

ECLI:NL:PHR:2019:97

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	25-01-2019
Datum publicatie	26-02-2019
Zaaknummer	17/04926
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2019:565, Gevolgd
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Procesrecht. Vordering tot vernietiging van arbitrale vonnissen waarin voorlopige voorzieningen zijn gelast. Staat rechtsmiddel van vernietiging open? Is sprake van strijd met openbare orde (art. 1065 lid 1, onder e, Rv) op de grond dat derden die geen partij zijn bij de arbitrage een rechterlijke uitspraak in Ecuador niet binnen een redelijke termijn ten uitvoer kunnen leggen?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

Zaaknr: 17/04926 mr. B.J. Drijber

Zitting: 25 januari 2019 Conclusie inzake:

Republiek Ecuador,

advocaat: mr. J. de Bie Leuveling

Tjeenk,

eiseres tot cassatie

tegen

1. Chevron Corporation (USA)

2. Texaco Petroleum Company,

advocaat: mr. J. van der Beek,

verweersters in cassatie

KORTE INHOUDSOPGAVE

Nrs.

1. Inleidende opmerkingen 1-7

2. De vaststaande feiten 8-33

3. Procesverloop 34-42

4. Vervolg arbitrale procedure; de Second Partial Award 43-81
5. Investeringsarbitrage en de Lago Agrio-zaak in breder perspectief 82-92
6. Afbakening van het geschil; belang bij het cassatieberoep 93-124
7. Ontvankelijkheid van vordering tot vernietiging 125-141
8. Bespreking van het cassatiemiddel 142-201
9. Samenvatting van de beoordeling van het cassatieberoep 202-205
10. Conclusie 206

1 Inleidende opmerkingen

1. Eiseres tot cassatie wordt aangeduid als **Ecuador**. Verweersters in cassatie worden veelal gezamenlijk aangeduid als **Chevron**. Waar specifiek verweerster sub 2 wordt bedoeld, wordt deze aangeduid als **TexPet**.
2. Deze zaak betreft een langshepend geschil naar aanleiding van grootschalige vervuiling als gevolg van oliewinning in het noordoosten van Ecuador. Inwoners van deze Oriente-regio, die in het Amazonegebied ligt, hebben bij een Ecuadoraanse rechtbank een procedure aangespannen tegen Chevron wegens milieuschade en schade voor de volksgezondheid. Chevron is in die procedure veroordeeld tot het betalen van een zeer aanzienlijke schadevergoeding.
3. Chevron heeft op haar beurt een investeringsarbitrageprocedure tegen Ecuador aangespannen, waarin zij deze staat aansprakelijk houdt voor enerzijds het niet nakomen van een tussen partijen getroffen schikkingsovereenkomst en anderzijds een *denial of justice* wegens fraude bij de totstandkoming van genoemde beslissing van de Ecuadoraanse rechter. Met de arbitrage wil Chevron onder meer bereiken dat de beslissing niet ten uitvoer kan worden gelegd. Het belangrijkste geschilpunt in cassatie betreft de vraag of een arbitraal vonnis in aanmerking komt voor vernietiging wegens strijd met de openbare orde als dat vonnis ertoe leidt dat derden worden belemmerd in hun recht een beslissing van de overheidsrechter binnen een redelijke termijn ten uitvoer te leggen.
4. Uw Raad heeft in 2014 al een keer geoordeeld over een door Ecuador ingesteld cassatieberoep in een vernietigingsprocedure tegen Chevron (hierna: **het arrest uit 2014**).¹ Het ging toen om een vordering tot vernietiging van een beslissing van een ander scheidsgerecht in een andere arbitrale procedure over een gerelateerde kwestie. De onderhavige zaak vormt niet de tweede ronde van de eerste arbitrage maar de eerste ronde van de tweede arbitrage.
5. Deze vernietigingsprocedure is gericht tegen vier Interim Awards en één Partial Award van het betrokken scheidsgerecht (hierna: **het Scheidsgerecht**),² die dateren uit 2012 en 2013. Hangende deze vernietigingsprocedure is de arbitrale procedure voortgezet. Op 30 augustus 2018 wees het Scheidsgerecht de Second Partial Award on Track II (hierna: **Second Partial Award**), waarin de meeste geschilpunten finaal zijn beslist.³ Het Scheidsgerecht heeft Chevron overwegend in het gelijk gesteld. Naar mag worden aangenomen zal Ecuador ook tegen dit laatste award een vordering tot vernietiging instellen, voor zover zij dat al niet heeft gedaan.
6. De reden dat de Nederlandse rechter bevoegd is kennis te nemen van de vordering tot vernietiging is dat Den Haag door partijen is gekozen als zetel van hun arbitrage. De arbitrage wordt geadmistreerd door het Permanent Hof van Arbitrage (hierna: **PCA**). De UNCITRAL Arbitration Rules (versie 1976) zijn op de arbitrage van toepassing.⁴
7. Deze conclusie is als volgt opgebouwd. Ik begin, in hoofdstuk 2, met een weergave van de in cassatie vaststaande feiten, zoals vastgesteld door het gerechtshof Den Haag (hierna: **het hof**). Dan volgt een weergave van het procesverloop (hoofdstuk 3). Vervolgens geef ik een samenvatting van enkele onderdelen van de Second Partial Award 5 (hoofdstuk 4). In hoofdstuk 5 volgt een beknopte beschouwing over de bredere discussie omtrent investeringsarbitrage en over de positie van de eisers in de procedure bij de Ecuadoraanse rechter. In hoofdstuk 6 baken ik de vernietigingsprocedure af en bespreek ik het belang van Ecuador bij haar beroep in cassatie. In hoofdstuk 7 sta ik stil bij de ontvankelijkheid van dat beroep voor zover het zich richt tegen voorlopige voorzieningen. In hoofdstuk 8 bespreek ik de in cassatie aangevoerde klachten. In hoofdstuk 9 volgt een samenvatting van die bespreking. Ik concludeer dat het beroep moet worden verworpen (hoofdstuk 10).

2 De vaststaande feiten

8. In cassatie kan worden uitgegaan van de navolgende feiten, zoals die zijn vastgesteld in het bestreden arrest.⁶

9. Chevron is sinds een overname in 2001 indirect aandeelhouder van TexPet.

10. In 1964 en 1965 heeft Ecuador een concessie voor oliewinning in een deel van het Amazonegebied verleend aan een consortium waarvan TexPet deel uitmaakte (hierna: **het Consortium**) en waarin zij tot 1990 als Operator fungeerde.⁷ Op 16 augustus 1973 is een Concessieovereenkomst gesloten tussen het Consortium en Ecuador.⁸ Het staatsbedrijf PetroEcuador had een meerderheidsbelang in het Consortium. Die laatste concessieovereenkomst liep tot 6 juni 1992. Nadien heeft PetroEcuador de oliewinning alleen voortgezet.

11. In 1993 hebben Ecuador en de Verenigde Staten een bilateraal investeringsverdrag gesloten, dat op 11 mei 1997 in werking is getreden (hierna: **het BIT**).⁹

12. In november 1993 heeft een groep Ecuadoraanse burgers een procedure aanhangig gemaakt tegen Texaco (de voormalige moedervenootschap van TexPet) bij het U.S. District Court for the Southern District of New York wegens milieuvuiling (hierna: **de Aguinda-procedure**) in de Oriente regio van Ecuador, als gevolg waarvan de eisers schade zouden hebben geleden.¹⁰ Texaco voerde onder meer als verweer dat de procedure in Ecuador moest worden gevoerd. 1996 heeft dit New Yorkse gerecht zich onbevoegd verklaard.¹¹

13. In december 1994 hebben Ecuador, PetroEcuador en TexPet een Memorandum of Understanding (hierna: **MOU**)¹² ondertekend, waarvan het doel onder meer was:

To establish the mechanisms by which Texpet is to be released from any claims that the Ministry [van Energie en Mijnen] and PETROECUADOR may have against Texpet concerning the environmental impact caused as a consequence of the operations of the former PETROECUADOR-TEXACO Consortium.

14. Op 4 mei 1995 hebben Ecuador, PetroEcuador en TexPet een overeenkomst (hierna: **1995 Settlement Agreement**)¹³ gesloten, waarbij TexPet heeft toegezegd bepaalde milieusaneringsmaatregelen uit te voeren en waarbij de twee andere partijen hebben verklaard dat zij:

5.1 shall hereby release, acquit and forever discharge Texpet () and all their () successors, predecessors, principals and subsidiaries (hereinafter referred to as The Releasees) of all the Governments and Petroecuadors claims against the Releasees for Environmental Impact arising from the Operations of the Consortium ().

15. Op 30 september 1998 hebben Ecuador, PetroEcuador en TexPet een tweede overeenkomst gesloten (hierna: **1998 Final Release**)¹⁴ waarbij TexPet en de overige Releasees voor altijd zijn bevrijd van en ontslagen uit alle aansprakelijkheid jegens Ecuador. Geconstateerd was dat TexPet had voldaan aan haar verplichting bepaalde herstelwerkzaamheden te verrichten.

16. In mei 2003 is door het Amazon Defense Front en 42 Ecuadoraanse burgers (grotendeels dezelfde personen als de eisers in de Aguinda-procedure) een procedure aanhangig gemaakt bij het gerecht van de stad Nueva Loja, in de wandeling Lago Agrio genoemd. Zij stelden Chevron aansprakelijk voor ernstige milieuvuiling door TexPet (hierna: **Lago Agrio-procedure** en **Lago Agrio-eisers**).¹⁵

17. Op 21 december 2006 hebben Chevron en TexPet op grond van het BIT een arbitrage aanhangig gemaakt tegen Ecuador, stellende dat Ecuador aansprakelijk is voor de schade die zij hebben geleden wegens ontoelaatbare vertraging in de afdoening van zeven gerechtelijke procedures die TexPet uit hoofde van de Concessieovereenkomst tegen Ecuador aanhangig had gemaakt (hierna: **Commercial Cases Dispute**). Het Scheidsgerecht heeft Chevron en TexPet in het gelijk gesteld. De vordering tot vernietiging van de arbitrale uitspraak is in Nederland in drie instanties afgewezen. Het arrest uit 2014 is gewezen in die procedure.

18. Op 23 september 2009 hebben Chevron en TexPet op grond van het BIT de arbitrageprocedure aanhangig gemaakt waarover deze vernietigingsprocedure gaat.¹⁶ Zij hebben onder meer gevorderd:¹⁷

1. Declaring that under the 1995, 1996 and 1998 Settlement and Release Agreements, [Chevron and Texpet] have no liability or responsibility for environmental impact, including but not limited to any alleged liability for impact to human health, the ecosystem, indigenous cultures, the infrastructure, or any liability for unlawful profits, or for performing any further environmental remediation arising out of the former Consortium that was jointly owned by TexPet and Ecuador, or under the expired Concession Contract between TexPet and Ecuador.

2. Declaring that Ecuador has breached the 1995, 1996, and 1998 Settlement and Release Agreements and the U.S.-Ecuador BIT ().

3. Declaring that under the Treaty and applicable international law, Chevron is not liable for any judgment rendered in the Lago Agrio Litigation.

4. Declaring that any judgment rendered against Chevron in the Lago Agrio Litigation is not final, conclusive or enforceable.

5. Declaring that Ecuador or Petroecuador (or Ecuador and Petroecuador jointly) are exclusively liable for any judgment rendered in the Lago Agrio Litigation.

6. Ordering Ecuador to use all measures necessary to prevent any judgment against Chevron in the Lago Agrio Litigation from becoming final, conclusive or enforceable.

7. Ordering Ecuador to use all measures necessary to enjoin enforcement of any judgment against Chevron rendered in the Lago Agrio Litigation, including enjoining the nominal Plaintiffs from obtaining any related attachments, levies or other enforcement devices.

8. Ordering Ecuador to make a written representation to any court in which the nominal Plaintiffs attempt to enforce a judgment from the Lago Agrio Litigation, stating that the judgment is not final, enforceable or conclusive [.]

()

11. Awarding [Chevron and Texpet] indemnification against Ecuador in connection with a Lago Agrio judgment, including a specific obligation by Ecuador to pay [Chevron and Texpet] the sum of money awarded in the Lago Agrio judgment.

12. Awarding [Chevron and Texpet] any sums that the nominal Lago Agrio Plaintiffs collect against [Chevron and Texpet] or their affiliates in connection with enforcing a Lago Agrio judgment.

