

# ECLI:NL:GHDHA:2022:1296

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	19-07-2022
Datum publicatie	19-07-2022
Zaaknummer	200.266.443/01
Rechtsgebieden	Burgerlijk procesrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Vernietigingsprocedure. 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

Zaaknummer : 200.266.443/01

Zaaknummer arbitrage : PCA Case No. 2015-07

### **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

**1 Aeroport Belbek LLC,**

gevestigd te Sevastopol, Krim,

2. [gedaagde 2],

zonder bekende woon of verblijfplaats,

gedaagden,

hierna samen te noemen: Belbek c.s. en afzonderlijk respectievelijk: Belbek en [gedaagde 2] ,

advocaat: mr. M. van de Hel-Koedoot te Amsterdam.

## **1 Het verloop van de procedure**

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van de Russische Federatie van 3 juni 2019 met producties, herziene versie van 18 juni 2020;
- de conclusie van antwoord van Belbek c.s. van 17 december 2019 met producties;
- de conclusie van repliek van de Russische Federatie van 21 april 2020 met producties, herziene versie van 18 juni 2020;
- de conclusie van dupliek van Belbek c.s. van 25 augustus 2020 met producties;
- de aktes overlegging nadere producties van de Russische Federatie, overgelegd op 19 februari 2021, 10 maart 2021 en 15 maart 2021, ten behoeve van de zitting van 29 maart 2021;
- de akte overlegging aanvullende producties van Belbek c.s., overgelegd op 12 maart 2021, ten behoeve van de zitting van 29 maart 2021;
- de pleitnotities van de mondelinge behandeling gehouden op 29 maart 2021, waarbij de Russische Federatie ook een PowerPointpresentatie heeft overgelegd, en het van die mondelinge behandeling opgemaakte proces-verbaal;
- de brief van de zijde van Belbek c.s. van 18 juni 2021 naar aanleiding van het proces-verbaal;
- de akte uitlating van de Russische Federatie, overgelegd op 13 april 2021, met productie;
- de akte uitlating van Belbek c.s., overgelegd op 13 april 2021, met productie.

## **2 Korte aanduiding van de zaak**

2.1 Belbek c.s. hebben een arbitrageprocedure gestart tegen de Russische Federatie op basis van een in 1998 tussen Oekraïne en de Russische Federatie gesloten bilateraal investeringsverdrag. Volgens Belbek c.s. zijn hun investeringen op de Krim na de incorporatie van de Krim door de Russische Federatie onteigend in strijd met dit verdrag, waardoor zij schade hebben 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. In deze 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.

### 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 een 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 het volk van de Krim werd gevraagd of het 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 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.

#### ***Belbek c.s.***

- 3.4 Belbek is een rechtspersoon naar Oekraïens recht. [gedaagde 2] is een natuurlijk persoon met (onder meer) de Oekraïense nationaliteit. [gedaagde 2] was de economisch eigenaar van 93,62% van de aandelen van Belbek. Belbek exploiteerde een haar toebehorend vliegveld nabij Sevastopol.
- 3.5 Op 16 juni 2014 heeft de toenmalige Russische minister-president Medvedev een decreet ondertekend (Decreet Nr. 1057-r van de regering van de Russische Federatie van 16 juni 2014) dat aan het Russische staatsbedrijf SUE Airport Sevastopol de rechten verleent om Belbek Airport te exploiteren, met uitsluiting van Belbek. Bij decreet van 28 februari 2015 heeft de regering van Sevastopol de terminal en *landing strip* van Belbek Airport genationaliseerd.
- 3.6 Bij decreet van 25 mei 2017 gelastte de regering van Sevastopol de inbeslagneming van 22 percelen, waaronder drie percelen (percelen nrs. 366, 367 en 368 in district Nakhimov), die eigendom waren van Belbek.

#### ***Het bilaterale investeringsverdrag***

- 3.7 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.

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

Artikel 1 (*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 that 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 (*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 (*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**

3.9 Belbek c.s. hebben op 13 januari 2015 de arbitrale procedure aanhangig gemaakt door een *Notice of Arbitration* uit te brengen aan de Russische Federatie. Zij lieten daarbij weten dat zij [arbiter 1] als arbiter hadden benoemd. Omdat de Russische Federatie geen eigen arbiter benoemde, hebben Belbek c.s. bij brief van 23 februari 2015 de secretaris-generaal van het Permanente Hof van Arbitrage (PHA) verzocht een tweede arbiter te benoemen. Daarop heeft het PHA dr. [arbiter 2] als arbiter benoemd. Beide arbiters hebben vervolgens [arbiter 3] als voorzitter aangezocht. De

arbiters hebben Den Haag aangewezen als plaats van arbitrage.

- 3.10 Belbek c.s. stelden zich op het standpunt dat de Russische Federatie haar verplichtingen op grond van de artikelen 5, 3 en 2 van de BIT 1998 heeft geschonden door het nemen van de hiervoor onder 3.5 en 3.6 genoemde maatregelen (kort gezegd: de nationalisatie/onteigening).
- 3.11 De Russische Federatie heeft het PHA bij brief van 16 juni 2015 van [medewerker ministerie Justitie van de Russische Federatie] van het ministerie van Justitie van de Russische Federatie (hierna: [medewerker ministerie 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.
- 3.12 De begeleidende brief van de ambassadeur luidt, voor zover relevant, als volgt:

*"Herewith a letter from Mr. [medewerker ministerie 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 arbitral proceedings, or as procedural action taken in the frame work of the proceedings on the claims of Aeroport Belbek LLC and Mr. [gedaagde 2] and of (...) against the Russian Federation, or as a 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 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. [gedaagde 2] 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 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."*

- 3.13 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.

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

3.15 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. the Claimants are "investors" for the purposes of Article 1 of the Treaty;*

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

*4. the Claimants have satisfied the notice and negotiation requirements under Article 9 of the Treaty."*

3.16 Op 4 februari 2019 heeft het scheidsgerecht een gedeeltelijke einduitspraak (*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 the Claimants' claims under the Treaty;*

*2. the Claimants' claims are admissible; and*

*3. the Russian Federation has breached Article 5 of the Treaty in respect of the Claimants' investment.*

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

3.17 Ten tijde van de mondelinge behandeling in de onderhavige vernietigingsprocedure was de arbitrale procedure over de omvang van de schadevergoeding nog gaande. Bij brief van 7 juni 2019 heeft de Russische Federatie te kennen gegeven alsnog deel te zullen nemen aan de arbitrale procedure. Zij heeft bij die brief diverse verzoeken gedaan waarop het scheidsgerecht heeft gerepsondeerd in de *Procedural Order no. 8* van 21 augustus 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.

3.18 Het hof zal bij de beoordeling van de vernietigingsgronden voor zover nodig ingaan op de overwegingen van het scheidsgerecht.

#### **4 De vorderingen**

4.1 De Russische Federatie heeft het hof verzocht om de arbitrale vonnissen van 24 februari 2017, zoals gecorrigeerd op 27 maart 2017, en van 4 februari 2019 te vernietigen, met hoofdelijke veroordeling van Belbek c.s. in de (werkelijke) kosten van dit geding, inclusief nakosten en te vermeerderen met wettelijke rente. Belbek c.s. hebben geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van de Russische Federatie en veroordeling van de Russische Federatie in de kosten, inclusief nakosten en te vermeerderen met wettelijke rente.

## 5 De beoordeling

### 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 De bevoegdheid van het scheidsgerecht

5.2.1 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.

5.2.2 Onder a 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:

( a ) Het oordeel van het scheidsgerecht impliceert een oordeel over de (sovereiniteits)status van de Krim; het scheidsgerecht was onbevoegd daarover te oordelen.

( b ) 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*.

( c ) 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).

( d ) De binnenlandse investeringen van Belbek c.s. 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*.

( e ) Belbek c.s. zijn geen *investors* in de zin van artikel 1 lid 2 BIT 1998, onder meer omdat zij onder hun 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 *investors*.

( f ) Belbek c.s. hebben vanwege illegaal handelen geen *investments* gedaan en zijn geen *investors* in de zin van de BIT 1998.

5.2.3 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 betoogd dat het scheidsgerecht bevoegdheid heeft aangenomen ten aanzien van een kwestie (de status van de Krim onder de BIT 1998) die niet ter vrije bepaling van partijen staat en dat de arbitrale vonnissen corruptie, fraude en geweld van Belbek c.s. honoreren.

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

### ***Aard van de toetsing***

5.3.1 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.

5.3.2 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. 5.2.2 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 Belbek c.s.*

5.3.3 Belbek c.s. hebben alle door de Russische Federatie aangevoerde gronden voor onbevoegdheid van het scheidsgerecht bestreden. Belbek c.s. hebben als preliminair standpunt aangevoerd, dat de Russische Federatie haar recht heeft verwerkt om andere bevoegdheidsgronden aan te voeren dan opgenomen in de door de Russische Federatie verzonden brieven (zie onder 3.12 hiervoor). Het hof zal dit preliminaire standpunt eerst bespreken.

5.3.4 Belbek c.s. hebben het preliminaire verweer als volgt toegelicht.

5.3.4.1 De beoordeling door een vernietigingsrechter van de in artikel 1065 lid 1 onder a Rv gegeven grond voor vernietiging wordt beperkt door artikel 1065 lid 2 Rv (in samenhang met artikel 1052 lid 2 Rv), dat bepaalt dat de onder a opgenomen vernietigingsgrond niet tot vernietiging van het arbitraal vonnis kan leiden indien (i) een partij in de arbitrage is verschenen en (ii) heeft verzuimd "voor alle weren" een beroep te doen op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op grond van het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst.

5.3.4.2 Uit de brief van de Russische Federatie van 16 juni 2015, zoals doorgestuurd per brief van 1 juli 2015, blijkt duidelijk dat de Russische Federatie is verschenen in de arbitrage. Het verschijnen in een arbitrale procedure vergt immers geen formele handeling, maar bestaat uit het feit dat (en valt samen met het moment dat) een verweerder "verweer gaat voeren". Slechts als een verweerder "helemaal geen verweer voert" kan deze verweerder worden beschouwd als niet-verschenen in de arbitrage.

5.3.4.3 De brief waarbij de Russische Federatie is verschenen bevatte een (enkel) bevoegdheidsverweer, dat door het scheidsgerecht ook als zodanig is behandeld.

5.3.4.4 Als gevolg van het opwerpen van dit (enkele) bevoegdheidsverweer in de arbitrage is het de Russische Federatie in deze vernietigingsprocedure niet toegestaan andere bevoegdheidsverweeren dan dit enkele bevoegdheidsverweer aan te voeren.

*Het standpunt van de Russische Federatie*

5.3.5 Het standpunt van de Russische Federatie te dien aanzien kan als volgt worden samengevat.

5.3.5.1 Primair geldt dat de Russische Federatie niet in de arbitrage is verschenen. 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. De toetsing van artikel 1052 lid 2 Rv komt voorts in de praktijk vaak neer op de vraag of een partij een principaal verweer heeft gevoerd.

5.3.5.2 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.

