

# ECLI:NL:PHR:2024:44

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	12-01-2024
Datum publicatie	08-03-2024
Zaaknummer	22/03902
Rechtsgebieden	Burgerlijk procesrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Procesrecht. Investeringsarbitrage. Vernietigingsprocedure. Onteigeningen na incorporatie van de Krim. Bevoegdheid scheidsgerecht. Materieel en temporeel 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

**Nummer** 22/03902

**Zitting** 12 januari 2024

CONCLUSIE

B.J. Drijber

In de zaak van

**De Russische Federatie,**

eiseres tot cassatie,

verweerster in het incidenteel cassatieberoep,

tegen

- 1 NJSC Naftogaz of Ukraine,**
- 2. National Joint Stock Company Chornomornaftogaz,**
- 3. JSC Ukrtransgaz,**
- 4. Likvo LLC,**
- 5. JSC Ukrigasvydobuvannya,**
- 6. JSC Ukrtransnafta,**
- 7. Subsidiary Company Gaz Ukrainy,**

verweersters in cassatie,

eiseressen in het incidenteel cassatieberoep.

Partijen worden aangeduid als **Russische Federatie** respectievelijk **Naftogaz c.s.**

## **1 Inleiding en samenvatting**

- 1.1 Deze zaak betreft een procedure tot vernietiging van een arbitrale uitspraak. Naftogaz 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 Naftogaz 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), art. 1065 lid 1, onder c, Rv (schending opdracht) 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. Naftogaz 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 22/03895 (*Belbek c.s.*), zaak 22/03897 (*Privatbank*) en zaak 22/03901 (*Everest c.s.*). In de eerste twee zaken, *Belbek*

*c.s.* en *Privatbank*, heeft het scheidsgerecht dezelfde samenstelling. Dat scheidsgerecht heeft een tussenvonnissen over zijn bevoegdheid en een gedeeltelijk eindvonnis over de gegrondheid van de vorderingen gewezen. 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 gewezen en de vernietigingsprocedure is daartegen gericht. In de laatste zaak, de onderhavige zaak *Naftogaz c.s.*, heeft het scheidsgerecht een gedeeltelijk eindvonnis (*Partial Award*) gewezen; één arbiter heeft een *dissenting opinion* gegeven. In april 2023, hangende de cassatieprocedure, heeft het scheidsgerecht eindvonnis gewezen, opnieuw bij meerderheid.

- 1.6 Het hof heeft de vorderingen in de eerste drie zaken afgewezen. Alleen in de onderhavige zaak 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 (zie rov. 5.7.6).
- 1.7 Ik meen dat in deze zaak, de zaak *Belbek c.s.* en in de zaak *Privatbank* 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 grieven over de wijze waarop *Everest c.s.* enkele vastgoedobjecten indertijd hebben verkregen. Ik acht in die zaak enkele 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 *Belbek c.s.* onvoorwaardelijk en in de zaken *Privatbank* en *Everest c.s.* voorwaardelijk. 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 de volgende feiten worden uitgegaan.<sup>1</sup>

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

## **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 Naftogaz is een Oekraïens staatsconcern dat gas produceert en verhandelt. Chornomornaftogaz is een dochtervennootschap van Naftogaz op de Krim. Ukrtransgaz was een bedrijf dat pijpleidingen en gasopslagfaciliteiten exploiteerde; in 2020 is zij opgehouden met de exploitatie van gaspijpleidingen en voortgegaan als gasopslagbedrijf. Likvo verleende noodhulpdiensten aan de olie- en gasactiviteiten van Naftogaz op de Krim. Na een fusie in 2020 zijn de juridische rechten van Likvo overgegaan op Ukrgasvydobuvannya, een van de grootste producenten van gas en olie in Oekraïne. Ukrtransnafta is een transport- en opslagbedrijf voor olie. Zij bezat een gezondheidsresort in aanbouw op de Krim. Gaz Ukrainy was betrokken bij de inning van vorderingen van Naftogaz. Zij bezat voertuigen en materieel op de Krim.
- 2.6 Op 17 maart 2014 nam de *State Council of the Republic of Crimea*, de Staatsraad van de toen net opgerichte Republiek de Krim, besluit No. 1758-6/14 om vergunningen, gebruiksrechten, exploitatierechten en overige eigendommen van Chornomornaftogaz en Ukrtransgaz te nationaliseren. Op 11 april 2014 oteigende de Staatsraad van de Krim een aantal investeringen van Naftogaz, waaronder drie vergunningen voor offshore exploratie en het recht om het gaspijpleidingsysteem van de Krim te gebruiken. Op 30 april 2014 oteigende diezelfde Staatsraad het overige bezit van Naftogaz op de Krim.
- 2.7 De meeste oteigende bezittingen werden overgedragen aan het op 17 maart 2014 opgerichte Russische staatsbedrijf Chernomorneftegaz. Daarnaast werden fysieke maatregelen getroffen om de bezittingen van Chornomornaftogaz en Ukrtransgaz onder controle te krijgen.
- 2.8 Op 17 oktober 2016 hebben Naftogaz c.s. een arbitrale procedure aanhangig gemaakt tegen de Russische Federatie. Het standpunt van Naftogaz c.s. in deze arbitrage is dat de Russische Federatie onder meer art. 5 BIT 1998 inzake oteigening 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.

2.9 De Russische Federatie heeft het PHA bij brief van 19 januari 2017 van [betrokkene 1] van het Russische ministerie van Justitie medegedeeld dat zij de jurisdictie van de internationale arbitrage bij het PHA niet erkende. De brief luidt als volgt:

The notice of initiation on the basis of 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 dated 27 November 1998 (hereinafter Agreement) of the international arbitration proceedings at the Permanent Court of Arbitration (the Hague) with respect to the claim filed by the NJSC Naftogaz Of Ukraine, PSC State Joint Stock Company Chornomornaftogaz, PJSC Ukrtransgaz, PJSC Ukrigasvydobuvannya, PJSC Ukrtransnafta, SC Gaz Ukrainy and SC Likvo is hereby returned.

The present claim obviously cannot be heard under the Agreement, and consequently, the Agreement cannot serve as a basis to form an arbitration to resolve the dispute.

According to item 1 of Article 1 of the Agreement the term investments shall mean 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. The property, which is the subject of the dispute, is located in Republic of Crimea and the city of Sevastopol, which had previously been a part of Ukraine. The assets of claimants are not investments, because they have not been made in the territory of the Russian Federation, and, if ever made, they have been made prior to the accession of the Republic of Crimea and the city of Sevastopol to the Russian Federation and not in accordance with the legislation of the Russian Federation. No taxes have been collected on these assets in accordance with the legislation of the Russian Federation and they have not contributed to the economic development of the Russian Federation.

