

ECLI:NL:PHR:2024:45

Instantie Parket bij de Hoge Raad

Datum conclusie 12-01-2024

Datum publicatie 08-03-2024

Zaaknummer 22/03895

Rechtsgebieden Burgerlijk procesrecht

Bijzondere kenmerken -

Inhoudsindicatie

Procesrecht. Investeringsarbitrage. Vernietigingsprocedure. Onteigeningen na incorporatie van de Krim. Bevoegdheid scheidsgerecht. Materieel toepassingsbereik BIT tussen Oekraïne en Russische Federatie. Verschijnen in arbitrale procedure; maatstaf (art. 1052 lid 2 Rv).

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer22/03895

Zitting12 januari 2024

CONCLUSIE

B.J. Drijber

In de zaak van

De Russische Federatie,

eiseres tot cassatie,
verweerster in het incidenteel cassatieberoep,

tegen

1 Aeroport Belbek LLC,

2.[verweerder 2],

verweerders in cassatie,
eisers in het incidenteel cassatieberoep.

Partijen worden hierna aangeduid als **Russische Federatie** respectievelijk **Belbek c.s.** en verweerders individueel als **Belbek** en **[verweerder 2]**.

1 Inleiding en samenvatting

- 1.1 Deze zaak betreft een procedure tot vernietiging van arbitrale uitspraken. Belbek c.s. zijn op grond van het bilaterale investeringsverdrag tussen Oekraïne en de Russische Federatie een arbitrage tegen de Russische Federatie begonnen. Plaats van de arbitrage is Den Haag. De arbitrage gaat over de rechtmatigheid van de onteigening van vermogensbestanddelen op grond van overheidsmaatregelen die zijn genomen nadat de Krim in maart 2014 onder het bestuur en de controle van de Russische Federatie is gekomen. In de arbitrale procedure vorderen Belbek c.s. schadevergoeding voor de onteigeningen op de Krim wegens strijd met het bilaterale investeringsverdrag.
- 1.2 Het scheidsgerecht heeft (i) zichzelf bevoegd verklaard en (ii) geoordeeld dat de Russische Federatie in strijd met het investeringsverdrag vermogensbestanddelen heeft onteigend.
- 1.3 De Russische Federatie is daartegen een vernietigingsprocedure gestart bij het gerechtshof Den Haag. Zij vordert vernietiging op grond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv (onbevoegdheid van het scheidsgerecht) en art. 1065 lid 1, onder e, Rv (strijd met openbare orde). Het hof heeft die vorderingen afgewezen. De Russische Federatie komt daar in het principaal cassatieberoep tegen op. In cassatie staan centraal de gronden waarop het hof heeft geoordeeld dat het scheidsgerecht zich terecht bevoegd heeft verklaard.
- 1.4 Het hof heeft daarnaast geoordeeld dat de Russische Federatie niet in de arbitrageprocedure is verschenen in de zin van art. 1052 lid 2 Rv en leidt daar uit af dat de Russische Federatie niet haar recht heeft verwerkt om in de vernietigingsprocedure de bevoegdheid van het scheidsgerecht te betwisten, na eerder van deelname aan de arbitrale procedure te hebben afgezien. Belbek c.s. hebben tegen die beslissing incidenteel cassatieberoep ingesteld. Dat beroep stelt de vraag aan de orde wanneer een partij in een arbitrageprocedure is verschenen.
- 1.5 De onderhavige zaak hangt samen met drie andere zaken waarin de Russische Federatie cassatieberoep heeft ingesteld en waarin ik vandaag eveneens concludeer: zaak 22/03897 (*Privatbank*), zaak 22/03901 (*Everest c.s.*) en zaak 22/03902 (*Naftogaz c.s.*). In deze zaak en in de

zaak *Privatbank* heeft het scheidsgerecht dezelfde samenstelling. Dat scheidsgerecht heeft een tussenvonnis over zijn bevoegdheid en een gedeeltelijk eindvonnis over de gegrondheid van de vorderingen geweest. Het oordeel over welke specifieke investeringen zijn beschermd en wat de hoogte is van de schadevergoeding voor hun onteigening, is aangehouden tot de kwantumfase van de arbitrage en loopt op dit moment nog. In de derde zaak, *Everest c.s.*, is een arbitraal eindvonnis geweest en de vernietigingsprocedure is daartegen gericht. In de laatste zaak, *Naftogaz c.s.*, heeft het scheidsgerecht een gedeeltelijk eindvonnis (*Partial Award*) geweest; één arbiter heeft een *dissenting opinion* gegeven. In april 2023, hangende de cassatieprocedure, heeft het scheidsgerecht in die zaak eindvonnis gegeven, opnieuw bij meerderheid.

- 1.6 Het hof heeft de vorderingen in de eerste drie zaken, waaronder deze zaak, afgewezen. Alleen in de zaak *Naftogaz c.s.* heeft het hof het aangevochten deelvonnis voor alle zekerheid vernietigd, namelijk voor zover het scheidsgerecht zich ook bevoegd heeft geacht ten aanzien van investeringen die zijn gedaan vóór 1 januari 1992.
- 1.7 Ik meen dat in deze zaak, de zaak *Privatbank* en in de zaak *Naftogaz c.s.* het principaal cassatieberoep van de Russische Federatie moet worden verworpen. Het hof heeft op juiste gronden geoordeeld dat het scheidsgerecht zich terecht bevoegd heeft verklaard. Alleen in de zaak *Everest c.s.* concludeer ik tot vernietiging. Dat heeft te maken met de beoordeling van door de Russische Federatie aangevoerde bezwaren over de wijze waarop *Everest c.s.* enkele vastgoedobjecten indertijd hebben verkregen. Ik acht in die zaak enkele feitelijke oordelen van het hof onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd in het licht van de gedingstukken.
- 1.8 Het incidenteel cassatieberoep is in deze zaak en in de zaak *Naftogaz c.s.* onvoorwaardelijk en in de zaken *Privatbank* en *Everest c.s.* voorwaardelijk ingesteld. Ik behandel in alle vier de zaken het incidenteel cassatieberoep en concludeer steeds tot verwerping ervan.
- 1.9 De vier conclusies zijn zo veel mogelijk identiek. De talrijke klachten zijn echter niet steeds identiek en kennen soms ook een afwijkende volgorde. In het principaal beroep van de Russische Federatie keren twee onderwerpen in elk van de vier zaken terug. Ten eerste is dat de uitleg van het begrip *territory* in een situatie waarin tussen de twee verdragsstaten feitelijk de landsgrens is verlegd waardoor een investering in de rechtssfeer van de andere verdragsstaat is gekomen. In het verlengde daarvan is betwist of het scheidsgerecht een oordeel heeft gegeven omtrent het soevereiniteitsconflict over de Krim. Ten tweede is dat de vraag hoe moet worden bepaald of onteigende vermogensbestanddelen door de Oekraïense investeerders legaal waren verkregen. In het verlengde van die laatste vraag is alleen in de zaak *Everest c.s.* concreet aan de orde of specifieke vastgoedobjecten rechtmatig waren verkregen. Al deze vragen zijn relevant voor de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Dáárover diende het hof te oordelen, ook al hangt de beantwoording van die vragen mede af van de uitleg van het bilaterale investeringsverdrag tussen Oekraïne en de Russische Federatie en dus van vreemd recht.
- 1.10 De incidentele beroepen stellen met name aan de orde de vraag wanneer een partij geacht moet worden te zijn verschenen in een arbitraal geding waarop Nederlands procesrecht van toepassing is. Dat is een vraag van uitleg van art. 1052 lid 2 Rv.

2 Feiten en procesverloop

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.¹

2.2 Op 27 november 1998 hebben Oekraïne en de Russische Federatie een bilateraal investeringsverdrag gesloten (hierna: **BIT 1998**).² De voor deze procedure relevante bepalingen uit dat verdrag luiden in de Engelse vertaling als volgt:³

Article 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 that 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.

()

Article 5 Expropriation

1. Investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall not be expropriated, nationalized or subject to other measures equivalent in effect to expropriation (hereinafter referred to as expropriation), except in cases where such measures are taken in the public interest under due process of law, are not discriminatory and are accompanied by prompt, adequate and effective compensation.

2. ().

()

Article 9 Resolution of Disputes between a Contracting Party and an Investor of the Other Contracting Party

1. Any dispute between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party arising in connection with investments () shall be subject to a written notice (). The parties to the dispute shall endeavor to settle the dispute through negotiations if possible.

2. If the dispute cannot be resolved in this manner () it shall be referred to:

a) ()

b) ()

c) an ad hoc arbitration tribunal ()

3. The arbitral award shall be final and binding upon both parties to the dispute. ()

()

Article 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.

2.3 De Krim is een schiereiland. Tot in ieder geval 6 maart 2014 maakte de Krim deel uit van Oekraïne. Op die dag stemde de *Supreme Council* van de Krim vóór aansluiting bij de Russische Federatie. Het agendeerde een referendum daarover op 16 maart 2014. Volgens de organisatoren van het referendum stemde 96% van de deelnemers daaraan vóór aansluiting. Op 17 maart 2014 verklaarden de *Supreme Council* en de gemeenteraad van Sebastopol zich onafhankelijk van Oekraïne. De volgende dag werd een verdrag ondertekend met de titel *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*. Ondertekenaars waren, de Russische Federatie, de Republiek de Krim en de stadsstaat Sebastopol. Het Grondwettelijk Hof van de Russische Federatie erkende op 19 maart 2014 dat het verdrag in overeenstemming is met de Russische grondwet. Op 21 maart 2014 werd het verdrag door het Russische parlement geratificeerd met het aannemen van de *Crimean Incorporation Law*. In die wet werd (onder meer) de doorlopende geldigheid van onder Oekraïens recht rechtsgeldig verkregen onroerend goed erkend per 18 maart 2014.4

2.4 Oekraïne heeft niet erkend dat de Krim onderdeel is gaan uitmaken van de Russische Federatie. Ook op internationaal niveau bestaat daartegen verzet.5 Dat neemt niet weg dat de Krim sinds maart 2014 onder het bestuur en de controle van de Russische Federatie staat.

2.5 Belbek is een rechtspersoon naar Oekraïens recht. [verweerder 2] is een natuurlijk persoon met (onder meer) de Oekraïense nationaliteit. [verweerder 2] was de economisch eigenaar van 93,62% van de aandelen in Belbek. Belbek exploiteerde een haar toebehorend vliegveld nabij Sebastopol. Op 16 juni 2014 heeft de toenmalige Russische minister-president een decreet ondertekend dat aan het Russische staatsbedrijf SUE Airport Sevastopol de rechten verleent om het vliegveld te exploiteren, met uitsluiting van Belbek. Bij decreet van 28 februari 2015 heeft de regering van Sebastopol de terminal en *landing strip* van Belbek Airport genationaliseerd. Bij decreet van 25 mei 2017 gelastte de regering van Sebastopol de inbeslagneming van tweeëntwintig percelen, waaronder drie percelen die eigendom waren van Belbek.