5.3.5.3 De namens de Russische Federatie aan het PHA gestuurde brieven zijn niet meer dan een blijk van respect jegens het PHA. Slechts uit beleefdheid heeft de Russische Federatie voor het PHA een reden genoemd waarom zij niet verscheen, namelijk dat de BIT 1998 in dit geval niet kan dienen als basis voor de bevoegdheid van een scheidsgericht.

5.3.5.4 De brieven zijn niet gericht aan het scheidsgericht zelf; het PHA heeft de brieven eigener beweging doorgestuurd aan het scheidsgericht.

5.3.5.5 De Russische Federatie heeft in haar begeleidende brief van 1 juli 2015 nog eens uitdrukkelijk aangegeven niet aan de arbitrage te zullen deelnemen.

5.3.5.6 Het scheidsgericht heeft zelf in een aantal rechtsoverwegingen geconstateerd dat de Russische Federatie niet is verschenen in de procedure.

5.3.5.7 Ook Belbek c.s. zijn daar gedurende de procedure vanuit gegaan; zij hebben immers (onder meer) een beroep gedaan op artikel 1043a Rv, de "verstekregeling" voor arbitrale procedures.

5.3.5.8 Subsidiair geldt dat voor zover moet worden aangenomen dat de Russische Federatie is verschenen, zij haar verweer in de onderhavige procedure op toelaatbare wijze nader heeft uitgewerkt.

#### *Het oordeel van het hof*

5.3.6 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 scheidsgericht 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 scheidsgericht wil betwisten vanwege het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, daarover door het scheidsgericht 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 scheidsgericht 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 wesen 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."*

5.3.7 De hierboven onder 3.12 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 vanuit 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 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 scheidsgerecht. Belbek c.s. hebben terecht naar voren gebracht dat de Russische Federatie ervan moest uitgaan dat haar brief zou worden doorgestuurd aan het scheidsgerecht en de raadslieden van Belbek c.s. Doorslaggevend is dat de hoofdboodschap van de brief van 12 augustus 2015 is dat de Russische Federatie 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 scheidsgerecht het in de brief genoemde bevoegdheidsverweer wel heeft behandeld, maakt dit niet anders. Het scheidsgerecht was immers gehouden ook eigener beweging te toetsen of het bevoegd was en heeft dat ook – los van de desbetreffende brief – gedaan. In alinea 170 van de *Interim Award* overwoog het scheidsgerecht 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 scheidsgerecht (in hoofdstuk 3 van de *Interim Award* onder “*The Respondent’s non-participation*”) als Belbek c.s. er tijdens de arbitrale procedure blijf van hebben gegeven dat zij de Russische Federatie beschouwden als “niet verschenen”.

- 5.3.8 Het voorgaande brengt mee dat de Russische Federatie niet het recht heeft verwerkt om bepaalde onbevoegdheidsgronden in deze procedure naar voren te brengen.

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

*Het standpunt van de Russische Federatie*

- 5.3.9 De Russische Federatie heeft van haar kant als overkoepelende stelling voor de beoordeling van de onbevoegdheidsgronden ingenomen, dat dit hof als “vernietigingsrechter” enkel mag beoordelen of de door het scheidsgerecht 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 scheidsgerecht 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 Belbek c.s.*

5.3.10 Belbek c.s. hebben deze stelling bestreden. Zij hebben aangevoerd dat het standpunt van de Russische Federatie het fundamentele verschil miskent tussen de situatie waarin een scheidsgerecht zich *onbevoegd* heeft verklaard en de situatie waarin een scheidsgerecht zich *bevoegd* heeft verklaard. In het laatste geval wordt de positieve bevoegdheidsbeslissing van het scheidsgerecht slechts als voorlopig beschouwd – het is uiteindelijk aan de gewone rechter om definitief te beslissen of er al dan niet een geldige overeenkomst tot arbitrage bestaat. Uit de aard van deze definitieve beslissing volgt reeds dat zij niet beperkt is tot de positieve bevoegdheidsbeslissing van het scheidsgerecht als zodanig. De vernietigingsrechter moet zelf vaststellen of het scheidsgerecht zich terecht bevoegd heeft verklaard, mits dergelijke argumenten tijdig in de vernietigingsprocedure naar voren zijn gebracht.

5.3.11 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:

*“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.”*

5.3.12 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 Belbek c.s. gebezigde argumenten andere zijn dan die welke het scheidsgerecht aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd.

#### **5.4 De (sovereiniteits)status van de Krim (onbevoegdheidsargument (a))**

*Het oordeel van het scheidsgerecht*

5.4.1 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 §157 en 158 van de *Interim Award*:

“157. 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.

158. 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*

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

5.4.2.1 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. Het bepalen wier wetgeving van toepassing is op een bepaald grondgebied is een zuivere kwestie van soevereiniteit. Daardoor valt dit geschil ver buiten hetgeen arbitabel is onder het Nederlandse recht.

5.4.2.2 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 en het vereiste van instemming daarmee door staten, die juist zijn gericht op depolitisering van investeringsgeschillen, fundamenteel worden geschaad.

5.4.2.3 Voor een beslissing van het scheidsgerecht over de toepasselijkheid van de BIT 1998 op de investeringen van Belbek c.s. dient eerst te worden vastgesteld of de Krim kan worden geduid als onderdeel van de *territory* van de Russische Federatie of van Oekraïne in de zin van artikel 1 lid 4 BIT 1998. De betekenis van artikel 1 lid 4 BIT 1998, overeenkomstig artikel 31 lid 1 WVV op juiste wijze geïnterpreteerd, impliceert een beslissing over het soevereiniteitsgeschil. Met *territory* is immers bedoeld “soverein grondgebied”.

5.4.2.4 Het scheidsgerecht kan het soevereiniteitsgeschil tussen de verdragspartijen niet omzeilen met de gehanteerde definitie van *territory*.

5.4.2.5 Het scheidsgerecht heeft, door te oordelen dat de Krim vanaf de incorporatie in de Russische Federatie als Russisch grondgebied is aan te merken, onmiskenbaar en onvermijdelijk een oordeel gegeven over de status van de Krim binnen het ter zake bestaande soevereiniteitsgeschil tussen Oekraïne en de Russische Federatie.

5.4.2.6 Internationale jurisprudentie bevat talloze voorbeelden van scheidsgerechten die in soortgelijke situaties geen bevoegdheid aanvaarden.

*Het standpunt van Belbek c.s.*

5.4.3 Belbek c.s. bestrijden 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 onderschrijven Belbek c.s. niet dat het scheidsgerecht niet kon beslissen over hun vorderingen zonder daarbij een standpunt in te nemen over dat soevereiniteitsgeschil. Zij voeren daartoe samengevat aan dat het bestaan van een soevereiniteitsgeschil niet automatisch de toepassing van de BIT 1998 ten aanzien van de Krim opschort. Volgens Belbek c.s. hoefde het scheidsgerecht helemaal niet over het

soevereiniteitsgeschil te oordelen en heeft het dat ook niet gedaan.

*Het oordeel van het hof*

- 5.4.4 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 ten aanzien van de Krim, volgt het hof niet.
- 5.4.5 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 soevereiniteitskwestie. Het scheidsgerecht heeft in de *Interim Award* echter geoordeeld dat het begrip *territory* nu juist níet 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.
- 5.4.6 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.
- 5.4.7 De Russische Federatie heeft 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)*. Het hof volgt de Russische Federatie daarin niet. Belbek c.s. hebben terecht naar voren gebracht dat in die kwestie de vraag welk land soevereiniteit bezit op de Krim volledig bepalend was voor de gegrondheid van bepaalde vorderingen van Oekraïne, die gebaseerd waren op het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee (hierna: 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 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 de UNCLOS-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.

5.4.8 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.

## 5.5 De definitie van *territory* (onbevoegdheidsargument b)

### *Het oordeel van het scheidsgerecht*

5.5.1 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 betreffende grondgebied. Deze aanpak sluit ook aan bij de algemene regel betreffende het territoriale toepassingsgebied van verdragen dat 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 *Crimean 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*

5.5.2 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 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.

5.5.3 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 (21 december 2016 in zaak C-104/16 *Raad/Front Polisario*, ECLI:EU:C:2016:973), het Hof van Justitie van de EU 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 Belbek c.s. aanvoeren – niet geschikt om de betekenis van een juridische term in een internationaal verdrag uit te leggen. De verwijzing door Belbek c.s. naar de betekenis van *territory* in woordenboeken legt dus geen gewicht in de schaal;
- 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;
- 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 (PCA Case No. 2017-16) en de door de Russische Federatie overgelegde *legal opinions* van prof. P. Dumberry, prof. em. M. Mendelson en prof. Y. Nouvel.

Ad (ii)

- dat het moet gaan om het soevereine grondgebied volgt ook uit de context van artikel 1 lid 4 BIT 1998; het begrip *territory* is onlosmakelijk verbonden met bij uitstek soevereine bevoegdheden van een verdragspartij;
- 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 ook heeft op



bij uitztek *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 voor 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.

5.5.4 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 Belbek c.s.*

5.5.5 Belbek c.s. bestrijden dat de door het scheidsgerecht aan het begrip *territory* gegeven uitleg onjuist is. Hun betoog kan als volgt worden samengevat.

5.5.5.1 Belbek c.s. voeren in de eerste plaats aan dat het grondgebied van de Russische Federatie, waarop het verdrag blijkens artikel 1 lid 4 BIT 1998 betrekking heeft, niet gefixeerd is op het moment van sluiten van het verdrag. Het is juist dat de *betekenis* van een verdragsterm moet worden uitgelegd aan de hand van de – uit de tekst blijkende – intenties van verdragspartijen ten tijde van het sluiten van het verdrag, maar dit houdt niet in dat de *inhoud* van de desbetreffende verdragsterm niet kan wijzigen al naar gelang de omstandigheden zich wijzigen. Belbek c.s. voeren verder aan dat een uitleg langs de lijnen van tekst, context, voorwerp en doel en goede trouw van artikel 1 lid 4 BIT 1998 niet

meebrengt dat de territoriale reikwijdte van de BIT 1998 gefixeerd is op het moment van het sluiten ervan. Zij hebben er nog op gewezen dat ook ten tijde van het sluiten van het verdrag de opvattingen van Oekraïne en de Russische Federatie over wat hun respectieve grondgebied precies omvatte (nog) niet met elkaar in overeenstemming waren.

5.5.5.2 Belbek c.s. voeren verder aan dat het begrip *territory* in artikel 1 lid 4 BIT 1998 niet betekent *sovereign territory*. Belbek c.s. hebben in dat kader gewezen op artikel 29 WVV, dat bepaalt dat een verdrag van toepassing is op het gehele grondgebied van een verdragsstaat (*its entire territory*). Bij de totstandkoming van artikel 29 WVV is door de ILC uitdrukkelijk in ogenschouw genomen dat de verdragen van een staat van toepassing zouden zijn op grondgebied waarover een staat niet noodzakelijkerwijs soevereiniteit genoot maar waarvoor zij wel internationaal verantwoordelijk was. Voor zover de Russische Federatie stelt dat de BIT 1998 een ander territoriaal toepassingsbereik heeft – soeverein grondgebied – dan het territoriale toepassingsbereik van artikel 29 WVV, is het aan de Russische Federatie om dergelijke bedoelingen van de verdragspartijen aan te tonen. De Russische Federatie heeft daaraan niet voldaan.