On the basis of the foregoing, the Russian Federation does not recognize the jurisdiction of the international arbitration at the Permanent Court of Arbitration to hear the present dispute.

Attachment: on 54 pages in a single copy

2.10 De Russische Federatie heeft er dus voor gekozen niet actief deel te nemen in de eerste fase van de arbitrage. Zij heeft, na deze brief, 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.

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

2.12 De arbitrageprocedure is door het scheidsgerecht gesplitst (*bifurcation*)<sup>6</sup> met als doel om kwesties betreffende bevoegdheid (*jurisdiction*) en aansprakelijkheid (*liability*) in een preliminaire procedure te behandelen. Op 22 februari 2019 heeft de meerderheid van het scheidsgerecht een gedeeltelijke einduitspraak gedaan (*Partial Award*). Het dictum van deze meerderheidsuitspraak luidt als volgt:

## **PART 20 - DISPOSITIF**

274. For the reasons set out above, the Tribunal by majority rules:

(a) that the Tribunal has jurisdiction over the claims;

(b) that the Claimants have established a violation of Article 5 (expropriation) and Article 2(1) (full and unconditional legal protection) and Article 3(1) (most favored nation treatment) of the BIT.

275. The Tribunal will therefore proceed to the quantum phase of the arbitration.

2.13 Voordien, op 13 februari 2019, had arbiter Stanivuković haar andersluidende mening in de zaak (*Dissenting Opinion*) te kennen gegeven.

2.14 Bij brief van 10 juli 2019 heeft de Russische Federatie te kennen gegeven alsnog te willen deelnemen aan (het vervolg van) de arbitrale procedure. Zij heeft bij die brief diverse verzoeken gedaan, waarop het scheidsgerecht heeft gerespondeerd in *Procedural Order no. 8* van 6 oktober 2019.<sup>7</sup> Deze beslissing van het scheidsgerecht luidt als volgt:

#### 4. The Tribunals Decision

4.1 The Tribunal [] concludes as follows:

4.1.1 With respect to Russias request to submit full argument on the jurisdictional issues [], [] even assuming the Tribunal has such a discretion in this case to re-open the jurisdictional phase it declines to do so.

4.1.2 Procedural Order No. 7 dated 21 August 2019 invited the Respondent to address the Tribunals authority to entertain further submissions in respect of jurisdictional **issues not already dealt with in the Partial Award**. The respondent has outlined in Part III of its submissions dated 6 September 2019 the issues it wishes to argue. All of those issues have already been canvassed by the Tribunal and dealt with in both the majority and dissenting opinions. In particular, Item 5 in Part III asserts that [t]he majority of investments were made before 1992. In this case, however, the Tribunal bifurcated all issues dealing with the quantification of the claim. The Tribunal specifically noted in paragraph 175 of the Partial Award that [t]he Treaty itself is not without temporal limitations. Article 12 restricts protection to investments made on or after January 1, 1992. Accordingly subject matter jurisdiction was affirmed only in respect of investments made after that date. The quantification phase will only deal with investments made after that date.

4.1.3 [] While it is important to protect the procedural rights of the Respondent, it is equally important not to impose on the Claimants further proceedings to address objections on which the Respondent was repeatedly invited to make submissions in a timely way but repeatedly declined to do so. Accordingly the request of the Respondent to reopen the hearing on jurisdictional objections is denied. The Tribunal will proceed directly to the quantum stage.

2.15 Kort voordat zij aangaf alsnog te willen deelnemen aan de arbitrale procedure heeft de Russische Federatie, bij dagvaarding van 21 juni 2019, gevorderd dat het gerechtshof Den Haag (hierna: het **hof**) het arbitrale deelvonnissen (*Partial Award*) vernietigt op de grond (i) dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, (ii) dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden, én (iii) 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. Naftogaz c.s. hebben verweer gevoerd.

2.16 Bij (eind)arrest van 19 juli 20228 (hierna: **het arrest**) heeft het hof de vorderingen van de Russische Federatie gedeeltelijk toegewezen 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**).<sup>9</sup> (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 WWV. (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 brief die in 2017 namens de Russische Federatie is gestuurd (geciteerd in rov. 2.9), heeft dat karakter niet. Het scheidsgerecht was, los van die brief, 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 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 geen oordeel gegeven over de soevereine status van de Krim. Het begrip *territory* moet volgens het scheidsgerecht niet worden uitgelegd als *sovereign territory*. De Russische Federatie had *effective control* en de *facto authority* over de Krim. Als de verdragspartijen met *territory* bedoelden *sovereign territory* dan hadden ze dat wel zo bepaald. (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 WWV 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. Naftogaz 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 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) Art. 12 BIT 1998 moet zo worden uitgelegd dat alleen investeringen die op of na 1 januari 1992 zijn gedaan onder het beschermingsbereik van de BIT 1998 vallen. Dit volgt uit: (i) de letterlijke bewoordingen van art. 12; (ii) een uitleg van art. 12 BIT 1998 conform de regels van art. 31 WWV; en (iii) de *travaux préparatoires* en de statenpraktijk. (rov. 5.7.5.1-5.7.5.7)

(j) Het arbitrale deelvonnis wordt vernietigd voor zover het scheidsgerecht heeft geoordeeld dat het bevoegd is alle vorderingen te beoordelen, aangezien het alleen bevoegd is te oordelen over investeringen die op of na 1 januari 1992 zijn gedaan. Omdat de discussie over de vraag wanneer de investeringen zijn gedaan nog wordt gevoerd in de arbitrale procedure, zal het hof zich onthouden van een oordeel over de kwestie welke (individuele) investeringen voor bescherming in aanmerking komen. (rov. 5.7.6-5.7.7)



(k) De investeringen van Naftogaz 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 - na 1 januari 1992 gedane - investeringen zich op het moment van de gestelde inbreuk op het grondgebied van de andere verdragsstaat bevonden. (rov. 5.8.8)

(l) De investeerder moet volgens de wetten van zijn eigen land de bekwaamheid hebben om investeringen te verrichten op het grondgebied van de Krim. Naftogaz 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 Naftogaz c.s. geen *investors* zijn als bedoeld in de BIT 1998 gaat niet op en kan dus ook niet leiden tot (algehele) onbevoegdheid van het scheidsgerecht. (rov. 5.9.6)

(m) Het stond het scheidsgerecht vrij om de vorderingen van Naftogaz c.s. gebundeld te behandelen. Dit levert geen grond op voor vernietiging. (rov. 5.11.6 en rov. 5.13.1)

(n) 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. (rov. 5.14.7)

2.17 De Russische Federatie heeft tijdig cassatieberoep ingesteld tegen het arrest Naftogaz 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.