()

19. Chevron en TexPet hebben tevens om voorlopige voorzieningen gevraagd.¹⁸ Het Scheidsgerecht heeft op 9 februari en 16 maart 2011 Procedural Orders gegeven om de erkenning en de executie van het (aanstaande) Lago Agrio Vonnis te verhinderen.¹⁹

20. In februari 2011 heeft Chevron in New York een vordering aanhangig gemaakt tegen de Lago Agrio-eisers, hun advocaat (S. Donziger) en hun milieudeskundigen om vastgesteld te zien dat de Lago Agrio-procedure frauduleus is en dat tenuitvoerlegging van een vonnis van de Ecuadoraanse rechter bij voorbaat verboden dient te worden. Het New York District Court (Judge Kaplan) heeft deze vordering op 7 maart 2011 bij wijze van voorlopige voorziening toegewezen,²⁰ maar het Court of Appeals heeft de vordering op

26 januari 2012 afgewezen.²¹

21. In de Lago Agrio-procedure is Chevron door het Superior Court van Nueva Loja bij vonnis van 14 februari 2011 (hierna: **het Lago Agrio-vonnis**) veroordeeld tot betaling van US\$ 8,6 miljard, welk bedrag (voorwaardelijk, namelijk als Chevron niet binnen vijftien dagen publiekelijk een spijtbetuiging deed) is vermeerderd met US\$ 8,6 miljard aan *punitive damages*, alsmede met kosten gelijk aan 10% over het geheel ten behoeve van het Amazon Defense Front.²² Deze uitspraak is door dat gerecht op 4 maart 2011 toegelicht in een Clarification Order.²³

22. Het Lago Agrio-vonnis is door de appelrechter (het Provincial Court of Sucumbios) op 3 januari 2012 bekrachtigd,²⁴ welk oordeel op 13 januari 2012 nader is toegelicht in een Order clarifying the Appellate Judgment.²⁵ Bij arrest van 12 november 2013 heeft het Ecuadoraanse Hooggerechtshof de veroordeling tot vergoeding van *punitive damages* vernietigd, maar het arrest van de appelrechter en daarmee het Lago Agrio-vonnis voor het overige bekrachtigd.²⁶ Ik wijs er nog op dat op 27 juni 2018 het Ecuadoraans Constitutioneel Hof deze beslissing heeft bevestigd en Chevrons *extraordinary action for protection* heeft afgewezen.²⁷

23. Naar aanleiding van de uitspraak van de Ecuadoraanse appelrechter heeft Chevron het Scheidsgerecht verzocht de eerdere procedural orders (zie hiervoor, punt 19) om te zetten in een tussenvonnis. Het Scheidsgerecht heeft op verzoek van Chevron in de First Interim Award on Interim Measures van 25 januari 2012 (hierna: **First Interim Award**)²⁸ onder meer geoordeeld dat Ecuador dient te nemen:

all measures at its disposal to suspend or cause to be suspended the enforcement or recognition within and without Ecuador of any judgment against [Chevron] in the Lago Agrio Case.

24. Kort daarna, in de Second Interim Award on Interim Measures van 16 februari 2012 (hierna: **Second Interim Award**)²⁹ heeft het Scheidsgerecht (wederom) geoordeeld:

3. () the Tribunal hereby orders:

(i) [Ecuador] (whether by its judicial, legislative or executive branches) to take all measures necessary to suspend or cause to be suspended the enforcement and recognition within and without Ecuador of the judgments by the Provincial Court of Sucumbios () of 3 January 2012 () (and () of the judgment by Judge Nicolas Zambrano Lozada of 14 February 2011) against [Chevron] in the Ecuadorian legal proceedings known as the Lago Agrio Case;

(ii) in particular, without prejudice to the generality of the foregoing, such measures to preclude any certification by [Ecuador] that would cause the said judgments to be enforceable against [Chevron]; () until any further order or award made by the Tribunal in these arbitration proceedings;

4. The Tribunal determines that [Chevron and TexPet] shall be legally responsible, jointly and severally, to the Respondent for any costs or losses which [Ecuador] may suffer in performing its legal obligations under this Second Interim Award, as may be decided by the Tribunal within these arbitration proceedings (to the exclusion of any other jurisdiction); and further that, as security for such contingent responsibility [Chevron and TexPet] shall deposit within thirty days of the date of this Second Interim Award the amount of US\$ 50,000,000.00 (United States Dollars Fifty Million) with the Permanent Court of Arbitration in a manner to be designated separately, to the order of this Tribunal; ()

Een eerste verschil met de First Interim Award zit in de toevoeging in 3(i) van het zinsdeel (*whether by its judicial, legislative or executive branches*). Daarmee is verduidelijkt dat niet alleen de uitvoerende macht maar alle organen van Ecuador, waaronder de rechterlijke macht, onder de opgelegde maatregelen vielen.³⁰ Een tweede verschil is dat *measures at its disposal* is vervangen door *measures necessary*. De voorlopige maatregelen uit de First Interim Award zijn in het Second Interim Award dus iets ruimer

geformuleerd.

25. Na het First Interim Award heeft Chevron de Provincial Court van Sucumbios verzocht de tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnis te weigeren of te schorsen. De rechter heeft op 1 maart 2012 dit verzoek afgewezen op de grond dat toewijzing strijd zou komen met het *recht op toegang tot de rechter*.³¹

26. Op 9 februari 2012 hebben de Lago Agrio-eisers een verzoek voor *precautionary measures* ingediend bij de Inter-American Commission (voor de mensenrechten) om te verhinderen dat Ecuador zou voldoen aan de Interim Awards.³² Deze Commission heeft de eisers gevraagd om onderliggend bewijs van de gestelde gevolgen voor hun gezondheid in verband met hun beschuldigingen.³³ Daarop hebben zij hun verzoek op 2 maart 2012 ingetrokken.³⁴

27. In de Third Interim Award on Jurisdiction and Admissibility van 27 februari 2012 (hierna: **Third Interim Award**)³⁵ heeft het Scheidsgerecht zich uitgelaten over zijn bevoegdheid.

28. De Lago Agrio-eisers hebben in 2012 geprobeerd het Lago Agrio-vonnis (nadat dit in appel was bekrachtigd) ten uitvoer te leggen in Ecuador, Canada, Brazilië en Argentinië. Deze pogingen zijn (nog) niet succesvol geweest.³⁶

29. In de Fourth Interim Award on Interim Measures van 7 februari 2013 (hierna: **Fourth Interim Award**)³⁷ heeft het Scheidsgerecht onder meer het volgende beslist:

The Tribunal declares that [Ecuador] has violated the First and Second Interim Awards under the Treaty, the UNCITRAL Rules and international law in regard to the finalisation and enforcement subject to execution of the Lago Agrio Judgment within and outside Ecuador, including (but not limited to) Canada, Brazil and Argentina.

30. In de First Partial Award on Track I van 17 september 2013 (hierna: **First Partial Award**)³⁸ heeft het Scheidsgerecht onder meer geoordeeld:

(1) [Chevron] and [TexPet] are both Releasees under Article 5.1 of the 1995 Settlement Agreement and Article IV of the 1998 Final Release

(2) As such a Releasee, a party to and also part of the 1995 Settlement Agreement, [Chevron] can invoke its contractual rights thereunder in regard to the release in Article 5.1 of the 1995 Settlement Agreement and Article IV of the 1998 Final Release as fully as [TexPet] as a signatory party and named Releasee;

(3) The scope of the releases in Article 5 of the 1995 Settlement Agreement and Article IV of the 1998 Final Release made by [Ecuador] to [Chevron and TexPet] does not extend to any environmental claim made by an individual for personal harm in respect of that individual's rights separate and different from [Ecuador]; but it does have legal effect under Ecuadorian law precluding any diffuse claim against [Chevron and TexPet] under Article 19-2 of the Constitution made by [Ecuador] and also made by any individual not claiming personal harm (actual or threatened);

Diffuse claims worden daar gedefinieerd als *indivisible entitlements that pertain to the community as a whole*.³⁹

31. De New York District Court (Judge L. Kaplan) heeft op 4 maart 2014 in een procedure die Chevron op grond van de Racketeering Influenced Corrupt Organization Act (RICO) had aangespannen tegen advocaat S. Donziger en twee Lago Agrio-eisers (hierna: **RICO Litigation**), geoordeeld dat het Lago Agrio-vonnis

door fraude tot stand was gekomen.⁴⁰ De beslissing van Judge Kaplan is op 8 augustus 2016 door het Court of Appeals of the Southern District van New York bekrachtigd.⁴¹ Op 19 juni 2017 heeft het US Supreme Court een herzieningsverzoek (*petition of certiorari*) van Donziger c.s. afgewezen.⁴²

32. Op 12 maart 2015 heeft het Scheidsgerecht zijn Decision on Track 1B gegeven.⁴³ Daarin is het nader ingegaan op het concept van *diffuse claims*. Het Scheidsgerecht heeft bij meerderheid en niet onherroepelijk⁴⁴ beslist dat:

183. () the () Lago Agrio Complaint, as originally filed, does include individual claims and cannot be read () as pleading exclusively or only diffuse claims To this extent, the reliance [of Chevron and TexPet] on the 1995 Settlement Agreement as a complete bar to the Lago Agrio Complaint at inception must fail in limine, as a matter of Ecuadorian law (being the law applicable to the 1995 Settlement Agreement). At this point, however, the Tribunal must suspend its further analysis for the reasons already described above, given that the Tribunal does not think it right by this decision in Track 1B of this arbitration to consider the subsequent conduct of the Lago Agrio Court, the Appellate Court of Lago Agrio and the Cassation Court in regard to their actual treatment of the Lago Agrio Complaint, being all matters scheduled for Track 2.

()

186. For the reasons set out above, as regards the said Issue (iii) in Track 1B of this arbitration, the Tribunal decides (but does not award) that:

(1) The Lago Agrio Complaint of 7 May 2003, as an initial pleading, included individual claims resting upon individual rights under Ecuadorian law, not falling within the scope of the 1995 Settlement Agreement (as invoked by the Claimants);

(2) The Lago Agrio Complaint was not wholly barred at its inception by *res judicata*, under Ecuadorian law, by virtue of the 1995 Settlement Agreement (as invoked by the Claimants); and

(3) The Lago Agrio Complaint included individual claims materially similar, in substance, to the individual claims made by the Aguinda Plaintiffs in New York.

In een dissenting opinion bij dit award overweegt arbiter Grigera Naón:⁴⁵

7. () Nothing in the Complaint () shows that it seeks individual relief (). None of the claims in the Complaint identifies a person or entity () claiming compensation () specifically remedying the damage suffered by any such person or his or her property.

33. De onderhavige vernietigingsprocedure ziet niet op de Decision on Track 1B.

3 Procesverloop

34. Ecuador heeft op grond van art. 1065 lid 1 Rv de vernietiging gevorderd van de First Interim Award, de Second Interim Award, de Third Interim Award, de Fourth Interim Award en de First Partial Award.⁴⁶ Zij heeft drie gronden aangevoerd:

- a. een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt;
- b. het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden;
- c. de arbitrale vonnissen zijn in strijd met de openbare orde.⁴⁷

35. De rechtbank Den Haag heeft de vordering bij vonnis van 20 januari 2016 afgewezen. 48

36. Bij arrest van 18 juli 2017 heeft het hof dat vonnis met verbetering van gronden bekrachtigd. 49

37. Het hof oordeelde omtrent het toepasselijk Nederlands recht dat de arbitrage aanhangig was vóór 1 januari 2015, zodat daarop het oude arbitragerecht van toepassing is.⁵⁰

38. Het hof is ingegaan op het toetsingskader, waarbij het vooropstelde dat de mogelijkheid van aantasting van arbitrale beslissingen beperkt is en de rechter daarbij terughoudendheid dient te betrachten, ook wanneer het gaat om de vraag of het vonnis in strijd is met de openbare orde.

39. Het hof is vervolgens nader ingegaan op de grieven die betrekking hebben op het standpunt dat er geen geldige overeenkomst tot arbitrage bestaat. Die moeten volgens het hof falen op grond van hetgeen het hof overweegt in rov. 7.1 tot en met 10. Daarin verwijst het hof onder andere naar het arrest uit 2014.

40. Vervolgens heeft het hof de grieven behandeld die de vordering tot vernietiging van de arbitrale vonnissen wegens strijd met de openbare orde betreffen, het onderwerp dat in cassatie centraal staat. Het hof overweegt:

11.2 Vooropgesteld wordt dat bij de beoordeling of de arbitrale vonnissen strijdig zijn met de openbare orde terughoudendheid moet worden betracht. Vernietiging op deze grondslag is alleen geboden wanneer de vonnissen in strijd zijn met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.

12.1. Ecuador is van mening dat de door het Scheidsgerecht getroffen voorlopige voorzieningen in strijd zijn met de openbare orde. Deze maatregelen betreffen, samengevat, een bevel aan Ecuador om (via haar uitvoerende, wetgevende of rechtsprekende macht) maatregelen te nemen om de tenuitvoerlegging en erkenning van de Lago Agrio-vonnissen (inclusief hoger beroep en cassatie) te (doen) opschorten. Ecuador kan hooguit aansprakelijk worden gehouden in het geval sprake is van een schending van het BIT door haar rechterlijke macht, maar de bevoegdheid van het Scheidsgerecht gaat niet zo ver dat het kan ingrijpen in de onafhankelijkheid en soevereiniteit van de Ecuadoraanse rechter of dat het de uitvoerende en/of wetgevende macht kan opdragen in te grijpen in een civiele procedure. Dit zou een doorkruising van de scheiding der machten opleveren. Het Scheidsgerecht heeft zich bovendien ten onrechte als wereldrechter opgesteld door de erkenning en tenuitvoerlegging van het Ecuadoraanse vonnis in het buitenland te willen verhinderen, aldus Ecuador.

