeerd als: (i) *a legal entity constituted in accordance with the legislation in force in the territory of Ukraine; and (ii) "competent in accordance with the legislation of Ukraine, to make investments in the territory of the Russian Federation."*

5.9.2 Afgaande op de door PrivatBank ingediende documenten en hetgeen is ingebracht door deskundigen op het gebied van Oekraïens recht, is het scheidsgerecht tot het oordeel gekomen dat PrivatBank een juridische entiteit is die is opgericht in overeenstemming met het Oekraïense recht. Hij heeft vastgesteld dat PrivatBank was geregistreerd in het Oekraïense staatsregister van banken en dat zij een bankvergunning had, uitgegeven door de NBU. Het scheidsgerecht heeft verder geoordeeld dat de nationalisatie van PrivatBank door Oekraïne in december 2016, en de daaropvolgende reorganisatie, geen gevolgen hebben voor het oordeel dat PrivatBank geldt als een investeerder als bedoeld in het BIT 1998. Deze gebeurtenissen hebben immers plaatsgevonden na de schendingen van het verdrag en na de aanvang van de arbitrale procedure. Overigens vallen ook ondernemingen die eigendom van staten zijn onder de bescherming van het BIT 1998, aldus het scheidsgerecht.

5.9.3 Het scheidsgerecht heeft zich vervolgens gebogen over het in artikel 1 lid 2 BIT 1998 opgenomen vereiste dat sprake moet zijn van investeerders die zijn "*competent in accordance with the legislation of [their] Contracting Party, to make investments in the territory of the other Contracting Party*". Het scheidsgerecht heeft dit opgevat als de eis dat de investeerders gerechtigd moeten zijn om bepaalde juridische relaties aan te gaan. PrivatBank was op alle relevante tijdstippen gerechtigd om investeringen te doen in de Krim.

5.9.4 Het scheidsgerecht is door de deskundigen gewezen op Resolutie nr. 669 van 3 november 2014 en Resolutie nr. 260 van 6 mei 2014 van de NBU. Resolutie nr. 669 bepaalt onder meer dat het verboden is voor een inwoner (van Oekraïne) om te investeren in een investeringsobject gelegen (geregistreerd) op het grondgebied van de Krim. De vraag of deze resolutie van toepassing is op (investeringen van) PrivatBank heeft het scheidsgerecht ontkennend beantwoord, kort gezegd omdat deze resolutie slechts het overmaken van geld naar de Krim verbiedt, en slechts vanaf het moment dat de resolutie van kracht is geworden. Resolutie nr. 260, die Oekraïense banken opdroeg om hun afdelingen op de Krim te laten eindigen binnen een maand na 6 mei 2014, is niet relevant voor de status van PrivatBank als *investor*. Deze resolutie is van kracht geworden *nadat* de investeringen van PrivatBank onteigend zijn.

Het standpunt van de Russische Federatie

5.9.5 De Russische Federatie heeft (kort samengevat) het volgende naar voren gebracht.

5.9.5.1 Om gekwalificeerd te kunnen worden als *investor* als bedoeld in artikel 1 lid 2 BIT 1998, moeten in Oekraïne gevestigde of wonende investeerders naar Oekraïens recht bevoegd zijn tot het doen van investeringen in de "*territory of the other Contracting Party*", dus op het grondgebied van de Russische Federatie. Het gaat daarbij dus om het doen van *buitenlandse* investeringen door PrivatBank op de Krim. De bevoegdheid van PrivatBank om binnenlandse investeringen te doen op de Krim is niet relevant.

5.9.5.2 PrivatBank is nooit bevoegd geweest om *buitenlandse* investeringen op de Krim te doen. Zowel voor als na maart 2014 beschouwt de Oekraïense wet investeringen van Oekraïense ingezetenen op de Krim als binnenlandse investeringen. Er gelden in Oekraïne specifieke wettelijke verplichtingen voor ingezetenen die investeringen in het buitenland willen doen. Het gaat om Decreet nr. 15-93 van het kabinet van ministers van Oekraïne "*On the system of currency regulation and currency control*" van 19 februari 1993, en Decreet nr. 893-95 van de president van Oekraïne "*On investing [in] Property Holdings by Residents outside Ukraine*" van 13 september 1995. Het scheidsgerecht heeft deze wetten ten onrechte buiten beschouwing gelaten. PrivatBank kon slechts aan de vereisten van de Oekraïense wetten inzake buitenlandse investeringen voldoen, als Oekraïne de Krim juridisch als buitenlands grondgebied zou beschouwen, hetgeen niet het geval is. Hierop heeft ook prof. [...] gewezen in haar dissenting opinion in de Naftogaz-arbitrage.

5.9.5.3 Voorts heeft de Russische Federatie gewezen op:

- Oekraïense wetten die bepalen dat de Krim een deel van Oekraïne vormt;
- Oekraïense wetten die bepalen dat uitsluitend Oekraïens recht van toepassing is op de Krim;
- Oekraïense wetten die Oekraïners verbieden zaken te doen op de Krim *als onderdeel van de Russische Federatie*;
- een Oekraïense resolutie die Oekraïners verbiedt investeringen op de Krim te doen (Resolutie Nr. 699 van de NBU).

5.9.5.4 De conclusie hieruit is dat PrivatBank nooit bevoegd is geweest om investeringen op de Krim te doen als "*the territory of the other Contracting Party*" als bedoeld in artikel 1 lid 2 BIT 1998. PrivatBank was volgens de Oekraïense wet slechts gerechtigd om binnenlandse investeringen op de Krim te doen. De uitleg van het scheidsgerecht dat artikel 1 lid 2 BIT 1998 niet meer was dan "*a requirement of capacity to enter into certain legal relations*" is fundamenteel onjuist. Deze uitleg strookt niet met artikel 31 WVV, aangezien deze voorbijgaat aan de duidelijke verwijzing in artikel 1 lid 2 BIT 1998 naar Oekraïense wetgeving. De juiste uitleg van artikel 1 lid 2 BIT 1998 is dat Oekraïens recht voor Oekraïners geen beperkingen mag bevatten voor het doen van investeringen op de Krim als onderdeel van de Russische Federatie. PrivatBank miste vóór en na maart 2014 de bevoegdheid naar Oekraïens recht om buitenlandse investeringen op de Krim te doen.

Het standpunt van PrivatBank

5.9.6 PrivatBank heeft samengevat het volgende naar voren gebracht.

5.9.6.1 PrivatBank meent dat haar status als *investor* moet worden beoordeeld op basis van de datum waarop zij de arbitrageprocedure aanhangig heeft gemaakt. De BIT 1998 schrijft alleen voor dat PrivatBank als *investor* in het algemeen bevoegd moet zijn om investeringen te doen op het grondgebied van de Russische Federatie. Het gaat om de *algemene* juridische bevoegdheid van een rechtspersoon om investeringen te doen en niet het hebben verkregen van *specifieke* toestemming om een bepaalde investering te doen. PrivatBank voldoet aan deze voorwaarde, aangezien zij bevoegd was om investeringen te doen op het grondgebied van de Russische Federatie. In het Oekraïense Wetboek van Koophandel is de algemene bevoegdheid van Oekraïense investeerders om in het buitenland te investeren vastgelegd. De artikelen 43, 44 en 68 van het Oekraïense Wetboek van Koophandel bepalen

(samengevat) dat investeerders vrij zijn om op enigerlei wijze te handelen, tenzij dit bij wet verboden is, en dat ondernemers op onafhankelijke wijze buitenlandse economische activiteiten kunnen uitoefenen. Dat PrivatBank bevoegd was om te investeren in de Russische Federatie, blijkt overigens ook uit het feit dat zij voor april 2014 ook investeringen had in de Russische Federatie: de meerderheid van de aandelen van de Moscomprivatbank.

5.9.6.2 De Decreten nrs. 15-93 en 893-95 zijn irrelevant voor de algemene bevoegdheid van PrivatBank om investeringen te doen op het grondgebied van de Russische Federatie. Deze decreten zien namelijk niet op het houden van buitenlandse investeringen, maar slechts op het over de grens zenden van activa. De *investments* van PrivatBank bevonden zich echter al op de Krim op 21 maart 2014 en zijn dus – na die datum – nooit een grens over gezonden.

5.9.6.3 De Oekraïense wetten waarop de Russische Federatie zich beroept en die investeren in de Krim als buitenlandse investering verbieden, bepalen dat Oekraïense investeerders bevoegd zijn hun bestaande investeringen op de Krim te handhaven.

5.9.6.4 NBU Resolutie nr. 699 is niet relevant, omdat deze pas is aangenomen op 3 november 2014: daaraan komt uiteraard geen terugwerkende kracht toe.

5.9.6.5 Wet nr. 1207-VII bepaalt niet dat Oekraïense investeerders na de incorporatie in het algemeen onbevoegd zijn om investeringen te doen op de Krim. Deze wet is door het Oekraïense parlement aangenomen om te bepalen dat geen enkele onteigeningsmaatregel van de Russische Federatie in de Oekraïense rechtsorde als geldige rechtshandeling wordt erkend.