5.5.5.3 Belbek c.s. hebben er verder – in het kader van de in artikelen 31 en 32 WVV opgenomen uitlegcriteria – op gewezen dat de inhoud van de BIT 1998 een bevestiging vormt van het vermoeden van artikel 29 WVV, te weten dat het verdrag zich uitstrekt tot het gehele grondgebied waarvoor een verdragsstaat de internationale verantwoordelijkheid draagt. Belbek c.s. hebben in dat kader gewezen op de gewone betekenis van het begrip *territory* zoals gedefinieerd in woordenboeken, die niet samenvalt met *sovereign territory*. Het begrip *sovereign territory* komt in de BIT 1998 niet voor. De zinsnede in artikel 1 lid 4 BIT 1998 *in accordance with international law* slaat alleen terug op de termen *exclusive economic zone* en *continental shelf*, niet ook op het begrip *territory*. Dit volgt ook uit de authentieke Russische en Oekraïense taalversies van de BIT 1998.

5.5.5.4 Doel en de strekking van de BIT 1998 – het bevorderen en het beschermen van investeringen, zoals volgt uit de preambule van het verdrag – wijzen er niet op dat het toepassingsbereik van de BIT 1998 is beperkt tot het grondgebied waar elke verdragspartij rechtens soevereiniteit geniet. Het doel wordt juist bevorderd door een definitie van *territory* die ziet op grondgebied waarover een verdragspartij rechtens geen soevereiniteit geniet maar wel controle uitoefent. Een uitleg van het begrip *territory* als *sovereign territory* is ook geen interpretatie te goeder trouw. Een dergelijke uitleg zou de bescherming van investeerders, die duidelijk wordt beoogd door het verdrag, teniet doen. Het is ook niet te goeder trouw dat de Russische Federatie enerzijds soevereiniteit over de Krim claimt en aldaar wetgeving aanneemt, maar anderzijds betoogt dat zij aldaar geen verplichtingen uit de BIT 1998 heeft omdat soevereiniteit zou ontbreken.

5.5.5.5 Zelfs al zou artikel 29 WVV de presumptie bevatten dat een verdrag alleen van toepassing is op het soevereine grondgebied van een staat, dan heeft het scheidsgerecht toch terecht bevoegdheid aangenomen. Een dergelijke presumptie geldt namelijk niet indien een andere bedoeling uit het verdrag blijkt of op een andere wijze is komen vast te staan. In dit geval is door de gedragingen van de Russische Federatie en Oekraïne met betrekking tot de Krim, zowel voor als tijdens de arbitrage een andere bedoeling op andere wijze komen vast te staan. Belbek c.s. hebben daartoe gewezen op de hiervoor genoemde gebeurtenissen op de Krim in 2014 en op onder meer het feit dat de Russische Federatie in verschillende gremia, waaronder de brief van 16 juni 2015 aan het PHA, heeft bevestigd dat de Krim een integraal onderdeel van haar grondgebied is. Van haar kant heeft Oekraïne onder meer aan de secretaris-generaal van de VN laten weten dat de Russische Federatie, in plaats van Oekraïne, op de Krim verantwoordelijk is voor de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van diverse verdragen.

5.5.5.6 De conclusie van Belbek c.s. is dat de door de BIT 1998 opgelegde verplichtingen gelden voor het gehele grondgebied waarover de Russische Federatie soevereiniteit claimt en *de facto* controle uitoefent, met inbegrip van de Krim.

5.5.5.7 Het beroep van de Russische Federatie op artikel 73 WVV is misplaatst. Dit artikel

bepaalt enkel dat met de bepalingen van het WVV niet is beoogd vooruit te lopen op vraagstukken die zich met betrekking tot een verdrag kunnen voordoen op grond van statenopvolging, internationale statenaansprakelijkheid of het uitbreken van vijandelijkheden tussen staten, omdat deze onderwerpen ten tijde van het opstellen van het WVV al onderwerp van studie waren van het ILC (ten behoeve van een separaat verdrag).

*Het oordeel van het hof*

*De situatie op de Krim*

5.5.6 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 haar federatie, zoals blijkt uit de hierboven weergegeven samenvatting van de gebeurtenissen op de Krim.

*Uitleg artikel 1 lid 4 BIT 1998*

5.5.7 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)*

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

*"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*". Belbek c.s. hebben een rapport overgelegd van dr. Egbert Fortuin, universitair hoofddocent Russische taalkunde, die de authentieke taalversies van de BIT 1998 heeft bestudeerd, die deze conclusie op grond van syntactische argumenten bevestigt. Het hof sluit zich bij deze conclusie aan. De Russische Federatie heeft geen taalkundige argumenten naar voren gebracht die tot een andere conclusie leiden.

5.5.9 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. Belbek c.s. hebben 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. Een verdere aanwijzing dat dit niet het geval is, ziet het hof in het feit dat op het moment van het sluiten van het verdrag de grenzen tussen Oekraïne en de Russische Federatie nog niet exact vastlagen (zie de conclusie van antwoord § 309 onder verwijzing naar onder meer het Verdrag tussen de Russische Federatie en de Oekraïne inzake de Russische – Oekraïense Staatsgrens van 28 januari 2003).

*Ad (ii)*

5.5.10 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 doel of strekking 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.

5.5.11 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."*

5.5.12 Het is verder duidelijk dat ook volgens artikel 29 WVV wat betreft de territoriale werking van een verdrag primair wordt verwezen 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)

5.5.13 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* (§ 200):

*"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."*

5.5.14 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 een verdrag geldt voor het gehele grondgebied waarover een verdragsstaat "settled jurisdiction or control" uitoefent.

5.5.15 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 dit arrest ging het om de vraag of dit handelsakkoord mede van toepassing was op de Westelijke Sahara. Marokko rekent de Westelijke Sahara tot zijn grondgebied. Dat wordt betwist door het Front Polisario, een organisatie die opkomt voor de inheemse bevolking van de Westelijke Sahara. Het Internationaal Gerechtshof heeft in een advies geoordeeld dat de inheemse bevolking van de Westelijke Sahara ingevolge het algemene volkenrecht het recht op zelfbeschikking toekwam. Mede in het licht van dat advies oordeelde het Hof van Justitie van de EU dat de definitie "het grondgebied van Marokko" in de associatieovereenkomst tussen de EU en Marokko niet de Westelijke Sahara omvatte. 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 het van belang dat het Internationaal Gerechtshof in zijn advies heeft geoordeeld dat het gewoonterrechtelijk 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 gewoonteregels 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.

5.5.16 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). Artikel 73 WVV staat daarom niet in de weg aan de uitleg van *territory* als door het scheidsgerecht gegeven.

5.5.17 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)*

5.5.18 Het hof is hiervoor (in 5.5.8 en volgende) reeds ingegaan op de betekenis van de tekst van artikel 1 lid 3 BIT 1998. Met betrekking tot de context van artikel 1 lid 4 BIT 1998 haalt de Russische Federatie andere bepalingen van de BIT 1998 aan waaruit volgens haar volgt dat het begrip *territory* slechts naar het grondgebied van één verdragspartij verwijst. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen, betekent het feit dat het gebied waarover een staat rechtsmacht en effectieve controle uitoefent tot de *territory* van een verdragsstaat wordt gerekend, niet dat dat gebied voor de doeleinden van het verdrag tegelijkertijd onderdeel is van twee verdragsstaten. 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 voor 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.

5.5.19 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.

- 5.5.20 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.
- 5.5.21 Bij een uitleg te goeder trouw van de bewoordingen van de BIT 1998 in hun context en in het licht van voorwerp en doel, 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 Belbek c.s. 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 Belbek c.s. ook feitelijk heeft uitgeoefend.
- 5.5.22 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 geannexieerd 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).
- 5.5.23 Gezien het voorgaande is er op basis van een uitleg te goeder trouw van artikel 1 lid 4 van de BIT 1998 overeenkomstig de gewone betekenis, in zijn context en in het licht van doel en voorwerp van het verdrag, geen reden om aan te nemen dat de Krim niet valt onder de *territory* van de Russische Federatie als gedefinieerd in dit artikel. 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. De bedoeling van partijen was om investeringen van de onderdanen van een verdragspartij te

beschermen tegen onder meer onteigeningen door de andere verdragspartij. Daarbij past dat tot het grondgebied van een verdragsstaat wordt gerekend, elk gebied waarover een verdragspartij rechtsmacht en effectieve controle uitoefent, die haar de mogelijkheid geven om investeringen van onderdanen van de andere verdragspartij te onteigenen.

5.5.24 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. Het argument van de Russische Federatie dat de BIT 1998 uitgaat van reciprociteit, zodat de Krim niet kan worden gekwalificeerd als *territory* in de zin van de BIT 1998 zolang Oekraïne de soevereine rechten van de Russische Federatie ten aanzien van de Krim niet erkent, zal hierna worden besproken. Dat argument leidt niet tot een andere conclusie.

## 5.6 Reciprociteit (onbevoegdheidsargument c)

### *Het oordeel van het scheidsgerecht*

5.6.1 Het reciprociteitsargument is niet als zodanig behandeld door het scheidsgerecht. Wel heeft het scheidsgerecht in de *Interim Award* 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*, § 266). 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 *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 Oekraïne heeft na de incorporatie een aantal wetten ingevoerd die onder meer de exclusieve gelding van Oekraïense wetgeving op de Krim regelen. Deze wetten regelen ook de nietigheid van overheidsbesluiten van de huidige autoriteiten op de Krim, voor zover deze niet in overeenstemming zijn met Oekraïens recht. Door Oekraïense bedrijven en personen gedane investeringen op het grondgebied van de Krim – en *vice versa* – worden aangemerkt als binnenlandse investeringen.

5.6.3.2 De toepassing van de BIT 1998 op de Krim vergt gezien de meningsverschillen tussen Oekraïne en de Russische Federatie over de status van de Krim een aanpassing van de BIT 1998 conform de in artikel 13 BIT 1998 daarvoor opgenomen procedure. Op het grondgebied van de Krim kan de BIT 1998 – anders dan op het verdere grondgebied van de Russische Federatie respectievelijk Oekraïne – niet langer functioneren als gevolg van het gebrek aan wederkerigheid. Het principe van *exceptio non adimpleti contractus* stelt de Russische Federatie bovendien in staat om haar wederkerige prestaties in het kader van de BIT 1998 met betrekking tot de Krim te weigeren, met inbegrip van haar bereidheid tot arbitrage.



Daarvoor is voldoende dat Oekraïne niet aan haar BIT 1998-verplichtingen met betrekking tot de Krim zal voldoen. Doordat Oekraïne haar wederkerige verplichtingen sinds maart 2014 heeft afgewezen, is niet voldaan aan de voorwaarde voor het nakomen van haar verplichtingen door de Russische Federatie en heeft de Russische Federatie dus geen eenzijdige verplichtingen. Daarvoor is niet nodig dat de Russische Federatie de BIT 1998 opschort. Een verdrag dat niet van toepassing is, behoeft geen opschorting.