2.18 Gedurende de cassatieprocedure heeft het scheidsgerecht op 12 april 2023 een arbitraal eindvonnis (*Final Award*) gewezen, waarbij in totaal meer dan USD 4 miljard aan Naftogaz c.s. is toegewezen als schadevergoeding.<sup>10</sup> Ook dit was een meerderheidsbeslissing.<sup>11</sup> De onderhavige cassatieprocedure ziet alleen op het arrest van het hof waarin is beslist op de vorderingen tegen het arbitraal deelvonnis (*Partial Award*).

### **3 Bespreking van het principale cassatiemiddel**

#### *Inleidende opmerkingen*

3.1 Het principale middel bestaat uit een inleiding met een samenvatting van klachten die in vijf onderdelen worden uitgewerkt en zich als volgt laten 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.
- Onderdeel 3 bevat klachten over de overweging van het hof waarin het zich onthoudt van een oordeel over de kwestie welke investeringen voor bescherming in aanmerking komen.
- Onderdeel 4 heeft als doelwit de beslissing van het hof om alleen het bevoegdheidsoordeel deels te vernietigen, maar niet de verklaring voor recht dat de Russische Federatie met betrekking tot alle voorgelegde investeringen de BIT 1998 heeft geschonden.
- Onderdeel 5 heeft een voortbouwend karakter.

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.

- 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 volkenrechtelijke overeenkomst tussen twee staten die inhoudt dat over en weer bescherming wordt geboden aan investeerders uit de ene staat (thuisstaat) die investeren in de andere staat (gaststaat). 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.<sup>12</sup> 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. 5.5.20 en 5.5.21. Deze overwegingen luiden als volgt (onderstreping hier en hierna in deze conclusie toegevoegd):

5.5.20 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 WWV, 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.

5.5.21 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)vonniss oplevert. []].

3.14 Het middel klaagt dat het oordeel in rov. 5.5.20 onjuist is en/of ontoereikend is gemotiveerd, waardoor ook rov. 5.5.21 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 echter 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 zon 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. 5.5.20 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 art. 5.5.20 geeft al aan dat die conclusie is gebaseerd op het voorgaande. Daarmee doelt het hof op rov. 5.5.6-5.5.19 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. 5.5.20 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. 5.5.20.

3.18 Voor de klacht tegen rov. 5.5.21 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. 5.5.6-5.5.19.

3.19 Subonderdeel 1.2 bevat een motiveringsklacht die is gericht tegen rov. 5.5.10.13 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. 5.5.18).

3.22 Subonderdeel 1.3 bevat nog de voortbouwklacht dat bij het slagen van 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)*

3.23 Dit onderdeel is gericht tegen rov. 5.4.4 en 5.4.5.14 Deze overwegingen luiden:

5.4.4 De stelling van de Russische Federatie dat de meerderheid van het scheidsgerecht, niettegenstaande zijn hierboven geciteerde overwegingen, met haar 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 de meerderheid van het scheidsgerecht met haar 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. De meerderheid van het scheidsgerecht heeft in de arbitrale tussenuitspraak echter geoordeeld, dat het begrip *territory* nu juist niet moet worden uitgelegd als *sovereign territory* in deze zin. De meerderheid van het scheidsgerecht oordeelde dat de Russische Federatie *effective control and de facto authority* had en dat als de contractspartijen met *territory* bedoelden *sovereign territory*, zij dat wel gezegd zouden hebben. Het scheidsgerecht hoefde, gegeven deze uitleg, geen oordeel te geven over het soevereiniteitsgeschied 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.

3.24 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 Naftogaz 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 uitdrukkelijk - zelfs als algemene basis van het begrip *territory*, buiten en binnen de BIT - in zijn eigen overwegingen heeft erkend.

3.25 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.

3.26 De klacht faalt derhalve.

3.27 *Onderdeel 3 (het tijdstip waarop de investeringen zijn gedaan)*

3.28 De klachten in onderdeel 3 hebben als doelwit rov. 5.7.7.15 Deze overweging luidt als volgt:

*Het tijdstip waarop de investeringen zijn gedaan*

5.7.7 Naftogaz c.s. hebben subsidiair aangevoerd dat alle investeringen na 1992 zijn gedaan. Dat is door de Russische Federatie betwist. Bij pleidooi heeft de Russische Federatie zich in dit verband

beroepen op het beginsel van *unity of investment* dat tot gevolg zou hebben dat de gehele investering van Naftogaz c.s. in het gas- en olieconcern vóór 1 januari 1992 is gedaan. Beide partijen hebben ter onderbouwing van hun standpunten stukken uit de *quantum phase* van de arbitrage in het geding gebracht.

Omdat daaruit blijkt dat de discussie over de vraag wanneer de investeringen zijn gedaan nog wordt gevoerd in de arbitrale procedure, zal het hof zich onthouden van een oordeel over de kwestie welke investeringen voor bescherming in aanmerking komen.