Het oordeel van het hof

5.9.7 Het hof is van oordeel dat de hiervoor genoemde argumenten van de Russische Federatie op grond waarvan PrivatBank geen *investor* is als bedoeld in de BIT 1998 niet opgaan. Het vereiste in artikel 1 lid 2 van de BIT 1998 dat de *natural person* of de *legal entity is competent in accordance with its legislation (with legislation of that Contracting Party) to make investments in the territory of the other Contracting Party* betekent (slechts) dat de investeerder volgens de wetten van zijn eigen land de bekwaamheid moet hebben om investeringen te verrichten op het grondgebied van de Krim. Dat PrivatBank daartoe gerechtigd was, staat niet ter discussie. Verder is het hof van oordeel dat het houden van de investeringen op de Krim na de incorporatie van de Krim niet in strijd is met regelgeving van Oekraïne. Dat Oekraïne deze investeringen formeel niet als *buitenlandse* investeringen beschouwt, maakt PrivatBank niet onbevoegd om deze investeringen te houden. Zoals hiervoor reeds besproken, erkent Oekraïne dat de Russische Federatie *de facto* controle uitoefent op de Krim en gaat Oekraïne er in dat verband vanuit dat het de Russische Federatie is die verantwoordelijkheid draagt voor deze investeringen in die zin, dat de verplichting om – bijvoorbeeld – niet zonder adequate schadevergoeding tot onteigening over te gaan thans op de Russische Federatie rust.

5.9.8 PrivatBank heeft verder voldoende toegelicht dat Resolutie nr. 699, die betrekking heeft op monetaire overdrachten naar de Krim, geen betrekking heeft op, althans geen gevolgen heeft voor, de investeringen van PrivatBank op de Krim. De NBU heeft Resolutie nr. 699 aangenomen in november 2014. Niet is gebleken dat de investeringen waarvoor PrivatBank thans bescherming inroept, betrekking heeft op monetaire overdrachten van na die datum.

5.10 PrivatBank heeft illegaal gehandeld bij de het doen van haar investeringen (onbevoegdheidsargument If)

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.10.1 Het scheidsgerecht heeft overwogen dat onderdeel van de definitie van *investments*, gegeven in artikel 1 lid 1 BIT 1998, is dat investeringen moeten zijn gedaan op het grondgebied van de andere verdragstaat "*in accordance with its legislation*". Het

scheidsgerecht vat dit op als het vereiste om te voldoen aan de wetten van de gaststaat op het moment dat de investering is gedaan. In de *Interim Award* heeft het scheidsgerecht geoordeeld dat het verdrag vanaf 21 maart 2014 door Oekraïense investeerders jegens de Russische Federatie kan worden ingeroepen. Dit leidt het scheidsgerecht tot de conclusie dat moet worden onderzocht of de investeringen voldoen aan de Russische wetgeving vanaf die datum. Vervolgens heeft het scheidsgerecht in zijn *Partial Award* onderzocht of deze investeringen zijn geïncorporeerd in de Russische rechtsorde. Het scheidsgerecht overwoog daartoe (§ 199):

"From the perspective of Russian law, on 21 March 2014, PrivatBank's Crimean investments were situated on Russian territory and were therefore subject to the entire body of Russian law. At the same time, in the very same federal constitutional law by which it incorporated the Crimean Peninsula into the Russian Federation (the Incorporation Law), the Russian Federation made specific provisions for the integration of the new constituent entities into the Russian Federation."

5.10.2 Het scheidsgerecht heeft vervolgens een aantal relevante artikelen van de *Crimean Incorporation Law* opgenoemd. Artikel 12 van de *Crimean Incorporation Law* bepaalt (in de Engelse vertaling):

"Article 12. Validity of Documents Issued by State and other Official Agencies of Ukraine and by State and other Official Agencies of the Republic of Crimea and the City of Sevastopol

Documents issued by state and other official agencies of Ukraine, state and other official agencies of the Autonomous Republic of Crimea, and state and other official agencies of the city of Sevastopol shall remain valid in the Republic of Crimea and federal city of Sevastopol, including documents confirming civil status, education, title, right of use, right to receive pensions, benefits, compensation and other forms of social payments, right to obtain medical care, and permit documents (licenses, except licenses to perform banking transactions and licenses (permits) for the operation of non-credit financial organizations). There is no limitation on the period of validity of such documents and no confirmation by state agencies of the Russian Federation, state agencies of the Republic of Crimea, or state agencies of the federal city of Sevastopol is required, unless otherwise required by the documents in question or the nature of the relationship."

Artikel 17 van de *Crimean Incorporation Law* bepaalt (in de Engelse vertaling):

"Article 17. Organization of Banking in the Republic of Crimea and the Federal city of Sevastopol

1. As of the day the Republic of Crimea is accepted into the Russian Federation and new constituent entities are established in the Russian Federation, banking transactions in the Republic of Crimea and the federal city of Sevastopol shall be performed by banks holding licenses from the Bank of Russia, except for the instance provided for in Part 2 of this Article.

2. Prior to January 1, 2015, banks registered and/or engaging in banking activity in the Republic of Crimea and the federal city of Sevastopol with licenses issued by the National Bank of Ukraine that were valid as of March 16, 2014 may perform banking transactions with consideration for specific issues established by Russian Federation legislation. Such banks may, prior to January 1, 2015, obtain Bank of Russia licenses using the procedure and on the terms established in Russian Federation legislation."

5.10.3 Uit de genoemde bepalingen heeft het scheidsgerecht afgeleid dat het de bedoeling was van de Russische Federatie om de rechten van Oekraïense entiteiten en rechthebbenden te reguleren. Artikel 17 lid 2 van de *Crimean Incorporation Law* regelde dat banken op de Krim met een door de NBU tot 1 januari 2015 afgegeven banklicensie konden doorgaan met hun

activiteiten. Uit artikel 12 van de *Crimean Incorporation Law* leidde het scheidsgerecht af dat de PrivatBank na de incorporatie niets hoefde te doen om hun rechten op vaste activa op de Krim te bevestigen. Deskundigen op het gebied van Russisch recht hebben aan het scheidsgerecht bevestigd dat overeenkomsten (zoals overeenkomsten van geldlening) die voor de incorporatie geldig waren afgesloten, na de incorporatie geldig bleven.

- 5.10.4 Het scheidsgerecht is op grond hiervan tot de conclusie gekomen dat de investeringen van PrivatBank, waaronder vaste en monetaire activa in overeenstemming waren met het Russische recht per 21 maart 2014, onder de volgende twee voorwaarden: (i) dat de rechten van PrivatBank zijn verkregen in overeenstemming met Oekraïens recht en (ii) deze rechten moeten op de genoemde datum niet zijn onderworpen aan enige wettelijke beperking die voorrang heeft boven de *Crimean Incorporation Law* en Russische regels van conflictenrecht.
- 5.10.5 Wat betreft de eerste voorwaarde is het scheidsgerecht afgegaan op deskundigen op het gebied van Oekraïens recht, benoemd door PrivatBank (de heer Bondar) en het scheidsgerecht zelf (dr. Tsirat), die hebben bevestigd dat de rechten van PrivatBank op haar investeringen, waaronder haar banklicentie, overeenkomsten van geldlening en vaste activa, op geldige wijze zijn verkregen onder Oekraïens recht. Wat betreft de tweede voorwaarde heeft het scheidsgerecht niet kunnen vaststellen dat een wettelijke beperking bestaat als hiervoor bedoeld.
- 5.10.6 Het scheidsgerecht heeft ook een deskundige benoemd op het gebied van het Russische recht, prof. Skvortsov. Deze deskundige heeft de aandacht gevestigd op het feit dat PrivatBank, om door te kunnen gaan met haar activiteiten, vóór 1 januari 2015 een Russische banklicentie had moeten krijgen. Dit maakt volgens deze deskundige dat PrivatBank na die datum haar rechten op haar investeringen niet meer kon uitoefenen. Het scheidsgerecht heeft dit argument verworpen, alleen al omdat de gebeurtenissen die volgens PrivatBank hebben geleid tot de onteigening, hebben plaatsgevonden vóór 1 januari 2015.
- 5.10.7 Het scheidsgerecht heeft verder vastgesteld dat wettelijke regelingen die het recht van PrivatBank op haar investeringen beperken en die van kracht zijn geworden op de Krim ná 21 maart 2014, niet van invloed zijn op de vraag of de investeringen van PrivatBank voldoen aan de toets van artikel 1 lid 1 BIT 1998. Het toetsmoment is immers 21 maart 2014.
- 5.10.8 Het scheidsgerecht is alles overziende tot de conclusie gekomen dat de investeringen van PrivatBank in overeenstemming waren met de wetgeving van de Russische Federatie per 21 maart 2014 en aldus voldoen aan het in artikel 1 lid 1 BIT 1998 neergelegde vereiste.

Het standpunt van de Russische Federatie

- 5.10.9 De Russische Federatie heeft met betrekking tot de legaliteit van de investeringen van PrivatBank het volgende naar voren gebracht.
- 5.10.9.1 De BIT 1998 beoogt de wederzijds bevorderlijke economische samenwerking tussen de Russische Federatie en Oekraïne te stimuleren. Daartoe beschermt de BIT 1998 uitsluitend echte investeerders die legitiem kapitaal hebben ingebracht op het grondgebied van de andere verdragspartij. Alleen investeringen in overeenstemming met de wetgeving van de verdragspartijen worden beschermd, zo volgt uit de artikelen 1 en 9 BIT 1998. De BIT 1998 beschermt dus geen (rechts)personen die activa hebben verkregen door middel van corruptie, fraude of geweld.
- 5.10.9.2 De voormalige eigenaren van PrivatBank, [betrokkene 1] en zijn zakenpartner [betrokkene 2], bezaten een zakelijk imperium, de Privat Group, waarvan de PrivatBank het hart vormde. Dit imperium – waarvan de juridische structuur lastig is te doorgronden – is geheel gebouwd op fraude, corruptie en geweld. Er is sprake geweest van onregelmatige

privatiseringen en verwervingen door entiteiten behorende tot de Privat Group. Voorbeelden van onregelmatige privatiseringen van bedrijven waarbij de Privat Group en/of [betrokkene 1] (althans entiteiten die onder hun zeggenschap stonden) betrokken was/waren, zijn Ukrudprom, DneprAzot en Ukrnafta. Daarbij maakte de Privat Group veelvuldig gebruik van corrupte rechters. Ook het gebruik van geweld – onder meer bij zogenoemde *corporate raids* – werd door entiteiten uit de Privat Group niet geschuwd. Voorbeeld van het gebruik van corrupte rechters is de zogenoemde Swissport-zaak, waarbij dit in Zwitserland gevestigde bedrijf slachtoffer zou zijn geworden van een “roofoverval” door UIA, een aan de Privat Group gelieerd bedrijf, waarmee Swissport een joint venture was aangegaan. UIA had ten onrechte beweerd dat haar rechten als minderheidsaanhouder door Swissport waren geschonden, waarna vervolgens gebruik is gemaakt van corrupte rechters waardoor Swissport haar zaak verloor. [betrokkene 1] heeft verder erkend dat hij steekpenningen heeft betaald aan [Z] (de voormalige president van Oekraïne) en diens schoonzoon [Y] in verband met het veiligstellen van zijn belang in Ukrnafta.