*Het standpunt van Belbek c.s.*

5.6.4 Belbek c.s. hebben bestreden dat het "reciprociteitsbeginsel", althans de wijze waarop het door de Russische Federatie wordt toegepast, naar internationaal recht bestaat. Zij hebben hun verweer als volgt uitgewerkt.

5.6.4.1 Volgens Belbek c.s. kan niet worden aanvaard dat een staat zijn verdragsverplichtingen geheel zou kunnen afwijzen op basis van zijn eigen, eenzijdige vaststelling van een mogelijke, toekomstige schending van de corresponderende verplichtingen door de andere staat. Dat het verdrag als uitgangspunt heeft dat het wederkerige verplichtingen oplevert, rechtvaardigt niet de verstrekkende conclusie dat de Russische Federatie zich aan haar verdragsverplichtingen zou kunnen onttrekken, zonder de andere partij daarvan officieel op de hoogte te hoeven brengen of enige andere officiële opschortingsprocedure te hoeven doorlopen. De BIT 1998 is nog steeds van kracht tussen partijen en geen van beide partijen heeft stappen genomen om de toepassing van de BIT 1998 op de Krim op te schorten. De Russische Federatie heeft overigens geen enkel geval aangevoerd waarin Oekraïne haar verplichtingen onder het verdrag jegens Russische investeerders in de Krim heeft geschonden.

5.6.4.2 Verder hebben Belbek c.s. er op gewezen dat niet relevant is of Oekraïne van mening is dat zij bepaalde investeerders niet hoeft te beschermen; het is de BIT 1998 zelf die bepaalt of investeringen door het verdrag worden beschermd. De BIT 1998 moet voor dat doel worden geïnterpreteerd door scheidsgerechten die – in voorkomende gevallen – worden aangesteld om de BIT 1998 toe te passen.

*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 reciprociteit. Als uitgangspunt geldt dat geen van beide partijen de BIT 1998 heeft geschorst of opgezegd. Door het aanhangig maken van de arbitrale procedure hebben Belbek c.s. het door de Russische Federatie in de BIT 1998 gedane aanbod tot arbitrage aanvaard. Het scheidsgerecht diende vervolgens – aan de hand van (een uitleg van) de BIT 1998 – te beoordelen 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 de 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), hebben Belbek c.s. 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. 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 Wat betreft het argument van de Russische Federatie dat het verdrag niet hoeft te worden opgeschort omdat het nooit van toepassing is geweest, wordt verwezen naar de bespreking van de standpunten van de Russische Federatie inhoudende dat de Krim niet kan

worden beschouwd als *territory* in de zin van de BIT 1998, dat Belbek c.s. geen door het verdrag beschermde *investments* hebben gedaan en dat Belbek c.s. geen *investors* zijn in de zin van de BIT 1998. Deze standpunten zijn hiervoor aan de orde geweest of komen hierna aan de orde.

## 5.7 De definitie van *investments* (onbevoegdheidsargument d)

### *Het oordeel van het scheidsgerecht*

5.7.1 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 § 112) eerst vastgesteld dat Belbek c.s. hun investeringen hebben omschreven als:

- wat betreft [gedaagde 2] : het indirect aandeelhouderschap in Belbek;

- wat betreft Belbek:

(i) de eigendom van de terminal en een stuk land gelegen in het gebied van Sevastopol; (ii) leaserechten op andere percelen in hetzelfde gebied op basis van overeenkomsten met de stad Sevastopol;

(iii) contractuele rechten volgend uit overeenkomsten met de luchtmacht van Oekraïne en het ministerie van Defensie van Oekraïne, en;

(iv) rechten volgend uit een vergunning voor het hebben van een vliegveld, uitgegeven door de Oekraïense autoriteiten, waaruit blijkt dat voldaan is aan luchtvaartwetten en waarin de geschiktheid van de Belbek-luchthaven voor bepaalde types luchtvaartuigen blijkt.

De vraag of al deze *assets* (waaronder vergunningen en dergelijke) vallen onder de definitie van artikel 1 lid 1 BIT 1998 heeft het scheidsgerecht doorgeschoven naar de *Quantum Phase* van de arbitrale procedure (§ 221). Die vraag heeft het scheidsgerecht dus nog niet beantwoord en staat daarom in deze vernietigingsprocedure evenmin ter beoordeling.

5.7.2 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 betekent dat de investeringen van Belbek c.s. 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.

5.7.3 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 Belbek c.s. 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.

5.7.4 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 behoeft 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).

5.7.5 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 § 252 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 the Claimants’ 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*

5.7.6 De Russische Federatie voert aan dat het scheidsgerecht ten onrechte heeft aangenomen dat Belbek c.s. investeringen hebben gedaan als bedoeld in artikel 1 lid 1 BIT 1998.

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

5.7.7.1 De Russische Federatie heeft vooropgesteld dat het centrale doel van investeringsverdragen als de BIT 1998 is het aantrekken van *buitenlandse* investeringen. Zij heeft op een aantal uitspraken gewezen 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.

5.7.7.2 De Russische Federatie heeft verder onder verwijzing naar tekst, context, voorwerp en doel 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 internationaal 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 *holding, 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.

5.7.7.3 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. Kurokhina (*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.

5.7.7.4 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. Of de investering is gedaan in overeenstemming met het recht van de andere verdragsstaat, 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 wijzigen 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.

5.7.7.5 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.

5.7.7.6 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 (investeringen gedaan vóór 1 januari 1992 door onderdanen van de Sovjet-Unie waren binnenlandse investeringen).

5.7.7.7 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.

*Het standpunt van Belbek c.s.*

5.7.8 Belbek c.s. hebben aangevoerd dat de investeringen van Belbek c.s. investeringen zijn "in the territory" van de Russische Federatie. Samengevat hebben zij dit standpunt als volgt nader uitgewerkt.

5.7.8.1 De Krim is sinds uiterlijk 21 maart 2014 onderdeel van het grondgebied van de Russische Federatie in de zin van het verdrag. De investeringen in onroerend goed van Belbek c.s. bevonden zich allemaal op de Krim. Verder geldt dat de Russische wetgeving die na de incorporatie van kracht is geworden, eigendomsrechten op de Krim die onder Oekraïens recht zijn ontstaan erkent, zoals de scheidsgerechten die zich over deze zaak en nauw verwante zaken hebben gebogen, hebben geoordeeld. Als Oekraïense investeerders in de Krim op het moment van de incorporatie naar Oekraïens recht geldige rechten hadden met betrekking tot hun investeringen, dan zijn hun investeringen geïnvesteerd in overeenstemming met de wetgeving van de Russische Federatie. Dit volgt uit de zogenoemde *Crimean Incorporation Law*.

5.7.8.2 Dit geldt dus ook voor de investeringen van Belbek c.s.: zij hadden naar Oekraïens recht geldige eigendomsrechten en exploitatievergunningen verkregen en gehouden. De eigendomsbewijzen van de terminal en de percelen van Belbek c.s. zijn "documents ... confirming title" in de zin van artikel 12 van de *Crimean Incorporation Law*. De besluiten waarbij de Russische autoriteiten het eigendom van Belbek c.s. hebben onteigend, vermelden op geen enkele wijze non-conformiteit met Russisch of Oekraïens recht als rechtvaardiging voor de onteigening.

5.7.8.3 Belbek c.s. hebben verder aangevoerd dat het scheidsgerecht terecht de termen van het verdrag zo geïnterpreteerd heeft dat niet is vereist dat investeringen buitenlandse investeringen waren op het moment dat ze werden verricht. Het zinsdeel "assets [which are] invested by an investor" in de BIT 1998 moet (in het Engels) worden geïnterpreteerd als "assets [which are] held by an investor". Uit de authentieke Russische en Oekraïense versies van het verdrag en de daar gebruikte werkwoordsvorm volgt dat de bepaling geen temporele beperking oplegt. Belbek c.s. hebben daarbij verwezen naar het hiervoor al genoemde rapport van dr. Egbert Fortuin, universitair hoofddocent Russische taalkunde. Niets in de tekst van het verdrag wijst erop dat de legaliteit van een investering moet worden beoordeeld op het moment dat deze *oorspronkelijk* is gedaan.

5.7.8.4 Artikel 12 BIT 1998 behandelt wel de *timing* van investeringen. Het is geformuleerd in de verleden tijd en opent de mogelijkheid dat het Verdrag wordt toegepast op investeringen die reeds op een eerder moment zijn gedaan, maar niet voor 1 januari 1992. Het scheidsgerecht heeft terecht belang gehecht aan het verschil in werkwoordgebruik (de in de Russische en Oekraïense taal voorkomende onvoltooide en voltooide "aspecten" van werkwoorden, die in de Engelse taal niet voorkomen) tussen artikel 1 lid 1 en artikel 12 BIT 1998.

5.7.8.5 Een beperkende interpretatie van artikel 1 lid 1 BIT 1998 wordt ook niet ondersteund door het voorwerp en doel van het verdrag. Het verdrag heeft, zoals volgt uit de titel, ten doel om investeringen "aan te moedigen" en "te beschermen". Bescherming is daarmee een onafhankelijk doel. De materiële vormen van bescherming die zijn neergelegd in onder meer de artikelen 2, 3 en 5 van het verdrag wijzen op het oogmerk van de verdragsluitende partijen om het beschermingsbereik te maximaliseren.

5.7.8.6 Belbek c.s. hebben er verder op gewezen dat de door de Russische Federatie genoemde beslissingen in zaken betreffende andere BIT-verdragen geen van alle een vergelijkbare context hadden. De zaken die samenhangen met de incorporatie van de Krim

zijn daarentegen wel vergelijkbaar. Dat geldt ook voor gelijksoortige vernietigingszaken die voor het Zwitserse Federale Hoogerechtshof zijn gebracht (*Russian Federation vs PJSC Ukrnafta* en *Russian Federation vs Stabil LLC et al.*, uitspraken van 16 oktober 2018). In al deze zaken is geoordeeld dat de BIT 1998 van toepassing is op de (oorspronkelijk Oekraïense) investeringen die in die zaken aan de orde waren.

5.7.8.7 De *travaux préparatoires* kunnen niet gebruikt worden om daaruit (vermeende) bedoelingen van de verdragspartijen te destilleren die geen steun vinden in de tekst van het verdrag. Artikel 12 BIT 1998 betreft veeleer een uitbreiding van de temporele werkingsfeer ten opzichte van de Model BIT van de Russische Federatie, en niet een beperking.

*Het oordeel van het hof*

5.7.9 Het hof roept in herinnering dat artikel 1 lid 1 BIT 1998 de term *investments* als volgt definieert:

*"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:*

*(...)*

*Any alteration of the type of investment 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."*

5.7.10 Ook bij de beantwoording van de vraag of de (gestelde) investeringen van Belbek c.s. vallen onder de definitie van *investments* als opgenomen in dit artikel, komt het aan op een uitleg van die verdragsterm met toepassing van de hierboven genoemde uitlegmaatstaf die volgt uit artikel 31 lid 1 WVV, waarbij de drie elementen van die bepaling (gewone betekenis van de bewoordingen, context en '*object and purpose*') – te goeder trouw ('*in good faith*') – tezamen in één operatie worden toegepast.