2.6 Op 13 januari 2015 hebben Belbek c.s. een arbitrale procedure aanhangig gemaakt tegen de Russische Federatie. Het standpunt van Belbek c.s. in deze arbitrage is dat de Russische Federatie onder meer art. 5 BIT 1998 inzake onteigening heeft geschonden. Op de procedure zijn de regels van de United Nations Commission on International Trade Law (hierna: **UNCITRAL**) van toepassing. Drie arbiters werden benoemd, zonder bemoeienis van de Russische Federatie. Het Permanent Hof van Arbitrage (hierna: **PHA**) administreert de arbitrageprocedure. Den Haag is aangewezen als plaats van arbitrage.

2.7 Op 1 juli 2015 heeft de toenmalige ambassadeur van de Russische Federatie in Nederland aan het PHA de volgende brief gestuurd:6

Herewith a letter from [betrokkene 1] , 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 framework of the proceedings on the claims of Aeroport Belbek LLC and [verweerder 2] and of PJSC CB PrivatBank and Finance Company Finilon LLC 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."

2.8 In de aangeboden brief van 16 juni 2015 van het Russische ministerie van Justitie wordt medegedeeld dat de Russische Federatie elk scheidsgerecht, hoe ook samengesteld, onbevoegd acht om over de tegen haar ingestelde vorderingen te beslissen:

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 [verweerder 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."

2.9 De Russische Federatie heeft er dus voor gekozen niet actief deel te nemen in de eerste fase van de arbitrage. Zij heeft, na de brieven van 16 juni en 1 juli 2015, in de arbitrageprocedure niet meer van zich laten horen. Zij is wel door het PHA op de hoogte gehouden van alle processtappen en zij heeft kopieën ontvangen van alle bij de procedure behorende stukken.

2.10 Oekraïne heeft in de arbitrageprocedure een zogeheten *non-disputing party submission* ingediend. Daarin is haar standpunt over de toepasselijkheid van de BIT 1998 uiteengezet.

2.11 Op 24 februari 2017 (gecorrigeerd op 27 maart 2017) heeft het scheidsgerecht een tussenuitspraak gedaan (Interim Award, hierna: het **arbitrale tussenvonnis**), waarvan het dictum luidt:

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.

2.12 Op 4 februari 2019 heeft het scheidsgerecht een gedeeltelijke einduitspraak gedaan (Partial Award, hierna: **het arbitrale deelvonnis**). Het dictum van deze uitspraak luidt:

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 on the costs of arbitration are deferred to a subsequent phase of the arbitration.

2.13 Bij brief van 7 juni 2019, dus nadat het arbitrale deelvonnis was gewezen, heeft de Russische Federatie te kennen gegeven alsnog deel te zullen nemen aan (de kwantumfase van) de arbitrale procedure.

2.14 Kort voordat zij aangaf alsnog te willen deelnemen aan de arbitrale procedure heeft de Russische Federatie, bij dagvaarding van 3 juni 2019, gevorderd dat het gerechtshof Den Haag (hierna: het **hof**) de beide arbitrale vonnissen vernietigt. De gronden die daartoe zijn aangevoerd zijn dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt én dat de vonnissen in strijd zijn met de openbare orde. Het zwaartepunt ligt bij het betoog dat het scheidsgerecht onbevoegd is wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage. Belbek c.s. hebben verweer gevoerd.

2.15 Bij (eind)arrest van 19 juli 20227 (hierna: **het arrest**) heeft het hof de vorderingen van de Russische Federatie afgewezen en daartoe samengevat het volgende geoordeeld:

(a) De bepalingen van de BIT 1998 moeten worden uitgelegd aan de hand van art. 31 en art. 32 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, het Weens Verdragenverdrag (hierna: **WVV**).8 (rov. 5.1.1)

(b) Het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter brengt mee dat (i) de beantwoording van de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst is gesloten uiteindelijk aan de rechter is opgedragen en (ii) dat een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, door de rechter niet terughoudend wordt getoetst. (rov. 5.3.1).

(c) De door de Russische Federatie aangevoerde gronden voor vernietiging moeten volledig worden getoetst door een uitleg van de BIT 1998 aan de hand van de uitlegmaatstaven die volgen uit het WW. (rov. 5.3.2)

(d) Voor een arbitrale procedure gelden geen formele eisen voor het verschijnen in de procedure. Indien een brief het karakter heeft van een (beknopt) verweerschrift kan dat als een verschijnen worden aangemerkt. De brieven die in 2015 namens de Russische Federatie zijn gestuurd, hebben dat karakter niet. Het scheidsgerecht was, los van die brieven, gehouden om uit eigen beweging te toetsen of het bevoegd was. Omdat de Russische Federatie met de brieven niet in de procedure is verschenen, heeft zij niet het recht verwerkt om bepaalde bevoegdheidsgronden in de vernietigingsprocedure naar voren te brengen. (rov. 5.3.6 - 5.3.8)

(e) Het hof moet zelfstandig beoordelen of het scheidsgerecht bevoegdheid kon aannemen. Daarbij kan het (gedeeltelijk) andere gronden betrekken dan die welke het scheidsgerecht zelf aan zijn

beslissing ten grondslag heeft gelegd. (rov. 5.3.12)

(f) Het scheidsgerecht heeft met zijn oordeel over de toepasselijkheid van de BIT 1998 niet geoordeeld over de soevereine status van de Krim. Het begrip *territory* moet volgens het scheidsgerecht niet worden uitgelegd als *sovereign territory* en voor de toepassing van art. 1 lid 4 BIT 1998 is voldoende dat de Russische Federatie *settled, long-term control* heeft over de Krim. (rov. 5.4.5)

(g) Partijen zijn het erover eens dat de Russische Federatie *de facto* controle heeft over de Krim. De Krim valt onder *territory* van de Russische Federatie als bedoeld in art. 1 lid 4 BIT 1998, omdat (i) de tekst van dit artikel niet spreekt van *sovereign territory*; (ii) er geen regel is dat met *territory* altijd wordt bedoeld *sovereign territory*; en (iii) een uitleg conform art. 31 WVV tot deze conclusie leidt. (rov. 5.5.6 - 5.5.7)

(h) De Russische Federatie en Oekraïne hebben de BIT 1998 niet geschorst of opgezegd. Belbek c.s. hebben een arbitrage aanhangig gemaakt. Het scheidsgerecht diende vervolgens aan de hand van een uitleg van de BIT 1998 te beoordelen of de Russische Federatie uit de BIT 1998 voor haar voortvloeiende verplichtingen heeft geschonden. Welke verplichtingen voor Oekraïne uit het verdrag voortvloeien hoefde niet te worden beoordeeld. Het door de Russische Federatie gestelde gebrek aan reciprociteit doet dus niet af aan de gelding op de Krim van de BIT 1998. (rov. 5.6.5)

(i) De investeringen van Belbek c.s. vallen onder het begrip *investments* als bedoeld in art. 1 lid 1 BIT 1998, ook al zijn die investeringen aanvankelijk in Oekraïne gedaan. Uit de letterlijke bewoordingen van de bepaling volgt niet dat de investeringen van meet af aan op het grondgebied van de andere verdragsstaat moeten zijn gelegen. Een uitleg conform art. 31 WVV leidt tot de slotsom dat het voldoende is dat de investeringen zich op het moment van de gestelde inbreuk op het grondgebied van de andere verdragsstaat bevonden. (rov. 5.7.11)

(j) De investeerder moet volgens de wetten van zijn eigen land de bekwaamheid hebben om investeringen te verrichten op het grondgebied van de Krim. Belbek c.s. waren daartoe gerechtigd. Het houden van investeringen op de Krim ná de incorporatie door de Russische Federatie is niet in strijd met Oekraïense regelgeving. Het standpunt van de Russische Federatie dat Belbek c.s. geen *investors* zijn als bedoeld in de BIT 1998 gaat niet op. (rov. 5.8.7)

(k) De Russische Federatie heeft de eigendomsrechten en andere rechten erkend die tot de incorporatie bestonden op de Krim. De legaliteit van de investeringen moet worden beoordeeld met als toetsdatum het moment dat de investeringen onderdeel zijn gaan uitmaken van de Russische rechtssfeer. Het verband tussen het door de Russische Federatie gestelde illegale handelen en het doen van de hier relevante investeringen is onvoldoende duidelijk geworden. Verder is niet komen vast te staan dat de investeringen zijn gedaan in strijd met de Oekraïense Landwet en het moratorium op de verkoop van landbouwgrond. (rov. 5.9.9, 5.9.11, 5.9.17)

(l) Van strijd met de openbare orde is geen sprake. De in dat kader aangevoerde gronden zijn al besproken in eerdere overwegingen. Het oordeel van het scheidsgerecht houdt geen oordeel in over de soevereiniteit van de Krim en heeft ook geen rechtsgevolgen voor niet bij de arbitrage betrokken partijen. Het verband tussen de gestelde frauduleuze en/of gewelddadige handelswijze en de in deze procedure relevante investeringen is onvoldoende toegelicht. (rov. 5.10.7 - 5.10.8)

2.16 De Russische Federatie heeft tijdig cassatieberoep ingesteld tegen het arrest. Belbek c.s. hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld. Partijen voeren (over en weer) verweer. Zij hebben hun zaak schriftelijk laten toelichten, waarna re- en dupliek heeft plaatsgevonden.

3 Bespreking van het middel in het principaal cassatieberoep

Inleidende opmerkingen

3.1 Het principale middel bestaat uit een inleiding met een samenvatting van klachten die in negen onderdelen worden uitgewerkt. Die onderdelen laten zich als volgt samenvatten:

- Onderdeel 1 behelst klachten over de door het hof gegeven uitleg van het begrip *territory*.
- Onderdeel 2 betreft het oordeel van het hof dat het scheidsgerecht geen oordeel heeft gegeven over het soevereiniteitsconflict tussen de Russische Federatie en Oekraïne.
- Onderdelen 3, 4 en 5 bevatten klachten over de door het hof gehanteerde bewijslastverdeling en de aan de stelplicht van de Russische Federatie gestelde eisen.
- Onderdeel 6 richt zich op oordelen van het hof die inhouden dat de Russische Federatie in het vervolg van de procedure bij het scheidsgerecht (alsnog) kunnen stellen en onderbouwen dat de investeringen van Belbek c.s. een illegaal karakter hebben.
- Onderdeel 7 behelst de klacht dat het hof ambtshalve Oekraïense rechtsregels had moeten toepassen.
- Onderdelen 8 en 9 bevatten voorbouwklachten.

3.2 De Russische Federatie bestrijdt in cassatie slechts voor een deel de oordelen die het hof heeft gegeven ten aanzien van de verschillende door de Russische Federatie aangevoerde onbevoegdheidsargumenten die door het hof zijn verworpen

3.3 In het kader van deze inleiding maak ik ook enkele algemene opmerkingen over bilaterale investeringsverdragen.

3.4 Een bilateraal investeringsverdrag (*Bilateral Investment Treaty*, hierna: **BIT**) is een overeenkomst tussen twee landen die inhoudt dat over en weer bescherming wordt geboden aan investeerders uit het ene land die investeren in het andere land. Deze verdragen zijn gesloten ter bevordering van grensoverschrijdende investeringen.