5.10.9.3 Het scheidsgerecht heeft aan PrivatBank de vraag voorgelegd of de door haar gestelde investeringen zijn gedaan in overeenstemming met de geldende wetgeving. Namens PrivatBank is dit meermaals, maar ten onrechte, bevestigd.

5.10.9.4 Door PrivatBank is schadevergoeding gevorderd wegens onteigening van aan haar toebehorend vastgoed, waaronder het Tavria-resort. Dit vastgoed is echter illegaal verkregen als gevolg van corruptie, mede door het betalen van steekpenningen aan voormalig president [Z] .

5.10.9.5 PrivatBank heeft het verder in de arbitrage doen voorkomen alsof PrivatBank een reguliere gezonde bank was. In werkelijkheid balanceerde PrivatBank al jaren op de rand van faillissement. In 2015 heeft PrivatBank van vooraanstaande kredietbeoordelaars een zeer slechte *rating* gekregen. In juni 2014 is de NBU een onderzoek gestart naar PrivatBank. Zij schakelde daartoe het private onderzoeksbureau Kroll in. Het onderzoek van Kroll heeft bevestigd dat PrivatBank de kern vormde van een grootschalige gecoördineerde fraude, bedoeld om miljarden weg te sluisen naar buitenlandse bankrekeningen. De fraude bestreek een periode van ten minste tien jaar. Op 16 januari 2018 heeft de NBU een persbericht doen uitgaan waarin de resultaten van dit onderzoek worden beschreven (dit persbericht is geciteerd in 3.7 hierboven).

5.10.9.6 Kroll ontdekte dat de leningen van PrivatBank vrijwel uitsluitend verstrekt waren aan partijen die gelieerd waren aan [betrokkene 1] en [betrokkene 2] . Volgens Kroll diende de constructie geen ander doel dan het wegsluizen van gelden van de PrivatBank naar buitenlandse bankrekeningen. Het nieuwe bestuur van PrivatBank heeft in verschillende landen (Verenigd Koninkrijk, Israël, Verenigde Staten) vorderingen tegen onder meer [betrokkene 1] en [betrokkene 2] ingesteld vanwege hun massale onterechte onttrekkingen van middelen van de bank. Hieruit volgt dat PrivatBank (thans) het bestaan van de fraude erkent. In lijn hiermee heeft PrivatBank in de arbitrale procedure haar vorderingen verminderd tot minder dan één derde van het oorspronkelijk gevorderde bedrag.

5.10.9.7 PrivatBank bestond niet uit verschillende regionale entiteiten. De fraude raakte de gehele bank, en daarmee uiteraard ook de activiteiten op de Krim. PrivatBank kan zich ook niet verschuilen achter [betrokkene 1] en [betrokkene 2] , het is immers PrivatBank zelf die massaal heeft gefraudeerd. Het nieuwe management heeft de oorspronkelijke vordering gehandhaafd tot ver na het wijzen van de arbitrale uitspraken. Ook het nieuwe management heeft ertoe bijgedragen dat vragen van het scheidsgerecht willen en wetens onjuist en onvolledig zijn beantwoord.

5.10.9.8 De megaclaim van PrivatBank in de arbitrage zag voor een groot deel op door haar verstrekte “zakelijke leningen”, die in werkelijkheid waardeloos waren. Deze leningen waren niet gedekt door enige vorm van zekerheid. Dit heeft na de onteigening door de NBU geleid tot een afboeking ter waarde van circa USD 5,7 miljard.

5.10.9.9 PrivatBank heeft haar investeringen aldus grotendeels, althans in belangrijke mate, verkregen door middel van corruptie, fraude en geweld. Dat gedrag is strijdig met het recht

van zowel de Russische Federatie als Oekraïne. In het bijzonder geldt dit voor de zogenoemde "zakelijke leningen". De ernst en omvang van de criminele gedragingen is dusdanig groot dat dit alle door PrivatBank gestelde investeringen direct of indirect besmet. De ogenschijnlijk legale activiteiten en investeringen van PrivatBank, zoals bankfilialen en betaal- en pinautomaten, vormden een wezenlijk onderdeel van en een dekmantel voor haar frauduleuze activiteiten. De kernactiviteiten van de investeerder staan centraal. In dit geval betreft het PrivatBanks bancaire activiteiten: het aantrekken, uitlenen en investeren van gelden. Als sprake is van met de wet strijdige kernactiviteiten, dan leidt dat tot de algehele onbevoegdheid van het scheidsgerecht. Dat geldt eens te meer als die in feite illegale kernactiviteiten een aanzienlijk althans relevant deel van het geheel uitmaken.

5.10.9.10 Het is vaste arbitragejurisprudentie dat alle activa van PrivatBank voor de toepassing van artikelen 1 en 9 van de BIT 1998 moeten worden gezien als één geheel ("*unity of investments*"). Het scheidsgerecht oordeelde in navolging van PrivatBanks stelling dat het Scheidsgerecht haar investering in haar geheel moest benaderen "*rather than parsing it into its constituent parts*". Dit oordeel strookt met het in investeringsjurisprudentie gehuldigde beginsel van de *unity of investment* en ook met het recente oordeel van het Parijse Cour d'Appel in de zaak Oschadbank.

5.10.9.11 De conclusie is dat PrivatBank vanwege door haar gepleegde fraude, corruptie en geweld geen *investments* heeft en geen *investor* is in de zin van artikel 1 lid 1 respectievelijk lid 2 BIT 1998.

Het standpunt van PrivatBank

5.10.10 PrivatBank heeft met betrekking tot de legaliteit van haar investeringen het volgende naar voren gebracht.

5.10.10.1 Het scheidsgerecht heeft in het tussenvonnissen en het gedeeltelijk eindvonnissen zijn algemene bevoegdheid ten aanzien van de vorderingen van PrivatBank vastgesteld. Het gedeeltelijk eindvonnissen bevat geen oordeel over de (omvang van de) schadevergoeding en ook geen oordeel over de vorderingen van PrivatBank ten aanzien van specifieke, individuele activa of investeringen. Het scheidsgerecht heeft zelfs niet vastgesteld dat PrivatBank schade heeft geleden. Weliswaar heeft het scheidsgerecht geoordeeld dat door de Russische Federatie geen compensatie is geboden, maar onderdeel van de conclusie van het scheidsgerecht dat dit niet het geval was, was dat de Russische Federatie zelfs geen verantwoording aan PrivatBank heeft gegeven waarom volgens de Russische Federatie geen vergoeding verschuldigd zou zijn. De Russische Federatie heeft zich inmiddels in de *quantum phase* ook zelf op het standpunt gesteld dat de vastgestelde schending van de BIT 1998 nog niet het oordeel inhoudt dat ook daadwerkelijk schade is geleden.

5.10.10.2 In de *quantum phase* zal het scheidsgerecht op individueel investeringsniveau oordelen in welke mate PrivatBank gecompenseerd moet worden voor haar verschillende categorieën investeringen. De Russische Federatie krijgt, gezien de inhoud van *Procedural Order no. 7*, ook gelegenheid om verweer te voeren. Mocht zij het vervolgens niet eens zijn met de beslissingen van het scheidsgerecht dienaangaande, dan kan zij tegen dat eindvonnissen rechtsmiddelen instellen. Er is dan ook geen reden om argumenten die niet relevant zijn voor de bestreden arbitrale vonnissen, nu al in deze herroepings- en vernietigingsprocedure te beoordelen.

5.10.10.3 Het staat vast dat PrivatBank investeringen had die vallen onder de BIT 1998 en kwalificeren voor investeringsbescherming. PrivatBank had onder meer een banklicentie onder Oekraïens recht, die krachtens de *Crimean Incorporation Law* een investering vormde overeenkomstig de wetgeving van de Russische Federatie. Daarnaast heeft PrivatBank legio diensten geleverd, waaronder het beheer van pensioenen, salarisbetalingen en het leasen van auto's. Aldus is sprake van investeringen op grond waarvan het scheidsgerecht zich bevoegd kon verklaren.

5.10.10.4 Bij het voorgaande sluit aan dat het scheidsgerecht zich in de fase van de arbitrale

procedure die heeft geleid tot het gedeeltelijk eindvonnis slechts in algemene zin en op generiek niveau heeft laten informeren over de legaliteit van de investeringen van PrivatBank. Daarnaast heeft het scheidsgerecht in de arbitrage uitdrukkelijk besloten dat het de Russische Federatie is toegestaan in de *quantum phase* stellingen ten aanzien van haar *illegality objection* naar voren te brengen. Aangezien de *quantum phase* deel uitmaakt van dezelfde arbitrage, die uiteindelijk in een arbitraal eindvonnis zal resulteren, zijn klachten van de Russische Federatie met betrekking tot het legaliteitsvereiste in de BIT 1998 prematuur, in ieder geval voor zover het specifieke investeringen betreft.