12.2 Uitgangspunt bij de beoordeling is dat Ecuador zich heeft onderworpen aan het BIT en de daarin opgenomen bepalingen omtrent de arbitrage, waaronder de UAR. Art. 26 van de UAR geeft het Scheidsgerecht de bevoegdheid om voorlopige voorzieningen te treffen die verband houden met de hoofdzaak. Art. 32 lid 2 van de UAR en art. VI lid 6 van het BIT bepalen dat elk arbitraal vonnis

partijen bindt en zo snel mogelijk moet worden uitgevoerd. Door toe te stemmen in de arbitrage en de daarop van toepassing zijnde bepalingen heeft Ecuador de rechtsmacht van het Scheidsgerecht aanvaard en heeft zij onderschreven dat zij zonder uitstel de door het Scheidsgerecht getroffen voorzieningen zal uitvoeren en de maatregelen zal treffen die in haar machtssfeer liggen voor de handhaving daarvan. Dat brengt mee dat Ecuador zich er niet over kan beklagen dat de door het Scheidsgerecht opgelegde maatregelen haar onafhankelijkheid en soevereiniteit schenden zolang het Scheidsgerecht beslissingen neemt die op grond van de toepasselijke regelingen binnen zijn bevoegdheid vallen.

Anders dan Ecuador lijkt te veronderstellen, volgt uit het BIT en/of de UAR niet dat het Scheidsgerecht enkel kan oordelen of Ecuador gehouden is tot het vergoeden van schade op de grond dat zij aansprakelijk is voor de schending van het BIT, ook niet als de beweerdelijke schending heeft plaatsgevonden door haar rechterlijke macht. Voorts is het hof van oordeel dat, anders dan Ecuador aanvoert, het Scheidsgerecht Ecuador niet heeft bevolen om met haar uitvoerende macht in te grijpen in de aan de rechterlijke macht voorbehouden taken en daarmee de machtscheiding te doorbreken. Ecuador is kort gezegd bevolen de tenuitvoerlegging van het Lago Agrio vonnis in en buiten Ecuador te (doen) opschorten. Dit gebod strekt zich uit tot alle overheidsorganen wier medewerking nodig is om het vonnis ten uitvoer te leggen. Het is aan de republiek Ecuador om te bepalen door wie en op welke wijze de door het Scheidsgerecht opgelegde maatregelen worden uitgevoerd, haar uitvoerende macht, haar wetgevende macht of haar rechterlijke macht dan wel een combinatie daarvan, bijvoorbeeld door het voorlopig niet verlenen van een apostille of het opschorten van legalisatie. Ecuador is dus niet bevolen om invloed uit te oefenen op de inhoud of de uitkomst van een door een Ecuadoraanse rechter te wijzen vonnis en evenmin om een buitenlandse rechter te gebieden de erkenning van het Lago Agrio-vonnis te weigeren, maar (slechts) om de tenuitvoerlegging daarvan te (doen) opschorten. De maatregel is ook niet definitief: Ecuador wordt niet bevolen om de tenuitvoerlegging voor altijd tegen te houden, maar alleen om de tenuitvoerlegging te doen uitstellen, totdat de arbiters in de arbitrage een eindvonnis hebben gewezen waarin definitief over de algehele kwijting (Track 1) en de denial of justice (Track 2) is beslist, teneinde te voorkomen dat er een onomkeerbare situatie ontstaat. Daarbij is nog van belang dat het Scheidsgerecht Chevron en TexPet aansprakelijk houdt voor de schade die Ecuador kan leiden door het nakomen van de door het Scheidsgerecht aan haar opgelegde verplichtingen en Chevron en TexPet heeft bevolen om een bedrag van US\$ 50 miljoen te storten als zekerheid voor die eventuele aansprakelijkheid.

- 12.3 Op grond van het voorgaande falen de grieven V tot en met VIII. Grief IX is tevergeefs voorgesteld. De enkele omstandigheid dat de maatregel niet noodzakelijk zou zijn, betekent, indien al juist, nog niet dat zón maatregel in strijd is met de openbare orde.

Vervolgens beoordeelt het hof het betoog van Ecuador dat in cassatie centraal staat:

- 12.4 Speciale aandacht verdient de omstandigheid dat met de voorlopige maatregelen van het Scheidsgerecht ook de belangen van derden worden geraakt, te weten de Ecuadoraanse burgers die als eisers in de Lago Agrio-procedure optreden. Deze eisers kunnen het vonnis immers niet (laten) executeren indien Ecuador zou voldoen aan de voorlopige maatregelen die het Scheidsgerecht heeft opgelegd.
- 12.5 Het hof overweegt als volgt. Door de voorlopige maatregelen worden niet rechtstreeks de rechten van de Lago Agrio-eisers aangetast. Wel heeft het Scheidsgerecht Ecuador opgedragen ervoor te zorgen dat het Lago Agrio-vonnis voorlopig niet ten uitvoer wordt gelegd. Dit brengt mee dat de Lago Agrio-eisers hun (door de Ecuadoraanse rechter vastgestelde) rechten jegens Chevron voorlopig niet geldend kunnen maken, zodat deze Ecuadoraanse burgers door het voorlopig schorsen van de tenuitvoerlegging van het vonnis in hun belangen worden geraakt en zij hierdoor schade zullen kunnen [lijden]. In zoverre bestaat er spanning tussen de voorlopige voorzieningen die het Scheidsgerecht heeft gegeven en het vonnis in de Lago Agrio-procedure dat op grond van het Ecuadoraanse recht in beginsel voor tenuitvoerlegging in aanmerking komt. Naar het oordeel van het hof volgt hieruit echter niet dat het Scheidsgerecht zich had moeten onthouden van de omstreden voorlopige voorzieningen.

Naar het hof begrijpt heeft het Scheidsgerecht - na afweging van de betrokken belangen - (vooralsnog) op Ecuador de (impliciete) verplichting gelegd om bij de uitvoering van voorlopige maatregelen (kort gezegd: het onthouden van de benodigde medewerking aan de tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnis) rekening te houden met de rechten en belangen van de betrokken Ecuadoraanse burgers die voortvloeien uit datzelfde vonnis. Ecuador heeft in deze vernietigingsprocedure onvoldoende concreet toegelicht waarom het Scheidsgerecht in de gegeven omstandigheden een dergelijke afweging niet had kunnen en mogen maken.

- 12.6 Ecuador betoogt dat zelfs als de Interim Awards van tijdelijke aard zijn, zij niettemin aan de Lago Agrio-eisers het recht op schadevergoeding ontnemen, zodat zij worden gedwongen om lange tijd in een vervuilde omgeving te leven en het risico te lopen dat zij als gevolg hiervan ziek worden. Volgens Ecuador heeft het Scheidsgerecht aldus geoordeeld over de rechten van de Lago Agrio-eisers. Dit betoog ziet eraan voorbij dat de inzet van de arbitrale procedure juist is om vast te stellen wie aansprakelijk is voor de milieuvervuiling in de Oriente-regio en daarmee verplicht is tot opruiming of tot het betalen van de kosten daarvan. Chevron en TexPet stellen dat dit Ecuador is, die hun in de 1995 Settlement Agreement algehele kwijting juist voor de milieuvervuiling heeft verleend, die zelf aansprakelijkheid hiervoor heeft aanvaard en die Chevron en TexPet dus moet vrijwaren. In de arbitrale procedure moet dus juist worden vastgesteld wie de vervuilde omgeving van de Lago Agrio-eisers moet (laten)schoonmaken of in elk geval de kosten daarvoor moet voldoen, Ecuador of Chevron en TexPet. Als de laatsten nu door de tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnis worden gedwongen om de grote som gelds te betalen waartoe zij daarbij zijn veroordeeld en in de arbitrage uiteindelijk wordt vastgesteld dat niet zij, maar Ecuador aansprakelijk voor de schade is, moeten Chevron en TexPet dit bedrag zien te verhalen. Ecuador stelt weliswaar dat Chevron dan op haar regres kan nemen, maar ziet eraan voorbij dat Chevron, mede gelet op de grootte van het bedrag, het risico loopt dat zij dit bedrag niet (in zijn geheel) kan verhalen. Daarbij merkt het hof op dat evengoed de vraag kan worden gesteld of het niet in ieder geval aan Ecuador was ervoor te zorgen dat de Lago Agrio-eisers niet (langer) in een vervuilde omgeving behoeven te wonen.
- 12.7 Het standpunt van Ecuador dat de arbitrage in wezen de vaststelling van de rechtsverhouding tussen de Lago Agrio-eisers en Chevron betreft, wordt verworpen. Zoals uit het voorgaande reeds blijkt, wordt ervan uitgegaan dat Chevron en TexPet in de arbitrageprocedure vastgesteld wensen te zien dat zij door het 1995 Settlement Agreement algeheel, dat wil zeggen tegenover een ieder, zijn gekwetten voor enige schuld met betrekking tot milieuvervuiling in Ecuador en dat Ecuador hen zal vrijwaren voor aanspraken van derden die zien op deze milieuvervuiling. Om de beoordeling van deze aanspraken mogelijk te maken zonder dat deze door onomkeerbare gevolgen wordt doorkruist, heeft het Scheidsgerecht de voorlopige maatregelen genomen.
- 12.8 Bij pleidooi in hoger beroep heeft Ecuador nog aangestipt dat het niet ten uitvoer kunnen leggen van het vonnis voor de Lago Agrio-eisers tot gevolg zou kunnen hebben dat het recht van tenuitvoerlegging in bepaalde staten zal verjaren. Deze stelling heeft zij echter niet alleen in een zeer laat stadium opgebracht, maar heeft zij bovendien onvoldoende onderbouwd zodat daaraan voorbij wordt gegaan.
- 12.9 Ook Grief XII is tevergeefs voorgesteld voor zover Ecuador daarin betoogt dat de vorderingen van Chevron in de arbitrageprocedure (mede) beogen de rechtsverhouding tussen Chevron en de Lago Agrio-eisers vast te stellen. Ecuador ziet eraan voorbij dat het Scheidsgerecht nog niet heeft geoordeeld over de in de toelichting op grief XII genoemde vorderingen van Chevron. Het enkele feit dat Chevron met haar vorderingen (wellicht) beoogt het Scheidsgerecht - in de woorden van Ecuador - de rechtsverhouding tussen Chevron en de Lago Agrio-eisers te doen laten vaststellen, is dan ook onvoldoende om te oordelen dat de getroffen voorlopige maatregelen wegens strijd met de openbare orde terzijde moeten worden gesteld.
- 12.10 Het voorgaande heeft tot gevolg dat de grieven X tot en met XIII geen doel treffen.

Daarna beoordeelt het hof de grieven van Ecuador tegen de overwegingen van de rechtbank dat het Lago Agrio-vonnis frauduleus was. Het hof neemt op dat punt afstand van het vonnis van de rechtbank, maar komt desondanks tot de conclusie dat het hoger beroep ongegrond is:

13.1 De grieven XIV-XIX zijn gericht tegen de rov. 4.30 tot en met 4.32 waarin de rechtbank overweegt dat de Interim Awards zich niet anders laten verklaren dan doordat het Scheidsgerecht ten tijde van het uitvaardigen ervan serieuze aanwijzingen had dat het Lago Agrio-vonnis frauduleus was.

13.2 Grief XIV waarin Ecuador betoogt dat de beschuldigingen van Chevron over de bij het Lago Agrio-vonnis gepleegde fraude niet relevant zijn, slaagt. Ecuador voert met juistheid aan dat het Scheidsgerecht de gestelde fraude niet aan zijn beslissing over de jurisdictie of aan de Interim Awards waarin de voorlopige maatregelen zijn genomen ten grondslag heeft gelegd. Het heeft, in het kader van de vraag of Chevron en TexPet prima facie een serieuze zaak hebben, overwogen dat de aantijgingen van Chevron en TexPet tot de zwaarste beschuldigingen behoren die aan een staat kunnen worden gedaan op het gebied van zijn rechtssysteem. Daaraan is toegevoegd dat de beweringen compleet onwaar of compleet waar kunnen zijn en dat het Scheidsgerecht daarover nog geen definitief oordeel heeft (ov. 4.58 van het Third Interim Award). Daarna is dit deel van het inhoudelijke geding verplaatst naar Track 2. In zijn First Partial Award heeft het Scheidsgerecht nog gewaarschuwd dat niet mag worden aangenomen dat enig onderwerp impliciet is beslist. De grief is dus terecht voorgesteld, evenals de grieven XVI en XVII, maar het slagen van deze grieven kan niet tot vernietiging van het vonnis en alsnog toewijzing van de vordering tot vernietiging van de arbitrale vonnissen leiden. Zoals uit het hiervoor overwogene blijkt, vormen de fraudebeschuldigingen geen onderdeel van s hofs beslissing dat het Scheidsgerecht bevoegd was om over het geschil te oordelen en evenmin van het oordeel dat de arbitrale vonnissen niet in strijd zijn met de openbare orde. ().