3.5 De meeste BITs, ook de BIT 1998, voorzien in de mogelijkheid van arbitrage. De ratio daarvan was van oudsher dat investeerders voor rechtsbescherming tegen maatregelen van de gaststaat niet afhankelijk mochten zijn van gerechten van dat land maar terecht moesten kunnen bij een onafhankelijke en onpartijdige instantie.

3.6 Een dergelijk verdragsrechtelijk arbitragebeding vormt een (open) aanbod tot arbitrage van de gaststaat. De overeenkomst tot arbitrage komt tot stand door aanvaarding van dat aanbod door een investeerder uit de andere verdragsstaat.

3.7 Een scheidsgerecht is alleen bevoegd kennis te nemen van een geschil dat binnen het toepassingsgebied van de betrokken BIT valt. Daartoe is onder meer vereist dat is voldaan zowel aan het begrip investering (*investment*) als aan het begrip investeerder (*investor*).

3.8 Beschermd worden investeringen op het grondgebied van de andere verdragsstaat. In deze zaak is onder meer in geschil de uitleg van het begrip grondgebied (*territory*). Waar het normaal gesproken een investeerder is die zich verplaatst naar het andere land om op het grondgebied daarvan een investering te doen, is het hier de grens tussen de beide staten die is verplaatst waardoor investeringen die op het grondgebied van de eigen staat zijn gedaan, zich zijn gaan bevinden op het grondgebied van de andere staat en daarmee investeringen in die staat zijn geworden.

- 3.9 Voorts kan een investering alleen voor bescherming in aanmerking komen als zij is gedaan in de andere staat *in accordance with its legislation*. Dit vereiste wordt aangeduid als het legaliteitsvereiste. Als een investering op het grondgebied van de ene staat is gedaan maar zich vervolgens is komen te bevinden op het grondgebied van de andere staat, ziet de term *its legislation* dan op de wetgeving van de oorspronkelijke staat? Die vraag lijkt hier door beide partijen bevestigend te worden beantwoord. Toetsdatum is het moment dat de investeringen onderdeel gingen uitmaken van de Russische rechtssfeer, hier vastgesteld op 21 maart 2014. Als is aangetoond dat bepaalde investeringen niet voldoen aan het legaliteitsvereiste is het scheidsgerecht ten aanzien van die investeringen niet bevoegd. Dit brengt mee dat het antwoord op de vraag of het scheidsgerecht bevoegd is, afhangt van de uitleg van de BIT.
- 3.10 De verschillende relevante begrippen, zoals *investor*, *investments* en *territory* moeten worden uitgelegd aan de hand van de internationaalrechtelijke uitlegeregels van het WW. Art. 31 WVV noemt in dat verband de volgende elementen: tekst, context en *object and purpose*, die tezamen *in good faith* moeten worden toegepast.
- 3.11 Het procedurele kader van een investeringsarbitrage wordt bepaald door de betreffende BIT en het van toepassing zijnde arbitragereglement. In deze zaak zijn de arbitrageregels van de Commissie van de Verenigde Naties voor Internationaal Handelsrecht (UNCITRAL) van toepassing. Een arbitrale beslissing op basis van de UNCITRAL-regels is onderworpen aan de controle van de nationale rechter.⁹ Bij die rechter kan onder meer een verzoek tot vernietiging van een arbitraal vonnis worden gedaan. Partijen kunnen de plaats van arbitrage zelf kiezen. Indien zij dat niet zelf doen, zullen de arbiters dit doen (art. 18 UNCITRAL-regels). Wanneer het PHA een arbitrage administreert wordt regelmatig gekozen voor Den Haag, maar ook een andere plaats - in of buiten Nederland - kan worden gekozen. Indien een plaats in Nederland wordt gekozen, zijn art. 1020-1073 Rv van toepassing (art. 1073 lid 1 Rv).
- 3.12 Daarmee kom ik toe aan de bespreking van de verschillende middelonderdelen.

Onderdeel 1 (uitleg van het begrip territory in art. 1 lid 4 BIT 1998)

- 3.13 Subonderdeel 1.1 is gericht tegen rov. 5.5.23 en 5.5.24. Deze overwegingen luiden als volgt (onderstreping hier en hierna in deze conclusie toegevoegd):

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 WW, 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. []

3.14 Het middel klaagt dat het oordeel in rov. 5.5.23 onjuist is en/of ontoereikend gemotiveerd, waardoor ook rov. 5.5.24 geen stand kan houden. De oordelen zijn in strijd met art. 31 lid 1 en art. 62 WvV en het hof heeft de door de Russische Federatie gestelde spanning van deze oordelen met art. 31, 39 en 62 WvV niet kenbaar in zijn beoordeling betrokken. Enerzijds overweegt het hof dat vaststaat dat beide verdragspartijen bij het sluiten van de BIT 1998 niet in de mogelijkheid hebben voorzien dat de ene partij een deel van het grondgebied van de andere partij eenzijdig tot zich zou nemen, zodat partijen daarvoor geen voorziening hebben getroffen of bedoelden te treffen. Anderzijds overweegt het hof dat het geoorloofd is om in geval van onvoorziene omstandigheden toepassing te geven aan de BIT 1998 overeenkomstig de door de arbiters/rechters hypothetisch aannemelijk geachte bedoeling van redelijke partijen voor het geval zij voor zó onvoorziene situatie wél een regeling in hun verdrag zouden hebben opgenomen.

3.15 De klacht kan niet tot cassatie leiden.

3.16 Ten eerste mist de klacht feitelijke grondslag in het bestreden arrest (art. 419 lid 2 Rv). Het hof overweegt niet dat het geoorloofd is toepassing te geven aan de BIT 1998 overeenkomstig een hypothetisch aannemelijke bedoeling van redelijke partijen voor het geval zij voor een onvoorziene situatie wél een regeling zouden hebben opgenomen. Het hof oordeelt enkel dat het past bij de bedoeling van partijen op het moment van het sluiten van de BIT 1998 - namelijk: investeringen beschermen tegen onder meer onteigening - om aan te nemen dat het begrip *territory* moet worden uitgelegd in die zin dat het ziet op grondgebied waar een partij feitelijk de mogelijkheid heeft over te gaan tot onteigening.

3.17 Ten tweede is het aangevallen oordeel in rov. 5.5.23 niet (zelfstandig) dragend voor de conclusie dat de Krim sinds maart 2014 valt onder de *territory* van de Russische Federatie als gedefinieerd in art. 1 lid 4 BIT 1998. De eerste zin van rov. 5.5.23 geeft al aan dat die conclusie is gebaseerd op het voorgaande. Daarmee doelt het hof op rov. 5.5.6 - 5.5.22 waarin uitgebreid het oordeel is onderbouwd dat de Krim valt onder de *territory* van de Russische Federatie (na in rov. 5.5.6 overwogen te hebben dat partijen het er over eens zijn dat de Russische Federatie *de facto* controle heeft over de Krim). Al deze overwegingen worden in cassatie niet bestreden. Slechts ten overvloede heeft het hof vanaf de tweede zin van rov. 5.5.23 het oordeel gegeven dat met het middel wordt aangevallen. Een aanwijzing daartoe geven de woorden: *Het hof tekent daarbij nog aan dat*. Gelet hierop ontbreekt belang bij het slagen van de klacht tegen rov. 5.5.23.

3.18 Voor de klacht tegen rov. 5.5.24 geldt hetzelfde. De slotsom dat het scheidsgerecht niet is uitgegaan van een onjuiste definitie van het begrip *territory* is immers ook gebaseerd op het voorgaande, en dus op hetgeen is overwogen in rov. 5.5.6 - 5.5.22.

3.19 Subonderdeel 1.2 bevat een motiveringsklacht die is gericht tegen rov. 5.5.10.10. Deze overweging luidt:

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.

3.20 Het middel klaagt dat deze overweging innerlijk tegenstrijdig is. Het hof overweegt enerzijds dat algemeen wordt aanvaard dat verdragen gelding hebben op het gehele soevereine grondgebied van een staat, waarmee wordt onderkend dat het begrip *territory* (in beginsel) verwijst naar het soevereine grondgebied van een staat. Anderzijds sluit dit volgens het hof niet uit dat verdragen ook

werking (kunnen) hebben op grondgebied waarover een staat langdurig rechtsmacht en effectieve controle uitoefent, zodat het begrip *territory* tevens verwijst naar de Krim. Deze benadering is praktisch onhanteerbaar omdat zij leidt tot twee kapiteins op één schip.

- 3.21 Naar mijn mening is de aangevallen overweging niet innerlijk tegenstrijdig. Het hof oordeelt dat het begrip *territory* niet altijd de betekenis heeft van *sovereign territory*. Dit licht het hof toe door te overwegen dat een verdrag over het algemeen gelding heeft op het gehele soevereine grondgebied van een staat, maar daarnaast (ook) gelding kan hebben op grondgebied waarover een staat langdurig rechtsmacht en effectieve controle uitoefent. Anders dan het middel betoogt, is deze benadering wel degelijk praktisch hanteerbaar (en zeker niet onbegrijpelijk). Omdat de Russische Federatie langdurig rechtsmacht en effectieve controle uitoefent op de Krim, kan immers alleen de Russische Federatie verplichtingen uit hoofde van de BIT 1998 hebben op de Krim, zoals in geval van onteigening door middel van overheidsbevoegdheden die sinds maart 2014 alleen de Russische Federatie op de Krim kan uitoefenen (zie rov. 5.5.21).
- 3.22 Voor zover de Russische Federatie in haar schriftelijke toelichting nr. 1.2 probeert dit subonderdeel anders uit te leggen dan volgt uit de procesinleiding,¹¹ komt dat neer op een nieuwe klacht. Dat is in dat stadium van de cassatieprocedure niet toegestaan¹², tenzij de rechtsstrijd door de wederpartij wordt aanvaard.¹³ Van dat laatste is hier niet gebleken. Integendeel, Belbek c.s. hebben subonderdeel 1.2 duidelijk niet in genoemde zin begrepen (schriftelijke toelichting nr. 19-22) en bij dupliek daartegen bezwaar gemaakt (nr. 2-4), alvorens kort uiteen te zetten waarom het betoog van de Russische Federatie ook inhoudelijk niet opgaat (nr. 5-7). Dit subsidiaire betoog is voor het aannemen van aanvaarding van de rechtsstrijd door Belbek c.s. niet voldoende.¹⁴
- 3.23 Subonderdeel 1.3 bevat nog de voortbouwklacht dat bij het slagen van (een van de) klachten in subonderdeel 1.1 en/of 1.2 ook andere overwegingen moeten sneuvelen. Gelet op het voorgaande faalt deze klacht evenzeer.