5.10.10.5 Gezien het voorgaande zijn de bevindingen in het rapport van Kroll waar de Russische Federatie zich op beroept (over welk rapport PrivatBank zelf niet beschikt) niet relevant voor de bevoegdheid van het scheidsgerecht; het scheidsgerecht heeft zich immers nog niet uitgesproken over specifieke investeringen.

5.10.10.6 Bovendien geldt dat gestelde illegaliteiten ten aanzien van de exploitatie van de onderneming – die de Russische Federatie ten grondslag legt aan haar vernietigingsvordering – niet kunnen leiden tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht. Het gaat bij het legaliteitsvereiste om het moment van het doen van of de totstandkoming van de investering. In investeringsjurisprudentie wordt algemeen aangenomen dat eventueel handelen in strijd met de wet of andere illegaliteiten die plaatsvinden nadat een investering is gedaan, geen invloed hebben op de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Het gastland kan in dergelijke gevallen maatregelen treffen teneinde het illegale handelen te corrigeren. De Russische Federatie heeft echter geen concrete stellingen ingenomen die zien op illegaal handelen betreffende het doen van de investeringen op de Krim. De stellingen over illegaal handelen gingen over de zogenoemde Privat Group of de voormalige UBO's, maar niet over PrivatBank.

Het oordeel van het hof

- 5.10.11 Tussen partijen is niet in geschil dat de BIT 1998 een legaliteitsvereiste bevat, in die zin dat artikel 1 lid 1 vereist dat een *investment* moet zijn gedaan *in accordance with its legislation*, dat wil zeggen de wetgeving van de gaststaat. Als de investering illegaal is, is er geen sprake van een investering, zodat het scheidsgerecht niet bevoegd is om van de vorderingen kennis te nemen. Om de bescherming van de BIT 1998 te verliezen, moet het dan wel gaan om onwettigheid die het doen van de investering zelf aantast en niet alleen om illegaal handelen bij de uitvoering van de investering (vgl. Hof Den Haag, 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234 *HVY v Russische Federatie*, rov. 5.1.11.2.).
- 5.10.12 Het hof is hierboven al tot het oordeel gekomen dat oorspronkelijk onder Oekraïens recht gedane investeringen na de incorporatie van de Krim kunnen gelden als investeringen in de Russische Federatie. De toetsing van het legaliteitsvereiste vindt dan – zoals het scheidsgerecht ook heeft aangenomen – plaats per 21 maart 2014, de datum dat de investering onderdeel is gaan uitmaken van de Russische rechtsorde. Daarbij geldt als beperking dat investeringen die onder Oekraïens recht niet legaal zijn verkregen, ook niet – als legale investering – onderdeel zijn gaan uitmaken van de Russische rechtsorde. Dit betekent dat (ook) getoetst moet worden of de investeringen legaal zijn verkregen naar Oekraïens recht.
- 5.10.13 De “illegaliteitsargumenten” van de Russische Federatie hebben ten eerste betrekking op algemene stellingen over onwettigheden of onregelmatigheden bij ondernemingen gelieerd aan [betrokkene 1] , [betrokkene 2] en/of de zogenoemde Privat Group, die maken dat sprake is van “besmet kapitaal” zodat deze personen en ondernemingen (waaronder PrivatBank) volgens de Russische Federatie geen van allen voor bescherming onder de BIT 1998 in aanmerking komen.
- 5.10.14 Ook als het hof (veronderstellenderwijs) uitgaat van de juistheid van tenminste een deel

van de stellingen van de Russische Federatie over [betrokkene 1] , zijn zakenpartners en de met hem verbonden ondernemingen, kan daaruit niet de conclusie getrokken worden dat elke aan [betrokkene 1] te relateren onderneming "besmet" is. Er moet voldoende verband zijn tussen het gestelde illegale handelen en het doen van de in deze procedure aan de orde zijnde investering(en). De Russische Federatie heeft gewezen op volgens haar tot de zogenoemde Privat Group behorende entiteiten waarbij sprake zou zijn geweest van onregelmatige privatisering (o.a. Ukrrudprom, DneprAzot en Ukrnafta) of *corporate raiding* en het gebruik van corrupte rechters (o.a. Swissport). Het verband tussen deze entiteiten en (de oprichting van) PrivatBank is echter onvoldoende toegelicht. Dit leidt tot de conclusie dat de stelling dat PrivatBank onderdeel uitmaakt van de zogenoemde Privat Group niet tot het oordeel leidt dat de investering niet voldoet aan het legaliteitsvereiste.

5.10.15 Daarmee komt het hof toe aan de gestelde fraude binnen de PrivatBank zelf. Volgens de Russische Federatie houdt deze fraude, kort samengevat, in dat structureel zakelijke leningen werden verstrekt aan *offshore* entiteiten verbonden aan de voormalige bestuurders ([betrokkene 1] en [betrokkene 2]), welke leningen niet waren gesecuriseerd met zekerheden. Die leningen werden vervolgens niet afgelost. Op deze manier werden de door consumenten op hun bankrekeningen gehouden tegoeden aangewend ter verrijking van de voormalige bestuurders: de PrivatBank fungeerde als "stofzuiger" van consumententegoeden ten behoeve van deze bestuurders.

5.10.16 PrivatBank heeft niet, althans niet gemotiveerd, betwist dat sprake is geweest van een dergelijke vorm van fraude binnen PrivatBank. Het bestaan van fraude blijkt ook uit het persbericht van de NBU. PrivatBank stelt hierover in de kern slechts dat de legaliteit van specifieke investeringen in de arbitrale procedure nog niet aan de orde is geweest en dat dit voor het vaststellen van de (generieke) bevoegdheid van het scheidsgerecht ook niet nodig is. Ter gelegenheid van het pleidooi heeft PrivatBank er nogmaals op gewezen dat de banden met de voormalige bestuurders inmiddels verbroken zijn en dat de (rechtspersoon) PrivatBank zelf is te beschouwen als slachtoffer van deze fraude. Dit betekent dat het hof in deze vernietigingsprocedure – in ieder geval veronderstellenderwijs – van het bestaan van fraude moet uitgaan.

5.10.17 Deze fraude leidt echter om twee redenen niet tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht.

Fraude heeft geen betrekking op het doen van de investering, maar op wat er met die investering is gebeurd

5.10.18 Ten eerste geldt dat de hierboven omschreven fraude niet kan worden gekwalificeerd als een onwettigheid die *het doen* van de investering zelf aantast; het gaat om illegaal handelen nadat de investering is gedaan. Het hof gaat er, bij gebreke van concrete stellingen waaruit het tegendeel blijkt, van uit dat PrivatBank zowel op het moment van de aanvang van de bankactiviteiten als op het (latere) moment van het verkrijgen van de banklicentie voldeed aan de vereisten die door de Oekraïense overheid en/of de NBU voor het verrichten van bancaire activiteiten en het verkrijgen van een zodanige licentie gesteld werden. Er is niet gesteld dat de oprichting van de bank en het verkrijgen van de banklicentie van de NBU met onregelmatigheden (zoals omkoping of vervalsing van licenties) gepaard is gegaan. De Russische Federatie stelt wel dat PrivatBank gebruik maakte van corrupte rechters (hoofdstuk 4.8.2.b van de vernietigingsdagvaarding), maar onderbouwt deze stelling enkel met verwijzing naar een vertaling van twee bladzijden uit een in Oekraïne verschenen boek over PrivatBank. Uit wat daar is opgenomen blijkt bovendien niet van fraude bij het doen van de investering, maar op fraude bij de aanwending ervan.

5.10.19 In de periode tussen de incorporatie van de Krim en de gestelde onteigening heeft de door de NBU afgegeven licentie haar gelding behouden op grond van bepalingen uit de

Crimean Incorporation Law, als weergegeven bij de samenvatting van het oordeel van het scheidsgerecht hierboven (zie rov. 5.10.1). De activiteiten van PrivatBank (het aantrekken van gelden en het verstrekken van leningen) zijn verder naar hun aard niet illegaal. Dit alles leidt dus tot de slotsom dat geen sprake is van onwettigheden bij het doen van de investering.