5.7.11 Het hof is van oordeel dat de investeringen van Belbek c.s., ook al zijn ze aanvankelijk in Oekraïne gedaan, vallen onder het begrip *investments* als bedoeld in artikel 1 lid 1 BIT 1998, op de volgende gronden:

(i) uit de letterlijke 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 worden gekwalificeerd als *investments* in de zin van het verdrag;

(ii) een uitleg van artikel 1 lid 1 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 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.

5.7.11.1 Wat betreft de gewone betekenis van de bewoordingen van het verdrag moet acht worden geslagen op de authentieke taalversies in het Russisch en het Oekraïens. Zowel de door de Russische Federatie geraadpleegde deskundigen op het gebied van de Russische taal (Kurokhtina en Tyulenev) als de deskundige van Belbek c.s. (Fortuin) zijn het er over eens dat er daarbij alleen naar de Russische tekst kan worden gekeken gezien de grote overeenkomsten tussen de Russische en de Oekraïense taal.

5.7.11.2 Naar het oordeel van het hof blijkt uit de expert opinion van Fortuin – die mede omvat een bespreking van de door de Russische Federatie ingebrachte rapporten van Kurokhtina en Tyulenev – op overtuigende wijze aan dat uit de bewoordingen van de authentieke taalversies grammaticaal en/of syntactisch bezien niet volgt dat de investering

gedaan op het grondgebied van de andere verdragspartij gelijktijdig moet plaatsvinden met de initiële investeringshandeling. Fortuin rapporteert op dit punt onder meer (productie BI 135, alinea 28):

*"De talige verwoording van de tekst maakt dus een interpretatie mogelijk waarbij bestaande eigendommen (goederen, investeringen) investeringen worden in de zin van Artikel 1(1) op het moment dat de grens van Rusland en Oekraïne veranderde, waardoor Oekraïense goederen (eigendom) op de Krim "investeringen" werden op het grondgebied van de Russische Federatie. Met andere woorden, een taalkundige analyse van het Verdrag dwingt niet de interpretatie af dat op hetzelfde moment aan de genoemde voorwaarden moet worden voldaan."*

Aan Fortuin zijn twee mogelijke interpretaties van het artikel 1 lid 1 BIT 1998 voorgelegd: (A) en (B). (A) is een interpretatie van artikel 1 lid 1 BIT 1998 en de daarin opgenomen definitie van "investering" waarbij een investering in de Krim door een Oekraïense investeerder toen de Krim nog onbetwist deel uitmaakte van Oekraïne, een investering op het grondgebied van de Russische Federatie als bedoeld in de BIT 1998 kan worden als gevolg van de opname van de Krim in de Russische Federatie. (B) is een interpretatie waarbij alleen activa die een internationale grens overschreden op het moment van de verwerving van de onderliggende activa, investeringen kunnen vormen in de zin van de BIT 1998. De conclusie van Fortuin (onder VII van zijn opinion) luidt (onder meer):

*"(...) Voor zover Dr. Kurokhtina en Dr. Tyulenev concluderen dat Artikel 1(1) een temporeel vereiste afdwingt waardoor interpretatie A wordt uitgesloten, trekken zij conclusies die verder gaan dan wat op basis van een objectieve taalkundige (semantische, syntactische) analyse geconcludeerd kan worden. Voor zover de geldigheid van interpretatie B afhangt van het lezen van een dergelijke temporeel vereiste in Artikel 1(1) lijkt het me dat vanuit een puur taalkundig, grammaticaal perspectief, interpretatie A de meer natuurlijke interpretatie van Artikel 1(1) is. Of anders gezegd, aangezien ik geen taalkundige argumenten heb gezien waarom interpretatie A is uitgesloten, concludeer ik dat interpretatie A vanuit taalkundig oogpunt de voorkeur verdient boven de engere interpretatie B. (...) Het gebruik van de tegenwoordige tijd (imperfectief) passief van vkladyvat ("invest") in Artikel 1(1) is in overeenstemming met het idee van investeringen die niet gelinkt zijn aan een specifiek moment in de tijd. (...)"*

5.7.11.3 Van belang is verder dat artikel 12 BIT 1998 erin voorziet dat het verdrag van toepassing wordt 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* dan wel *carried out* in de Russische taalversie – zoals hiervoor al aangegeven gebruik gemaakt van een ander werkwoordaspect dan bij het woord *invested* in artikel 1 lid 1 BIT 1998. Het werkwoordaspect van *made* of *carried out* verwijst (anders dan het in artikel 1 lid 1 BIT 1998 gebruikte werkwoordaspect) wél naar de verleden tijd (een zogenoemd perfectief aspect). Dit is ook door het scheidsrecht bij zijn oordeel betrokken in § 239 van de *Interim Award*. De Russische Federatie heeft niet bestreden dat sprake is van verschillende werkwoordaspecten in deze artikelen. Dat investeringen van vóór 1 januari 1992 niet vallen onder bescherming van het verdrag ligt 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, een backstop, 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 er niet in te lezen.

5.7.11.4 Ook volgens Kurokhtina en Tyulenev geeft de in artikel 1 lid 1 van de BIT 1998 gekozen werkwoordsvorm, een '*past passive imperfective participle*', in tegenstelling tot de in artikel 12 gekozen werkwoordsvorm, een '*past passive perfective participle*', geen handeling

aan die op een bepaald moment is voltooid, maar een voortdurende toestand. Kurokhtina erkent het verschil tussen beide werkwoordsvormen waar zij over artikel 12 opmerkt: *By the time of investments protection referred to in these articles (waaronder artikel 12, toevoeging hof) investments have already been made, it is an accomplished action, and it is therefore grammatically and semantically logic to use the past perfect tense.*

5.7.11.5 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 letterlijke bewoordingen van het verdrag 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 Belbek c.s. 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 vs JSC Oschadbank, Cour d'Appel de Paris no 19/04161*), die na het pleidooi in de onderhavige zaak op verzoek van het hof nog is overgelegd, voor de beoordeling van deze zaak niet relevant: door het Cour d'Appel is geoordeeld dat Oschadbank haar *assets* vóór 1992 had verkregen.

5.7.11.6 Een uitleg – te goeder trouw (*'in good faith'*) – van het verdrag aan de hand van tekst, context, *'object and purpose'* leidt evenmin tot de conclusie dat de investeringen zich van meet af aan op het grondgebied van de Russische Federatie moesten bevinden. 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 Belbek c.s. bij het doen van de investeringen geen verdragsbescherming in het vooruitzicht hadden en dat hun 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. Samenvattend: er zijn in de tekst, doel en strekking van het verdrag – mede gezien deze beschermingsgedachte – geen aanwijzingen om uit te gaan van een beperkte uitleg van het begrip *investments*.

5.7.12 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 als hiervoor besproken 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 zijn *Partial Award*. Het scheidsgerecht is daarbij uitgegaan van de Russische wetgeving die bepaalt dat – kort gezegd – (eigendoms)rechten op de Krim die onder Oekraïens recht golden na de incorporatie werden gerespecteerd. Het scheidsgerecht heeft bij die toets verder tot uitgangspunt genomen dat investeringen die onder Oekraïense wetgeving niet rechtsgeldig tot stand zijn gekomen, (dus) niet via genoemde wetgeving konden worden geïncorporeerd in de Russische rechtssfeer. Op de legaliteit van de investeringen van Belbek c.s. zal het hof hierna nog terugkomen.

5.7.12.1 De Russische Federatie heeft gewezen op arbitrale rechtspraak onder BIT-verdragen (o.a. *Phoenix Action Ltd vs The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/05, 15 april 2009) waaruit volgt dat de controle op de wettigheid van een investering moet plaatsvinden op het moment dat de investering wordt gedaan, omdat anders de gaststaat door het eenvoudig veranderen van haar wetgeving bescherming aan een buitenlandse investering kan onthouden. 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.



5.7.13 Het hof sluit zich wat betreft al het voorgaande aan bij de uitspraken van het Zwitserse Federale Hooggerechtshof van 16 oktober 2018 in twee vergelijkbare zaken waarin de Russische Federatie eveneens de vernietiging vorderde van de 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 werden 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 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 (...) 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. (...)"*

5.7.13.1 De Russische Federatie heeft aangevoerd dat één 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 Hooggerechtshof tot de hierboven geciteerde uitspraak is gekomen, waarbij het hof zich aansluit.

5.7.14 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 scheidsrechters 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) doet daar niet wezenlijk aan af.

5.7.15 Ten overvloede zal het hof in het onderstaande nog enkele van de door de Russische Federatie aangehaalde uitspraken bespreken.

5.7.15.1 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 in de andere verdragsstaat komt te liggen. Dit laatste maakt ook de García-uitspraak van de Franse rechter minder relevant. Het ging daar om Venezolaanse investeerders die na het doen van investeringen in Venezuela mede de Spaanse nationaliteit verkregen.

5.7.15.2 Ook heeft de Russische Federatie aandacht gevraagd voor diverse uitspraken van scheidsrechters 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 Belbek c.s., maar om de vraag of deze investering zich in de Russische Federatie moest bevinden op het moment dat zij (actief) werd gedaan. Belbek c.s. hebben er bovendien in hun conclusie van dupliek terecht op gewezen dat de arbitrale uitspraak in de zaak *Clorox Espana v. Venezuela* is vernietigd door het Zwitserse Federale Hooggerechtshof (*Clorox Spain S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Zwitserse Federale Hooggerechtshof, zaaknr. 4A\_306/2019, 25 maart 2020) waarbij het Zwitserse Federale Hooggerechtshof overwoog dat er geen reden is om de in het toepasselijke BIT-verdrag voorkomende term “*invested by investors*” zo uit te leggen, dat sprake moet zijn van een actieve investering gedaan door de investeerder zelf in ruil voor een tegenprestatie. 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*).

5.7.15.3 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.

5.7.16 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het scheidsgerecht terecht heeft geoordeeld dat de investeringen van Belbek c.s. (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.

## 5.8 De uitleg van *investor* in de zin van artikel 1 lid 2 BIT 1998 (onbevoegdheidsargument e)

*Het oordeel van het scheidsgerecht*

5.8.1 Het scheidsgerecht heeft afgeleid uit de door Belbek c.s. in de arbitrale procedure ingediende *expert opinions* van deskundigen op het gebied van Oekraïens recht (de heer G. Bondar en mevrouw A. Tsirat, hierna: Bondar en Tsirat, respectievelijk benoemd door Belbek c.s. en het scheidsgerecht), dat [gedaagde 2] naar Oekraïens recht een onderdaan van Oekraïne is, omdat hij een Oekraïens paspoort heeft. Het feit dat hij ook andere nationaliteiten heeft (die van Cyprus en Israël) maakt niet dat hij geen *investor* kan zijn als bedoeld in de BIT 1998. Het scheidsgerecht is er ook voldoende van overtuigd dat Belbek een rechtspersoon is in overeenstemming met het Oekraïense recht.