Onderdeel 2 (oordeel over soevereiniteitsconflict)

- 3.24 Dit onderdeel is gericht tegen rov. 5.4.4 en 5.4.5.¹⁵ Deze overwegingen luiden:

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 niet moet worden uitgelegd als *sovereign territory* in deze zin. Het scheidsgerecht oordeelde (heel kort samengevat) dat voor de toepassing van artikel 1 lid 4 BIT 1998 voldoende is dat de Russische Federatie "*settled, long-term control* heeft over de Krim hetgeen er mede toe heeft geleid dat de Russische Federatie de verantwoordelijkheid voor de internationale betrekkingen van de Krim op zich heeft genomen. Het scheidsgerecht hoefde, gegeven deze uitleg, geen oordeel te geven over het soevereiniteitsgeschil tussen de Russische Federatie en Oekraïne en heeft dat ook niet gedaan. Het heeft zich enkel gebaseerd op de feitelijke stand van zaken op de Krim. Of deze uitleg van het begrip *territory* juist is, komt hierna aan de orde. Waar het hier om gaat, is dat het scheidsgerecht niet heeft geoordeeld over de soevereine status van de Krim.

- 3.25 Volgens de Russische Federatie heeft het hof in deze overwegingen onjuist en/of ontoereikend gemotiveerd geoordeeld dat het scheidsgerecht geen oordeel heeft gegeven over het soevereiniteitsconflict met Oekraïne. Daarmee heeft het hof onjuist en/of onbegrijpelijk de stelling verworpen dat een beoordeling van het soevereiniteitsconflict met Oekraïne in de weg staat aan de bevoegdheid van arbiters om op claims van investeerders ten aanzien van hun investeringen op de Krim te beslissen. Het antwoord op de vraag of de litigieuze investeringen van Belbek c.s. onder de BIT 1998 zijn beschermd, vergt immers een antwoord op de voorvraag welke van beide staten soeverein is ten aanzien van de Krim. Die vraag heeft het hof niet beantwoord. Het hof heeft deze voorvraag ontweken door een feitelijke invulling te geven aan het BIT-begrip *territory*. Een dergelijk exclusief 'feitelijke invulling' staat haaks op de alternatieve 'soevereine invulling' die het hof - zelfs als algemene basis van het begrip *territory*, buiten en binnen de BIT - in zijn eigen overwegingen heeft erkend.
- 3.26 Ik stel vast dat het hof in rov. 5.4.5 respondeert op de in rov. 5.4.4 weergegeven stelling van de Russische Federatie dat het scheidsgerecht een oordeel heeft gegeven over het soevereiniteitsconflict ten aanzien van de Krim. Het hof concludeert dat het scheidsgerecht dit *niet* heeft gedaan. Anders dan de Russische Federatie betoogt, hoefde het hof in deze context niet zelf de voorvraag te beantwoorden die in dit onderdeel wordt geformuleerd.
- 3.27 De klacht faalt.

Onderdeel 3 (onjuiste bewijslastverdeling)

- 3.28 De klacht in subonderdeel 3.1 is gericht tegen rov. 5.9.9. Deze overweging luidt:

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.

- 3.29 De Russische Federatie klaagt dat het door het hof geformuleerde uitgangspunt dat zij eigendomsrechten en andere rechten heeft erkend, uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de bewijslastverdeling bij beslissingen over het bestaan van de overeenkomst tot arbitrage en derhalve ook over de vraag of aan het legaliteitsvereiste is voldaan. Bezien in samenhang met rov. 5.9.11-5.9.15 en rov. 5.9.17-5.9.19 heeft het hof tot uitgangspunt genomen dat de voorgelegde investeringen toebehoren aan Belbek c.s. omdat de Russische Federatie niet heeft aangetoond dat dit anders zou zijn. Belbek c.s. moe(s)ten echter aantonen dat deze investeringen op legale wijze waren verkregen.
- 3.30 De klacht kan bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het hof geeft in rov. 5.9.9 geen oordeel over bewijslastverdeling. Het stelt op basis van de *Crimean Incorporation Law* vast dat de Russische Federatie rechten op de Krim heeft erkend. Dat betekent volgens het hof dat de legaliteit van de investeringen beoordeeld moet worden met als toetsdatum het moment dat de investeringen onderdeel zijn gaan uitmaken van de Russische rechtssfeer. Ook uit de overige door de Russische Federatie vermelde overwegingen blijkt niet dat het hof in rov. 5.9.9 iets zou hebben overwogen over de bewijslastverdeling. In die overwegingen is wél te lezen dat de Russische Federatie haar stellingen over de geldigheid van de arbitrageovereenkomst onvoldoende heeft onderbouwd. Anders dan de Russische Federatie betoogt (zie bijv. haar schriftelijke toelichting nr. 2.18), zegt dit niets over de vraag bij welke partij het hof de bewijslast heeft gelegd. Het woordgebruik van het hof (stellen en stelling) wijst er ook niet op dat de stelplicht bij de Russische Federatie ligt of door het hof wordt gelegd, zoals zij kennelijk meent (replik nr. 21). Als een partij iets beargumenteert in het kader van een betwisting neemt zij ook stellingen in.

3.31 Subonderdeel 3.2 klaagt dat door de onjuiste bewijslastverdeling ook de oordelen omtrent de legaliteit van de verkrijging van de eigendom onjuist, althans onbegrijpelijk zijn. Deze klacht bouwt voort op het vorige subonderdeel ten aanzien waarvan ik zojuist concludeerde dat het niet tot cassatie kan leiden.

Onderdeel 4 (te hoge eisen aan onderbouwing)

3.32 Subonderdeel 4.1 is eveneens gericht tegen rov. 5.9.9, zoals uitgewerkt in rov. 5.9.1- 5.9.15 en rov. 5.9.17-5.9.19. Gelet op de bewijslastverdeling met betrekking tot de geldigheid van de arbitrageovereenkomst, geldt volgens het middel dat het hof veel te hoge eisen heeft gesteld aan de verplichting van de Russische Federatie om feiten aan te voeren en te onderbouwen. Met verwijzing naar passages uit de bij het hof ingediende stukken en de vaststelling dat het hier gaat om gegevens die zich bevinden in het domein van Belbek c.s., stelt de Russische Federatie dat niet valt in te zien wat nog meer van haar verwacht had kunnen worden.

3.33 Subonderdeel 4.2 voert aan dat indien en voor zover het hof de bewijslastverdeling niet zou hebben miskend en het oordeel van het hof zo moeten worden begrepen dat de Russische Federatie onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken de stelling van Belbek c.s. dat sprake is van een geldige arbitrageovereenkomst, dit oordeel onbegrijpelijk is in het licht van de door de Russische Federatie ingenomen stellingen en de omstandigheid dat veel van de ter nadere onderbouwing benodigde stukken zich in het domein van Belbek c.s. bevinden. Er rustte derhalve een verzwaarde stelplicht op Belbek c.s. Voor zover het hof dit laatste heeft miskend, getuigt zijn beslissing van een onjuiste rechtsopvatting, aldus het middel.

3.34 Mijns inziens falen de klachten van dit onderdeel.

3.35 De motiveringsklachten voldoen niet aan de daaraan in cassatie te stellen eisen (art. 407 lid 2 Rv), nu daar niet uit blijkt waarom de bestreden overwegingen ontoereikend gemotiveerd of onbegrijpelijk zijn. Het enkele standpunt dat er veel is aangevoerd in combinatie met een verwijzing naar een (groot) aantal stellingen in een voetnoot, is onvoldoende precies en bepaald. Zo wordt voor subonderdeel 4.1 in de procesinleiding verwezen naar hoofdstuk 4 van de zeer omvangrijke dagvaarding, waarbij tussen haakjes wordt gesteld: onder meer 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8. Dat is alles - behalve inleiding, juridisch kader en conclusie - samen nog steeds meer dan 100 pagina's.¹⁶ Dat deze paragrafen duidelijk afgebakende themas zouden betreffen (dupliek nr. 29) maakt dit niet anders. Voor subonderdeel 4.2 blijft deze minimale specificatie zelfs achterwege door onder meer te verwijzen naar heel hoofdstuk 4 van de dagvaarding.

3.36 Ook de rechtsklacht (subonderdeel 4.2, slot) faalt. De Russische Federatie vermeldt in dit kader de omstandigheid dat voor haar benodigde informatie zich in het domein van Belbek c.s. bevindt, maar onderbouwt niet waarom dit zo is. Zonder die onderbouwing kan in cassatie niet worden beoordeeld of het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door niet in te grijpen in de bewijsleveringslast en daarbij Belbek c.s. een verzwaarde stelplicht op te leggen.

3.37 Maar ook als ervan wordt uitgegaan dat bepaalde informatie in het domein van Belbek c.s. ligt, kan dat niet tot cassatie leiden. In subonderdeel 4.2 gaat de Russische Federatie ervan uit dat op Belbek c.s. de bewijslast rust ten aanzien van de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv.¹⁷ Gelet op dit uitgangspunt, is het hof niet uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door Belbek c.s. geen verzwaarde stelplicht op te leggen. Deze methode is er nu juist om de wederpartij van de partij met de bewijslast een informatieplicht op te leggen en dus aanknopingspunten te verschaffen voor bewijslevering.¹⁸

Onderdeel 5 (stelplicht en bewijslast, essentiële stellingen)

3.38

De eerste klacht in dit onderdeel is gericht tegen rov. 5.9.11, 5.9.1519 en rov. 5.9.17-5.7.19. De daarin vervatte oordelen van het hof zouden onjuist en/of onvoldoende toereikend zijn gemotiveerd, omdat het hof de regels over stelplicht en bewijslast zou hebben miskend door diverse illegaliteitsargumenten van de Russische Federatie als onvoldoende onderbouwd terzijde te schuiven. Het onderdeel wijst op diverse stellingen over besmet kapitaal en diverse producties over het witwassen van dat kapitaal met behulp van *offshore* vennootschappen. In dit kader wordt onder meer gesteld: *De Russische Federatie heeft in haar processtukken bijna vijftig pagina's gewijd aan haar betoog dat er sprake is van besmet kapitaal*, onder verwijzing naar nr. 463-499 van de dagvaarding en nr. 470-527 van de conclusie van repliek en twee paragrafen uit de pleitnota van de Russische Federatie.

3.39 Ook voor deze klacht geldt dat deze niet voldoet aan de daaraan in cassatie te stellen eisen. De Russische Federatie geeft niet aan waarom de bestreden overwegingen ontoereikend gemotiveerd dan wel onbegrijpelijk zijn. Het enkele standpunt dat er heel veel is aangevoerd in combinatie met een verwijzing naar een (groot) aantal stellingen in een voetnoot, is ontoereikend, want onvoldoende precies en bepaald.

3.40 De tweede klacht in dit onderdeel (p. 10 procesinleiding) is gericht tegen rov. 5.9.12. Deze overweging luidt:

5.9.12 De Russische Federatie heeft ter toelichting gewezen op de betrokkenheid van [verweerder 2] bij onregelmatigheden rondom de privatiseringen na het uiteenvallen van de Sovjet-Unie, in bijzonder bij de bedrijven Ukrudprom, 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 [verweerder 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.