Beroep op beginsel van "unity of investment" gaat niet op

- 5.10.20 Ook als zou moeten worden aangenomen dat fraude bij de uitoefening van de onderneming een beroep op de *illegality clause* kan rechtvaardigen, kan niet worden aangenomen dat elke vorm van fraude binnen een onderneming de investering als geheel aantast. Het is weliswaar juist dat in verschillende investeringsarbitrages is aangenomen dat bepaalde vormen van fraude de legaliteit van de gehele investering kunnen aantasten, maar het hof onderschrijft niet dat het vaste investeringsjurisprudentie is dat dit altijd het geval is, zoals de Russische Federatie lijkt te stellen. De desbetreffende uitspraken hebben een sterk casuïstisch karakter. Zo betreft de zaak Churchill Mining de exploitatie van kolenmijnen in Indonesië waarvoor van meet af aan de benodigde mijnvergunningen vervalst waren. Niet alleen ging het daarmee om een illegaliteit die het doen van de investering aantastte, ook gold in die zaak dat de onderneming in al zijn aspecten was voortgekomen uit het gebruik van deze vervalste vergunningen (*Churchill Mining PLC et al v Republic of Indonesia, ICSID Case No's. ARB/12/14 en 14/20, Award, 6 december 2016*).
- 5.10.21 De door de Russische Federatie in de conclusie van repliek genoemde arbitrale rechtspraak waaruit volgens haar volgt dat het *unity of investment*-beginsel in investeringsarbitrages algemeen is aanvaard, overtuigt evenmin. In geen van de daar genoemde investeringsarbitrages is op grond van dit beginsel de onbevoegdheid van het scheidsgerecht aangenomen op grond van een geconstateerde illegaliteit bij een investering. Toepassing van – bijvoorbeeld – dit beginsel bij de vraag op welk moment een investering is gedaan, betekent niet dat dit beginsel ook toepassing vindt bij de beoordeling van de gevolgen van geconstateerde fraude. Om deze reden is het oordeel van het Parijse Cour d'Appel in de Oschadbank-zaak niet van belang. In die zaak werd geoordeeld dat voor de beantwoording van de vraag of een investering voor of na 1 januari 1992 werd gedaan, gekeken moet worden naar de investering als geheel. Dit betekent echter niet dat dit beginsel (dus) ook moet worden toegepast bij de *legality*-check.
- 5.10.22 In dit geval is het hof van oordeel dat de geconstateerde fraude niet de investering als geheel besmet. Een bankbedrijf bestaat per definitie uit veel verschillende aspecten. De Russische Federatie heeft in dit kader niet betwist dat de PrivatBank een grote systeembank was (en is) met vele consumenten als rekeninghouders; dit gold in ieder geval tot de gebeurtenissen in maart 2014 ook op de Krim. Er zijn ook volgens het persbericht van de NBU waarop de Russische Federatie zich beroept normale bankactiviteiten; in dit persbericht wordt immers gesproken van een "*bank within a bank*", waaruit volgt dat sprake is van een normaal bankbedrijf waarbinnen (ook) frauduleuze activiteiten plaatsvinden. Bij een onderneming van een omvang als die van de PrivatBank kan niet snel worden aangenomen dat onregelmatigheden ten aanzien van een bepaalde categorie van leningen (gepleegd bij de uitoefening van activiteiten van de onderneming) die gehele onderneming op grond van het legaliteitsvereiste aan bescherming onder de BIT 1998 onttrekken.
- 5.10.23 Daarvoor is te minder aanleiding nu tussen partijen vaststaat dat het frauderende bestuur inmiddels is vervangen en de *Procedural Order no. 7* duidelijk maakt dat het scheidsgerecht in de *quantum phase* de illegaliteitsargumenten van de Russische Federatie op het niveau van de schadevergoeding uitputtend zal behandelen.
- 5.10.24 De Russische Federatie heeft er nog op gewezen dat PrivatBank in de *quantum phase* haar vordering aanzienlijk heeft beperkt. Volgens de Russische Federatie valt daaruit af te

leiden dat de fraude zo omvangrijk was dat deze geacht moet worden de hele bedrijfsvoering van PrivatBank te raken, zodat niet van een legale investering kan worden gesproken. PrivatBank heeft daar tegenover gesteld dat haar eiswijziging voor het grootste deel samenhangt met een andere wijze van berekening van de schade (op liquidatiebasis in plaats van *going concern*). Wat ook de achtergrond is van de vermindering, in ieder geval geldt dat de vordering van PrivatBank ook thans nog aanzienlijk is. Reeds daarom niet gezegd worden dat deze vordering ziet op een verwaarloosbaar onderdeel van de onderneming.

5.10.25 Het hof onderschrijft ook niet de stelling van de Russische Federatie dat het scheidsgerecht al heeft aangenomen dat de investering als één geheel heeft te gelden; het scheidsgerecht heeft de Russische Federatie immers uitdrukkelijk toegestaan om in haar *submission on quantum* uitgebreid in te gaan op de gestelde illegaliteiten per (categorie van) investering(en). De door de Russische Federatie aangehaalde passage in het gedeeltelijk eindvonnis van het scheidsgerecht van 4 februari 2019 (§ 251 e.v.) heeft betrekking op een andere vraag, namelijk de vraag of sprake was van onteigening van de gehele onderneming op de Krim, ook als strikt genomen niet alle onderdelen van de onderneming in beslag waren genomen. Het scheidsgerecht overwoog dat naar het geheel gekeken moest worden, omdat het om een onteigening *going concern* ging. Volgens het scheidsgerecht was PrivatBanks *access to the benefit and economic use* van haar gehele investering op de Krim onteigend door de inbeslagname van de hoofdkantoren in Sevastopol en Simferopol op 18 en 19 april 2014, en doordat haar het recht werd ontzegd om haar activiteiten op de Krim te vervolgen. Op deze gronden behoefde dus niet per onderdeel van het bedrijf onderzocht te worden of dit was onteigend. Deze beoordeling van het scheidsgerecht brengt echter niet mee dat frauduleuze handelingen binnen bepaalde onderdelen van de bank steeds moeten leiden tot het oordeel dat de gehele onderneming niet aan de legaliteitseis voldoet. Het ging hier om een heel ander aspect van de zaak.

5.11 De (soevereiniteits)status van de Krim (openbare orde argument III)

Het standpunt van de Russische Federatie

5.11.1 Volgens de Russische Federatie is het arbitrale tussenvonnis in strijd met de openbare orde omdat een tussen PrivatBank en de Russische Federatie niet-arbitrabel geschil de grondslag vormde voor de door het scheidsgerecht aangenomen bevoegdheid. De Russische Federatie heeft dit als volgt toegelicht.

5.11.1.1 Het geschil tussen de Russische Federatie en PrivatBank vereist vaststelling van rechtsgevolgen – de soevereine status van de Krim – die niet ter vrije bepaling van de partijen staan. Zaken van openbare orde kunnen niet aan arbitrage worden onderworpen. In het oordeel van het scheidsgerecht ligt besloten (in § 195 van de *Interim Award*) dat de Krim thans onderdeel is van de *territory* van de Russische Federatie. Deze beslissing heeft de bedoeling om rechtsgevolgen te bewerkstelligen voor PrivatBank, de Russische Federatie en Oekraïne. De status van de Krim is echter geen kwestie die ter vrije bepaling staat van PrivatBank, als private partij, en de Russische Federatie als één van de verdragspartijen.

5.11.1.2 De beslissing van het scheidsgerecht is niet in overeenstemming met het gedrag van beide verdragspartijen. Oekraïne erkent de Krim niet als Russisch grondgebied en verbiedt via Resolutie nr. 699 van de NBU investeringen door Oekraïense onderdanen op de Krim. De Russische Federatie van haar kant erkent het scheidsgerecht niet, omdat zij van oordeel is dat de Krim niet gereguleerd wordt door de BIT 1998. Er is geen overeenstemming tussen partijen over de positie van de Krim. Prof. [...] komt in haar *dissenting opinion* in de zaak Naftogaz tot dezelfde conclusie.

5.11.1.3 Er bestaat tussen de verdragspartijen – anders dan het scheidsgerecht heeft geoordeeld – geen gedeeltelijke consensus over de status van de Krim. Er is sprake van tegenstrijdige soevereiniteitsclaims. Het scheidsgerecht heeft niet alleen de betekenis van

de term territory onder de BIT 1998 uitgelegd, maar heeft een wijziging in de status van de Krim onder de BIT 1998 teweeggebracht die de verdragspartijen niet zijn overeengekomen. Daarmee heeft het scheidsgerecht in strijd met artikel 1020 lid 3 Rv een uitspraak gedaan over een geschilpunt waarvan de rechtsgevolgen niet vrijelijk door PrivatBank en de Russische Federatie kunnen worden bepaald.

5.11.1.4 Daarbij komt nog dat Oekraïne investeerders vanuit de Krim in Oekraïne niet beschouwd als buitenlandse investeerders, zodat zij dus ook niet haar "reciproque" verplichtingen heeft aanvaard.

Het standpunt van PrivatBank

5.11.2 Het standpunt van PrivatBank luidt, kort samengevat, als volgt.

5.11.2.1 Het scheidsgerecht heeft uitdrukkelijk overwogen dat het zich niet uitsprak over de status van de Krim: "*The Tribunal notes therefore that this Partial Award does not reach any view on the legality or illegality under international law of the incorporation of the Crimean Peninsula by the Russian Federation or on the sovereignty claims of Ukraine and the Russian Federation in respect of the Crimean Peninsula. None of the findings contained in this Partial Award or the Interim Award that has preceded it are intended to take any position on such matters.*" (Partial Award § 171)

5.11.2.2 De voorliggende bevoegdheidsvraag is evident beantwoord zonder een *erga omnes*-uitspraak over de status van de Krim op basis van een interpretatie van de BIT 1998.

5.11.2.3 Noch voor de bevoegdheidsvraag van het scheidsgerecht, noch voor het geschil zelf (de schadevergoedingsvordering van PrivatBank voor geleden schade door de onrechtmatige onteigening van haar investeringen op de Krim) is de soevereine status van de Krim beslissend. Het scheidsgerecht heeft dan ook niet over de soevereine status van de Krim geoordeeld noch over enige andere kwestie die niet ter vrije bepaling van partijen staat.

Het oordeel van het hof

5.11.3 Van strijd met de materiële openbare orde is op grond van vaste rechtspraak van de Hoge Raad slechts sprake 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. Alleen wanneer het gaat om schending – het ten onrechte niet of onjuist toepassen – van zulk 'uiterst fundamenteel recht', komt een arbitraal vonnis op grond van artikel 1065 lid 1 onder e Rv voor vernietiging in aanmerking. Bij dat 'uiterst fundamentele recht' kan het zowel gaan om materiële rechtsregels als om formele rechtsregels. Ook kan het gaan om het geheel van fundamentele beginselen die wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en die vorm geven aan grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt. Om te voorkomen dat de vernietigingsprocedure wordt gebruikt als een verkapt hoger beroep, zal de rechter niet te snel mogen aannemen dat een arbitraal vonnis in strijd is met de openbare orde en alleen in sprekende gevallen mogen ingrijpen. Daarbij zal hij zich een eigen, inhoudelijk oordeel moeten vormen en ook feiten moeten betrekken die niet in de arbitrale procedure aan de orde zijn geweest (zie de conclusie van A-G De Bock voor HR 16 juli 2021, ECLI:NL:PHR:2020:1176).