5.8.2 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. Het scheidsgerecht heeft uit de door Belbek c.s. in de arbitrale procedure ingediende *expert opinions* afgeleid dat Belbek c.s. vanaf het moment dat zij de desbetreffende investeringen deden tot het aanvangsmoment van de arbitrale procedure, onder het Oekraïense recht steeds bevoegd zijn geweest om investeringen te doen op het grondgebied van de Krim.

5.8.3 Het scheidsgerecht is door de deskundigen van Belbek c.s. gewezen op Resolutie nr. 669 van de Nationale Bank van Oekraïne (hierna: NBU) van 3 november 2014. Deze resolutie 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. Het scheidsgerecht heeft vastgesteld dat deze resolutie niet van toepassing is op Belbek c.s., omdat zij in het kader van deze resolutie als niet-ingezetenen worden aangemerkt in verband met het feit dat zij voorheen gevestigd waren op de Krim.

5.8.4 Ook de vraag of deze resolutie van toepassing is op (investeringen van) [gedaagde 2] 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.

#### *Het standpunt van de Russische Federatie*

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

5.8.5.1 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 Belbek c.s. op de Krim. De bevoegdheid van Belbek c.s. om binnenlandse investeringen te doen op de Krim is niet relevant.

5.8.5.2 Belbek c.s. zijn nooit bevoegd geweest om *buitenlandse* investeringen op de Krim te doen. Toen Belbek c.s. hun investeringen deden, behoorde de Krim tot het grondgebied van Oekraïne. Na maart 2014 beschouwt de Oekraïense wet investeringen van Oekraïense ingezetenen op de Krim nog steeds 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. Belbek c.s. konden 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.

5.8.5.3 Voorts heeft de Russische Federatie gewezen op:

- Oekraïense wetten die bepalen dat de Krim een deel van Oekraïne vormt;
- Oekraïense wetten die bepalen dat Oekraïens recht bij uitsluiting van ander 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).

5.8.5.4 De conclusie hieruit is dat Belbek c.s. nooit bevoegd zijn geweest om *buitenlandse* investeringen op de Krim te doen. Belbek c.s. waren 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. Belbek c.s. misten vóór en na maart 2014 de bevoegdheid naar Oekraïens recht om buitenlandse investeringen op de Krim te doen.

#### *Het standpunt van Belbek c.s.*

5.8.6 Belbek c.s. hebben, kort samengevat, het volgende naar voren gebracht.

5.8.6.1 Volgens Belbek c.s. heeft het scheidsgerecht terecht geoordeeld dat zij "investeerders" zijn in de zin van artikel 1 lid 2 BIT 1998. Zij hebben dit standpunt als volgt toegelicht.

5.8.6.2 Het "investeerders-argument" verschilt inhoudelijk in feite niet van het argument dat de investeringen van Belbek c.s. niet kunnen worden aangemerkt als *investments*. Het argument moet daarom om dezelfde redenen falen. Voor toepasselijkheid van het verdrag is

immers niet nodig dat Belbek c.s. ten tijde van het doen van hun investeringen buitenlandse investeringen deden.

5.8.6.3 Het scheidsgerecht heeft terecht geconstateerd dat Belbek c.s. de Oekraïense nationaliteit hebben ( [gedaagde 2] ), dan wel een Oekraïense rechtspersoon zijn.

5.8.6.4 De vraag of Belbek c.s. bevoegd waren om investeringen te doen in de *territory* van de Russische Federatie moet bevestigend beantwoord worden, omdat moet worden geoordeeld dat de Krim voor de toepassing van de BIT 1998 vanaf in ieder geval 18 maart 2014 tot de *territory* van de Russische Federatie behoort. Belbek c.s. waren bevoegd aldaar investeringen te doen en te houden. Bevoegd (*competent*) betekent niet dat investeerders naar Oekraïens recht wettelijk bevoegd of gerechtigd moeten zijn om een *buitenlandse* investering te doen op de Krim (in tegenstelling tot een binnenlandse investering).

5.8.6.5 Er is geen (relevant) verschil tussen een *competency to enter into legal relations* en een *capacity to enter into legal relations*.

5.8.6.6 De door Oekraïne na de incorporatie aangenomen wetten ter bescherming van Oekraïense investeerders op de Krim maken het voorgaande niet anders. De Oekraïense Occupation Law van 15 april 2014 stelt uitdrukkelijk dat Oekraïense staatsburgers hun eigendomsrechten op de Krim behouden en dat de Russische Federatie aansprakelijk zal zijn voor alle schade die aan hun eigendom wordt toegebracht.

5.8.6.7 Met betrekking tot Resolutie nr. 699 geldt dat deze betrekking heeft op monetaire overdrachten naar de Krim van na november 2014. Deze resolutie heeft daarom geen betrekking op de investeringen van Belbek c.s.

5.8.6.8 Belbek c.s. hebben ten slotte gewezen op de *non-disputing party submission* van Oekraïne, waarin door Oekraïne wordt uitgelegd dat Oekraïense investeringen op de Krim thans onder de *de facto* rechtsmacht en controle van de Russische Federatie vallen. Oekraïne concludeerde derhalve dat “[de BIT 1998] *protects Ukrainian investments [...] and guarantees a remedy for the unlawful acts of the Russian Federation*”.

5.8.6.9 De conclusie van Belbek c.s. is dat de Russische Federatie geen bepaling van Oekraïens recht heeft aangehaald die de wettelijke bevoegdheid van Belbek c.s. om te investeren in het grondgebied van de Russische Federatie beperkt.

#### *Het oordeel van het hof*

5.8.7 Het hof is van oordeel dat het standpunt van de Russische Federatie dat Belbek c.s. geen *investors* zijn als bedoeld in de BIT 1998 niet opgaat. 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 in de bekwaamheid moet hebben om investeringen te verrichten op het grondgebied van de Krim. Dat Belbek c.s. daartoe gerechtigd waren, 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 Belbek c.s. 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.

5.8.8 Belbek c.s. hebben 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 Belbek c.s. op de Krim. De NBU heeft deze resolutie aangenomen in november 2014. Geen van de investeringen van Belbek c.s. hield monetaire overdrachten in na die datum.

## 5.9 Belbek c.s. hebben illegaal gehandeld bij het doen van hun investeringen (onbevoegdheidsargument f)

*Het oordeel van het scheidsgerecht*

5.9.1 Het scheidsgerecht heeft in de *Partial Award* eerst de investeringen opgesomd die volgens Belbek c.s. zijn onteigend, althans waardeloos zijn geworden als gevolg van de intrekking van het recht om vluchten uit te voeren op de luchthaven. Vervolgens heeft het scheidsgerecht onderzocht of deze investeringen zijn geïncorporeerd in de Russische rechtsorde. Het scheidsgerecht overwoog daartoe:

*"From the perspective of Russian law on 21 March 2014, the Claimants' 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."*

5.9.2 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):

*"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."*

5.9.3 Het scheidsgerecht overwoog dat de investeringen van Belbek c.s. vallen onder de reikwijdte van artikel 12 van de *Crimean Incorporation Law*. Het scheidsgerecht is tot de conclusie gekomen dat de investeringen van Belbek c.s. in overeenstemming waren met het Russische recht per 21 maart 2014, onder de volgende twee voorwaarden: (i) dat de rechten van Belbek c.s. 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.

5.9.4 Wat betreft de eerste voorwaarde is het scheidsgerecht afgegaan op de deskundigen op het gebied van Oekraïens recht, Bondar en Tsirat. Deze deskundigen hebben bevestigd dat Belbek onder Oekraïens recht de rechten op haar investeringen op rechtsgeldige wijze heeft verkregen en gehouden. Bondar en Tsirat hebben ook bevestigd dat het aandelenbezit van [gedaagde 2] in Belbek geldig was onder Oekraïens recht.

5.9.5 Wat betreft de tweede voorwaarde heeft het scheidsgerecht niet kunnen vaststellen dat een wettelijke beperking bestaat als hiervoor bedoeld.

5.9.6 Het scheidsgerecht heeft verder vastgesteld dat wettelijke regelingen die het recht van Belbek c.s. op hun 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 Belbek c.s. voldoen

aan de toets van artikel 1 lid 1 BIT 1998. Het toetsmoment is immers 21 maart 2014.

*Het standpunt van de Russische Federatie*

5.9.7 De Russische Federatie heeft met betrekking tot de legaliteit van de investeringen van Belbek c.s. het volgende naar voren gebracht.

5.9.7.1 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.

5.9.7.2 Het zakelijke imperium van [gedaagde 2], de Privat Group, waarvan ook Belbek deel uitmaakt, is geheel gebouwd op fraude, corruptie en geweld. Er is sprake geweest van onregelmatige privatiseringen en verwervingen door entiteiten behorende tot de Privat Group. De Russische Federatie heeft een aantal voorbeelden genoemd van onregelmatige privatiseringen van bedrijven (niet zijnde Belbek) waarbij [gedaagde 2] althans entiteiten die onder zijn zeggenschap stonden betrokken was/waren. Deze voorbeelden illustreren volgens de Russische Federatie dat de Privat Group haar zakenimperium systematisch op corrupte wijze heeft opgebouwd. Daarnaast heeft de Privat Group bedrijven "gestolen" door "corporate raiding" waarbij zij ook gebruik maakte van corrupte rechters. Als voorbeeld daarvan is genoemd 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. [gedaagde 2] heeft verder erkend dat hij steekpenningen heeft betaald aan de voormalige president van Oekraïne [Z] en diens schoonzoon [Y] in verband met het veiligstellen van zijn belang in Ukrnafta.

5.9.7.3 De NBU heeft vastgesteld dat sprake was van grootschalige fraude binnen de PrivatBank, de voormalige bank van [gedaagde 2]. Dit heeft geleid tot nationalisatie van de PrivatBank.

5.9.7.4 Elke omvangrijke transactie die een entiteit binnen de Privat Group aanging, ging gepaard met de (expliciete of impliciete) dreiging van geweld en was dan ook illegaal.

5.9.7.5 Het scheidsgerecht heeft tijdens de arbitrage meerdere malen uitdrukkelijk de vraag voorgelegd of de investeringen waren gedaan in overeenstemming met de geldende wetgeving, waarop Belbek c.s. bevestigend hebben geantwoord. In werkelijkheid verkreeg [gedaagde 2] – en daarmee ook Belbek – zijn/haar vermogen door fraude, corruptie en geweld.

5.9.7.6 De conclusie dat het vermogen dat [gedaagde 2] heeft opgebouwd, is verkregen door middel van fraude, corruptie en geweld raakt uiteraard ook het gedeelte daarvan dat [gedaagde 2] stelt te hebben geïnvesteerd in Belbek. Het gaat om "besmette activa" die niet kunnen worden beschermd onder een investeringsverdrag. Ook het feit dat het hele *offshore* vermogen van [gedaagde 2] op onnodig complexe wijze is gestructureerd, wijst erop dat sprake is van frauduleuze bedoelingen en verhulling van onwettig verkregen vermogen.