3.41 De klacht houdt in dat het hof essentiële stellingen en producties in enkele regels als onvoldoende terzijde heeft geschoven. Het hof heeft die stellingen en bewijsstukken ten onrechte niet kenbaar in de beoordeling betrokken, aldus de Russische Federatie. Zij wijst specifiek op twee als producties overgelegde persberichten, een van Follow the Money (RF-169(B)) en een ander van de nationale bank van de Oekraïne (RF-176 (B)). Daarover heeft de Russische Federatie respectievelijk het volgende in de conclusie van repliek aangevoerd:

478. [] Volgens [betrokkene 2] [van Follow the Money; A-G] dienden de complexe transacties via offshore-entiteiten geen ander doel dan verhulling.

483. De NBU heeft in een persbericht de essentie van de frauduleuze praktijken bij PrivatBank samengevat. Dit persbericht maakt duidelijk dat de fraude heeft plaatsgevonden over een periode van ten minste tien jaar. Uit onderzoek bleek dat er sprake was van grootschalig gecoördineerde fraude die heeft geleid tot een verlies [door Privatbank] van tenminste \$ 5.5 miljard. [verweerder 2] deed het voorkomen alsof PrivatBank een gewone klantgerichte bank was. In werkelijkheid waren de transacties van de bank een grote schijnvertoning met geen ander doel dan de persoonlijke verrijking van haar (in)directe grootaandeelhouders: [verweerder 2] en [betrokkene 3]. Volgens de NBU hield [verweerder 2] zich vervolgens bezig met een grootschalige witwasconstructie om de onwettige herkomst van zijn fortuin te verhullen.

3.42 De Russische Federatie richt een rechtsklacht (ten onrechte) tegen een feitelijk oordeel. Alleen al daarom faalt de klacht.²⁰ Mocht de klacht toch als een motiveringsklacht zijn aan te merken, dan is niet onderbouwd waarom het hier gaat om essentiële stellingen. Tot die onderbouwing is de Russische

Federatie echter wel gehouden.²¹ Dat kan anders zijn als direct duidelijk is waar het essentiële karakter in gelegen is, maar dat is hier niet het geval.

Onderdeel 6 (rechtsweigering, delegatie en gesloten stelsel van rechtsmiddelen)

3.43 Met de klacht in dit onderdeel neemt de Russische Federatie rov. 5.9.16, 5.9.20 en 5.10.9 op de korrel. Deze overwegingen luiden:

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 scheidsgerecht 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.

[]

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.

[]

5.10.9 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.

- 3.44 De klacht luidt dat het hof in deze overwegingen op onjuiste gronden dan wel op grond van een ontoereikende motivering het oordeel over de illegaliteit van de investeringen van Belbek c.s. heeft gedelegeerd aan het scheidsgerecht in de kwantumfase van de arbitrage.
- 3.45 Ik stel voorop dat, anders dan het hof vermeldt in rov. 5.9.16, het scheidsgerecht in *Procedural Order No. 8* niks heeft doorverwezen. Het hof op dit punt de onderhavige zaak mogelijk verward met de *Privatbank-zaak* (zaak 22/03897).²² In tegenstelling tot de situatie in die laatste zaak, kan volgens het scheidsgerecht de jurisdictie in de *Belbek-zaak* niet meer aan de orde komen na het wijzen van het deelvonnis.²³
- 3.46 Volgens Belbek c.s. (schriftelijke toelichting nr. 45, slot) stelt de Russische Federatie met juistheid dat het scheidsgerecht de bevoegdheidsvraag uitputtend heeft beslist in het arbitrale deelvonnis en dat *Procedural Order No. 8* dit nadrukkelijk bevestigt.
- 3.47 Het hof lijkt zich op dit punt dus te hebben vergist. Toch kan de klacht niet tot cassatie leiden. De aangevallen rov. 5.9.16 is namelijk ten overvloede gegeven. Het mogelijk sneuvelen daarvan kan dus niet leiden tot vernietiging van het arrest. De voorafgaande rov. 5.9.11- 5.9.15 houden de verwerping in van de argumenten van de Russische Federatie zoals weergegeven in rov. 5.9.7.2-5.9.7.6. Deze argumenten worden in rov. 5.9.10 onder (i) door het hof samengevat als de stelling dat elke aan [verweerder 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. De verwerping van die argumenten kan het oordeel van het hof over deze stelling zelfstandig dragen. Een aanwijzing dat rov. 5.9.16 ten overvloede is gegeven volgt ook uit het begin van de eerste zin van deze overweging: *Het hof voegt aan het voorgaande toe dat [].*
- 3.48 De klacht is ook gericht tegen rov. 5.9.20 en 5.10.9. In deze overwegingen oordeelt het hof dat in de kwantumfase van de arbitrage de waardering van de investeringen van Belbek c.s. aan de orde komt.
- 3.49 In rov. 5.9.20 staat dat de Russische Federatie in dat kader nogmaals kan beargumenteren dat de investeringen van Belbek c.s. illegaal zijn verkregen (zie de weergave van deze argumenten in rov. 5.9.7.7-5.9.7.9), ondanks de afwijzing van deze argumenten in deze vernietigingsprocedure (zie rov. 5.9.17 en 5.9.18). Ook dat is een oordeel dat ten overvloede is gegeven, omdat het niet dragend is voor de eindbeslissing (het dictum). De Russische Federatie heeft dus geen belang bij deze klacht.
- 3.50 In rov. 5.10.9 overweegt het hof dat argumenten over het door Belbek c.s. (bewust) onjuist verstrekken van informatie over de waarde van hun investeringen in de kwantumfase aan de orde kunnen worden gesteld. Anders dan de Russische Federatie betoogt, komt dit niet neer op delegatie van een beslissing aan het scheidsgerecht. Delegatie impliceert namelijk dat het hof in deze vernietigingsprocedure een oordeel had moeten geven over de waarde van de investeringen. Dat is niet het geval. Daarover heeft het scheidsgerecht immers nog niet definitief beslist. Zodra dat wel is gebeurd, kan de Russische Federatie desgewenst een vernietigingsprocedure starten en daarin het oordeel van het scheidsgerecht over de (omvang van de) schade aanvechten.

Onderdeel 7 (ambtshalve toepassing Oekraïens recht)

- 3.51 In dit onderdeel richt de Russische Federatie het vizier op rov. 5.9.15, en dan specifiek de laatste zin daarvan. Deze overweging luidt (het aangevallen deel heb ik onderstreept):
- 5.9.15Ook het (enkele) feit dat [verweerder 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.

3.52 Volgens de klacht heeft het hof aldus miskend dat het op grond van art. 10:2 BW ambtshalve Oekraïense rechtsregels had moeten toepassen, aldus de Russische Federatie. Ter toelichting van de klacht wordt gesteld dat in de repliek in feitelijke aanleg (nr. 483 en 491) gemotiveerd is aangevoerd dat het verhullen van de onwettige herkomst van gelden door de aanschaf van ogenschijnlijk legale investeringen als witwassen is aan te merken.

3.53 Uit art. 10:2 BW volgt dat de regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht ambtshalve moeten worden toegepast. Dit houdt mede in dat de rechter zich uit eigen beweging en onafhankelijk van de standpunten van partijen zal moeten vergewissen van de inhoud van het buitenlandse recht.²⁴ Deze regel vloeit ook voort uit art. 25 Rv.²⁵ Het enkele feit dat de Russische Federatie geen Oekraïense rechtsregels heeft genoemd, ontslaat het hof daarom op zich zelf niet van de verplichting ambtshalve vast te stellen wat de inhoud van het Oekraïense recht is.²⁶

3.54 Toch kan de klacht niet tot cassatie leiden. In de bestreden overweging ligt namelijk de verwerping besloten van het standpunt van de Russische Federatie dat het gebruik van offshore entiteiten in strijd is met de wet (*Het gebruik van offshore entiteiten []. [] kan op zichzelf niet de conclusie rechtvaardigen dat sprake is van investeringen in strijd met de wet.*). Tegen dit oordeel richt de klacht zich niet.²⁷ Indien de klacht zo moet worden gelezen dat ook de juistheid van dit deel van de overweging wordt aangevallen (het hof heeft hiermee miskend), is dat in cassatie niet mogelijk. De Hoge Raad kan immers niet casseren wegens schending van buitenlands recht (art. 79 lid 1, onder b, Wet RO).

Onderdeel 8 (openbare orde, voortbouw) en onderdeel 9 (veegklacht)

3.55 In onderdeel 8 stelt de Russische Federatie dat bij het slagen van één of meer van de voorgaande klachten, het oordeel van het hof in rov. 5.10.7 en 5.10.8 ook niet in stand kan blijven. Onderdeel 9 voegt daaraan toe dat het voorgaande ook rov. 5.11.1 en het daaraan ontleende dictum vitiesert.

3.56 Deze klachten delen het lot van de klachten in de onderdelen 1 t/m 7.

Slotsom

3.57 Slotsom is dat het principale middel niet tot cassatie kan leiden.

4 Bespreking van het middel in het incidenteel cassatieberoep

- 4.1 Het incidentele cassatiemiddel is onvoorwaardelijk ingesteld en bestaat uit twee onderdelen. Indien uw Raad met mij van oordeel is dat het principaal cassatieberoep faalt, hebben Belbek c.s. geen belang bij hun incidentele beroep. Ik bespreek dat beroep slechts ten overvloede.
- 4.2 In het eerste onderdeel klagen Belbek c.s. dat het hof ten onrechte, althans onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd, heeft geoordeeld dat de Russische Federatie niet in de arbitrageprocedure is verschenen. Het tweede onderdeel betoogt in de kern dat het hof heeft nagelaten te beslissen op het subsidiaire rechtsverwerkingsverweer van Belbek c.s.
- 4.3 Beide onderdelen zijn gericht tegen rov. 5.3.7 en 5.3.8 van het arrest, waarin wordt ingegaan op de juridische betekenis van de in 2.7 en 2.8 geciteerde brieven van de Russische Federatie.

Eerste onderdeel (verschijnen in een arbitrageprocedure)

- 4.4 De inleiding van dit onderdeel bevat een samenvatting van de aangevallen rov. 5.3.7 en 5.3.8. Deze overwegingen luiden:

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 [betrokkene 1] 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 [PCA] 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 [dit moet zijn: 16 juni 2015, A-G] 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 [dit moet zijn: 171, A-G] 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 Respondents non-participation*") als Belbek c.s. er tijdens de arbitrale procedure blij 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 .

- 4.5 Ik schets eerst het juridisch kader.