5.11.4 De Russische Federatie heeft zich niet beroepen op strijd met processuele rechtsregels. Voor wat betreft de strijd met fundamentele materiële rechtsregels geldt dat de door de Russische Federatie naar voren gebrachte argumenten aangaande het soevereiniteitsgeschil al zijn besproken in het kader van de door de Russische Federatie bestreden bevoegdheid van het scheidsgerecht. Bij de uitleg van het begrip *territory* hiervoor is overwogen dat voor die uitleg geen oordeel hoeft te worden gegeven over het soevereiniteitsgeschil aangaande de Krim. Het oordeel van het scheidsgerecht houdt ook geen oordeel over de soevereiniteit

van de Krim in en heeft geen rechtsgevolgen voor partijen die niet bij de arbitrage betrokken zijn. Van strijd met de openbare orde op deze grond is dus ook geen sprake.

5.12 **De arbitrale vonnissen honoreren corruptie, fraude en geweld van PrivatBank (openbare orde argument IIii)**

Het standpunt van de Russische Federatie

5.12.1 Ten aanzien van grond (ii) heeft de Russische Federatie, kort samengevat, het volgende naar voren gebracht.

5.12.1.1 De Privat Group is opgebouwd door middel van corruptie, fraude en geweld. De Privat Group heeft haar activa verkregen op manieren die niet alleen in strijd zijn met de wet maar ook met de openbare orde. De besmette activa van PrivatBank verdienen geen bescherming, ongeacht of deze activa verder zijn ontwikkeld of zijn overgedragen van de ene (groeps)vennootschap aan de andere. PrivatBank mag niet de vruchten plukken van onrechtmatig of crimineel handelen.

5.12.1.2 De vordering was grotendeels gebaseerd op vruchten van de bankfraude; PrivatBank heeft immers na het verschijnen van de Russische Federatie in het geding haar vordering met 70% verminderd. Aanvankelijk maakten zakelijke leningen die onderdeel uitmaakten van de bankfraude deel uit van de vordering. Dat er ook legale investeringen waren maakt dit niet anders.

5.12.1.3 Voor een terughoudende toetsing is geen plaats gezien de ernst van de fraude.

Het standpunt van PrivatBank

5.12.2 PrivatBank heeft samengevat het volgende naar voren gebracht.

5.12.2.1 De door Russische Federatie ingenomen stellingen omtrent de illegaliteit van (specifieke) investeringen zijn prematuur. De vraag in hoeverre compensatie volgt voor specifieke investeringen zal immers in de *quantum phase* beantwoord worden. Het arbitrale tussenvonnissen en gedeeltelijk eindvonnis verlenen geen enkele financieel voordeel aan PrivatBank. De beschuldigingen die geen betrekking hebben op PrivatBank zelf, maar op de voormalige UBO's of de 'Privat Group' zijn bovendien irrelevant, omdat niet wordt gesteld waarom deze gedragingen van derden kunnen of moeten worden toegerekend aan PrivatBank.

5.12.2.2 Verder miskent de Russische Federatie dat PrivatBank ontegenzeggelijk rechtmatig vermogensbestanddelen had verkregen op de Krim. PrivatBank had een bankvergunning om op de Krim zaken te doen en heeft diensten geleverd die beschermd zijn door de BIT 1998, onder meer aan vele klanten op de Krim die bijvoorbeeld voor het beheer van hun pensioenen, salarisbetalingen en hun hypotheeken PrivatBank inschakelden.

5.12.2.3 De Russische Federatie heeft niet toegelicht dat sprake is van schending van dwingendrechtelijke bepalingen die moet leiden tot vernietiging. De inhoud van de arbitrale vonnissen vormt evenmin een schending van de openbare orde, zelfs wanneer alle beschuldigingen van de Russische Federatie ten aanzien van bedrog en corruptie waar zouden zijn. Er bestaat geen regel van openbare orde die in dit (volgens PrivatBank theoretische) geval PrivatBank rechtsbescherming zou ontzeggen tegen de handelingen van de Russische Federatie, voor zover daarbij rechtmatig verkregen vermogensbestanddelen getroffen zijn.

5.12.2.4 Sinds de nationalisatie heeft PrivatBank onophoudelijk gewerkt aan het op orde stellen van haar activiteiten en heeft zij de banden verbroken met haar voormalige UBO's die volgens de stellingen van de Russische Federatie betrokken waren bij illegale activiteiten. Indien het scheidsgerecht de Russische Federatie in de *quantum phase* zou bevelen schadevergoeding te betalen voor de onrechtmatige onteigening van de investeringen van PrivatBank op de Krim, zou deze schadevergoeding uitsluitend zien op investeringen die zijn

beschermd onder de BIT 1998 en zou deze terecht komen bij PrivatBank, niet bij de voormalige UBO's. Daarom vormen ook in letterlijke zin de arbitrale vonnissen geen beloning van illegaliteiten. Het scheidsgerecht zal de Russische Federatie in de *quantum phase* voldoende gelegenheid geven om haar illegaliteitsargumenten per investering verder uit te werken.

Het oordeel van het hof

5.12.3 De argumenten betrekking hebbende op de illegaliteit van de investeringen zijn hierboven al behandeld in het kader van de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Ook langs de band van de openbare orde kunnen deze argumenten niet tot aantasting van de vonnissen van het scheidsgerecht leiden. Wat er ook zij van de door de Russische Federatie naar voren gebrachte stellingen over de corrupte, frauduleuze en/of gewelddadige handelwijze van de zogenoemde Privat Group, de voormalige UBO's en de (volgens de Russische Federatie) aan hen gelieerde vennootschappen, het verband tussen de gestelde handelwijze en de in deze procedure aan de orde zijnde investeringen is in deze procedure onvoldoende toegelicht.

5.12.4 Wat betreft de binnen de PrivatBank gepleegde fraude faalt ook het openbare orde argument op de grond dat PrivatBank ook over legale investeringen op de Krim beschikte. Het feit dat de argumenten van de Russische Federatie over het frauduleuze karakter van de investeringen nog in de *quantum phase* aan de orde kunnen komen maakt dat er in dit stadium geen grond is om de arbitrale vonnissen te vernietigen op grond van de openbare orde. PrivatBank heeft terecht aangevoerd dat de *Interim Award* en de *Partial Award* (nog) niet tot financieel voordeel voor haar hebben geleid.

5.12.5 De in de arbitrale vonnissen uitgesproken eendoordelen houden niet in (en brengen niet noodzakelijk mee) dat de Russische Federatie wordt veroordeeld tot vergoeding van schade op grond van de (uit het persbericht van de NBU blijkende) frauduleuze zakelijke leningen. In de *quantum phase* zal de Russische Federatie immers in de gelegenheid zijn om per investering aan te tonen dat sprake is van fraude, zodat het scheidsgerecht kan beoordelen of – in het licht daarvan – aanspraak bestaat op schadevergoeding (nog los van de vraag in hoeverre de frauduleuze zakelijke leningen daadwerkelijk onderdeel uitmaakten van het door de Russische Federatie onteigende "Krimse" deel van de PrivatBank). Aldus is er ook (nog) geen sprake van dat de arbitrale vonnissen fraude "belonen", zoals de Russische Federatie stelt.

5.13 Een vonnis dat berust op het bewust door PrivatBank verzwijgen van essentiële gegevens, is naar zijn wijze van totstandkoming in strijd met de openbare orde (openbare orde argument IIiii)

Het standpunt van de Russische Federatie

5.13.1 Het standpunt van de Russische Federatie houdt samengevat het volgende in.

5.13.1.1 PrivatBank heeft in de arbitrale procedure opzettelijk onjuiste, onvolledige en misleidende stellingen ingenomen en relevante stukken achtergehouden. Het ging daarbij om informatie die het scheidsgerecht nodig had om tot een oordeel te komen over de rechtmatigheid van hun investeringen, om zijn bevoegdheid vast te stellen en om te beoordelen of er al dan niet sprake is van schade.

5.13.1.2 PrivatBank heeft niet aan het scheidsgerecht medegedeeld dat de zakelijke leningen, die de belangrijkste – vermeende – investeringen vormen van PrivatBank op de Krim, onderdeel waren van een grootschalige fraude die vele jaren heeft geduurd. Zij meldde evenmin aan het scheidsgerecht dat dergelijke leningen werden gebruikt om gelden wit te wassen en weg te sluizen.

5.13.1.3 Evenmin is aan het scheidsgerecht medegedeeld dat bij het opbouwen van de

bankactiviteiten gebruik is gemaakt van corrupte rechters en ambtenaren en is samengewerkt met gewelddadige criminele organisaties.

5.13.1.4 Er is onjuiste informatie verstrekt over vastgoed, waaronder het Tavria-resort, dat PrivatBank door middel van fraude en corruptie heeft verkregen.

5.13.1.5 Tijdens de *hearing on the merits* gehouden in november 2017 is namens PrivatBank – in strijd met de waarheid – bevestigd dat haar investering voldeed aan alle wettelijke regels. Bij deze zittingen waren aanwezig de heren [A], [B] en [C], die allen actief betrokken waren bij de fraude en het misleiden van Oekraïense autoriteiten, onder meer door het ondertekenen van de frauduleuze “zakelijke” leningen. Dit heeft zij nogmaals bevestigd in haar *Post-hearing Brief on the merits* (van 26 januari 2018). Dat de PrivatBank in Oekraïne inmiddels was genationaliseerd, heeft de betrokkenheid van deze fraudeurs dus niet beëindigd.

5.13.1.6 PrivatBank heeft in strijd met de uitgangspunten van een goede procesorde en *fair trial* gehandeld door het scheidsgerecht onjuist en onvolledig te informeren, als gevolg waarvan de vonnissen moeten worden vernietigd op grond van artikel 1065 lid 1 onder e Rv.