Tot slot heeft het hof de grieven behandeld die gekant zijn tegen de beslissing van de rechtbank dat aan de motiveringsplicht van het scheidsgerecht minder zware eisen mogen worden gesteld:

14.1 Met de grieven XX tot en met XXII keert Ecuador zich tegen de beslissing van de rechtbank dat aan de motiveringsplicht van het scheidsgerecht minder zware eisen mogen worden gesteld.

14.2 Het hof stelt voorop dat Ecuador zich in de dagvaarding niet op de vernietigingsgrond bedoeld in art. 1065 lid 1 onder d heeft beroepen, dat meer bepaald de ondertekening en de motivering van het vonnis betreft (zie de samenvatting van de vernietigingsgronden in ov. 4.1 van het rechtbankvonnis). Artikel 1065 lid 4 Rv (oud) belet dat Ecuador in hoger beroep voor het eerst een gebrekkige motivering van de arbitrale vonnissen in de zin van de genoemde bepaling onder d als grond voor vernietiging aandraagt.

14.3 De enige mogelijkheid is dan dat Ecuador de door haar gewraakte motivering in het kader van de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1 onder e (strijd met de openbare orde) beoordeeld wil zien en zo heeft de rechtbank het betoog van Ecuador kennelijk ook opgevat. Maar binnen dat kader is vernietiging hoogstens mogelijk indien geen enkele motivering is gegeven of de wel gegeven motivering met een ontbrekende motivering op één lijn moet worden gesteld, omdat zij geen verklaring bevat voor de beslissing. Dat heeft Ecuador echter niet aangevoerd. Haar betoog komt erop neer dat het scheidsgerecht in zijn motiveringsplicht is tekortgeschoten, dan wel evident onvoldoende heeft gemotiveerd. Die lichtere vormen van schending van de motiveringsplicht vormen, indien al aanwezig, onvoldoende aanleiding voor vernietiging op grond van strijd met de openbare orde, nu daarmee niet aan de eis van het ontbreken van een motivering of daarmee gelijk te stellen motivering is voldaan. Daarmee falen de grieven XX en XXI. Grief XXII faalt op de onder 13 ontvouwde gronden.

41. Het hof sluit zijn beoordeling af met de slotsom dat de meeste grieven falen en dat de grieven die terecht zijn voorgesteld niet tot een ander oordeel leiden (rov. 15).

42. Bij procesinleiding van 18 oktober 2017 heeft Ecuador tijdig cassatieberoep ingesteld. Chevron heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten. Vervolgens hebben zij gere- en dupliceerd.

4 Vervolg arbitrale procedure; de Second Partial Award

43. Zoals vermeld in hoofdstuk 1 heeft het Scheidsgerecht inmiddels in de Second Partial Award meerdere punten definitief (en unaniem) beslist. Arbiters hebben over bevoegdheids- en ontvankelijkheidsverweren geoordeeld en een oordeel ten gronde gegeven. De Second Partial Award beslaat ruim 500 bladzijden. Deel IV bevat een chronologisch feitenrelaas. Deel X bevat het beschikkend gedeelte.

44. De Second Partial Award geeft antwoorden op bepaalde vragen die de hier aangevochten awards doen rijzen en die relevant lijken voor de geschilpunten die in de onderhavige vernietigingsprocedure aan de orde zijn. Samengevat:

- a. Acht het Scheidsgerecht zich behalve ten aanzien van TexPet ook bevoegd ten aanzien van Chevron?
- b. Ziet het Lago Agrio-vonnis ook op individuele claims?
- c. Zijn met de 1995 Settlement Agreement individuele rechten van burgers tegenover Chevron/TexPet prijsgegeven?
- d. Staat het frauduleuze karakter van het Lago Agrio-vonnis, zoals gesteld door Chevron maar betwist door Ecuador, vast?
- e. Wat zijn de verplichtingen uit hoofde van het BIT, die Ecuador jegens Chevron en TexPet heeft geschonden?
- f. Wat hebben de aangevochten arbitrale beslissingen voor effect op de rechten van de Lago Agrio-eisers?
- g. Zijn de in de First Interim Award en de Second Interim Award vastgestelde voorlopige maatregelen nog van kracht?

45. Ter informatie van Uw Raad zal ik op genoemde onderwerpen de inhoud van het Second Partial Award kort weergeven. Zoals gezegd (zie voetnoot 5) betreft het hier een feitelijk novum in cassatie.

a. Bevoegdheid van het Scheidsgerecht

46. In rov. 9.5 van het bestreden arrest overweegt het hof dat het Scheidsgerecht nog geen definitief oordeel heeft gegeven over zijn bevoegdheid op grond van art. VI lid 1 onder a van het BIT51 ten aanzien van Chevron en dat op die beslissing niet vooruit mag worden gelopen. Dat is ook het uitgangspunt voor de beoordeling in cassatie.

47. In *Part VII Jurisdiction and Admissibility* van de Second Partial Award heeft het Scheidsgerecht definitief bevoegdheid ten aanzien van Chevron aangenomen (7.1-7.182).⁵² Het Scheidsgerecht heeft voor recht verklaard:

10.2 The Tribunal declares that it has jurisdiction under Article VI of the Treaty over the claims pleaded in this arbitration by the First Claimant (Chevron) and the Second Claimant (TexPet) under Articles II(3)(a) and II(3)(c) of the Treaty; and the Tribunal rejects all objections as to lack of jurisdiction pleaded by the Respondent;

b. Reikwijdte van het Lago Agrio-vonnis

48. In verschillende awards maakt het Scheidsgerecht onderscheid tussen *diffuse claims* en individuele claims wegens persoonlijke schade. Het begrip *diffuse claims* is tamelijk onhelder om niet te zeggen diffuus. Een approximatieve vertaling is collectieve acties. Uit de First Partial Award van 17 november 2013 en de Decision on Track IB van 12 maart 2015 blijkt dat het Scheidsgerecht enige tijd zoekende is geweest naar een afbakening van dit begrip, wat noodzakelijk was om te kunnen beoordelen of de vorderingen van de Lago Agrio-eisers mede betrekking hebben op individuele rechten.

49. Zoals wij in punt 32 zagen heeft het Scheidsgerecht in de Decision on Track IB (bij meerderheid) voorlopig geoordeeld dat een deel van de vorderingen van de Lago Agrio-eisers mogelijk betrekking had op individuele claims.⁵³ In het Second Partial Award heeft het Scheidsgerecht zijn oordeel op dat punt nader uitgewerkt: de *vorderingen* betroffen ook individuele claims, maar de daarop gegeven *beslissing* alleen *diffuse claims*. In *Part V* onder het opschrift *H: The Lago Agrio Judgment - Diffuse Liability* overweegt het Scheidsgerecht:

5.121. The Lago Agrio Judgment addressed and decided the Lago Agrio Plaintiffs claims unequivocally as diffuse claims only and not as individual claims made by a plaintiff seeking compensation for personal harm to that individual plaintiff.

5.122. Thus, the Lago Agrio Judgment recognises that what is being decided is not the existence of harm to the health of specific persons; or the existence of harm or injuries to or a specific health problem of a given individual;⁵⁴ noting also that the reparation of particular cases of cancer has not been demanded, nor are such cases identified, thus they are not remediable.⁵⁵ It also notes that no Lago Agrio Plaintiff had claimed monetary compensation for individual losses of animals and domestic farming,⁵⁶ (The Tribunal decided in its Decision on Track 1B (by a majority) that the original complaint pleaded by the Lago Agrio Plaintiffs could be read as pleading individual claims also ()).⁵⁷

Het Scheidsgerecht citeert de *Clarification Order* van 4 maart 2011 bij het Lago Agrio-vonnis: *[T]he complaint has been signed by 42 citizens, the plaintiffs, who have not requested personal compensation for any harm, but rather have demanded the protection of a collective right. (5.123). En: it was clearly established in the Judgment that we are facing a situation of damage to public health and not to individualised claims for injuries of diseases*⁵⁸ (5.125).

50. Het Scheidsgerecht verwijst ook naar de uitspraak van de Ecuadoraanse appelrechter van 3 januari 2012, met de toelichting daarop in de *Order clarifying in the Appellate Judgment* van 13 januari 2012 (5.127), het arrest van het Ecuadoraans Hooggerechtshof van 12 november 2013 (5.128) en het oordeel van het Ecuadoraans Constitutioneel Hof van 27 juni 2018 (5.129). Tot slot wijst het Scheidsgerecht op de verklaring van Ecuador *that the Lago Agrio Court did not award health-related damages based on any past or existing personal injury to any specific person or persons*⁵⁹ (5.132).

51. In lijn met het voorgaande heeft het Scheidsgerecht voor recht verklaard:

10.8 The Tribunal declares that the said Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts) decided only diffuse claims as distinct from individual claims for personal harm by the Lago Agrio Plaintiffs ();

52. In deze context overweegt het Scheidsgerecht voorts nog dat (5.133):

This factor regarding diffuse rights decided by the Lago Agrio Judgment is relevant to the issue whether under the Treaty the Lago Agrio Judgment is barred by the 1995 Settlement Agreement (with related agreements), as the Claimants contend and the Respondent denies. The Tribunal addresses this issue later in this Award, in Part VIII.

Daarmee is tevens het bruggetje gemaakt naar het volgende onderwerp.

c. Reikwijdte van de 1995 Settlement Agreement

53. In de Second Partial Award wordt verduidelijkt dat zowel het Lago Agrio-vonnis als de 1995 Settlement Agreement en de 1998 Final Release betrekking hebben op *diffuse claims*. Het Scheidsgerecht overweegt onder meer:

5.223 The Tribunal re-states the distinction, as set out in its First Partial Award dated 17 September 2013, between an individual claim for personal harm by a Lago Agrio Plaintiff (not being a diffuse claim) and a diffuse (or collective) claim. The former is not affected by the 1995 Settlement Agreement; but the 1995 Settlement Agreement precludes the latter, expressly so in regard to Article 19.2 of the 1978 Constitution.

54. Deel III van de Second Partial Award verschaft informatie over de precieze inhoud van de 1995 Settlement Agreement (zie ook hiervoor, punt 14). Deze overeenkomst is gesloten tussen enerzijds de staat Ecuador en PetroEcuador en anderzijds TexPet en andere Texaco-vennootschappen. Op grond van deze overeenkomst verplichtte TexPet zich om Environmental Remedial Work uit te voeren *in consideration for being released and discharged of all its legal and contractual obligations and liability for Environmental Impact arising out of the Consortiums operations*. (3.18)

55. In 3.22 en 3.33 van het Second Partial Award worden de bepalingen weergegeven waarin de reikwijdte van deze release is afgebakend:

3.22 Article 5.1 of the 1995 Settlement Agreement (Article V) provides (inter alia), in material part:

On the execution date of this Contract [i.e. 4 May 1995], and in consideration of Texpets agreement to perform the Environmental Remedial Work in accordanc., and all their respective agents, servants, employees, officers, directors, legal representatives, insurers, attorneys, indemnitors, guarantors, heirs, administrators, executors, beneficiaries, successors, predecessors, principals and subsidiaries (hereinafter referred to as the Releasees) of all the Governments and Petroecuadors claims against the Releasees for Environmental Impact arising from the Operations of the Consortium, except for those related to the obligations contracted hereunder for the performance by Texpet of the Scope of Work (Annex A)

3.23 The Ecuadorian Governments claims were addressed in Article 5.2. It provides:

The Government and Petroecuador intend claims to mean any and all claims, rights to Claims, debts, liens, common or civil law or equitable causes of actions and penalties, whether sounding in contract or tort, constitutional, statutory, or regulatory causes of action and penalties (including, but not limited to, causes of action under Article 19-2 of the Political Constitution of the Republic of Ecuador, ()'

56. Vervolgens licht het Scheidsgerecht de betekenis toe van de verwijzing naar (o.a.) art. 19-2 van de Grondwet van Ecuador (3.24):

The reference in Article 5.2 to Article 19-2 of the Ecuadorian Constitution (being the 1978 Constitution effective in 1979 and, as later amended, in force in 1995) signified a cause of action available to the Respondent under Title II, Section 1 (On the Rights of People/Individuals) whereby the Ecuadorian State guaranteed to each person, inter alia (in English translation): *the right to live in an environment that is free from contamination. It is the duty of the State to ensure that this right is not negatively affected and to foster the preservation of nature .*

57. Met betrekking tot de 1998 Final Release stelt het Scheidsgerecht vast (3.27):

On 30 September 1998, pursuant to the Settlement Agreement, the Respondent (acting by its Minister of Energy and Mines), PetroEcuador, PetroProduccion and TexPet executed the Acta Final (or Final Release), certifying that TexPet had performed all its obligations under the 1995 Settlement Agreement and, in accordance with its terms, releasing TexPet from (as specified) any environmental liability arising from the Consortiums operations.