- 3.29 In subonderdeel 3.1 klaagt de Russische Federatie dat het hof de beoordeling van de bevoegdheid van het scheidsgerecht ten onrechte heeft overgelaten aan het scheidsgerecht. Met het oordeel dat het scheidsgerecht alleen bevoegd is voor zover sprake is van investeringen die daadwerkelijk ná 1 januari 1992 zijn gedaan, beslist het hof niet over de bevoegdheid van het scheidsgerecht omdat het hof niet oordeelt *welke* investeringen aan de vereisten van art. 12 BIT 1998 voldoen. Het hof beoordeelt in dat kader niet de *unity of investment*- en rechtsopvolgingsargumenten die de Russische Federatie hebben gevoerd. Daarmee miskent het hof dat de beoordeling van de bevoegdheid van het scheidsgerecht de exclusieve verantwoordelijkheid van de overheidsrechter is. Die beoordeling kan niet aan het scheidsgerecht worden overgelaten, althans daarvoor kan (de facto) niet worden terugverwezen naar het scheidsgerecht.
- 3.30 Met subonderdeel 3.2 stelt de Russische Federatie dat het oordeel van het hof neerkomt op een onjuiste of verboden delegatie aan het scheidsgerecht, dan wel rechtswegering door het hof. Een oordeel over de geldigheid van de arbitrageovereenkomst kan niet naar het scheidsgerecht worden terugverwezen.
- 3.31 Subonderdeel 3.3 voegt hieraan toe dat het hof een ontoelaatbare onduidelijkheid laat bestaan over de vragen of en in hoeverre het scheidsgerecht bevoegd is te oordelen over de door Naftogaz c.s. voorgelegde investeringen. Door zich te onthouden van een oordeel over *welke* investeringen voor bescherming in aanmerking komen, heeft het hof miskend dat het scheidsgerecht een gewezen deelvonnis niet zelf kan aantasten (afgezien van de regelingen voor aanvulling en verbetering).
- 3.32 De klachten lenen zich voor gezamenlijke bespreking.
- 3.33 De in het licht van art. 12 BIT 1998 door de Russische Federatie opgeworpen bevoegdheidsvraag is door het hof beslist in rov. 5.7.6, zoals ook aangegeven in de slotsommen van rov. 5.12.1 en 5.15.1. Het hof oordeelt op basis van een uitleg van art. 12 BIT 1998 dat het scheidsgerecht alleen bevoegd is te oordelen over investeringen die op of ná 1 januari 1992 zijn gedaan. Investeringen die vóór die datum zijn gedaan, vallen temporeel gezien niet onder de bescherming van de BIT 1998. Op genoemde datum hield de Sovjet-Unie op te bestaan. Daarvóór maakten Rusland en Oekraïne allebei deel uit van de Sovjet-Unie. De uitleg die het hof geeft van genoemd art. 12 BIT 1998 acht ik zeer overtuigend en wordt door de Russische Federatie in cassatie als zodanig niet betwist (zie echter ook onderdeel 3 van het incidentele middel). Haar klachten zien op de vraag of een of meer van de onteigende vermogensbestanddelen zijn te relateren aan investeringen die vóór 1992 zouden zijn gedaan en daarom niet voor bescherming in aanmerking komen.
- 3.34 Het hof heeft zich niet uitgelaten over het moment van investeren door Naftogaz c.s. (rov. 5.7.7). Dat hoefde ook niet, want het hof constateert dat het scheidsgerecht nog een beslissing zal (moeten) nemen over deze vraag. Dat dit in de nog lopende kwantumfase van de arbitrage moet gebeuren, heeft het hof terecht niet van belang geacht. De splitsing van een geding (*bifurcation*) in verschillende fases is een procedurele maatregel,<sup>16</sup> in dit geval genomen om een discussie over de vertrouwelijkheid van bepaalde documenten uit te stellen tot de kwantumfase.<sup>17</sup> De UNCITRAL-regels geven de mogelijkheid tot splitsing indien een onbevoegdheidsverweer wordt gevoerd (art. 23 lid 3).
- 3.35 Het hof geeft met zijn beslissing een signaal aan het scheidsgerecht dat de vraag naar het moment van het doen van de investeringen door Naftogaz c.s. de bevoegdheidsvraag betreft (rov. 5.7.6, rov.

5.12.1 en dictum). Door de gedeeltelijke vernietiging van het deelvonnis (namelijk: van het bevoegdheidsoordeel) dient het scheidsgerecht wederom een bevoegdheidsbeslissing te nemen. Anders dan Naftogaz c.s. betogen, laat het hof daarmee niet het definitieve bevoegdheidsoordeel aan het scheidsgerecht. De partij die het niet eens is met het (ten tijde van het uitspreken van het arrest van het hof nog te geven) bevoegdheidsoordeel van het scheidsgerecht<sup>18</sup>, kan namelijk een vernietigingsprocedure starten. Indien de data van de investeringen van Naftogaz c.s. in die te entameren procedure aan de orde worden gesteld, zal het hof zich daarover in beginsel wél moeten uitspreken.

3.36 De conclusie is dat de klachten van onderdeel 3 falen.

*Onderdeel 4 (in stand laten van verklaring voor recht)*

3.37 De klachten in onderdeel 4 zijn gericht op rov. 5.7.6 en het daaraan ontleende dictum. Deze overweging en beslissing luiden als volgt:

*Gevolgen voor het arbitrale vonnis*

5.7.6 De meerderheid van het scheidsgerecht heeft in de Partial Award beslist:

*(a) that the Tribunal has jurisdiction over the claims;*

Maar daarna heeft het scheidsgerecht Procedural Order no. 8 uitgevaardigd, waarin staat:

*The Tribunal specifically noted in paragraph 175 of the Partial Award that [t]he Treaty itself is not without temporal limitations. Article 12 restricts protection to investments made on or after January 1, 1992 . Accordingly, subject matter jurisdiction was affirmed only in respect, of investments made after that date. The quantification phase will only deal with investments made after that date.* (onderstreping hof).

Het scheidsgerecht vermeldt niet of het aan zijn uiteenzetting in de *Procedural Order* consequenties verbindt voor zijn uitspraak in de *Partial Award* dat hij bevoegd is over de (dus in beginsel alle) claims te oordelen.

Omdat de gevolgen van *Procedural Order no. 8* niet duidelijk zijn, zal de *Partial Award* voor alle zekerheid worden vernietigd, maar dan alleen voor zover het scheidsgerecht heeft geoordeeld dat het bevoegd is om alle vorderingen te beoordelen, aangezien het alleen bevoegd is te oordelen over investeringen die op of na 1 januari 1992 zijn gedaan.

[ ]

## **6 Beslissing**

Het hof:

- vernietigt de *Partial Award* van 22 februari 2019 voor zover het scheidsgerecht heeft geoordeeld dat het bevoegd is om alle vorderingen te beoordelen, aangezien het alleen bevoegd is te oordelen over investeringen die op of na 1 januari 1992 zijn gedaan;

[ ].

3.38

In subonderdeel 4.1 stelt de Russische Federatie dat uit het zojuist geciteerde kan worden afgeleid dat het hof slechts heeft vernietigd de beslissing dat het scheidsgerecht bevoegd is met betrekking tot alle investeringen. Daarmee laat het hof in stand de door het scheidsgerecht gegeven verklaring voor recht dat de Russische Federatie met betrekking tot alle voorgelegde investeringen de artikelen 2, 3 en 5 van de BIT 1998 heeft geschonden. Dat laatste acht de Russische Federatie onbegrijpelijk. Er bestaat immers een onverbreekelijk verband tussen de bevoegdheidsbeslissing en de verklaring voor recht, zodat het hof niet kon volstaan met een partiële vernietiging van de bevoegdheidsbeslissing.