Juridisch kader

4.6 Ik stel voorop dat het sinds 1 januari 2015 geldende arbitragerecht in deze zaak temporeel van toepassing is.²⁸

4.7 Een arbitrage moet zijn gegrond op een op arbitrage gerichte overeenkomst tussen partijen (art. 1020 lid 1 Rv). Indien een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, is het scheidsgerecht onbevoegd. Art. 1052 lid 2 Rv gaat over beroep op een ontbrekende arbitrageovereenkomst ten overstaan van het scheidsgerecht.²⁹ Deze bepaling luidt:

Een partij die in het arbitraal geding is verschenen, dient een beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, voor alle weren te doen, op straffe van verval van haar recht op dat ontbreken later, in het arbitraal geding of bij de gewone rechter, alsnog een beroep te doen, ().

4.8 Deze bepaling, die ook al in de Arbitragewet 1986 stond, is beperkt tot het geval van een partij die in het arbitraal geding *is verschenen*. De tekst van de wet biedt geen handvat voor de lezing dat het voorschrift van art. 1052 lid 2 Rv tevens geldt voor de partij die niet is verschenen maar wel deugdelijk is opgeroepen.³⁰

4.9 In de parlementaire geschiedenis van de Arbitragewet 1986 is over verschijnen in het arbitraal geding in de zin van deze bepaling namens de regering het volgende opgemerkt:³¹

Ten aanzien van het tweede lid vroegen de leden van de V.V.D.-fractie, wanneer men spreekt van een partij die in het arbitraal geding is verschenen en in welk stadium. Is dit eerst het geval wanneer de desbetreffende partij bijvoorbeeld de conclusie van antwoord aan het scheidsgerecht toezendt? Is zij reeds verschenen wanneer zij bijvoorbeeld kennis neemt van de arbitrale benoeming en/of bijvoorbeeld meewerkt aan de arbitrale procedure? Is zij dan te laat om nog een beroep op de onbevoegdheid te doen, zo vroegen deze leden.

Ten antwoord op deze vragen merkt de ondergetekende op dat in een rechtbankprocedure een partij verschijnt, wanneer zij zich in de procedure middels een procureur stelt (zie artikel 135 en 137 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). In een arbitrale procedure verloopt dit alles niet zo formeel, doch kan aangenomen worden dat een partij in de arbitrale procedure verschijnt wanneer zij op enigerlei wijze aan de arbitrage deelneemt (bijvoorbeeld medewerking verleent aan de benoeming van de arbiter of arbiters). Echter, voor artikel 1052, tweede lid, is het niet zozeer van belang, op welk moment een partij in het arbitraal geding verschijnt, doch dat zij in het geding verschijnende een verweer ten principale voert zonder een beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht te doen. Het cruciale moment is derhalve het moment waarop een partij verweer gaat voeren. Voert zij verweer (waaronder begrepen: referte) zonder beroep op onbevoegdheid te doen, dan heeft zij het recht verwerkt daar in een later stadium op terug te komen. Voert een partij geen verweer ten principale, dan kan zij in een later stadium nog wel op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht een beroep doen.

4.10 De term verschijnen in een arbitrale procedure dient in algemene zin ruim opgevat te worden.³² Daarvan is vrij snel sprake, ook gezien de woorden op enigerlei wijze deelneemt. Van verschenen in de context van art. 1052 lid 2 Rv is minder snel sprake. Dat wordt nader uitgelegd in het weergegeven citaat (na het woordje echter).

4.11 Volgens H.J. Snijders betekent verschijnen in deze context: deelgenomen hebbende aan de arbitrage.³³ Meijer merkt in zijn proefschrift op: niet verschijnen ingevolge art. 1052 lid 2 Rv houdt in dat de verweerder op het daartoe aangewezen tijdstip geen verweer voert.³⁴ Dit strookt volgens hem met de verstekregeling van art. 1043a lid 2 Rv (art. 1040 lid 2 (oud) Rv).³⁵ Verstekverlening, dat wil zeggen een door de rechter bevestigde niet-verschijning, kent het arbitragerecht niet.

4.12

Het scheidsgerecht is bevoegd om over de eigen bevoegdheid oordelen, zo volgt uit art. 1052 lid 1 Rv. Dit pleegt te worden aangeduid als *Kompetenz-Kompetenz*). Hoewel deze bepaling anders kan doen vermoeden, zal het scheidsgerecht niet in alle gevallen ambtshalve mogen beslissen of het al dan niet tot kennisneming van het geschil bevoegd is. Alleen indien de verweerder in het arbitraal geding *niet* is verschenen, zal aanleiding bestaan om naar de bevoegdheid ambtshalve onderzoek te doen.³⁶

4.13 De beslissing van een scheidsgerecht waarbij het zich bevoegd verklaart, is niet een definitief oordeel.³⁷ Het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter brengt namelijk mee dat de beantwoording van de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst is gesloten, aan de rechter is voorbehouden.³⁸ Op grond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis plaatsvinden op de grond dat een geldige overeenkomst ontbreekt. Op grond van het tweede lid van art. 1065 Rv kan de a-grond niet tot vernietiging leiden in het geval genoemd in art. 1052 lid 2 Rv.³⁹

4.14 De Hoge Raad heeft in het arrest *[] /Ruwa* over het samenstel van de hiervoor aangehaalde bepalingen van art. 1052 lid 1 en 2 en art. 1065 lid 1, onder a, Rv het volgende overwogen:⁴⁰

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

3.4.2. In het licht van deze strekking moet beoordeeld worden of en in hoeverre toelaatbaar is dat een partij die in het arbitraal geding voor alle weren een beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage heeft gedaan, het beroep daarop in het verdere verloop van het arbitraal geding dan wel in de vernietigingsprocedure met nieuwe feitelijke of juridische stellingen onderbouwt. Gelet op de over en weer in het geding zijnde belangen kan niet als algemene regel aanvaard worden dat daartoe nimmer ruimte zou bestaan. Zo is denkbaar dat een partij die voor alle weren een beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage heeft gedaan, pas naar aanleiding van een daartegen door de wederpartij gevoerd verweer reden heeft om haar beroep op deze grond (later in het arbitraal geding of bij de gewone rechter) met nieuwe feitelijke of juridische stellingen te onderbouwen. Anderzijds kan ook niet als algemene regel aanvaard worden dat onbeperkt ruimte bestaat voor het naderhand aanvoeren van geheel nieuwe feitelijke of juridische stellingen ter onderbouwing van een tijdig aangevoerde grond, omdat zulks de wettelijke regeling te zeer kan ondergraven. Daarom zal telkens 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. Daarvoor zal onder meer van belang kunnen zijn in welke mate de nieuwe stellingen aansluiten bij de eerdere (in het arbitraal geding ingenomen) stellingen, wat de reden is voor het niet eerder aanvoeren van de nieuwe stellingen, en of de desbetreffende partij in het arbitraal geding al dan niet werd bijgestaan door een advocaat.

4.15 Tegen deze achtergrond zal ik nu (als gezegd: ten overvloede) het incidentele middel bespreken. De klachten vertonen enige overlap, zoals uit de navolgende bespreking van die klachten blijkt.

Bespreking van de klachten

4.16 Subonderdeel 1.1 klaagt dat het hof in rov. 5.3.7 blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof voor het antwoord op de vraag of de Russische Federatie in de arbitrage is verschenen doorslaggevend heeft geacht of (de inhoud van) de brieven van de Russische

Federatie het karakter hebben van een (beknopt) verweerschrift. Voor het verschenen zijn in de arbitrage is bepalend of de Russische Federatie enig verweer heeft gevoerd door inhoudelijke stellingen in te nemen over geschilpunten in de arbitrage. De Russische Federatie heeft dat gedaan, want zij heeft inhoudelijk stelling genomen over de bevoegdheid en dus enig verweer gevoerd, aldus de klacht.

4.17 Belbek c.s. bestrijden de uitleg die het hof geeft aan het zinsdeel Een partij die in het arbitraal geding is verschenen uit art. 1052 lid 2 Rv. Volgens de in het middel verdedigde rechtsopvatting volstaat dat enig verweer is gevoerd om te kunnen spreken van in het arbitraal geding verschenen. Een inhoudelijke stelling over de bevoegdheid is daarvoor genoeg. Dit zou volgens Belbek c.s. (schriftelijke toelichting nr. 59) volgen uit de parlementaire geschiedenis die ik in 4.9 heb geciteerd.

4.18 Ik kan de door Belbek c.s. gegeven duiding van de parlementaire geschiedenis niet goed volgen. Namens de regering werd opgemerkt dat:

[] een partij in de arbitrale procedure verschijnt wanneer zij op enigerlei wijze aan de arbitrage deelneemt (bijvoorbeeld medewerking verleent aan de benoeming van de arbiter of arbiters).

4.19 De geciteerde zin gaat over het verschijnen in een arbitraal geding in het algemeen en niet over verschijnen als bedoeld in art. 1052 lid 2 Rv. Het voorbeeld dat wordt genoemd (benoeming arbiters) is van belang, omdat in art. 1027 lid 4 Rv het volgende is bepaald:

De voorzieningenrechter of derde benoemt de arbiter of arbiters ongeacht de vraag of de overeenkomst tot arbitrage geldig is. Door mede te werken aan de benoeming van de arbiter of arbiters verliezen partijen niet het recht om een beroep te doen op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage.

4.20 Met andere woorden, het enkele verschijnen in het arbitraal geding betekent nog niet dat het recht wordt verwerkt een beroep te doen op onbevoegdheid van het scheidsgerecht. Het moment van verschijning en het opwerpen van een bevoegdheidsverweer vallen niet noodzakelijkerwijs samen.⁴¹

4.21 Het vervolg van de toelichting van de regering moet met dit onderscheid in het achterhoofd worden gelezen:

Echter, voor artikel 1052, tweede lid, is het niet zozeer van belang, op welk moment een partij in het arbitraal geding verschijnt, doch dat zij in het geding verschijnende een verweer ten principale voert zonder een beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht te doen. Het cruciale moment is derhalve het moment waarop een partij verweer gaat voeren. [].

4.22 Eerst met het voeren van een verweer ten principale kan dus sprake zijn van een verval van recht in de zin van art. 1052 lid 2 Rv en daarmee van het prijs geven van de mogelijkheid van vernietiging op grond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv. Een verweer ten principale is een materieelrechtelijk verweer tegen de vordering van de eiser.⁴² Het is, anders gezegd, een verweer betreffende de door eiser gestelde rechtsverhouding. Een beroep op onbevoegdheid vormt niet een verweer ten principale maar een exceptie⁴³, oftewel een verweer ten aanzien van de toepassing van procesrechtelijke regels.⁴⁴ Een dergelijk processueel verweer ziet niet op de rechtsbetrekking tussen partijen en beoogt een debat - althans een beslissing - daarover in beginsel juist te voorkomen.⁴⁵

4.23 Voor de vraag of een partij is verschenen in een arbitraal geding is dus niet het criterium dat een partij (enig) verweer voert. De klacht kan daarom niet slagen.