58. Volgens het Scheidsgerecht staat vast dat Ecuador aan TexPet en Chevron60 algehele kwijting heeft verleend voor aansprakelijkheid voor schade waartegen kan worden opgekomen met *diffuse claims*. Nu het Lago Agrio-vonnis daarover gaat druist het in tegen die kwijting (zie ook hierna, onder e).

d. De fraudebeschuldigingen met betrekking tot de Lago Agrio-procedure

59. Het hof heeft in rov. 13.2 van het bestreden arrest geoordeeld dat het Scheidsgerecht de door Chevron gestelde fraude niet aan zijn beslissing over de jurisdictie of aan de aangevochten Interim Awards ten grondslag heeft gelegd. Dat oordeel is in cassatie niet bestreden en strekt dan ook bij de beoordeling van het cassatiemiddel tot uitgangspunt. In haar repliek onder 2 wijst Ecuador erop dat Chevrons (herhaalde) stelling dat het Lago Agrio-vonnis frauduleus tot stand is gekomen, *geen grondslag vindt in de feitelijke vaststellingen van het hof*. Dat is juist. Ter informatie van Uw Raad vat ik niettemin de belangrijkste bevindingen van het Scheidsgerecht samen.

60. Het Scheidsgerecht heeft eigen onderzoek gedaan naar de fraudebeschuldigingen. Het heeft zich niet willen baseren op de RICO Litigation (zie hiervoor, punt 31), omdat (i) Ecuador daar geen partij bij was en (ii) het Scheidsgerecht uitsluitend aan het BIT zijn bevoegdheid ontleent (4.6). De arbiters hebben in het kader van hun onderzoek onder meer getuigen gehoord en zich laten voorlichten door forensische en andere deskundigen.

61. Belangrijk zijn met name de bevindingen die betrekking hebben op het Lago Agrio-vonnis. Die uitspraak beslaat 188 bladzijden in enkele regelafstand getypte tekst.⁶¹ Het onderliggende dossier omvatte 237.000 bladzijden, inclusief meer dan 100 expertrapporten (5.11). Het vonnis is geweest door één rechter, N. Zambrano. Deze heeft verklaard dat hij dit vonnis in circa drie maanden had geschreven en dat hij daarbij alleen van een 18 jarige student-secretaresse ondersteuning had gehad (5.10). Chevron vond dat kennelijk verdacht. Zij stelde verder dat het vonnis passages bevat die niet zijn te herleiden tot materiaal dat tot het dossier behoorde en waarover dan ook geen partijdebat had plaats gevonden. Het Scheidsgerecht heeft hier onderzoek naar verricht op grond waarvan het vaststelt dat in genoemd vonnis acht passages staan die zijn teruggevonden in bestanden van vertegenwoordigers van de Lago Agrio-eisers maar die niet tot het procesdossier behoorden:

5.85 that Lago Agrio Judgment made improper use of these eight unfiled materials in the possession of the Lago Agrio Plaintiffs representatives. Based on the evidence adduced before this Tribunal, the Tribunal finds that such use resulted from the corrupt conduct of Judge Zambrano in permitting certain of the Lago Agrio Plaintiffs representatives to ghostwrite material parts of the Lago Agrio Judgment.

62. Het Scheidsgerecht heeft onder het opschrift *The Tribunals Conclusions* geoordeeld dat rechter Zambrano tegen toezegging van een vergoeding⁶² het Lago Agrio-vonnis en de toelichting daarop niet (volledig) zelf heeft geschreven, maar gebruik heeft gemaakt van ghostwriters, waaronder de vertegenwoordigers van de Lago Agrio-eisers, de Ecuadoraans advocaat P. Fajardo en de Amerikaanse advocaat S. Donziger (5.226-5.232). Het Scheidsgerecht overweegt onder meer (5.230):

The Tribunal considers that Judge Zambrano actively solicited a bribe from whichever side in the Lago Agrio Litigation would be willing to pay him for issuing a favourable judgment in the Lago Agrio Litigation. Chevron refused his approaches; but certain of the Lago Agrio Plaintiffs representatives did not. It is not proven that Judge Zambrano did receive a monetary consideration actually paid to him before the issuance of the Lago Agrio Judgment. On a balance of probabilities, however, it is proven that the consideration was a promise to reward him financially at a later date from proceeds to be recovered from the enforcement against Chevron of the Lago Agrio Judgment. It is likely to be a reward that he will never see.

63. Ook in de procedure voorafgaande aan genoemd vonnis zijn opmerkelijke dingen gebeurd. Dr. A. Guerra, een Ecuadoraans jurist die niet langer rechter was in de rechtbank van Lago Agrio, heeft buiten dienst verschillende *court orders* voor rechter Zambrano opgesteld, aldus het Scheidsgerecht. Ook heeft hij meegeholpen aan het opstellen van het Lago Agrio-vonnis. Dit alles achtte het Scheidsgerecht voor zijn oordeel evenwel niet van belang of al te zijn begrepen onder het *ghostwriting*-verwijt. Het zelfde geldt voor een door de Lago Agrio-rechtbank benoemde deskundige R. Cabrera. Deze heeft een deskundigenrapport ingediend dat zijn naam draagt maar naar later is gebleken grotendeels is opgesteld door een Amerikaanse consultantfirma (5.242-5.247).⁶³

64. In het chronologisch feitenoverzicht in Deel IV van de Second Partial Award wordt verwezen naar de bewijsstukken waarop het Scheidsgerecht zijn bevindingen ten aanzien van de door Chevron gestelde frauduleuze handelingen heeft gebaseerd. Uit de overweldigende hoeveelheid informatie noem ik één voorbeeld, dat zich afspeelt rond een hearing in oktober 2009. Het Scheidsgerecht overweegt en citeert (4.343):

15 September 2009: Mr Fajardo sends an email to [] and Donziger, referring to Judge Zambrano and Dr Guerra as the puppet and puppeteer, respectively: I think everything is quiet The puppeteer is pulling the string and the puppet is returning the package By now its pretty safe that there wont be anything to worry about The puppet will finish off the entire matter tomorrow I hope they dont fail me.

En (4.355):

27 October 2009: In his email to Mr Donziger dated 27 October 2009, Mr Fajardo (again) refers to Dr Guerra as the puppeteer, Judge Zambrano as the puppet and the Lago Agrio plaintiffs representatives as the audience when he sends to Messrs Donziger and [] an email message with the subject News. The email states: The puppeteer wont move his puppet until the audience doesnt pay him something

Het Scheidsgerecht overweegt daaromtrent (4.345):

The Tribunal considers that the use of code-names at this time is likely the sign of nefarious conduct and guilty minds by the sender and recipients; and that the puppet was a code name for Judge Zambrano. There is no other cogent explanation. (Judge Zambrano formally became the Lago Agrio Courts judge hearing the Lago Agrio Litigation on 21 October 2009).

65. In het dispositief van de Second Partial Award verklaart het Scheidsgerecht:

10.4 The Tribunal declares that material parts of the Lago Agrio Judgment of 14 February 2011 (as clarified by order of 4 March 2011) were corruptly ghostwritten for Judge Nicolás Zambrano Lozada, as a judge of the Lago Agrio Court, by one or more of the Lago Agrio Plaintiffs representatives in return for a promise by such representative(s) to pay to Judge Zambrano a bribe from the proceeds of the Lago Agrio Judgments enforcement by the Lago Agrio Plaintiffs;

66. Ik wijs erop dat Ecuador in deze vernietigingsprocedure de fraudebeschuldigingen uitdrukkelijk betwist. Zij stelt dat Dr. Guerra, die eveneens in de RICO-litigation belastende verklaringen heeft afgelegd voor rechter Zambrano en de vertegenwoordigers van de Lago Agrio-eisers, door Chevron zou zijn omgekocht.⁶⁴ Ecuador stelt verder dat een door de Lago Agrio-eisers aangestelde forensisch expert, Racich, aan de hand van computerbestanden van rechter Zambrano zou hebben aangetoond dat deze het vonnis wel degelijk zelf kan hebben geschreven. Daarmee zou het *ghostwriting*-verwijt zijn ontkracht.⁶⁵ Het oordeel van het Scheidsgerecht in de Second Partial Award strookt niet helemaal met die laatste stelling:

6.110 () whilst the forensic evidence alone does not prove, on the balance of probabilities, that the Lago Agrio Judgment was corruptly ghostwritten by one or more the Lago Agrio Plaintiffs representatives, it is more likely than not that the Judgment was drafted in material part on a computer or device other than the Zambrano Computers. By itself, in the Tribunals view, the likely use of another computer or device is not proof of ghostwriting; but, equally, it is not proof that there was no ghostwriting.

e. De vastgestelde schending van verplichtingen onder het BIT

67. In *Part VIII The Merits of the Claimants Claims and the Respondents Defences* oordeelt het Scheidsgerecht, voor zover hier van belang, ten gronde over de schendingen door Ecuador van haar verplichtingen uit hoofde van het BIT.

68. In de eerste plaats stelt het Scheidsgerecht vast dat het Lago Agrio-vonnis een inbreuk vormt zowel op art. II lid 3 onder c BIT (*Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments*)⁶⁶ als op de 1995 Settlement Agreement. Genoemd vonnis is toe te rekenen aan Ecuador omdat het Lago Agrio Court een orgaan van die staat is:

8.5 In its First Partial Award, the Tribunal decided that Chevron and TexPet were both Releasees under Article 5.1 of the 1995 Settlement Agreement and Article IV of the 1998 Final Release. The Tribunal also decided that Chevron and TexPet could invoke their contractual rights as Releasees against the Respondent in regard to diffuse claims (as there described).

8.6 In the Tribunals view, such contractual rights correspond to an obligation by the Respondent towards each of Chevron and TexPet within the meaning of the Umbrella Clause in Article II(3)(c) of the Treaty.

8.7 In Parts IV and V of this Award, the Tribunal has found that the Lago Agrio Judgment, with the judgments of the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts, rests upon finding Chevron liable for diffuse claims in noncompliance with the Respondents obligations to release Chevron (with TexPet and Texaco) from such liability under the 1995 Settlement Agreement.

8.8 In the Tribunals view, by the acts of its judicial branch, attributable to the Respondent under Article 4 of the ILC Articles on State Responsibility, the Respondent violated its obligations under Article II(3)(c) of the Treaty, thereby committing international wrongs towards each of Chevron and TexPet.

8.11 In conclusion, under the Umbrella Clause in Article III(3)(c) of the Treaty, the Tribunal decides that the Respondent is liable to make reparation to each of Chevron and TexPet (.67

69. In het dispositief geeft het Scheidsgerecht de volgende verklaring voor recht:

10.9 The Tribunal declares that the Respondent is liable to make full reparation to the First Claimant and the Second Claimant under Article II(3)(c) of the Treaty for the non-observation of its obligations towards each of them as a Releasee under the 1995 Settlement Agreement; and the Tribunal rejects the defences pleaded by the Respondent;

70. In de tweede plaats stelt het Scheidsgerecht een *denial of justice* vast,⁶⁸ die een schending oplevert zowel van de verplichting om investeerders een eerlijke en billijke behandeling te geven als bedoeld in art. II lid 3 onder a BIT (*Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law*)⁶⁹ als van het internationaal gewoonterecht. De *denial of justice* omvat enerzijds de door het Scheidsgerecht geconstateerde fraude in de Lago Agrio-procedure en anderzijds het nalaten van de verschillende rechterlijke instanties in Ecuador (appelrechter, Ecuadoraans Hooggerechtshof en Constitutioneel Hof) om adequaat te reageren op de fraudebeschuldigingen van Chevron.⁷⁰

71. Het Scheidsgerecht overweegt (8.59):

The Tribunal considers that the Claimants case on ghostwriting satisfies the legal test for denial of justice under the FET standard in Article II(3)(a) of the Treaty, as at 1 March 2012 when the Lago Agrio Judgment became enforceable as a result of the Appellate Courts judgment and order. The evidence pointing to the corrupt conduct of Judge Zambrano in regard to the ghostwriting of the Lago Agrio Judgment in collusion with certain of the Lago Agrio Plaintiffs representatives justifies the very gravest concerns as to judicial propriety in regard to the Lago Agrio Judgment, with the judgments of the Lago Agrio Appellate Court, Cassation and Constitutional Courts leaving the Lago Agrio Judgment materially unremedied. Judge Zambranos conduct was grossly improper by any moral, professional and legal standards; and it directly impacted, adversely, the rights of Chevron (with TexPet).

8.60 Accordingly, in the Tribunals view, the Lago Agrio Judgment was, () , clearly improper and discreditable with the result that the Claimants investments have been subjected to unfair and inequitable treatment. That judgment was left unremedied by the Respondents own legal system, including the judgments of the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts and the Respondents prosecutorial authorities. That conduct amounted to a failure of the Respondents national system as a whole to satisfy minimum standards required under international law.

()

8.76 (6) 6) *The Tribunals Conclusion as to Denial of Justice:* As recited above, the Tribunal bases its decisions on the merits on the corrupt misconduct of the Lago Agrio Court in regard to the Lago Agrio Judgment in the Lago Agrio Litigation, together with the absence of any appropriate relief within the Respondents own legal system from the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts and

the conduct of the Respondents prosecutorial authorities.

8.77 For these reasons, on the merits of the Claimants claims for denial of justice, the Tribunal decides that the Respondent violated the FET standard and customary international law in Article II(3)(a) of the Treaty.