3.39 De klacht in subonderdeel 4.2 luidt: indien en voor zover de beslissing van het hof zo moet worden uitgelegd dat pas in de *quantum phase* duidelijk zou worden of sprake is van een schending van de BIT 1998, de onwenselijke situatie ontstaat dat onduidelijk blijft of en in hoeverre de arbiters gebonden zijn aan de verklaring voor recht. Voor zover het hof heeft geoordeeld dat de arbiters in de *quantum phase* alsnog zouden mogen beslissen over hun bevoegdheid met betrekking tot bepaalde investeringen (en de arbiters in zoverre niet zijn gebonden aan de verklaring voor recht), is dat oordeel rechtens onjuist.

3.40 De klachten falen. Ik citeer nogmaals (zie reeds 2.12) het dictum van de *Partial Award*:

#### **PART 20 - DISPOSITIF**

274. For the reasons set out above, the Tribunal by majority rules:

(a) that the Tribunal has jurisdiction over the claims;

(b) that the Claimants have established a violation of Article 5 (expropriation) and Article 2(1) (full and unconditional legal protection) and Article 3(1) (most favored nation treatment) of the BIT.

275. The Tribunal will therefore proceed to the quantum phase of the arbitration.

3.41 Het hof heeft de beslissing onder (a) vernietigd omdat het scheidsgerecht alleen bevoegd is te oordelen over investeringen die op of na 1 januari 1992 zijn gedaan. Daaruit volgt dat alleen voor investeringen die op of na 1 januari 1992 zijn gedaan, de beslissing onder (b) kan gelden. Dit oordeel over de schending van (materiële) bepalingen van de BIT 1998 is dan immers beperkt tot investeringen die op of na 1 januari 1992 zijn gedaan (zie ook schriftelijke opmerkingen zijdens Naftogaz c.s., nr. 45).

3.42 Het is niet zo dat volgens het hof pas in de *quantum phase* duidelijk kan of moet worden of de vermelde bepalingen van de BIT 1998 zijn geschonden. Wat nog duidelijk moet worden is welke investeringen zijn gedaan op of na 1 januari 1992. Dat betreft de vraag naar de *application of the agreement* van art. 12 BIT 1998. In het licht hiervan zijn de aangevallen overweging en dictum niet als rechtens onjuist of als onbegrijpelijk te bestempelen.

#### *Onderdeel 5 (veegklacht)*

3.43 De klacht in onderdeel 5 behelst louter dat het voorgaande ook rov. 5.12.1 en 5.15.1 en het dictum viteit.

3.44 Deze klacht deelt het lot van de klachten in onderdelen 1 t/m 4 en faalt dus.

#### *Slotsom*

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



#### 4 Bespreking van het incidentele cassatiemiddel

- 4.1 Het incidentele cassatiemiddel is onvoorwaardelijk ingesteld en bestaat uit drie onderdelen. Indien uw Raad met mij van oordeel is dat het principaal cassatieberoep faalt, hebben Naftogaz c.s. geen belang bij hun incidenteel beroep. Ik bespreek dat beroep slechts ten overvloede.
- 4.2 In het eerste onderdeel klagen Naftogaz 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 Naftogaz c.s.
- 4.3 Beide onderdelen richten zich tegen rov. 5.3.7 en 5.3.8 van het arrest, waarin wordt ingegaan op de juridische betekenis van de onder 2.9 geciteerde brief van de Russische Federatie.
- 4.4 Met het derde onderdeel, dat alleen in deze zaak is aangevoerd, komen Naftogaz c.s. op tegen het oordeel van het hof in rov. 5.7.5.5 - 5.7.5.7 dat art. 12 BIT 1998 zó moet worden uitgelegd dat alleen investeringen die op of na 1 januari 1992 zijn gedaan onder de werking van de BIT 1998 vallen.

*Eerste onderdeel (verschijnen in een arbitrageprocedure)*

- 4.5 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 brief is - tot het wijzen van de Partial Award - het enige teken van leven van de Russische Federatie geweest in de arbitrale procedure. Partijen gaan er terecht beide vanuit dat in een arbitrale procedure geen formele eisen gelden voor het verschijnen in de procedure. Op zich is het dus mogelijk dat een dergelijke brief, ook als er verder geen participatie is, als een verschijnen moeten worden aangemerkt. Dat kan het geval zijn als de desbetreffende brief het karakter heeft van een (beknopt) verweerschrift. Het gaat hier om uitleg van de brief aan de hand van objectieve maatstaven. Niet doorslaggevend is dat de brief aan het PHA is gestuurd, en niet aan het scheidsgerecht. Naftogaz c.s. hebben terecht naar voren gebracht dat de Russische Federatie ervan moest uitgaan dat haar brief zou worden doorgestuurd aan het scheidsgerecht en aan de raadslieden van Naftogaz c.s. Doorslaggevend is dat de hoofdboodschap van de brief van 19 januari 2017 is dat de Russische Federatie de *notice of initiation (...) of the international arbitration proceedings* terugzendt (inclusief de toegezonden 54 bladzijden), met de klaarblijkelijke bedoeling dat zij niet aan de arbitrale procedure zal deelnemen. Die boodschap is toegelicht met een korte toelichting, bestaande uit vier 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 137 van de *Partial Award* van 22 februari 2019 overwoog het scheidsgerecht immers: *In addition to consideration of the broad objection of Russia, the Tribunal must satisfy itself on the basis of the provisions of the Treaty and general principles of international law, that all of the other conditions under the BIT respecting jurisdiction are fulfilled.* De Russische Federatie heeft verder terecht naar voren gebracht dat zowel het scheidsgerecht (in de alinea's 14, 135 en 196) als Naftogaz c.s. er tijdens de arbitrale procedure blijk 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.

- 4.6 Ik schets eerst het juridisch kader.

Juridisch kader

4.7 Ik stel voorop dat het sinds 1 januari 2015 geldende arbitragerecht in deze zaak temporeel van toepassing is.<sup>19</sup>

4.8 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.<sup>20</sup> 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, ().

4.9 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.<sup>21</sup>

4.10 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:<sup>22</sup>

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.

4.11 De term verschijnen in een arbitrale procedure dient in algemene zin ruim opgevat te worden.<sup>23</sup> 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).

4.12 Volgens H.J. Snijders betekent verschijnen in deze context: deelgenomen hebbende aan de arbitrage.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> Dit strookt volgens hem met de verstekregeling van art. 1043a lid 2 Rv (art. 1040 lid 2 (oud) Rv).<sup>26</sup> Verstekverlening, dat wil zeggen een door de rechter bevestigde niet-verschijning, kent het arbitragerecht niet.