5.9.7.7 Specifiek ten aanzien van Belbek heeft de Russische Federatie gewezen op:

- de percelen waarop het vliegveld van Belbek ligt, zijn verkregen in strijd met de Oekraïense Landwet; artikel 82 van die wet bepaalt dat landbouwgrond niet kan worden overgedragen aan *joint enterprises* met buitenlandse participatie. Dat geldt dus ook voor Belbek, waarvan de meerderheid van de aandelen in handen is van Golcher Limited, een Cypriotische entiteit (hierna: Golcher);

- de aankoop van landbouwgrond door Belbek was in strijd met artikel 15 van de Overgangsbepalingen van de Landwet. De voormalige eigenaar Kucha kreeg een bedrag van \$ 600.000 voor de landbouwgronden, terwijl landbouwgronden alleen geruild mochten worden. De opgetuigde ruilvereenkomst met Kucha was een schijnconstructie, die niet aan de wettelijke eisen voldeed. Er was immers geen sprake van een redelijke tegenprestatie; het kleine perceel dat in ruil werd gegeven vertegenwoordigde een veel lagere prijs dan de door Belbek verworven (landbouw)percelen;
- de door Belbek in (erf)pacht verkregen percelen 110 en 111 zijn in strijd met de wet verkregen en daarop is in strijd met de wet (artikel 22 van de Wet op de stedelijke ordening) (prematuur) een terminal gebouwd;
- de landbouwgronden zijn bovendien aangekocht om deze in strijd met het bestemmingsplan te gebruiken voor burgerluchtvaart;
- Belbek heeft de terminal gebouwd in strijd met de Oekraïense wet, te weten artikel 22 van de Wet op de stedelijke ordening. De erfpachtovereenkomst werd pas na het voltooiën van de bouw gesloten;
- naar volgt uit diverse (kranten)artikelen nam de Privat Group op onwettige wijze deel aan de markt voor burgerluchtvaart, onder meer door passagiers te veel geld in rekening te brengen, door concurrenten van de markt te weren en door te weigeren om verplichte betalingen aan de overheid te doen;

5.9.7.8 Mede op grond van het voorgaande is het rapport van Bondar onjuist en/of onvolledig. Belbek c.s. hebben ten overstaan van het scheidsgerecht niet aangetoond dat de investeringen waar het in de arbitrale procedure over ging zijn verkregen, ontwikkeld en gehouden in overeenstemming met de wetgeving in Oekraïne (en de Russische Federatie). Zo is niet toegelicht op welke wijze de vennootschap Golcher de aandelen in Belbek verkreeg.

5.9.7.9 Om dezelfde redenen gelden Belbek c.s. ook niet als *investors* als bedoeld in het verdrag. Het verlenen van verdragsbescherming aan diegenen die activa hebben verkregen door middel van fraude, corruptie of geweld staat haaks op het doel van de BIT 1998. Dieven zijn geen *investors*.

#### *Het standpunt van Belbek c.s.*

5.9.8 Belbek c.s. hebben met betrekking tot de legaliteit van hun investeringen het volgende naar voren gebracht.

5.9.8.1 De stellingen van de Russische Federatie met betrekking tot andere vennootschappen of entiteiten dan Belbek c.s. zijn niet relevant voor de onderhavige procedure.

5.9.8.2 Het standpunt van de Russische Federatie dat de aankoop van de aan het vliegveld grenzende percelen (hierna: de Aangrenzende Percelen) in strijd is met artikel 82 van de Oekraïense Landwet omdat Belbek als *joint enterprise* met buitenlandse participatie geen landbouwgronden mocht kopen is onjuist. Zoals Bondar in zijn vierde expertopinie, uitgebracht in de *Quantum Phase* van de arbitrale procedure in antwoord op vragen van het scheidsgerecht, uiteenzet, bevat de Landwet alleen een verbod voor de verkoop van landbouwgrond aan een (louter) buitenlandse entiteit, wat Belbek niet is, omdat zij is opgericht onder de wetten van Oekraïne. De *High Commercial Court* van Oekraïne heeft ook geoordeeld dat een Oekraïens bedrijf met een buitenlandse deelneming wel landbouwgrond in eigendom mag hebben.

5.9.8.3 Ook de bewering van de Russische Federatie dat de aankoop van de Aangrenzende Percelen in strijd was met het Oekraïense moratorium uit 2002 is onjuist. De Landwet verbood wel de koop van landbouwgrond, maar de wet stond wel toe om een perceel landbouwgrond te ruilen voor een ander stuk landbouwgrond, zoals Belbek en Kucha hebben gedaan. De stelling van de Russische Federatie dat de ruil met Kucha waardoor



Belbek de Aangrenzende Percelen verkreeg een schijnovereenkomst was, die wordt verboden door artikel 235 van het Oekraïense Burgerlijk Wetboek is onjuist. Bondar heeft in zijn vierde expertopinie uiteengezet dat als Belbek al een bedrag aan Kucha heeft betaald het om een ruil met bijbetaling gaat, wat volgens artikel 715 lid 3 van het Oekraïense Burgerlijk Wetboek is toegestaan. Ook de omstandigheid dat de Aangrenzende Percelen onder het moratorium alleen voor commerciële landbouwproductie mochten worden gebruikt, maakt niet dat het ongeoorloofd om landbouwgrond aan te kopen met het doel om dat in de toekomst als het moratorium is geëindigd te gebruiken voor andere doeleinden, zoals de uitbreiding van de luchthaven. En zelfs als de aankoop strijdig zou zijn met het moratorium is dat niet relevant, omdat het EHRM heeft geoordeeld dat dit moratorium in strijd is met artikel 1 EP bij het EVRM.

5.9.8.4 De erfpachtovereenkomsten van perceel 110 en 111 zijn door een rechterlijke instantie van de stad Sevastopol geldig verklaard, zonder dat deze oordeelde dat de erfpachten niet (op de juiste wijze) waren goedgekeurd.

5.9.8.5 De kritiek op de wijze waarop Belbek deelnam aan de burgerluchtvaart is niet relevant. De krantenartikelen waarnaar de Russische Federatie ter onderbouwing van dit punt verwijst, dateren van jaren na de onteigening en geven bovendien slechts de mening van de schrijvers weer.

5.9.8.6 Er is niet gebouwd in strijd met het bestemmingsplan. De verworven landbouwpercelen zouden bij goedkeuring van uitbreidingsplannen voor luchtvaart gebruikt kunnen worden. Ten tijde van de onteigening waren deze percelen nog in gebruik als landbouwpercelen.

#### *Het oordeel van het hof*

5.9.9 Het hof neemt bij het beoordelen van dit onderdeel met het scheidsgerecht tot uitgangspunt dat de Russische Federatie eigendomsrechten- en andere rechten, die tot de incorporatie bestonden op de Krim, heeft erkend. Het hof verwijst naar de door het scheidsgerecht genoemde en hiervoor deels geciteerde artikelen van de *Crimean Incorporation Law*. Het hof sluit zich gezien het voorgaande aan bij het oordeel van het scheidsgerecht, dat de legaliteit van de investeringen beoordeeld wordt met als toetsdatum het moment dat de investeringen onderdeel gingen uitmaken van de Russische rechtssfeer.

5.9.10 De "illegaliteitsargumenten" van de Russische Federatie vallen in tweeën uiteen:

(i) de stelling dat elke aan [gedaagde 2] en/of de Privat Group gelieerde onderneming gebruik maakt van "besmet kapitaal" en daarom niet voor bescherming onder de BIT 1998 in aanmerking komt;

(ii) stellingen die er op neer komen dat de specifieke investeringen van [gedaagde 2] en/of Belbek waarvoor zij in de arbitrale procedure vergoeding hebben gevraagd zijn gedaan in strijd met het Oekraïense recht, in het bijzonder de Oekraïense Landwet en het moratorium op de verkoop van landbouwgrond.

#### *Ad (i)*

5.9.11 Ook als het hof uitgaat van de juistheid van tenminste een deel van de stellingen van de Russische Federatie over [gedaagde 2], zijn zakenpartners en de met hem verbonden ondernemingen, kan daaruit niet de categorische conclusie getrokken worden dat elke met [gedaagde 2] verbonden 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 investeringen. Dat verband is onvoldoende duidelijk geworden in deze procedure.

5.9.12 De Russische Federatie heeft ter toelichting gewezen op de betrokkenheid van [gedaagde 2] bij onregelmatigheden rondom de privatiseringen na het uiteenvallen van de Sovjet-Unie, in bijzonder bij de bedrijven Ukrrudprom, DneproAzot, Ukrnafta en DniproAvia Airline. Uit de

stellingen van de Russische Federatie volgt echter niet, wat het verband is tussen deze privatiseringen (die kennelijk kort na het uiteenvallen van de Sovjet-Unie, dus in de jaren negentig van de vorige eeuw hebben plaatsgevonden) en de investeringen van Belbek c.s. waar het in deze procedure over gaat. De stelling van de Russische Federatie dat [gedaagde 2] zijn vermogen op corrupte wijze verkreeg en het daardoor is besmet, ook het deel dat is geïnvesteerd in Belbek, is onvoldoende om in deze procedure aan te nemen dat de onderhavige investeringen illegaal zijn, en dus niet in aanmerking komen voor bescherming op grond van de BIT 1998.

5.9.13 Hetzelfde geldt voor de stellingen rondom de Swissport-zaak. Enig verband tussen UIA en/of Swissport en de in deze procedure aan de orde zijnde investeringen is niet gesteld, anders dan de betrokkenheid van de Privat Group.

5.9.14 Wat betreft de PrivatBank geldt dat er serieuze aanwijzingen zijn dat binnen de PrivatBank een grootscheepse fraude heeft plaatsgevonden; dit volgt onder meer uit een door de Russische Federatie overgelegd persbericht van de NBU van 16 januari 2018, geplaatst op de site van de NBU, waarin wordt verwezen naar een onderzoek uitgevoerd door onderzoeksbureau Kroll. Dit betekent echter niet dat iedere investering gedaan met geld dat door de PrivatBank is gevloeid, daarmee "besmet" is en niet voor bescherming onder de BIT 1998 in aanmerking komt. Een directe link tussen binnen de PrivatBank gepleegde fraude en de investeringen waar het in deze procedure om gaat, kan op basis van de stellingen van de Russische Federatie niet worden vastgesteld.

5.9.15 Ook het (enkele) feit dat [gedaagde 2] veelvuldig gebruik maakt van zogenoemde *offshore* entiteiten om zijn zakelijke belangen in onder te brengen, betekent niet dat sprake is van illegale investeringen. Het gebruik van *offshore* entiteiten is wijdverspreid. Daar is kritiek op mogelijk, maar kan op zichzelf niet de conclusie rechtvaardigen dat sprake is van investeringen in strijd met de wet. De Russische Federatie heeft geen Oekraïense rechtsregels genoemd die meebrengen dat de investeringen in strijd met de wet zijn verkregen doordat gebruik is gemaakt van *offshore* entiteiten.