()

72. In het dispositief geeft het Scheidsgerecht de volgende verklaringen voor recht:

10.5 The Tribunal declares that the Respondent, by issuing, rendering enforceable, maintaining the enforceability and executing the Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts) and knowingly facilitating its enforcement outside Ecuador, wrongfully committed a denial of justice under the standards both for fair and equitable treatment and for treatment required by customary international law under Article II(3)(a) of the Treaty;

En:

10.10 The Tribunal declares that, given the Respondents said denial of justice, the Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts) grossly violated the fundamental procedural rights of the First Claimant (including its rights of defence); the said Lago Agrio Judgment (as thus decided) is contrary to international public policy; and no part of the said Lago Agrio Judgment should be recognised or enforced by any State with knowledge of the Respondents said denial of justice;

f. Effecten op de rechten van de Lago Agrio-eisers

73. In cassatie staat centraal de stelling van Ecuador dat de aangevochten awards ingrijpen in de rechten van de Lago Agrio-eisers, met name het recht om het Lago Agrio-vonnis binnen een redelijke termijn ten uitvoer te kunnen leggen in of buiten Ecuador. Het Scheidsgerecht benadrukt zelf dat het geen bevoegdheid heeft ten aanzien van de Lago Agrio-eisers:

7.36 The Tribunal here confirms that decision, for these and other reasons set out in its Third Interim Award. It does not consider that any of its decisions made in this arbitration can be legally binding upon any of the Lago Agrio Plaintiffs. This Tribunal has no jurisdiction to decide upon the individual claims for personal harm (not being diffuse claims) of the Lago Agrio Plaintiffs; and it has not sought to exercise any such jurisdiction in this arbitration.⁷¹

74. In *Part IX* heeft het Scheidsgerecht andermaal benadrukt dat het niet rechtstreeks in de rechten van de Lago Agrio eisers ingrijpt (9.5 e.v.).

75. Vervolgens licht het Scheidsgerecht toe, na te hebben verwezen naar uitspraken van het Internationaal Gerechtshof, hoe ver zijn bevoegdheid reikt ten aanzien van de aan Ecuador op te leggen *remedies*:

9.10 In regard to the enforcement of the Lago Agrio Judgment before the courts of a third State (i.e. not Ecuador or the USA), the Claimants referred to Article 16 of Part One of the ILC Articles on State Responsibility (Aid or assistance in the commission of an internationally wrongful act). This Article provides that a State which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act entails the consequences set out in Part Two of the ILC Articles on State Responsibility if: (i) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act and (ii) the act would be internationally wrongful if committed by that State. For this purpose, a denial of justice under customary international law would be such internationally wrongful act. As the International Court of Justice decided in the *Bosnia Genocide Case* (2007),⁷² Article 16 of the ILC

Articles reflects a rule of customary international law.

9.11 The Tribunal adopts the general approach suggested by the ICJ in *Avena I*, to the effect that reparation for an internationally wrongful act varies, depending upon the concrete circumstances surrounding each case and the precise nature and scope of the injury under international law.

9.12 The Tribunal also follows the distinction drawn by the ICJ in *Avena I* between the process of the Lago Agrio Litigation leading to the enforceability of the Lago Agrio Judgment and the correctness of the Lago Agrio Judgment, as decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts.

()

9.14 Accordingly, applying international law, the Tribunal does not consider that it has the power to annul the Lago Agrio Judgment as regards its lack of correctness. Albeit unlawful under international law as to process (as decided by the Tribunal), the Lago Agrio Judgment exists as a concrete fact under Ecuadorian law, hence the Claimants successive appeals to the Respondents courts. Given such existence, the Lago Agrio Judgment has a legal effect and resulting consequences under international law. However, the remedy of annulment, as such, lies with the Respondents internal law. This Tribunal has no power to apply such an internal remedy, as an international tribunal. It does, however, have the power to order the Respondent to take steps to secure that result.

9.15 As to international law, the Tribunal has decided that the Respondent breached its obligations, by a denial of justice, in issuing the Lago Agrio Judgment, rendering it enforceable and maintaining its enforceability by the Lago Agrio Plaintiffs.

9.16 () In the Tribunals view, judicial bribery must rank as one of the more serious cases of corruption, striking directly at the rule of law, access to justice and public confidence in the legal system; and also, as regards the foreign enforcement of a corrupt judgment, at the law of nations. Accordingly, the Tribunal concludes that the Lago Agrio Judgment (with the judgments of the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts) violates international public policy. As a matter of international comity, it must follow that the Lago Agrio Judgment should not be recognised or enforced by the courts of other States.

9.17 In the Tribunals view, the reinstatement of the Claimants rights under international law requires of the Respondent the immediate suspension of the enforceability of the Lago Agrio Judgment and the implementation of such other corrective measures as are necessary to wipe out all the consequences of the Respondents internationally wrongful acts, so as to re-establish the situation which would have existed if those internationally wrongful acts had not been committed by the Respondent.

9.18 The Tribunal considers that these measures, subject to their elaboration in the form of declarations and orders below, are appropriate in the present circumstances of this case. These circumstances do not require the Tribunal itself to declare the nullity of the Lago Agrio Judgment under international law.

76. Het Scheidsgerecht heeft het volgende voor recht verklaard:

10.11 The Tribunal declares that any injury to the First Claimant or the Second Claimant caused by the recognition or enforcement of any part of the Lago Agrio Judgment within or without Ecuador (as decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts) shall be injuries for which the Respondent is liable to make reparation under international law;

En:

10.12 For the avoidance of doubt, the Tribunal declares and confirms that neither this Award nor any of its earlier awards, orders and decisions precludes a claim by any of the Lago Agrio Plaintiffs against

the First or Second Claimants made for personal harm in respect of his or her individual rights, not being a diffuse claim within the meaning of the 1995 Settlement Agreement.

77. Het Scheidsgerecht heeft aan de diverse verklaringen voor recht bevelen verbonden die er in de kern op neerkomen dat Ecuador ervoor moet zorgen dat het Lago Agrio-vonnis niet in of buiten Ecuador ten uitvoer kan worden gelegd (10.13):

The Respondent shall, to the satisfaction of the Tribunal and as unconditional obligations of result (save where otherwise indicated):

(i) Take immediate steps, of its own choosing, to remove the status of enforceability from the Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts);

(ii) take immediate steps, of its own choosing, to preclude any of the Lago Agrio Plaintiffs, any trust purporting to represent their interests (including the Frente de Defensa La Amazonia), any of the Lago Agrio Plaintiffs representatives, and any non-party funder from enforcing any part of the Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts), directly or indirectly, whether by attachment, arrest, interim injunction, execution or howsoever otherwise;

(iii) on notice from the First or Second Claimants, advise promptly in writing any State (including its judicial branch), where the Lago Agrio Plaintiffs may be seeking directly or indirectly, now or in the future, the enforcement or recognition of any part of the Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts) of this Tribunal's declarations and orders regarding the Respondents internationally wrongful acts comprising a denial of justice resulting from the Lago Agrio Judgment ();

()

(vi) take corrective measures, of its own choosing, to wipe out all the consequences of all the Respondents internationally wrongful acts in regard to the Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Courts), within the meaning of Article 31 of the International Law Commissions Articles on State

Responsibility, excepting only reparation in the form of compensation ();

(vii) comply with its obligations towards the First Claimant and the Second Claimant as Releasees under the 1995 Settlement Agreement, in accordance with Article II(3)(c) of the Treaty; and

(viii) subject to further order of this Tribunal in Track III, make full reparation in the form of compensation for any injuries caused to the First Claimant and the Second Claimant by the Lago Agrio Judgment (as also decided by the Lago Agrio Appellate Court, Cassation and Constitutional Courts).

78. Dat deze bevelen *indirect* wel de rechten van de Lago Agrio-eisers raken heeft twee redenen. Het begrip *diffuse claims* legt de verbinding tussen het eerste spoor van de arbitrage (niet-nakoming van de gegeven kwijting) en de positie van de Lago Agrio-eisers. Daarnaast leggen de vaststelling van fraude en het nalaten in te gaan op de fraudebeschuldigingen de verbinding tussen het tweede spoor van de arbitrage (*denial of justice*) en de positie van de Lago Agrio-eisers. Men wordt de mogelijkheid ontnomen om het Lago Agrio-vonnis ten uitvoer te leggen als Ecuador aan de opgelegde voorzieningen voldoet.

g. Status van de voorlopige voorzieningen

79. In de First en Second Interim Award zijn voorlopige voorzieningen getroffen voor de duur van de procedure, waarbij het Scheidsgerecht uitdrukkelijk heeft overwogen dat de gegeven beslissing *is and shall remain subject to modification (including its extension or termination)*⁷³ en genomen is *strictly*

*without prejudice to the merits of the Parties substantive and other procedural disputes, including the Respondents objections as to jurisdiction, admissibility and merits.*⁷⁴

80. Het Scheidsgerecht heeft in de Second Partial Award bepaald dat het verzoek van Ecuador (van 1 maart 2013) om de beslissingen in de First, Second en Fourth Interim Award te heroverwegen, zal worden behandeld in het kader van Track III van de arbitrale procedure (zie 9.121, onder (iv) en 10.20 van het beschikkend gedeelte). Dat wijst erop dat de voorlopige voorzieningen ook na de Second Partial Award nog van kracht zijn. Zie ik het goed, dan zijn die voorzieningen niettemin uitgewerkt omdat ze lijken te zijn ingehaald door de bevelen in 10.13 (zie zojuist, punt 77). In Track III zal het verder vooral gaan over de omvang van de door Ecuador te vergoeden schade, die het gevolg is van de door het Scheidsgerecht vastgestelde schendingen. Het valt niet uit te sluiten dat Chevron schade heeft geleden en nog lijdt wegens kosten die zij heeft gemaakt voor het voeren van verweer tegen de pogingen het Lago Agrio-vonnis in diverse jurisdicties toch te executeren.

Samenvatting

81. Het voorgaande kort samengevat:

- a. Het Scheidsgerecht heeft definitief beslist dat het zich ten aanzien van Chevron bevoegd acht.
- b. De initiële vordering in de Lago Agrio-procedure bevatte individuele claims, het Lago Agrio-vonnis zelf heeft echter alleen betrekking op *diffuse claims*.
- c. De 1995 Settlement Agreement en de 1998 Final Release hebben beide betrekking op *diffuse claims* en niet op individuele claims.
- d. Het Scheidsgerecht heeft het frauduleuze karakter van het Lago Agrio-vonnis en de daaraan voorafgaande procedure vastgesteld.
- e. Ecuador heeft haar verplichtingen op grond van het BIT geschonden: (i) de toewijzing van de *diffuse claims* in het Lago Agrio-vonnis is in strijd met de aan TexPet en Chevron gegeven algehele kwijting en (ii) de frauduleuze wijze van totstandkoming van dat vonnis en het uitblijven van een reactie op de fraudebeschuldigingen van Chevron vormen een *denial of justice*.
- f. Het Scheidsgerecht grijpt niet direct in de rechten van de Lago Agrio-eisers in. De bevelen aan Ecuador wegens genoemde schendingen zijn erop gericht te verhinderen dat zij het Lago Agrio-vonnis kunnen executeren.
- g. De in de First Interim Award en de Second Interim Award vastgestelde voorlopige maatregelen zijn nog van kracht maar lijken uitgewerkt.

5 Investeringsarbitrage en de Lago Agrio-zaak in breder perspectief

82. In zijn conclusie voor het arrest uit 2014 heeft A-G Spier algemene en kritische beschouwingen gewijd aan BITs en aan investeringsarbitrage in het bijzonder.⁷⁵ Voor het beoordelen van het cassatieberoep doen persoonlijke opvattingen over de positieve of negatieve kanten van investeringsarbitrage m.i. niet ter zake. Ik acht het ter voorlichting van Uw Raad niettemin nuttig kort te wijzen op recente ontwikkelingen in het maatschappelijk debat over investeringsarbitrage.

83. Kritiek op investeringsarbitrage is onder andere geuit naar aanleiding van de Handelsovereenkomst EU/Canada (CETA)⁷⁶ en de beoogde Handelsovereenkomst EU/Verenigde Staten van Amerika (TTIP).⁷⁷ Deze kritiek, die onder meer afkomstig is van NGOs, geeft uiting aan de vrees dat in een globaliserende wereld de grote economische krachten steeds meer macht krijgen ten koste van zwaarwegende humanitaire belangen zoals een schoon milieu, veilig voedsel en sociale bescherming. Investeringsarbitrage wordt gezien als middel voor multinationale ondernemingen om druk uit te oefenen op landen met een lage levensstandaard. Arbiters zouden grote bedrijven meestal in het gelijk stellen. De

arbitrage tussen Chevron en Ecuador wordt in dat verband regelmatig ter illustratie aangehaald.