4.13 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.<sup>27</sup>

4.14 De beslissing van een scheidsgerecht waarbij het zich bevoegd verklaart, is niet een definitief oordeel.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup>

4.15 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:<sup>31</sup>

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.

4.16 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

4.17 De door het middel tegen deze overwegingen gerichte klachten vertonen enige overlap, zoals uit de navolgende bespreking van die klachten blijkt.

4.18 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.

4.19 Naftogaz 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 Naftogaz c.s. (schriftelijke toelichting nr. 51) volgen uit de parlementaire geschiedenis die ik in 4.10 heb geciteerd.

4.20 Ik kan de door Naftogaz 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).

4.21 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.

4.22 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.<sup>32</sup>

4.23 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. [ ].

4.24 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.<sup>33</sup> Het is, anders gezegd, een verweer betreffende de door eiser gestelde rechtsverhouding. Een beroep op onbevoegdheid vormt niet een verweer ten principale maar een exceptie<sup>34</sup>, oftewel een verweer ten aanzien van de toepassing van procesrechtelijke regels.<sup>35</sup> Een dergelijk processueel verweer ziet niet op de rechtsbetrekking tussen partijen en beoogt een debat - althans een beslissing - daarover in beginsel juist te voorkomen.<sup>36</sup>

4.25 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.

4.26 Subonderdeel 1.2 klaagt dat indien het hof zulks niet heeft miskend, zijn oordeel dat de (inhoud van de) brief van de Russische Federatie niet gelden als een verschijnen in het licht van de stellingen van Naftogaz c.s. onbegrijpelijk en/of ontoereikend is gemotiveerd. De centrale stelling van Naftogaz c.s. is steeds geweest dat de stellingen uit de brief van 19 januari 2017 (zie 2.9) 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 brief, los van de vorm ervan, onvoldoende heeft geacht om te kwalificeren als een verweer en daarmee als verschijning.

4.27 De klacht kan niet tot cassatie leiden. Voor zover Naftogaz c.s. ervan uitgaan dat het hof heeft geoordeeld dat de inhoud van de brieven niet kwalificeren als een verweer (schriftelijke toelichting nr. 54), is dat niet correct. Dit blijkt duidelijk uit rov. 5.3.7, daar waar het hof overweegt:

5.3.7 [] Doorslaggevend is dat de hoofdboodschap van de brief van 19 januari 2017 is dat de Russische Federatie de *notice of initiation (...) of the international arbitration proceedings* terugzendt (inclusief de toegezonden 54 bladzijden), met de klaarblijkelijke bedoeling dat zij niet aan de arbitrale procedure zal deelnemen. Die boodschap is toegelicht met een korte toelichting, bestaande uit vier 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. [].

4.28 Voor zover Naftogaz 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 verschijning in de zin van art. 1052 lid 2 Rv, kan dat niet tot cassatie leiden. Naftogaz c.s. gaan ook hier uit van de rechtsopvatting dat enig verweer voeren voldoende is om te zijn verschenen in de zin van die bepaling. Bij de bespreking van subonderdeel 1.1 is al gebleken dat die rechtsopvatting onjuist is.

4.29 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 brief van 19 januari 2017 niet als een deelname aan de arbitrale procedure moest worden opgevat, dat oordeel niet in stand kan blijven.

4.30 De klacht mist feitelijke grondslag. Namens de Russische Federatie is in die brief 1 juli 2015 aangegeven dat die brief niet als deelname aan de arbitrage moest worden opgevat. Het hof heeft zijn oordeel echter daar niet op gebaseerd.

4.31 Subonderdeel 1.4 betoogt dat het oordeel van het hof onjuist, onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd is in het licht van de stelling van Naftogaz c.s. dat het scheidsgerecht in de brief 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 brief gehouden was zijn eigen bevoegdheid te toetsen, is in dit verband irrelevant.

4.32 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.

4.33 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 (rechts) 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).

4.34 In subonderdeel 1.5 stellen Naftogaz 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 brief 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.

4.35 Deze klacht faalt om dezelfde reden als hiervoor genoemd. Naftogaz 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 met Naftogaz c.s. de Russische Federatie als niet verschenen hebben beschouwd. Naast het bevoegdheidsverweer is er geen materieel verweer tegen de vordering van Naftogaz c.s. gevoerd.

*Tweede onderdeel (niet beslist op het subsidiaire verweer)*

4.36 Met het tweede onderdeel bestrijden Naftogaz 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 Naftogaz 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 Naftogaz 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.

4.37 De klacht faalt. Het hof heeft de subsidiaire stelling van Naftogaz c.s. impliciet verworpen door het beroep op rechtsverwerking categorisch af te wijzen in rov. 5.3.8.37. Daarmee verwerpt het hof alle door Naftogaz c.s. aangevoerde gronden voor rechtsverwerking. De weergave van (de toelichting van) het verweer van Naftogaz 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 Naftogaz 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 bevoegdheidsverweren dan dit enkele bevoegdheidsverweer aan te voeren. Het aangevallen oordeel is niet onbegrijpelijk en evenmin onvoldoende gemotiveerd.

*Derde onderdeel (temporele toepassingsbereik; art. 12 BIT 1998)*

4.38 Naftogaz c.s. klagen dat het oordeel in rov. 5.7.5.5 - 5.7.5.7 onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd is in het licht van de stellingen van Naftogaz c.s., althans getuigt van een onjuiste toepassing van art. 31 WW. Deze en omliggende overwegingen luiden als volgt:

*Uitleg artikel 12 BIT 1998*

5.7.5.1 Het hof is van oordeel dat artikel 12 BIT 1998 zo moet worden uitgelegd dat alleen investeringen die op of na 1 januari 1992 zijn gedaan onder het beschermingsbereik van de BIT 1998 vallen []

[]

5.7.5.4 Verder bestaat er tussen partijen overeenstemming over de reden voor het opnemen van de backstop in de bepaling. Die reden is dat er strikt genomen vóór 1 januari 1992 (althans vóór de iets eerder liggende datum van de ontbinding van de Sovjet-Unie) geen sprake kon zijn van investeringen door investeerders uit Rusland in Oekraïne of omgekeerd, omdat beide landen toen nog onderdeel vormden van de Sovjet-Unie (Russische Federatie cvr nr. 417 e.v., Naftogaz c.s. cvd nr. 177). Daaruit kan worden afgeleid dat men investeringen vóór die datum niet onder de bescherming van de BIT 1998 wilde laten vallen. De reden voor het opnemen van een backstop in artikel 12, uitsluiting van investeringen in de USSR, is dus een andere dan het voorwerp en doel van artikel 1 lid 1 BIT 1998, dat is gericht op stimulering en bescherming van investeringen.