4.24 Subonderdeel 1.2 klaagt dat indien het hof zulks niet heeft miskend, zijn oordeel dat de (inhoud van de) brieven van de Russische Federatie niet gelden als een verschijnen in het licht van de stellingen van Belbek c.s. onbegrijpelijk en/of ontoereikend is gemotiveerd. De centrale stelling van Belbek c.s. is steeds geweest dat de stellingen in de brieven moeten worden begrepen als een verweer tegen de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Het hof heeft niet kenbaar getoetst of de uit enkele volzinnen bestaande uiteenzetting waarom het tribunaal onbevoegd wordt geacht, geldt als het voeren van

(enig) verweer en, daarom, als een verschijning in de zin van art. 1052 lid 2 Rv. Zonder nadere toelichting valt niet in te zien waarom het hof de inhoud van de brieven, los van de vorm ervan, onvoldoende heeft geacht om te kwalificeren als een verweer en daarmee als verschijning.

4.25 De klacht kan niet tot cassatie leiden. Voor zover Belbek c.s. ervan uitgaan dat het hof heeft geoordeeld dat de inhoud van de brieven niet kwalificeren als een verweer (schriftelijke toelichting nr. 62), is dat niet correct. Dit blijkt duidelijk uit rov. 5.3.7, daar waar het hof overweegt:

[] 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 dat niet anders. [].

4.26 Voor zover Belbek c.s. klagen dat het hof op onbegrijpelijke, dan wel onvoldoende gemotiveerde wijze oordeelt dat de inhoud van de brieven, zijnde een bevoegdheidsverweer, niet kan kwalificeren als een verschijning in de zin van art. 1052 lid 2 Rv, kan dat niet tot cassatie leiden. Belbek c.s. gaan ook hier uit van de rechtsopvatting dat enig verweer voeren voldoende is om te zijn verschenen in de zin van art. 1052 lid 2 Rv. Bij de bespreking van subonderdeel 1.1 is al gebleken dat die rechtsopvatting onjuist is.

4.27 Subonderdeel 1.3 houdt in dat *voor zover* het hof zijn oordeel heeft gebaseerd op de vaststelling dat de Russische Federatie te kennen heeft gegeven dat haar genoemde brieven niet als een deelname aan de arbitrale procedure moesten worden opgevat, dat oordeel ook niet in stand kan blijven.

4.28 De klacht mist feitelijke grondslag. Namens de Russische Federatie is in de begeleidende brief van 1 juli 2015 aangegeven dat de bijgevoegde brief van 16 juni 2015 niet als deelname aan de arbitrage moet worden opgevat. Het hof baseert daar zijn oordeel echter niet op, want het overweegt:

[] 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 [betrokkene 1] 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. [] Doorslaggevend is dat de hoofdboodschap van de brief van 12 augustus 2015 [dit moet zijn: 16 juni 2015, A-G] 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. []

4.29 Subonderdeel 1.4 betoogt dat het oordeel van het hof onjuist, onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd is in het licht van de stelling van Belbek c.s. dat het scheidsgerecht in de brieven een bevoegdheidsverweer heeft gelezen. Hoe het scheidsgerecht de communicatie van de Russische Federatie heeft begrepen kan een uitlegfactor zijn. Dit heeft het hof miskend, ook door te overwegen dat de brieven naar objectieve maatstaven moeten worden uitgelegd. De omstandigheid dat het scheidsgerecht ook zonder de brieven gehouden was zijn eigen bevoegdheid te toetsen, is in dit verband irrelevant.

4.30 Ik lees de klacht zo dat het feit dat volgens het scheidsgerecht door de Russische Federatie een *bevoegdheidsverweer* is gevoerd, impliceert dat zij ook is verschenen in het arbitraal geding en dat het hof deze interpretatie van het scheidsgerecht had moeten meenemen in zijn beoordeling of de Russische Federatie in dat geding is verschenen.

4.31 De klacht kan bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Zelfs als het zo is dat het hof dit allemaal niet heeft meegewogen terwijl het dat (rechtens) wel had moeten doen, blijft staan dat het gaat om een bevoegdheidsverweer - zijnde een exceptie - en niet om een verweer ten principale. Dat laatste is

echter vereist om te zijn verschenen in het arbitraal geding in de zin van art. 1052 lid 2 Rv (zie hiervoor).

4.32 In subonderdeel 1.5 stellen Belbek c.s. dat hetzelfde geldt voor het oordeel van het hof dat het scheidsgerecht er tijdens de arbitrage blijk van heeft gegeven de Russische Federatie als niet verschenen te beschouwen. Het hof wijst op een hoofdstuk van het arbitraal tussenvonniss, waaruit volgt dat de Russische Federatie niet heeft geparticipeerd in de arbitrage. Deze overweging is onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd in het licht van het feit dat het scheidsgerecht in de brieven van de Russische Federatie een bevoegdheidsverweer heeft gelezen. Daaruit volgt immers logischerwijs dat het scheidsgerecht de Russische Federatie wel degelijk als verschenen moet hebben beschouwd, omdat een niet verschenen partij geen bevoegdheidsverweren kan aanvoeren.

4.33 Deze klacht faalt om dezelfde reden als hiervoor genoemd. Belbek c.s. maken geen onderscheid tussen het verschijnen in een arbitraal geding in algemene zin en in een arbitraal geding zijn verschenen in de zin van art. 1052 lid 2 Rv. Het kan daarom zo zijn dat de Russische Federatie niet is verschenen in de zin van art. 1052 lid 2 Rv, hoewel een bevoegdheidsverweer is gevoerd en dat een verschijnen in het arbitraal geding in algemene zin impliceert. Het hof lijkt dit onderscheid te onderkennen door aan het slot van rov. 5.3.7 te overwegen dat de Russische Federatie terecht naar voren heeft gebracht dat het scheidsgerecht en Belbek c.s. de Russische Federatie als niet verschenen hebben beschouwd. Naast het bevoegdheidsverweer is er geen materieel verweer tegen de vordering van Belbek c.s. gevoerd.

4.34 Genoemd onderscheid lijkt ook te volgen uit (de eerste paragraaf van) hoofdstuk 3 van het arbitraal tussenvonniss waarnaar het hof verwijst:

3. The Respondents non-participation

166. As is apparent from the procedural history set out above, the only communication by the Russian Federation in these proceedings was a letter dated 1 July 2015 [] transmitting a letter dated 16 June 2015 []. By this correspondence, the Respondent challenged the Tribunals jurisdiction and admissibility of the claims []. Since this correspondence, the Russian Federation has not participated in these proceedings in any way.

Tweede onderdeel (niet beslist op het subsidiaire verweer)

4.35 Met het tweede onderdeel bestrijden Belbek c.s. het oordeel van het hof, en met name de conclusie in rov. 5.3.8, dat de Russische Federatie niet het recht heeft verwerkt om bepaalde onbevoegdheidsgronden in deze vernietigingsprocedure naar voren te brengen. Het hof heeft niet gerespondeerd op de stelling van Belbek c.s. dat de eisen van goede rechtspleging en effectiviteit van arbitrage, een bewuste beslissing om niet te verschijnen met als doel of voorbehoud om in de vernietigingsprocedure verweer te gaan voeren, in strijd kan zijn met de eisen van de goede procesorde. Subsidiair hebben Belbek c.s. dan ook aangevoerd dat, ook als het hof zou oordelen dat de Russische Federatie niet is verschenen, toch het recht verwerkt is om bepaalde bevoegdheidsverweren te voeren in de vernietigingsprocedure, gezien de eisen van een goede procesorde en/of een behoorlijke arbitrale rechtspleging. Het oordeel is daarmee niet alleen onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd, maar ook onjuist, want in strijd met art. 23/24 Rv.

4.36 De klacht faalt. Het hof heeft de subsidiaire stelling van Belbek c.s. impliciet verworpen door het beroep op rechtsverwerking categorisch af te wijzen in rov. 5.3.8.46 Daarmee verworpt het hof alle door Belbek c.s. aangevoerde gronden voor rechtsverwerking. De weergave van (de toelichting van) het verweer van Belbek c.s. die het hof in rov. 5.3.3 en 5.3.4 geeft, bevat weliswaar niet letterlijk de hier bedoelde grondslag (goede procesorde/behoorlijke rechtspleging), maar het hof lijkt dit standpunt wel onder ogen te hebben gezien in rov. 5.3.4.4. Na in rov. 5.3.4.1 - 5.3.4.3 de gronden die zien op art. 1052 lid 2 Rv jo. art. 1065 lid 2 Rv te hebben samengevat, overweegt het hof dat Belbek c.s. hun

verweer zo hebben toegelicht dat als het gevolg van het opwerpen van het (enkele) bevoegdheidsverweer in de arbitrage, het de Russische Federatie niet is toegestaan andere bevoegdheidsverweeren dan dit enkele bevoegdheidsverweer aan te voeren. Het aangevallen oordeel is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

Slotsom

4.37 Slotsom is dat (ook) het incidentele middel niet tot cassatie kan leiden.

5 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van zowel het principaal cassatieberoep als het incidenteel cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

-
- ¹ Zie ook het bestreden arrest onder 3.
 - ² De officiële naam van het verdrag is de *Agreement between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the encouragement and mutual protection of investments*.
 - ³ De tekst is overgelegd als productie RF-001 van de Russische Federatie. Een (andere) Engelse vertaling staat o.a. op de website van UNCTAD: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2233/download>.
 - ⁴ Een gedetailleerder chronologisch overzicht van de gebeurtenissen op de Krim wordt gegeven door het Scheidsgerecht in de Interim Award van 24 februari 2017, gecorrigeerd op 27 maart. 2017, punt 69-86.
 - ⁵ Op 27 maart 2014 nam de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties een resolutie aan (nr. 68/262) over 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 []*.
 - ⁶ Deze brieven, aangeduid als Respondents Letters, worden geciteerd in de Interim Award, punt 15 en 16.
 - ⁷ Hof Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1296.
 - ⁸ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969, *Trb.* 1972, 51 (Engels en Frans), gerectificeerd in *Trb.* 2018, 219 en *Trb.* 1977, 169 (Nederlandse vertaling), vervangen door *Trb.* 1985, 79.
 - ⁹ Dat is bijvoorbeeld niet het geval als is gekozen voor een arbitrageprocedure bij het International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) te Washington, dat een eigen vernietigingsprocedure kent.
 - ¹⁰ Ondanks het woordgebruik (heeft het hof miskend dat) in de toelichting bij de klacht op p. 5-6 van de procesinleiding, lees ik hierin geen rechtsklacht, mede omdat in de tweede zin van die toelichting staat: *Thans daargelaten de juridische (on)juistheid van die dubbele invulling van het BIT-begrip territory []*. Voor zover de Russische Federatie in de repliek (nr. 12) alsnog een rechtsklacht tegen rov. 5.5.10 zou willen richten (met de kwalificatie van die overweging als onjuist), is dat te laat. Ook Belbek c.s. lezen in onderdeel 1.2 alleen een motiveringsklacht (schriftelijke toelichting nr. 19 en dupliek nr. 2).