Het standpunt van PrivatBank

5.13.2 PrivatBank heeft samengevat als volgt gereageerd

5.13.2.1 Het argument dat in de arbitrale procedure sprake was van opzettelijke verzwijging van essentiële informatie hoort niet thuis in de vernietigingsprocedure, maar (enkel) in de – te laat ingestelde – herroepingsprocedure. Dit volgt uit Hof Den Haag 25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2476 (*Russische Federatie vs HVY*).

5.13.2.2 De bewijslast van het bedrog rust bij de Russische Federatie. De Russische Federatie voldoet niet aan haar stelplicht, door niet te specificeren welke bepalingen van dwingend procesrecht zijn overtreden. Evenmin is aangetoond dat opzettelijk informatie is verhuld.

5.13.2.3 De beweringen van de Russische Federatie kunnen verder geen grond voor vernietiging vormen wanneer de beslissing van het scheidsgerecht niet door de beweringen is beïnvloed. De Russische Federatie heeft niet voldoende onderbouwd waarom het scheidsgerecht tot een andere beslissing was gekomen als zij de beweerdelijk achtergehouden informatie had ontvangen.

Het oordeel van het hof

5.13.3 Het standpunt van PrivatBank dat de vraag of bedrog is gepleegd in de arbitrale procedure uitsluitend in een – tijdig aanhangig gemaakte – herroepingsprocedure aan de orde kan komen, moet worden verworpen. In zijn arrest van 5 november 2021 (Russische Federatie tegen HVY, ECLI:NL:HR:2021:1645) heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat niet juist is dat gronden die tot herroeping kunnen leiden, uitsluitend in een herroepingsprocedure aan de orde kunnen worden gesteld:

“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.”

5.13.4 Het hof heeft hierboven in 5.11.3 het toetsingskader weergegeven dat geldt bij de beoordeling van een beroep op vernietiging wegens strijd met de openbare orde. Van strijd met de openbare orde kan sprake zijn als (de wijze van tot stand komen van) een arbitraal

vonnis strijdt met fundamentele rechtsbeginselen, dat wil zeggen de fundamentele beginselen die wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en die vorm geven aan de grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt. Een vonnis dat berust op bedrog en/of het bewust achterhouden van stukken kan zo'n schending van fundamentele rechtsbeginselen opleveren.

5.13.5 Om te voorkomen dat de vernietigingsprocedure wordt gebruikt als een verkapt hoger beroep, zal de rechter niet te snel mogen aannemen dat een arbitraal vonnis in strijd is met de openbare orde en alleen in sprekende gevallen mogen ingrijpen. Bij deze terughoudendheid past dat het arbitrale vonnis alleen dan wordt vernietigd indien de achtergehouden stukken tot een ander oordeel van het scheidsgerecht hadden kunnen leiden. Ook past bij die terughoudendheid dat voor vernietiging geen plaats is, indien de gevolgen van de verzwijging nog binnen de arbitrale procedure geredresseerd kunnen worden.

5.13.6 Het hof verwerpt het beroep op vernietiging wegens verzwijging. De reden daarvoor is dat uit de *Interim Award* en de *Partial Award* volgt dat het scheidsgerecht een algemene toets heeft uitgevoerd met betrekking tot de vraag of PrivatBank haar investeringen, waaronder haar banklicentie, haar leningovereenkomsten en vaste activa, rechtsgeldig heeft verkregen onder het Oekraïense recht. Zij heeft daarbij het oog gehad op de rechtsgeldigheid van de verkrijging, in het bijzonder in het licht van de daaraan te stellen wettelijke vereisten. Het hof verwijst naar de hieronder opgenomen passages van de *Partial Award*:

“197. The Tribunal understands this “in accordance with . . . legislation” or “legality” clause as requiring compliance with the law of the host State at the time when the investment is made. This reading is consistent with the view taken of this clause of the Treaty by the Ukrnafta and Stabil tribunal, as well as with the interpretation consistently given to such clauses in investment treaty jurisprudence (noting however that each interpretation is necessarily conditioned on the specific phrasing of the legality clause at hand).

198. In its Interim Award, the Tribunal found that the Treaty became opposable to the Russian Federation as regards Ukrainian investors in the Crimean Peninsula on 21 March 2014 and that, as of that date, the Crimean Peninsula is to be treated for purposes of the application of the provisions of the Treaty as part of the “territory of the Russian Federation.” Accordingly, for purposes of Article 1(1), PrivatBank’s investments are deemed to have been made in the territory of the Russian Federation as of 21 March 2014, such that the question for determination by the Tribunal with respect to the legality requirement is whether PrivatBank’s investments were in accordance with Russian law as at that date.

199. From the perspective of Russian law, on 21 March 2014, PrivatBank’s Crimean investments were situated on Russian territory and were therefore subject to the entire body of Russian law. At the same time, in the very same federal constitutional law by which it incorporated the Crimean Peninsula into the Russian Federation (the Incorporation Law), the Russian Federation made specific provision for the integration of the new constituent entities into the Russian Federation.

(...)

204. On the basis of the above, the Tribunal concludes that PrivatBank’s investment, including fixed and monetary assets as well as its banking license, was in accordance with Russian law as at 21 March 2014, subject to two conditions. First, PrivatBank’s rights to its investment must have been acquired in accordance with Ukrainian law. Second, these rights must not have been subject on that date to any limitation prevailing over the Incorporation Law and Russian conflict of laws rules.

205. With respect to the first condition, the Tribunal notes that Mr. Bondar and Dr. Tsirat, the experts on Ukrainian law respectively appointed by the Claimants and by the Tribunal, expressly confirmed that PrivatBank’s rights to its investment, including its banking licence, loan

agreements and fixed assets, were validly acquired and held under Ukrainian law.

206. As for the second condition, the Tribunal is unaware of any limitation on PrivatBank's rights to its investments under Russian law as at 21 March 2014 that would have prevailed over the Incorporation Law and Russian conflict of laws rules."

Er is onvoldoende reden om aan te nemen dat deze globale toetsing anders was uitgevallen als het scheidsgerecht op de hoogte was gesteld van de door de NBU geconstateerde fraude. Zoals hiervoor al is overwogen, is er geen grond voor het oordeel dat de fraude alle aspecten van PrivatBank als systeembank raakt, zodat evenmin grond is voor het oordeel dat het scheidsgerecht algeheel onbevoegd was. Belangrijker nog is dat het scheidsgerecht de Russische Federatie mogelijkheid heeft geboden om in de *quantum phase* uitgebreid in te gaan op de illegaliteit van de onderscheiden activa, waarbij een veelheid aan stukken aan het scheidsgerecht wordt overgelegd. Het hof verwijst naar *Procedural Order no. 7*, geciteerd in 3.20 hierboven.

5.13.7 Er kan vanuit gegaan worden dat het scheidsgerecht de *illegality objection* aan een rigoureuus onderzoek zal onderwerpen. Het is zelfs mogelijk dat deze toets tot uitkomst heeft dat de Russische Federatie geen schadevergoeding aan PrivatBank verschuldigd is. In het gedeeltelijk eindvonnis van het scheidsgerecht is geconstateerd dat sprake is van een schending van artikel 5 van de BIT 1998, maar is niet geoordeeld dat een schadevergoeding zal worden toegewezen. De openbare orde argumenten vanwege het achterhouden van stukken zijn daarom prematuur. Mocht de Russische Federatie na het arbitrale eindvonnis van oordeel zijn dat haar illegaliteitsargumenten onvoldoende zijn meegenomen, dan staat haar immers (opnieuw) de remedie van een vernietigingsvordering ter beschikking.

6 Herroeping

Het standpunt van de Russische Federatie

6.1 De Russische Federatie voert als grond voor herroeping aan dat de door PrivatBank in de arbitrale procedure ingenomen stellingen:

- dat haar investeringen rechtmatig zijn verkregen en
- dat PrivatBank een transparante bank is met een deugdelijke verslaggeving en goede *corporate governance*,

moeten worden gekwalificeerd als bedrog; relevante stukken ten aanzien van deze punten zijn achtergehouden.

6.2 De Russische Federatie licht haar stellingen kort samengevat als volgt toe.

6.2.1 Het scheidsgerecht heeft – tegen de achtergrond van de in artikel 1 BIT 1998 opgenomen definitie van *investments*, waaronder het legaliteitsvereiste – meerdere malen uitdrukkelijk aan PrivatBank gevraagd of de investeringen in overeenstemming waren met de geldende wetgeving. PrivatBank heeft daarop bij herhaling bevestigd dat haar investeringen zijn verricht in overeenstemming met de wet en met alle regelgeving die werd uitgevaardigd door de NBU. Deze antwoorden van PrivatBank in de arbitrale procedure waren onjuist, onvolledig en misleidend.

(i) De belangrijkste investeringen van PrivatBank op de Krim zijn de zogenaamde 'zakelijke leningen'. PrivatBank heeft nagelaten mee te delen dat deze 'zakelijke leningen' onderdeel waren van een grootschalige fraude die vele jaren heeft geduurd. Relevante achtergehouden stukken zijn de onderzoeksbevindingen van Kroll, de bevindingen van NBU

en die van de opvolgende accountant EY.

(ii) PrivatBank heeft in de arbitrale procedure nagelaten te melden dat haar bankactiviteiten werden opgebouwd door massaal misbruik te maken van corrupte rechters en ambtenaren en door samenwerking met gewelddadige criminele organisaties.