5.7.5.5 In de door Naftogaz c.s. voorgestane uitleg, waarin de investeringen pas made zijn op het moment dat aan alle vereisten voor investments is voldaan, waaronder dus ook mogelijkerwijze investeringen waarvoor al handelingen zijn verricht vóór 1992, maar die op dat moment nog niet aan andere vereisten voldeden (zoals op het *territory* van de andere staat), maakt het opnemen van de backstop in artikel 12 zinloos (geen *effet utile*), want op deze wijze kunnen uiteindelijk alle oude investeringen onder het beschermingsbereik komen te vallen.

5.7.5.6 De geschetste achtergrond van artikel 12 blijkt ook uit de *travaux préparatoires*, zoals weergegeven door de Russische Federatie en als zodanig niet weersproken door Naftogaz c.s., en wordt bevestigd door de *non-disputing party submission* van Oekraïne. In de door de Russische Federatie genoemde brief van 11 juli 2008 over de BIT met Azerbeidzjan staat onder meer:

*Russia presumes it is more reasonable to apply the treaty only to those investments of investors of both countries which had been carried out on the territory of Russia and Azerbeidzjan since these countries gained their sovereignty after the dissolution of the USSR, i.e. since their emergence on the international stage as new subjects of international law. To this end, we have suggested a specific date 1 January 1992 ().*

In dezelfde zin heeft Oekraïne zich uitgelaten in haar *non-disputing party submission* in de arbitrageprocedure die het voorwerp vormt van deze vernietigings- en herroepingsprocedure. Oekraïne verklaart daar (RF 10 (N), par. 36):

*Like most bilateral investment treaties of its era, the Treaty was written to protect pre-existing investments (covering the period from 1992, shortly after the dissolution of the USSR, to 1998, when the Treaty was concluded. (...) Under the Treaty, so long as the investment was made after 1 January 1992, it is irrelevant whether the Treaty applied at the time.*

5.1.5.7 In het licht van de bedoeling van partijen en de achtergrond van de bepaling moet de tekst van artikel 12 BIT 1998 zo worden uitgelegd dat alleen investeringen die daadwerkelijk na 1 januari 1992 zijn *gedaan* onder de werking van de BIT 1998 vallen. De door Naftogaz c.s. voorgestane uitleg, waardoor investeringen ongeacht wanneer zij zijn gedaan worden beschermd zodra zij aan alle vereisten voldoen, maakt de bepaling overbodig, en dat kan niet de bedoeling zijn geweest.

5.7.5.8 De BIT 1998 is dan ook niet van toepassing op investeringen die vóór 1 januari 1992 zijn gedaan, waarmee wordt bedoeld dat Naftogaz c.s. geen bescherming onder de BIT 1998 kunnen krijgen als zij hun investeringen vóór die datum hebben gedaan. Daarbij moet wel worden bedacht dat investeringen kunnen gelden als na 1 januari 1992 gedaan, als Naftogaz c.s. door anderen gedane (delen van) investeringen na 1992 hebben gekocht of als zij na 1 januari 1992 een uitbreiding hebben gedaan aan door anderen gedane investeringen. In dit laatste geval geldt de BIT 1998 alleen voor de na 1 januari 1992 verrichte uitbreiding.

4.39 In subonderdeel 3.1 betogen Naftogaz c.s. dat het onbegrijpelijk is dat het hof oordeelt dat de uitleg van Naftogaz c.s. van art. 12 BIT 1998 die bepaling zinledig zou maken. Deze uitleg komt erop neer dat een investering geldt als gedaan op het moment dat wordt voldaan aan alle vereisten van art. 1 lid

1 BIT 1998. Op grond van deze uitleg zouden alle investeringen die zijn gedaan vóór 1 januari 1992 buiten de temporele reikwijdte van de BIT vallen. In het geval van investeringen op de Krim kan dan pas zijn voldaan aan de voorwaarden van art. 1 lid 1 BIT 1998 op het moment dat de Krim tot de *territory* van de Russische Federatie is gaan horen (18 maart 2014).

4.40 Subonderdeel 3.2 voegt daaraan toe dat in het licht van subonderdeel 3.1 eveneens onbegrijpelijk is de overweging (rov. 5.7.5.5) dat oude investeringen onder het beschermingsbereik van de BIT 1998 komen te vallen bij het volgen van de uitleg van Naftogaz c.s. Het hof miskent dat indien en voor zover vóór 1992 werd voldaan aan de vereisten van art. 1 lid 1 BIT 1998 die investering (ook) volgens de uitleg van Naftogaz c.s. buiten de temporele reikwijdte van de BIT 1998 valt.

4.41 Met subonderdeel 3.3 wordt geen kenbare klacht voorgesteld, maar daarin verwijzen Naftogaz c.s. naar hun stelling dat in art. 12 BIT 1998 gebruik wordt gemaakt van de in art. 1 lid 1 BIT 1998 gedefinieerde term investeringen en dat daarom samenhang met die bepaling bestaat. Dit vormt relevante context in de zin van art. 31 WvV en impliceert dat een investering pas kan zijn gedaan (art. 12) op het moment dat überhaupt sprake is van een investering (art. 1 lid 1). Wat er is gebeurd met een bepaald vermogensbestanddeel voorafgaand aan het moment dat het een kwalificerende investering werd, doet voor de temporele reikwijdte van de BIT 1998 niet ter zake.

4.42 In subonderdeel 3.4 stellen Naftogaz c.s. dat voor de toepassing van art. 12 BIT 1998 niet relevant is of vóór 1 januari 1992 al handelingen zijn verricht (rov. 5.7.5.5) met betrekking tot bepaalde vermogensbestanddelen die later een kwalificerende investering zijn geworden. Het is uitsluitend relevant op welk moment aan de vereisten van art. 1 lid 1 BIT 1998 is voldaan. Voor de vermogensbestanddelen van Naftogaz c.s. is dat op 18 maart 2014. Het hof heeft verzuimd op dit centrale argument te responderen.

4.43 De klachten falen op grond van het volgende. Naftogaz c.s. hebben niet het oordeel in rov. 5.7.5.4 aangevallen (zojuist geciteerd in 4.38). Daarmee staat in cassatie vast dat de reden voor het opnemen van art. 12 BIT 1998 is om investeringen in de Sovjet-Unie (de USSR) buiten het verdrag te houden. Een investering gedaan door Naftogaz c.s. op het grondgebied van de toenmalige USSR valt op grond daarvan hoe dan ook buiten de temporele reikwijdte van de BIT 1998, ongeacht of die investering - op enig moment - op de *territory* van de ene verdragsstaat of op de *territory* van de andere verdragsstaat is komen te liggen, zoals Naftogaz c.s. stellen dat per 18 maart 2014 is gebeurd.