84. Niet alle aannames waarop dergelijke kritiek is gebaseerd zijn juist. Zo blijkt uit cijfers dat niet de verwerende landen maar de eisende investeerders de meeste zaken verliezen.⁷⁸ Dat neemt niet weg dat landen waarin wordt geïnvesteerd de arbitrages als belastend kunnen ervaren. Verschillende landen (Zuid-Afrika, India, Indonesië, Bolivia en Venezuela) hebben in de afgelopen jaren hun BITs eenzijdig beëindigd.⁷⁹ Het is misschien niet verrassend dat Ecuador haar BIT met de Verenigde Staten (tegen 18 mei 2018) heeft opgezegd.⁸⁰ De meeste BITs bevatten overigens een zogenoemde horizonbepaling op grond waarvan de bescherming voor bestaande investeerders nog enige tijd (veelal tien jaar) na opzegging doorloopt.⁸¹ Ik vermeld nog dat ook op het niveau van de Europese Unie BITs onder druk staan. Daaraan liggen echter vooral redenen van juridisch-institutionele aard ten grondslag.⁸²

85. Gewijzigde maatschappelijke opvattingen kunnen uiteraard aanleiding vormen de regelingen inzake investeringsarbitrage bij te stellen of aan te vullen. Zo wordt het feit dat binnenlandse belanghebbenden geen partij zijn bij een investeringsarbitrage en daarom ook niet worden gehoord, door sommigen als een lacune in de bestaande arbitrageregelingen beschouwd. ⁸³In reactie op die bezorgdheid wordt in het kader van de *The Hague Rules* gewerkt aan een regeling voor *Business and Human Rights Arbitration*. Op 22 november 2018 werd een door een expertgroep opgesteld *Elements Paper* ter consultatie gepubliceerd. ⁸⁴ Daarnaast wijs ik erop dat de modeltekst voor door Nederland af te sluiten investeringsakkoorden recent ingrijpend is herzien. Doel is nu een duurzaam investeringsbeleid. Daarmee is de gouden standaard, die de uitdrukking vormde van een investeerdersvriendelijk en op export gericht beleid, vaarwel gezegd. Deze ontwikkelingen laten zien dat wordt gestreefd naar een ander evenwicht tussen investeringsbescherming en andere belangen.⁸⁵

86. Kijken we nu concreet naar de onderhavige zaak dan valt het volgende op.

87. In de eerste plaats is de vervuiling in de Oriente-regio van Ecuador veroorzaakt door oliewinning door het Consortium waarin het staatsbedrijf PetroEcuador de meerderheid had. Sinds 1992 zet PetroEcuador de oliewinning alleen voort. Ecuador heeft ruimschoots opbrengsten van deze oliewinning genoten.⁸⁶

88. In de tweede plaats zijn er door de Ecuadoraanse staat en PetroEcuador met TexPet, afspraken gemaakt over het uitvoeren van herstelwerkzaamheden voor het milieu. Ecuador heeft erkend dat TexPet die afspraken is nagekomen. Daarom heeft zij de 1998 Final Release getekend. TexPet c.s. werden aldus van milieuaansprakelijkheid ontheven, terwijl op dat moment nog veel vervuiling niet was opgeruimd. Men zou dan verwachten dat de verantwoordelijkheid voor verdere herstelwerkzaamheden sindsdien volledig bij PetroEcuador of de staat Ecuador is komen liggen.

89. In de derde plaats wijs ik erop, nog steeds in verband met de positie van de staat Ecuador, dat vertegenwoordigers van de Aguinda-eisers (het geding in New York dat vooraf ging aan de Lago Agrio Litigation; zie hiervoor, punt 12) in november 1996 zich hebben verplicht af te zien van claims tegen de Ecuadoraanse staat en PetroEcuador, als tegenprestatie voor toegezegde steun bij de tenuitvoerlegging in Ecuador van een (eventueel) veroordelend Amerikaans vonnis tegen TexPet.⁸⁷ Indien deze *waiver* ook nog gold voor de Lago Agrio Litigation de eisers zijn grotendeels dezelfde personen dan maakt dit het betoog van Ecuador dat de inheemse bevolking van het Amazonegebied wordt gedwongen langere tijd in een vervuilde omgeving te leven doordat de tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnis door arbiters wordt getorpedeerd,⁸⁸ beslist minder overtuigend.

90. Daar komt nog bij dat ik mij niet helemaal aan de indruk kan onttrekken dat de Lago Agrio-eisers slachtoffer zijn geworden van hun eigen vertegenwoordigers. Deze lijken in hun omvangrijke inspanningen voor de goede zaak de grenzen van het oorbare te hebben overschreden. Daardoor heeft het kunnen gebeuren dat de aanleiding voor de Lago Agrio-procedure (schade wegens milieuvervuiling) steeds meer is overschaduwd door de fraudebeschuldigingen.

91. De Second Partial Award bevat bovendien passages bevat die de indruk wekken geven dat de Lago Agrio-procedure sterk door de advocaten werd gedreven. Dat is doorgaans geen goed teken. Uit door het Scheidsgerecht weergegeven citaten komt naar voren dat de *litigation strategy* erop was gericht zo veel mogelijk geld van Chevron binnen te krijgen. Veelzeggend is in dat verband de reactie van de Amerikaanse lead counsel Donziger op een hem toegezonden bericht uit een Ecuadoraanse krant met als titel *State Assumes Environmental Clean Up*. Wat klonk als een hoopvol bericht voor de Lago Agrio-eisers wilde hij zo snel mogelijk de kop in gedrukt hebben. Het Scheidsgerecht overweegt (en citeert): 89

22 June 2009: In response to a newspaper article entitled *State Assumes Environmental Clean Up*, Mr Fajardo emails his colleagues, expressing concerns that [Chevron] would

say that the State finally assumed its duty and is going to clean up what it ought to. By email headed Worrisome, Mr Donziger responds to (): You have to go to [President] Correa to put an end to this shit once and for all. Whilst the Ecuadorian Governments initiative (if such it was) could have benefited the affected local communities, PetroEcuador's remediation activities were seen by Mr Donziger and his colleagues () as an unwelcome threat to their strategy in the Lago Agrio Litigation. The

Tribunal infers that the reason for their concerns was the inconsistency with their strategy that Chevron was to be the only person to be held responsible for such pollution and resulting compensation in a significant amount, to the exclusion of PetroEcuador and the Respondent. Given (inter alia) the low estimate for PetroEcuador's remediation costs and the terms of the unilateral waiver of 20 November 1996 ostensibly immunizing PetroEcuador and the Respondent from any like responsibility (), such concerns are understandable.

Eind 2011 is een verdeling opgesteld van de verwachte opbrengst uit het Lago Agrio-vonnis, waarbij op dat moment nog werd uitgegaan van ruim US\$ 18 miljard. Van die totale som zou US\$ 5,7 miljard aan *Funders, Lawyers and Advisors* ten goede komen en dus afgaan van het geld om het getroffen gebied schoon te maken. Het Scheidsgerecht overweegt naar aanleiding daarvan: 90

The Tribunal has also been shown a pie chart produced for the US State Department of 20 December 2011 (after the Lago Agrio Judgment), showing the following figures: From a total recovery by external Funders, Lawyers, and Advisors of US\$ 5,741,211,538 on US\$ 18,156,936,000, Donziger & Associates would receive US\$ 1,143,886,968, Mr Fajardo US\$ 363,138,720, Patton Boggs US\$ 435,768,464 and the Burford Group (as the major non-party funder) US\$ 1,006,802,101.

92. Thans keer ik terug naar de stand van de arbitrale procedure eind 2013, die in de onderhavige vernietigingsprocedure het feitelijk uitgangspunt vormt.

6 Het geschil in cassatie; belang bij het cassatieberoep

93. Op grond van art. 1065 lid 1 Rv (oud) kan vernietiging van een arbitraal vonnis slechts plaatsvinden op de grond dat (a) een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt, (b) het scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regelen is samengesteld, (c) het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden, (d) het vonnis niet overeenkomstig het in art. 1057 Rv bepaalde is ondertekend of niet met redenen is omkleed of (e) het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, strijdt met de openbare orde of de goede zeden.

94. Ik zal hieronder in kaart brengen welke gronden Ecuador tegen welk van de vier aangevochten awards heeft ingebracht. Dat doe ik om drie redenen. Ten eerste acht ik het dienstig een samenvatting te geven

van het door Ecuador in feitelijke aanleg gevoerde betoog, dat honderden bladzijden aan processtukken beslaat (voor het verweer van Chevron geldt overigens hetzelfde). Ten tweede is het nuttig vast te stellen wat er van dat betoog in cassatie nog over is; niet veel, zo zal blijken. Ten derde is in feitelijke aanleg niet steeds goed onderscheiden welke van de aangevochten arbitrale beslissingen volgens Ecuador op welke grond zouden moeten worden vernietigd.

Eerste aanleg

95. Als eerste reden voor vernietiging is aangedragen dat een overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (vernietigingsgrond a). Naar haar aard betreft deze vernietigingsgrond alle aangevochten awards. Deze grond is in cassatie niet langer aan de orde.

96. Als tweede reden voor vernietiging is aangevoerd dat de diverse awards in strijd met de openbare orde zijn (vernietigingsgrond e). Daarnaast wordt op een enkel punt gesteld dat arbiters zich niet aan hun opdracht hebben gehouden (vernietigingsgrond c). Dit standpunt wordt in vier onderdelen nader uitgewerkt.

97. Onderdeel 1 draagt als opschrift: *Arbiters breken op onaanvaardbare wijze in in het rechterlijk proces en dicteren ten onrechte de Ecuadoriaanse rechters en andere buitenlandse rechters* en wordt als volgt gesubstantieerd:

(i) De verplichting in te grijpen in de rechtsgang van één individuele zaak tussen private partijen die geen partij zijn bij de arbitrage om erkenning en tenuitvoerlegging te voorkomen, strijdt met de openbare orde omdat zij onverenigbaar is met het beginsel van de scheiding der machten en de onafhankelijkheid van de rechtspraak en de soevereiniteit en onafhankelijkheid van Ecuador aantast (inleidende dagvaarding onder 89);

(ii) de gegeven bevelen in de Interim Awards zijn in strijd met de openbare orde, omdat zij overbodig en onnodig schadelijk zijn voor de Ecuadoriaanse rechtsorde (inleidende dagvaarding onder 92-93);

(iii) het is eveneens in strijd met de openbare orde dat arbiters zichzelf de bevoegdheid toe-eigenen om andere staten dan Ecuador de vrijheid te ontnemen zelf te beslissen over de tenuitvoerlegging van een buitenlandse uitspraak in hun rechtsorde (inleidende dagvaarding onder 94);

(iv) de gegeven bevelen zijn in strijd met de openbare orde omdat arbiters in strijd met de Ecuadoriaanse grondwet en Organic Code of Judiciary beletten dat de rechters in Ecuador hun taak onafhankelijk kunnen uitoefenen (inleidende dagvaarding onder 95-98);

(v) met de gegeven bevelen wordt de soevereiniteit en onafhankelijkheid van Ecuador geschonden (inleidende dagvaarding onder 99).

98. De weergegeven stellingen betreffen de bevelen in de First en Second Interim Award (en mogelijk ook de daarmee verbonden Fourth Interim Award). Nergens heeft Ecuador in dit verband de Third Interim Award of de First Partial Award genoemd.

99. Onderdeel 2 draagt als opschrift: *De Arbiters hebben de Ecuadoriaanse onderdanen het fundamentele recht op leven in een niet-verontreinigd milieu ontnomen* en wordt als volgt nader uitgewerkt:

(i) het oordeel in de First Partial Award dat de Ecuadoriaanse onderdanen ten tijde van de 1995 Settlement Agreement niet op grond van de toenmalige grondwet van Ecuador het recht hadden een claim in te dienen ter bescherming van het grondwettelijk recht op een schoon milieu, is in strijd met de openbare orde omdat deze onderdanen daarmee hun fundamentele recht op leven in een niet-verontreinigd milieu en het recht om daarvan juridische bescherming te zoeken wordt ontnomen (inleidende dagvaarding onder 102-103);

(ii) het fundamentele recht om te leven in een schoon milieu is niet alleen in de Ecuadoraanse grondwet neergelegd, maar ook in internationale verdragen, waaronder het EVRM (inleidende dagvaarding onder 104-105).

100. Deze stellingen betreffen de First Partial Award. De rechtbank heeft hieromtrent in het vonnis van 20 januari 2016 het volgende overwogen:

4.36. In verband met het beroep op de schending van de openbare orde is de rechtbank voorts met Chevron en TexPet van oordeel dat de stelling van Ecuador dat het Scheidsgerecht de Ecuadoraanse onderdanen het fundamentele recht op leven in een niet-verontreinigd milieu heeft ontnomen feitelijke en juridische grondslag mist. Dat het Scheidsgerecht in zijn First Partial Award heeft geoordeeld dat de 1995 Settlement Agreement eraan in de weg staat dat Chevron en TexPet worden aangesproken door Ecuadoraanse burgers op grond van zogenaamde diffuse claims, als tegenhanger van (volgens het Scheidsgerecht niet onder de 1995 Settlement Agreement vallende) individuele milieuclaims waarbij wel sprake is van persoonlijke (dreigende) milieuschade, ontnemt deze burgers niet het recht dergelijke diffuse claims tegen Ecuador in te stellen. De rechtbank deelt evenzeer het standpunt van Chevron en TexPet dat Ecuador onvoldoende heeft toegelicht zijn stelling dat een dergelijk recht van een ieder op een schoon milieu horizontale werking (tussen de Ecuadoraanse burgers en particuliere ondernemingen zoals Chevron en TexPet) toekomt, terwijl de plaatsing van dit recht in de Ecuadoraanse grondwet - een wet waarvan verondersteld mag worden dat deze (slechts) de verhoudingen tussen staat en burger vastlegt - een belangrijke contra-indicatie voor die horizontale werking vormt. Zoals gezegd staat de beslissing van het Scheidsgerecht aan het instellen van individuele milieuclaims betreffende persoonlijke (dreigende) milieuschade op geen enkele wijze in de weg.