(iii) Voor zover de investeringen van PrivatBank bestaan uit vastgoed, heeft PrivatBank in de arbitrale procedure nagelaten te vermelden dat zij dit vastgoed door middel van fraude en corruptie heeft verkregen. Relevante stukken – zoals uitspraken waaruit volgt dat betrokkenen strafrechtelijk zijn vervolgd voor deze fraude en corruptie – zijn achtergehouden.

6.2.2 PrivatBank stelde in de arbitrage dat zij een transparante bank is en dat haar governance structuur voldoet aan de *best practices*. De jaarrekeningen zouden in overeenstemming zijn met internationale accounting standaarden, PrivatBank zou financieel gezond zijn en zou aan de kapitaaleisen van de NBU voldoen. De bank stelde dat haar activiteiten op de Krim een waarde zouden vertegenwoordigen van ca. USD 1 miljard, grotendeels bestaande uit zakelijke leningen. Deze in de arbitrage ingenomen stellingen waren onjuist, onvolledig en misleidend.

(i) In werkelijkheid werden grote bedragen met gebruikmaking van schaduwboekhoudingen weggesluisd naar *offshore* bankrekeningen van haar grootaandeelhouders. Stukken daaromtrent zoals het onderzoeksrapport van Kroll werden achtergehouden.

(ii) Nog tijdens de arbitrage hebben analisten rapporten uitgebracht waaruit volgt dat PrivatBank feitelijk reeds failliet was.

(iii) De boeken van PrivatBank deugden niet, het nieuwe management heeft per ultimo 2017 een bedrag van USD 57 miljard moeten afboeken.

(iv) PrivatBank heeft in de arbitrage ten onrechte niet vermeld dat haar accountant PriceWaterhouseCoopers (hierna: PWC) ernstige fouten in de jaarrekeningen van PrivatBank niet heeft opgemerkt. PrivatBank heeft het bestaan van een procedure daarover tegen PWC in Cyprus verzwegen voor het scheidsgerecht.

6.2.3 PrivatBank heeft bedrog gepleegd in de zin van artikel 1068 Rv. Zij heeft de indruk gewekt alsof haar bankactiviteiten op de Krim een grote waarde zouden vertegenwoordigen.

(i) Het oude bestuur dat de vorderingen indiende, was op de hoogte van de fraude binnen PrivatBank.

(ii) Na de nationalisatie eind 2016 is een nieuw bestuur aangesteld, dat de fraude onderkende, maar hierover niets meldde aan het scheidsgerecht. Tijdens de zitting van 1 november 2017 zijn door [B] namens PrivatBank onjuiste, onvolledige en misleidende antwoorden gegeven op vragen die het scheidsgerecht stelde over de nationalisatie.

6.2.4 De achtergehouden feiten en stukken waren relevant voor het bevoegdheidsoordeel van het scheidsgerecht, in verband met het legaliteitsvereiste van de BIT 1998. De onwaarachtige gedragingen van PrivatBank hebben de uitkomst van de arbitrage kunnen beïnvloeden. De vonnissen moeten daarom worden herroepen en in hun geheel worden vernietigd op de voet van artikel 1068 lid 3 Rv.

6.2.5 De herroepingsvordering gegrond op artikel 1068 lid 1 onder c Rv is tijdig ingesteld. Het gaat immers om het moment dat een partij de achtergehouden stukken daadwerkelijk in handen krijgt. Zodra de Russische Federatie aanwijzingen ontving dat in algemene zin sprake was van fraude heeft zij onderzoek verricht. Zij beschikte nog niet over alle relevante bewijsstukken, zoals een *breakdown* van de zakelijke leningen; daarop betrekking hebbende stukken ontving de Russische Federatie pas – nadat arbiters een daartoe strekkend bevel hadden verstrekt – in september 2020. Als een partij binnen drie maanden na het wijzen van een uitspraak een herroepingsvordering instelt gecombineerd met een vordering tot inzage van stukken, zoals in dit geval, dan is het rechtsmiddel uiteraard tijdig ingesteld.

6.2.6 Ook de termijn voor herroeping ex artikel 1068 lid 1 onder a Rv was niet verstreken. Deze termijn loopt vanaf de dag waarop het bedrog aan de benadeelde bekend is. Een reden om

bedrog te vermoeden is niet voldoende voor het aanvangen van de herroepingstermijn. Het is juist dat de Russische Federatie de processtukken uit het arbitrage dossier heeft ontvangen. Die stukken zelf wekten geen argwaan terzake bedrog. Dat sprake was van fraude bij PrivatBank heeft de Russische Federatie uit de media vernomen. Zij heeft vervolgens onderzoek gedaan en gepoogd om – onder meer – een kopie te krijgen van het onderzoeksrapport van Kroll. Dat is niet gelukt. Toen de Russische Federatie de herroepingsvorderingen instelde, kon zij dus nog slechts een vermoeden hebben van het bedrog.

Het standpunt van PrivatBank

6.3 Het standpunt van PrivatBank luidt kort samengevat als volgt.

- 6.3.1 De herroeping is niet tijdig gedaan. Onder meer uit haar eigen producties is evident dat de Russische Federatie gedurende de arbitrage, en ruim voordat het scheidsgerecht gedeeltelijk eindvonnis wees, op de hoogte was van de feiten die zij ten grondslag legt aan haar herroepingsvordering. Voor zover zij niet op de hoogte was van die feiten, had zij daar redelijkerwijs van op de hoogte kunnen zijn, dan wel had zij die feiten kunnen ontdekken gedurende de arbitrage.
- 6.3.2 Er is sprake van misbruik van procesrecht aan de zijde van de Russische Federatie. De vordering is immers gebaseerd op feiten en omstandigheden waarvan de Russische Federatie de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan de Russische Federatie op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hebben.
- 6.3.3 De Russische Federatie heeft geen causaal verband aangetoond tussen de gestelde herroepingsgronden en de arbitrale vonnissen. Een groot aantal van haar stellingen heeft betrekking op onderwerpen die nog aan bod komen tijdens de *quantum phase*.

Het oordeel van het hof

- 6.4 Voor zover het beroep op herroeping is gebaseerd op de volgens de Russische Federatie achtergehouden informatie over entiteiten behorende tot de zogenoemde Privat Group, faalt het omdat er onvoldoende verband is tussen deze entiteiten en PrivatBank.
- 6.5 Voor zover het beroep op herroeping gebaseerd is op de fraude binnen de PrivatBank geldt dat er van uitgegaan moet worden dat deze fraude vóór de uitspraak (de *Partial Award*) is ontdekt, zodat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 1068 lid 1 Rv. Niet ter discussie staat dat gedurende de arbitrageprocedure alle stukken de Russische Federatie hebben bereikt. De Russische Federatie was er dus mee bekend welke standpunten door PrivatBank werden ingenomen en welke informatie wel en niet door PrivatBank aan het scheidsgerecht werd verstrekt. Het persbericht van de NBU, waarop de Russische Federatie zich beroept en waaruit blijkt van de fraude binnen PrivatBank, dateert van 16 januari 2018, terwijl het scheidsgerecht op 4 februari 2019 de *Partial Award* heeft gewezen. Het laatste verzoek om informatie van het scheidsgerecht dateerde van 6 december 2018. Er is dus (ruim) voldoende gelegenheid geweest om dit persbericht onder de aandacht van het scheidsgerecht te brengen zodat PrivatBank om een reactie kon worden gevraagd. De stelling van de Russische Federatie dat nader onderzoek naar de aard en omvang van de fraude nodig was en dat dit onderzoek nog niet was afgerond toen het scheidsgerecht uitspraak deed, wordt verworpen. Het persbericht van de NBU (een onverdachte bron) was voldoende om de discussie binnen de nog lopende arbitrale procedure te openen. Het middel van herziening is niet bedoeld om een partij in staat te stellen aanvankelijk – door stil te zitten – het kruis droog te houden om vervolgens, bij een ongunstige uitspraak, vernietiging te verzoeken.
- 6.6 Het herzieningsverzoek faalt ook op inhoudelijke gronden. Het hof heeft hiervoor de argumenten van de Russische Federatie gebaseerd op het achterhouden van stukken beoordeeld langs de band van de openbare orde. Een inhoudelijke beoordeling van de herroepingsvordering leidt tot

dezelfde uitkomst.

7 Bewijsaanbod

7.1 Aan het bewijsaanbod van de Russische Federatie gaat het hof voorbij omdat het onvoldoende specifiek is. Mede in verband met de eisen van een goede procesorde en het stadium waarin de procedure verkeert, mag van de Russische Federatie worden verwacht dat zij voldoende concreet aangeeft op welke van haar stellingen dit bewijsaanbod betrekking heeft en, voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring zouden kunnen afleggen. Aan die eisen voldoet het bewijsaanbod van de Russische Federatie niet. De enkele stelling van de Russische Federatie dat de reputatie van [betrokkene 1] de meeste geraadpleegde getuigen ervan weerhoudt om tegen PrivatBank te getuigen levert onvoldoende grond op om het bewijsaanbod van de Russische Federatie te honoreren.

8 Conclusie

8.1 Op grond van het voorgaande concludeert het hof dat de vorderingen van de Russische Federatie tot vernietiging van de arbitrale vonnissen falen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal de Russische Federatie in de kosten worden veroordeeld.

9 Beslissing

Het hof:

- wijst de vorderingen van de Russische Federatie af;
- veroordeelt de Russische Federatie in de kosten van het geding in het incident en de hoofdzaak, aan de zijde van PrivatBank begroot op € 5.270,- aan griffierecht en € 35.991,- aan salaris voor de advocaat en op € 163,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 85,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 85,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van veertien dagen;
- verklaart dit arrest wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Glazener, D.A. Schreuder en M.M. Olthof en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 19 juli 2022 in aanwezigheid van de griffier mr. M.J. Boon. Bij afwezigheid van de voorzitter is het arrest ondertekend door de oudste raadsheer.