4.44 Met andere woorden, door de regeling van art. 12 BIT 1998 wordt voor investeringen die zijn gedaan in de Sovjetperiode niet toegekomen aan de vereisten van art. 1 lid 1 BIT 1998. Het opnemen van de datum van 1 januari 1992 (wat op zichzelf een temporele beperking vormt) moet dát bewerkstelligen, omdat pas vanaf die datum investeringen in de Russische Federatie en in Oekraïne konden worden gedaan. Het oordeel in rov. 5.7.5.5 - 5.7.5.7 is in het licht hiervan niet onjuist, onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd te noemen. Sterker, zoals opgemerkt in 3.33 acht ik dit oordeel van het hof zeer overtuigend gemotiveerd.

*Slotsom*

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

## **5 Conclusie**

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



A-G

- 
- <sup>1</sup> Vergelijk het arrest van het hof van 19 juli 2022 (ECLI:NL:GHDHA:2022:1295). Het arrest is op verzoek van Naftogaz c.s. op de voet van art. 31 Rv hersteld met de beslissing van 18 oktober 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2039.
  - <sup>2</sup> 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*.
  - <sup>3</sup> De tekst is overgelegd als productie RF 001 (N) 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>.
  - <sup>4</sup> Een gedetailleerder chronologisch overzicht van de gebeurtenissen op de Krim wordt gegeven door het Scheidsgerecht in de Partial Award van 22 februari 2019, punt 81 e.v.
  - <sup>5</sup> 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 [ ]*.
  - <sup>6</sup> Zie over dergelijke splitsingen bijvoorbeeld: L. Greenwood, Revisiting Bifurcation and Efficiency in International Arbitration Proceedings, *Journal of International Arbitration* 2019 (Vol. 36:4), p. 421-429.
  - <sup>7</sup> Overgelegd als productie N-024 bij de conclusie van antwoord van 9 juni 2020.
  - <sup>8</sup> Hof Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1295, hersteld door Hof Den Haag 18 oktober 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:2039 en gepubliceerd in *TvA* 2022/90.
  - <sup>9</sup> 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.
  - <sup>10</sup> *World Trade and Arbitration Materials*, Vol. 35, Issue 5 (2023), p. 911-1094. De *Final Award* is bij beslissing van 16 juni 2023 gecorrigeerd. Zie ook [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/180074\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/180074_0.pdf).
  - <sup>11</sup> Arbitrator Stanivuković heeft op 8 februari 2023 een *dissenting opinion* afgegeven. De tekst van deze opinion is te raadplegen op: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/180075.pdf>. Volgens deze arbitrator is een deel van de door de Claimants opgevoerde investeringen klaarblijkelijk (*evidently*) vóór 1992 gedaan, zodat het Scheidsgerecht ten aanzien van die investeringen niet bevoegd is.
  - <sup>12</sup> 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.
  - <sup>13</sup> 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.
  - <sup>14</sup> 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. Als dat niet zo is, dan is het als target aanduiden van rov. 5.4.6 te laat.
  - <sup>15</sup> In subonderdeel 3.1 wordt rov. 5.7.6 wel genoemd, maar kenbare klachten tegen die overweging ontbreken.

<sup>16</sup> Vgl. L. Greenwood, Revisiting Bifurcation and Efficiency in International Arbitration Proceedings, *Journal of International Arbitration* 2019 (Vol. 36:4), p. 422: [ ] *Essentially, bifurcation is a procedural device aimed at reducing the risk of having to hold a final hearing on the merits, by determining a dispositive issue first.* [ ]. Naar deze definitie wordt verwezen in voetnoot 5 van G.J. Meijer & P.B. Fritschy, *Dynamic bifurcation*, *TvA* 2022/48.

<sup>17</sup> *Partial Award*, nr. 36-39.

<sup>18</sup> In de *Final Award* van 12 april 2023 is bij meerderheid (impliciet) beslist dat het scheidsgerecht bevoegd is alle vorderingen van Naftogaz c.s. te beoordelen, omdat alle investeringen door Naftogaz c.s. worden geacht te zijn gedaan ná 1 januari 1992. Zie over deze beslissing voor wat betreft de data van de investeringen, schriftelijke toelichting Naftogaz c.s. nr. 6. Zie verder punt 6 van de *dissenting opinion* van 8 februari 2023 van arbiter Stanivuković: *The majoritys decision on jurisdiction ratione temporis is implicit in the decision on the quantification of the Claimants loss. Although not addressing the issue explicitly, the majority of the Tribunal does consider it has jurisdiction ratione temporis for all of the claims. This is the main point of our disagreement. In my view, part of the claims concern investments made before 1 January 1992, and the Tribunal should have held that it lacked jurisdiction to rule on them. Due to my disagreement with the decision on jurisdiction ratione temporis, I am also unable to join my colleagues in the decision on the quantification of the Claimants loss.*

<sup>19</sup> 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 17 oktober 2016 (zie *Partial Award*, nr. 17).

<sup>20</sup> 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; [ ]*.

<sup>21</sup> Aldus ook: Rb. Rotterdam 18 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5670 (*X/Cimcool*), rov. 4.3.

<sup>22</sup> *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.

<sup>23</sup> H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 303 (art. 1038 Rv, aant. 1).

<sup>24</sup> H.J. Snijders, *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. Snijders, *Arbitragerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 97: *verschijnen* (bedoeld is: aan de gedingvoering deelnemende).

<sup>25</sup> G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 864.

<sup>26</sup> 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 [ ].*

<sup>27</sup> G.J. Meijer, in: *T&C Rv*, commentaar op art. 1052 Rv, aant. 2.c. (online bijgewerkt t/m 1 juli 2023).

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, *NJ* 2015/318 m.nt. H.J. Snijders (*Republiek Ecuador/Chevron Corporation I*), rov. 4.2.

<sup>30</sup> 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.*

<sup>31</sup> HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443, *NJ* 2010/170 m.nt. H.J. Snijders, *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. Snijders ([ ]/[ ]), rov. 4.3.4.

<sup>32</sup> 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 verschenen voor alle weren moeten worden gedaan (zie artikel 1052, tweede lid). [ ]*. (mijn onderstreping)

<sup>33</sup> Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/68.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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. [ ]*.

---