5.9.16 Het hof voegt aan het voorgaande toe dat de Russische Federatie na haar verschijning in de arbitrale procedure alsnog de gelegenheid heeft (gekregen) om het gestelde illegale karakter van de investeringen te onderbouwen in de zogenoemde *Quantum Phase*, die ten tijde van de mondelinge behandeling in de onderhavige procedure nog gaande was (zie hierboven onder 3.17). In *Procedural Order no. 8* heeft het scheidsrecht onder meer het volgende overwogen:

"(...)

2.22 (...) *In its Partial Award, the Tribunal accordingly deferred the issue of compensation due in the light of its finding of liability to a subsequent phase of the proceedings.*

2.23 *In these circumstances, the Tribunal considers that it would be appropriate to allow the Respondent to file a written submission on the issue of compensation due in the light of the Tribunal's finding of liability, and that it would be equally appropriate to give the Claimants an opportunity to reply to the Respondent's submission. Each Party's submission may be accompanied by any exhibits, legal authorities, witness statements or expert reports that the Party wishes to rely on in support of its submission. The Tribunal will then consider whether any further procedural steps are warranted after receiving the Parties' submissions.*

(...)"

De Russische Federatie heeft dus de gelegenheid (gekregen) om nadere bewijzen over te leggen van het illegale karakter van de investeringen. Als sprake is van illegale investeringen, dan komen

deze niet voor vergoeding op grond van de BIT 1998 in aanmerking. Het scheidsgerecht zal zich daarover in een volgende tussenuitspraak of de einduitspraak kunnen uitspreken. Als de Russische Federatie van mening is dat het scheidsgerecht in die uitspraak compensatie heeft toegekend voor illegale investeringen, dan zal de Russische Federatie die uitspraak bij dit hof kunnen aanvechten wegens onbevoegdheid van het scheidsgerecht. Het hof zal dus kunnen bezien of er gronden zijn om de uitspraak van het scheidsgerecht te vernietigen vanwege het illegale karakter van investeringen van Belbek c.s. nadat het scheidsgerecht zich daarover een oordeel heeft gevormd. Op grond van hetgeen de Russische Federatie in deze procedure naar voren heeft gebracht is het hof niet in staat om op deze nadere beoordeling van het scheidsgerecht vooruit te lopen en reeds nu tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht te concluderen.

*Ad (ii)*

5.9.17 Het hof is van oordeel dat niet is komen vast te staan dat de investeringen zijn gedaan in strijd met de Landwet en het moratorium. In de eerste plaats geldt dat niet is gebleken dat de Oekraïense autoriteiten enige bedenking hadden ten aanzien van de legaliteit van de investeringen van Belbek c.s. in de periode voor de incorporatie van de Krim. Het hof volgt verder de opinie van Bondar waar wordt uiteengezet dat de Landwet niet verbiedt dat een Oekraïense entiteit met een buitenlandse deelneming landbouwgrond aankoopt, als dit via een ruil geschiedt. Belbek c.s. hebben voldoende onderbouwd dat de door de Russische Federatie gestelde onregelmatigheden rondom die ruil met een zekere Kucha niet tot de conclusie kunnen leiden dat de investeringen niet voldeden aan de wetgeving van Oekraïne, onder meer door de verwijzing naar een uitspraak van een Oekraïense rechter die ruilovereenkomsten in stand liet waarbij ongelijksoortige percelen werden geruild met bijbetaling. Bij de mondelinge behandeling heeft de Russische Federatie niet nader toegelicht waarom dat in dit geval anders zou zijn. Ook de geldigheid van de erfpachtovereenkomsten hebben Belbek c.s. voldoende onderbouwd door erop te wijzen dat deze door de rechter in Sevastopol geldig en afdwingbaar zijn geacht.

5.9.18 Ten aanzien van de vraag of de terminal gebouwd is zonder de noodzakelijke vergunning leidt het hof uit de niet weersproken stellingen van Belbek c.s. af dat artikel 22 van de Wet op de stedelijke ordening niet van toepassing is op de terminal, die zich niet in een stedelijk gebied bevond maar omringd was door landbouwgrond, en dat bovendien de Oekraïense overheidsinstanties van begin tot eind, van april 2002 tot en met 25 juli 2003, betrokken waren bij de bouw en de vergunningsverlening voor de terminal.

5.9.19 Het hof voegt aan het voorgaande toe dat ook als pleitbaar is dat gebreken kleven aan de desbetreffende ruilovereenkomst, daaraan niet de conclusie verbonden kan worden dat het scheidsgerecht algeheel onbevoegd was om te oordelen over de vraag of sprake is van een schending van de BIT 1998 ten aanzien van de investeringen van Belbek c.s. Die investeringen bestaan immers uit meer dan uit de desbetreffende geruide percelen.

5.9.20 Tot slot geldt dat de Russische Federatie inmiddels in de arbitrage is verschenen en in de *Quantum Phase* argumenten betreffende de wijze van verkrijging van (delen van) de investeringen van Belbek c.s., die invloed hebben op de waarde ervan, alsnog naar voren kan brengen. Het hof ziet geen beletsel voor het scheidsgerecht om zodanige argumenten bij het oordeel omtrent de waarde te betrekken.

## 5.10 **Strijd met de openbare orde**

### *Het standpunt van de Russische Federatie*

5.10.1 Volgens de Russische Federatie is het vonnis op twee gronden in strijd met de openbare orde:

- (i) een tussen Belbek c.s. en de Russische Federatie niet-arbitrabel geschil vormde de grondslag voor de door het scheidsgerecht aangenomen bevoegdheid;
- (ii) de vonnissen van het scheidsgerecht honoreren corruptie, fraude en geweld en berusten op bewust verzwegen essentiële gegevens.

5.10.2 Ten aanzien van grond (i) heeft de Russische Federatie kort samengevat het volgende naar voren gebracht:

5.10.2.1 Het geschil tussen de Russische Federatie en Belbek c.s. is niet vatbaar voor arbitrage. Het gaat immers om 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 § 209 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 Belbek c.s., de Russische Federatie en Oekraïne. De status van de Krim is echter geen kwestie die ter vrije bepaling staat van Belbek c.s., als private partijen, en de Russische Federatie als één van de verdragspartijen.

5.10.2.2 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.

5.10.2.3 Het zogenoemde reciprociteitsvereiste maakt dat het geschil niet arbitrabel is.

5.10.2.4 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 Belbek c.s. en de Russische Federatie kunnen worden bepaald.

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

5.10.3.1 Belbek c.s. hebben onjuiste, onvolledige en misleidende informatie verstrekt aan het scheidsgerecht, althans hebben in de arbitrale procedure relevante informatie en stukken achtergehouden, onder andere over het (gebrek aan) succes van de luchthaven en over de onteigening van hun investeringen.

5.10.3.2 Belbek c.s. hebben nagelaten te vermelden dat zij hun investeringen hebben verkregen door fraude, corruptie en geweld. De gestelde investeringen van Belbek c.s. zijn het resultaat van een reeks frauduleuze en illegale transacties. De percelen werden gefinancierd met besmet geld dat werd verkregen via obscure *offshore* entiteiten. Zowel de door Belbek c.s. gesloten huurovereenkomsten als de bouw van de terminal waren in strijd met de wet.

5.10.3.3 Het bedrog in deze zaak ziet op kwesties die zowel relevant als materieel waren voor de uitkomst van de zaak. De arbitrale vonnissen moeten daarom ook, op de voet van artikel 1065 lid 1 onder e Rv worden vernietigd.

*Het standpunt van Belbek c.s.*

5.10.4 Belbek c.s. hebben ten aanzien van het hiervoor als (i) aangeduide openbare orde argument (kort samengevat) naar voren gebracht, dat de argumenten van de Russische Federatie op dit punt in wezen een herhaling zijn van haar (te verwerpen) “sovereiniteitsargument”. Het is niet juist dat het scheidsgerecht een (impliciet) oordeel

heeft gegeven over de soevereine status van de Krim naar internationaal recht. Uit § 158 van de *Interim Award* volgt nu juist dat het zich over die kwestie niet heeft uitgesproken. Belbek c.s. hebben verwezen naar de uitspraak van het Zwitserse Hooggerechtshof van in de zaak Ukrnafta (zie onder 5.7.13 hiervoor), dat een soortgelijk *arbitrability*-argument heeft verworpen omdat de arbitrale procedure niet de soevereine status van de Krim tot onderwerp had.

- 5.10.5 Ten aanzien van het hiervoor als (ii) aangeduide openbare orde argument (fraude, corruptie en geweld) hebben Belbek c.s. verwezen naar hetgeen zij hebben aangevoerd in het kader van de vraag naar de rechtmatigheid van de investeringen.

*Het oordeel van het hof*

- 5.10.6 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 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, ofwel fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard. 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).
- 5.10.7 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 al zijn besproken in het kader van de eerder door de Russische Federatie aangevoerde vernietigingsgronden. Bij de uitleg van het begrip *territory* hiervoor is al overwogen dat daarbij geen oordeel hoeft te worden gegeven over het soevereiniteitsgeschil aangaande de Krim. Het oordeel van het scheidsrecht houdt geen oordeel over de soevereiniteit van de Krim in en heeft ook 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.
- 5.10.8 De argumenten betrekking hebbende op de illegaliteit van de investeringen zijn hierboven al behandeld. Ook langs de band van de openbare orde kunnen deze argumenten niet tot aantasting van de vonnissen van het scheidsrecht leiden. Wat er ook zij van de door de Russische Federatie naar voren gebrachte stellingen over de frauduleuze en/of gewelddadige handelwijze van [gedaagde 2] en de (volgens de Russische Federatie) aan hem gelieerde vennootschappen, het verband tussen de gestelde handelwijze en de in deze procedure aan de orde zijnde investeringen is in deze procedure onvoldoende toegelicht.
- 5.10.9 De Russische Federatie heeft nog aangevoerd dat Belbek c.s. bewust onjuiste informatie hebben gegeven over de waarde van hun investeringen. Het hof is van oordeel dat het debat omtrent de waarde van de investeringen gevoerd moet worden in de *Quantum Phase* van de arbitrale procedure. De Russische Federatie zal in die fase haar standpunt over de

waarde van de investeringen ter kennis van het scheidsgerecht kunnen brengen.

## 5.11 Conclusie

5.11.1 Het hof komt tot de conclusie dat de *Interim Award* van 24 februari 2017, de *Interim Award (Corrected)* van 27 maart 2017 en de *Partial Award* van 4 februari 2019 niet vernietigd zullen worden. De vorderingen van de Russische Federatie zullen worden afgewezen. Hierbij past dat de Russische Federatie wordt veroordeeld in de kosten van deze procedure, aan de zijde van Belbek c.s. begroot op € 5.382,- aan griffierecht en € 25.672,50 aan salaris advocaat (4 ½ punten in tarief VIII).

## 6 Beslissing

Het hof:

- wijst de vorderingen van de Russische Federatie af;
- veroordeelt de Russische Federatie in de kosten van het geding, aan de zijde van Belbek c.s. tot op heden begroot op € 5.382,- aan verschotten en € 25.672,50 aan salaris advocaat;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

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