- ¹¹ In de schriftelijke toelichting nr. 1.2 staat: *De soevereiniteitkwestie wordt ook aan de orde gesteld in middelonderdeel 1.2. in relatie tot het WVV. Dat klaagt er in essentie over dat verdragen betrekking hebben op het hele soevereine grondgebied van een verdragsstaat en dat verdragen geen werking kunnen hebben in gebieden waarover een verdragsstaat - volgens arbiters en hof - louter rechtsmacht en effectieve controle hebben. []*
- ¹² B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/133 en 282. Het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv) staat hieraan in de weg.
- ¹³ Zie Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/221.
- ¹⁴ Zie bijv. HR 19 februari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2856, *NJ* 1999, 428 ([] / [] BV), rov. 3.4.2 in samenhang gelezen met de *NJ*-noot van A.R. Bloembergen die opmerkt: *Uit de slotwoorden van rov. 3.4.2 blijkt dat verweerder de rechtsstrijd op een bepaald punt kan aanvaarden, ook als dat punt in het middel niet voldoende is ontvouwd. [] Hier heeft verweerder in haar schriftelijke toelichting vrijwel niets gezegd over onderdeel 2. In haar dupliek heeft zij gezegd dat de Hoge Raad deze klachten buiten beschouwing moest laten en vervolgens zekerheidshalve kort uiteengezet waarom zij niet gegrond zijn. Dit laatste is voor een aanvaarding uiteraard niet voldoende.*
- ¹⁵ In de schriftelijke toelichting van de Russische Federatie nr. 1.22 staat dat onderdeel 2 gericht is tegen rov. 5.4.4 en 5.4.6. Dit lijkt een verschrijving; bedoeld zal zijn rov. 5.4.5.
- ¹⁶ Daarnaast wordt ook nog verwezen naar randnummers waarin een bewijsaanbod is geformuleerd en delen van de conclusie van repliek.
- ¹⁷ Dit lijkt mij juist in het licht van HR 21 februari 1913, ECLI:NL:HR:1913:36, *NJ* 1913, p. 584 ([] / []), aldus ook Asser Procesrecht/Sanders, Meijer & Ernste 8 2023/492; G.J. Meijer, in: *T&C Rv*, commentaar op art. 1065 Rv, aant. 2.a. (online bijgewerkt t/m 1 juli 2023); H.J. Sniijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 559 (art. 1065 Rv, aant. 2) en Rb. Rotterdam 18 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5670 (*X/Cimcool*), rov. 4.6-4.8.
- ¹⁸ Asser Procesrecht/Asser 3 2023/306.
- ¹⁹ Ik vermoed dat in de procesinleiding in plaats van de komma tussen 5.9.11 en 5.9.15 een streepje had moeten staan, maar dat maakt voor mijn bespreking van de klacht niet uit.
- ²⁰ B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/105.
- ²¹ A.E.B. ter Heide, Middelman: aan een cassatiemiddel te stellen eisen, *TCR* 2001/4, p. 79 (onder 6).
- ²² Zie het citaat uit procedural order no. 7 in gerechtshof Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1294, *JBPr* 2023/66 m.nt. J.K. van Hezewijk (*Russische Federatie/PrivatBank*), rov. 3.20.
- ²³ In art. 2.2 van *Procedural Order No. 8* staat: *[] The Tribunal has also already issued two Awards addressing issues of jurisdiction and admissibility. In particular, in its Partial Award, the Tribunal decided all issues of jurisdiction and admissibility that remained outstanding after its Interim Award and found that it has jurisdiction over the Claimants claims under the Treaty and that the Claimants claims are admissible. In art. 2.3 staat verder: The Tribunals Awards are final and binding on the Parties. Pursuant to Article 9(3) of the Treaty, from which the Tribunal derives its jurisdiction, the arbitral award shall be final and binding upon both parties to the dispute.*
- ²⁴ Asser/Vonken 10-I 2023/404
- ²⁵ Zie bijv. HR 22 februari 2002, ECLI:HR:2002:AD8197, *NJ* 2003/483, m.nt. P. Vlas, r.o. 5.3; HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1522, *NJ* 2013/235, m.nt. Th.M. de Boer (*Rafidain Bank/Solvochem*), r.o. 3.6; HR 8 april 1927, ECLI:NL:HR:1927:33, *NJ* 1927, p. 1110 m.nt. P.W.A. Scholten ([] / [] *Aktiengesellschaft*). Vgl. Vlas, *IPR en BW* (Mon. BW nr. A27) 2015/27: *Art. 10:2 BW bepaalt dat de regels van internationaal privaatrecht en het door die regel aangewezen recht ambtshalve worden toegepast. De regel stemt overeen met art. 25 Rv, waarin in algemene zin is bepaald dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvult. De rechter zal de door partijen aangedragen feiten moeten interpreteren, daaruit conclusies moeten trekken en vervolgens de wet daaronder begrepen het internationaal privaatrecht op die feiten moeten toepassen. []*.

- ²⁶ Vgl. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1979, NJ 2011/8 ([] /TMF Nederland), rov. 5.1: *Onderdeel A klaagt terecht dat het hof heeft verzuimd ingevolge art. 25 Rv ambtshalve vast te stellen wat de inhoud is van het volgens TMF c.s. toepasselijke recht van de British Virgin Islands. Het oordeel van het hof dat onvoldoende gesteld of gebleken is dat dit recht leidt tot een ander oordeel dan het Nederlandse recht, miskent dat de rechter hier een zelfstandige taak heeft.*
- ²⁷ Voor zover in schriftelijke toelichting nr. 4.3-4.4 is getracht een klacht tegen dit deel van de beoordeling van het hof te richten, is dat te laat. In nr. 4.4 staat: *De Russische Federatie heeft niet gesteld dat het gebruik van offshore entiteiten als zodanig in strijd is met de wet. De Russische Federatie had in feitelijke instanties gesteld dat er sprake is van witwassen. [].* Overigens zou deze opmerking niet tot cassatie kunnen leiden, omdat de Russische Federatie niet de uitleg/samenvatting door het hof van de stelling van de Russische Federatie (in rov. 5.9.7.6) heeft aangevochten.
- ²⁸ Op grond van art. IV van de Wet modernisering arbitragerecht (*Stb.* 2014, 200) is deze wet niet van toepassing op arbitrageprocedures die vóór 1 januari 2015 aanhangig zijn gemaakt. De arbitrageprocedure die in deze zaak centraal staat, is op 13 januari 2015 geëntameerd (zie Interim Award, nr. 5).
- ²⁹ Uit *Kamerstukken I* 1985/86, 18 464, nr. 191b (*MvA*), p. 2 (onderaan) volgt dat deze bepaling is gebaseerd op art. V van het niet namens Nederland ondertekende Europees Verdrag van 21 april 1961 inzake de internationale handelsarbitrage, United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 349. Het eerste lid van deze bepaling wordt deels aangehaald in de parlementaire geschiedenis: *The party which intends to raise a plea as to the arbitrators jurisdiction based on the fact that the arbitration agreement was either non-existent or null and void or had lapsed shall do so during the arbitration proceedings, not later than the delivery of its statement of claim or defence relating to the substance of the dispute; [].*
- ³⁰ Aldus ook: Rb. Rotterdam 18 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5670 (*X/Cimcool*), rov. 4.3.
- ³¹ *Kamerstukken II* 1985/86, 18 464, nr. 6 (*MvA*), p. 29 (Meijer e.a., Parlementaire Geschiedenis Arbitragewet 2015/III.34.6 en *TvA* 1986/2, p. 82). Zie ook G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 869.
- ³² H.J. Sniijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 303 (art. 1038 Rv, aant. 1).
- ³³ H.J. Sniijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 415 (art. 1052 Rv, aant. 2). Aldus ook Van Delden, in: A.J. van den Berg, R. van Delden & H.J. Sniijders, *Arbitragerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 97: *verschijnen* (bedoeld is: aan de gedingvoering deelnemende).
- ³⁴ G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 864.
- ³⁵ Zie ook P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht, nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer 2001, p. 25 (commentaar op art. 1052 lid 2 Rv): *Verweerder is niet verschijnen. Dit is een geval van art. 1040 []. Indien een verweerder verstek laat gaan, kan het scheidsgerecht aanstonds vonnis wijzen [].*
- ³⁶ G.J. Meijer, in: *T&C Rv*, commentaar op art. 1052 Rv, aant. 2.c. (online bijgewerkt t/m 1 juli 2023).
- ³⁷ HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, NJ 2022/102 m.nt. C.M.J. Ryngaert & A.I.M. van Mierlo (*Russische Federatie/Veteran Petroleum Limited c.s.*), rov. 5.2.7.
- ³⁸ HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, NJ 2015/318 m.nt. H.J. Sniijders (*Republiek Ecuador/Chevron Corporation I*), rov. 4.2.
- ³⁹ Art. 1065 lid 2 Rv luidt: *De grond, bedoeld onder a van het eerste lid, kan niet tot vernietiging leiden in het geval genoemd in art. 1052, tweede lid.*
- ⁴⁰ HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443, NJ 2010/170 m.nt. H.J. Sniijders, *TvA* 2009, 50 (p. 134) m.nt. B.C. Punt ([] /*Ruwa Bulbs*). Aldus ook HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003, NJ 2010/169 m.nt. H.J. Sniijders ([] / []), rov. 4.3.4.
- ⁴¹ De toelichting bij art. 1027 lid 4 Rv luidt dan ook (*Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (*MvT*), p. 10): *[] In het stelsel van het ontwerp past het dan ook te bepalen dat een partij, door mee te werken aan de benoeming, niet het recht verliest later nog een beroep te doen op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage. Dit beroep zal door een partij die voor het scheidsgerecht is verschijnen voor alle weren moeten worden gedaan (zie artikel 1052, tweede lid).[].* (mijn onderstreping)
- ⁴² Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/68.

⁴³ Zie bijv. HR 25 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2710, NJ 1998/893 (*Annico Maritime*), rov. 2.2. Vgl. Snijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/144.

⁴⁴ HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3979, NJ 2010/403 (*B.V. Engeneering Design Documentation Services/Electronic Data Systems Corporation*), rov. 3.5.

⁴⁵ Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht* 2021/65 (p. 89). Zie ook HR 22 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1104, NJ 1994, 374 m.nt. H.E. Ras (*Staat/G.*), rov. 3.3: *[] Aldus moeten de in art. 141 lid 2 [thans art. 128 lid 3 Rv, A-G] genoemde excepties worden beperkt tot die verweermiddelen die ertoe strekken dat de rechter, aan wie het geschil is voorgelegd, op grond van regels van processuele aard niet tot een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil zelf kan komen. []*. Zie ook A-G Asser in punt 2.3 (aan het slot) van zijn conclusie vóór dat arrest: de regel van art. 1052 lid 2 Rv ziet op een exceptie van onbevoegdheid die vóór alle weren moet worden opgeworpen.

⁴⁶ B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie*, 2019/115 (in fine): *[] Een rechterlijke vaststelling die strijdt met een stelling van een partij, houdt een (impliciete) verwerping van die stelling in. []*.