Tegen dat oordeel is in appel niet gegriefd. Dit aspect van de beweerdelijke schending van de openbare orde is dus ook in cassatie niet langer aan de orde.

101. Onderdeel 3 heeft als opschrift: *Arbiters beslissen ten onrechte over de rechten van de Lago Agrio-eisers zonder dat deze in Arbitrage zijn betrokken en zonder dat deze zijn gehoord*. In de nadere uitwerking van dit onderdeel stelt Ecuador:

(i) dat de bevelen in de Interim Awards ingrijpen in de procedure en rechten van de Lago Agrio Eisers, die geen partij zijn bij de arbitrage en niet zijn gehoord, (inleidende dagvaarding onder 107);

(ii) dat de arbiters zich niet aan hun opdracht hebben gehouden door in te grijpen in de gerechtelijke procedure tussen de Lago Agrio-Eisers en Chevron (inleidende dagvaarding onder 107);

(iii) dat ook de First Partial Award ingrijpt in de rechten van derden (waaronder de Lago Agrio-eisers), waar wordt geoordeeld dat er in 1995 geen grondwettelijk recht voor individuen bestond om gemeenschappelijk claims in te stellen om hun fundamentele recht op leven in een schoon milieu te waarborgen (inleidende dagvaarding onder 108).

102. De stelling onder (i) betreft de First en de Second Interim Award (en mogelijk ook de daarmee onlosmakelijk verbonden Fourth Interim Award). De stelling heeft geen betrekking op de Third Interim Award en de First Partial Award, aangezien daarin geen bevelen zijn opgenomen.

103. De stelling onder (ii) heeft evenmin betrekking op de Third Interim Award en de First Partial Award, nu zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet valt in te zien hoe deze beslissingen daardoor zouden worden geraakt. In de Third Interim Award heeft het Scheidsgerecht zich bevoegd geacht kennis te nemen van het geschil, in elk geval voor zover het TexPet betreft. In deze beslissing wordt niet ingegrepen in de rechten van de Lago Agrio-eisers. Van overschrijding van de opdracht in de hier door Ecuador bedoelde zin

kan daarin dan ook geen sprake zijn. Het Scheidsgerecht heeft het zelf in de Third Intereim Award als volgt verwoord:

4.66 () if there were a decision by the Tribunal in this arbitration that the 1995 Settlement Agreement releases Chevron from all liability, that might be said to decide the legal rights of the Lago Agrio plaintiffs. But that is something that depends upon the form and content of the decision of this Tribunal: it is not an inevitable consequence of the Tribunal exercising its jurisdiction. The question of form and content of the decision is a matter to be addressed during the merits phase of this case.

Ook in de First Partial Award wordt niet ingegrepen in de rechten van de Lago Agrio-eisers. Daarin is slechts in algemene zin geoordeeld dat de 1995 Settlement Agreement en 1998 Final Release geen betrekking hebben op individuele rechten maar wel op *diffuse claims*.

104. De stelling onder (iii) heeft betrekking op de First Partial Award, maar speelt om de in punt 100 genoemde reden geen rol in het hoger beroep en de cassatieprocedure.

105. Onderdeel 4 heeft als opschrift *Arbiters hebben de toepasselijke UNCITRAL Rules geschonden*. Dit onderdeel heeft uitsluitend betrekking op de Fourth Interim Award. De daarin opgenomen verklaring dat Ecuador de First Interim Award en de Second Interim Award heeft geschonden, is volgens Ecuador naar zijn aard geen voorlopige voorziening en kan niet op grond van art. 26 UNCITRAL Arbitration Rules (1976) worden uitgesproken in een interim award, zodat het Scheidsgerecht met dit oordeel zijn opdracht heeft geschonden (inleidende dagvaarding onder 109). De rechtbank heeft deze stelling in rov. 4.40 van haar vonnis verworpen. Tegen dat oordeel is Ecuador in hoger beroep niet opgekomen.

Hoger beroep

106. De memorie van grieven bevat een inleiding op de grieven. De inleiding onder 5 heeft als titel: *Het Scheidsgerecht heeft geen bevoegdheid over de vorderingen van Chevron en TexPet*. Die stelling wordt uitvoerig uitgewerkt. Zoals opgemerkt, speelt deze vernietigingsgrond in cassatie niet langer een rol.

107. De inleiding onder 4 draagt de titel *De voorlopige maatregelen zijn schokkend en zonder precedent*. Onder 145 stelt Ecuador vervolgens dat de vernietiging van de vier Interim Awards en de First Partial Award wordt gevorderd en dat toegelicht zal worden dat (a) deze vonnissen afzonderlijk en gezamenlijk naar hun inhoud in strijd zijn met de openbare orde en (b) dat het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden. De daaropvolgende 36 paginas bevatten evenwel een betoog dat uitsluitend op de voorlopige maatregelen en daarmee op het First en Second Interim Award en eventueel de Fourth Interim Award betrekking heeft en niet op het Third Interim Award en de First Partial Award. Hetzelfde geldt voor de vervolgens geformuleerde grieven.

108. Het relevante deel van de inleiding is opgebouwd uit vijf onderdelen, genummerd 4.1 tot en met 4.5.

109. Het eerste onderdeel heeft als opschrift: *Het Scheidsgerecht heeft Ecuador ten onrechte bevolen om in te grijpen in een procedure tussen twee private partijen*. Het onderdeel vormt de opmaat naar de grieven V-VIII. In de nadere uitwerking stelt Ecuador onder meer:

(i) dat het opleggen van een verplichting aan een staat om in een lopende procedure tussen twee civiele partijen een bepaald resultaat te bewerkstelligen in kennelijke strijd is met de openbare orde, omdat het strijdt met de elementaire beginselen die ten grondslag liggen aan de scheiding der machten (memorie van grieven onder 147-152);

(ii) dat het Scheidsgerecht met de opgelegde resultaatverplichting buiten zijn mandaat is getreden en aldus in strijd met de openbare orde heeft gehandeld (memorie van grieven onder 154 en 182), en;
(iii) dat het Scheidsgerecht (a) het systeem van erkenning en tenuitvoerlegging doorkruist en daarbij (b) een ongeoorloofde inbreuk maakt op de soevereiniteit van de Ecuadoraanse rechter en (c) ook de desbetreffende vreemde rechter(s) de mogelijkheid ontnemt om een zelfstandig oordeel over de erkenning en tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnis te vellen, waarmee de Interim Awards kennelijk in strijd zijn met de openbare orde (memorie van grieven onder 189).⁹¹

Genoemde stellingen hebben onmiskenbaar betrekking op de First en Second Interim Award (en mogelijk ook op de Fourth Interim Award). De verwijten hebben geen betrekking op de Third Interim Award en evenmin op de First Partial Award.

110. Het tweede onderdeel draagt als opschrift: *Het Scheidsgerecht beslist ten onrechte over de rechten van de Lago Agrio Eisers hoewel zij geen partij zijn bij de Arbitrage en geen recht hebben om te worden gehoord*. Het onderdeel vormt de inleiding op de grieven X-XIII (memorie van grieven onder 304-317) en XIX (memorie van grieven onder 343-345). In de nadere uitwerking stelt Ecuador onder meer:

(i) dat de rechten en plichten van de inheemse bewoners en Chevron, waaronder het recht om het Lago Agrio-vonnis te mogen executeren, moeten worden beslist in een procedure waaraan beiden kunnen deelnemen en dat het Scheidsgerecht zijn mandaat heeft overschreden door zich de bevoegdheid toe te eigenen over de rechten van de Lago Agrio-eisers te beslissen (memorie van grieven onder 192 en 202), en;

(ii) dat de Interim Awards in strijd zijn met het recht op een effectieve remedie en daarom een schending van de openbare orde opleveren, nu het Scheidsgerecht daarin in weerwil van het voorgaande heeft geoordeeld over de rechten van de Lago Agrio-eisers, zonder deze inheemse eisers te horen en hen de mogelijkheid te geven zich te verdedigen (memorie van grieven onder 208).

111. Aanvullend stelt Ecuador in grief X dat de Interim Awards een permanente inbreuk vormen op het recht van de Lago Agrio-eisers om het vonnis binnen een redelijke termijn ten uitvoer te leggen en dat zij door de voorlopige voorziening worden gedwongen langere tijd in een vervuilde omgeving te leven (memorie van grieven onder 305).⁹²

112. Deze stellingen betreffen opnieuw slechts de First en Second Interim Award (en mogelijk ook de daarmee samenhangende Fourth Interim Award), en niet de Third Interim Award.

113. Ook in de First Partial Award is niet beslist over de rechten van de Lago Agrio-eisers. Daarin is slechts in algemene bewoordingen een uitleg gegeven van de 1995 Settlement Agreement en de 1998 Final Release. Over de gevolgen van die uitleg voor de Lago Agrio-procedure is daarin nog niet geoordeeld.⁹³

114. Het derde onderdeel vormt de inleiding op grief IX (memorie van grieven onder 301-303) en draagt het opschrift: *De Interim Awards waren niet noodzakelijk*. Ecuador stelt daarin dat de voorlopige maatregelen overbodig en daarom in strijd met de openbare orde zijn, nu niet voldaan is aan de in art. 26 lid 1 UNCITRAL Arbitration Rules (1976) gestelde eis dat sprake is van een dreiging van onherstelbare schade en deze schade onmiddellijk dreigt in te treden (memorie van grieven onder 209-214).⁹⁴ Dit is opnieuw een verwijt dat alleen betrekking heeft op de First en Second Interim Award (en mogelijk ook de Fourth Interim Award).

115. Het vierde onderdeel draagt het opschrift: *Het Scheidsgerecht is tekort geschoten in zijn verplichting de Interim Awards te motiveren*. Ecuador stelt daarin dat het Scheidsgerecht in strijd met de Nederlandse fundamentele beginselen van een goede procesorde heeft nagelaten de Interim Awards te motiveren, ofwel heeft volstaan met algemene frasen zonder feitelijke analyse. Zij verwijst in dit verband uitsluitend

naar passages in de First Interim Award en Second Interim Award (memorie van grieven onder 215-223). Het verwijt lijkt dan ook alleen op die beide arbitrale vonnissen betrekking te hebben. Aan het slot stelt zij weliswaar dat zelfs in de Third Interim Award het oordeel op allerlei punten wordt aangehouden, maar daaraan verbindt zij terecht niet de conclusie dat deze beslissing onvoldoende is gemotiveerd. In grief XXI wordt ineens wel het standpunt ingenomen dat het verwijt geldt voor alle arbitrale vonnissen waarvan de vernietiging wordt verzocht (memorie van grieven onder 354). Die stelling mist ten aanzien van de Third Interim Award en de First Partial Award iedere uitwerking.⁹⁵

116. In het vijfde onderdeel stelt Ecuador dat de fraudebeschuldigingen van Chevron en TexPet niet relevant zijn voor de procedure. De uitwerking van die stelling heeft niet tot doel de arbitrale vonnissen aan te tasten, maar te onderbouwen dat het Scheidsgerecht de fraudebeschuldigingen niet heeft laten meewegen in zijn beslissing. Het vormt de inleiding op de tegen het andersluidende oordeel van de rechtbank gerichte grieven XIV-XIX (memorie van grieven onder 318-345). Zoals we hiervoor zagen heeft het hof in rov. 13.2 geoordeeld dat die grieven slagen, maar niet tot vernietiging van het vonnis van de rechtbank kunnen leiden.

Cassatie

117. Het cassatiemiddel omvat vijf onderdelen. Kort samengevat stellen de verschillende onderdelen het volgende aan de orde:

(i) Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 5.2 en 11.2 van het bestreden arrest en de daarin vooropgestelde terughoudende beoordelingsmaatstaf bij het onderzoek of een arbitraal vonnis in strijd is met de openbare orde.

(ii) Onderdeel 2 keert zich tegen het oordeel dat de door het Scheidsgerecht getroffen voorlopige voorzieningen niet wegens strijd met de openbare orde ter zijde moeten worden gesteld. Daarbij gaat het alleen nog om de stelling dat het recht van de Lago Agrio-eisers op toegang tot de rechter, dat mede inhoudt het recht om een eenmaal verkregen rechterlijke uitspraak binnen een redelijke termijn ten uitvoer te kunnen leggen, wordt geschonden. Niet langer aan de orde zijn de stellingen dat de arbitrale beslissingen strijdig zijn met de openbare orde omdat inbreuk wordt gemaakt op (i) de scheiding der machten, (ii) de onafhankelijkheid van de rechtspraak, (iii) de soevereiniteit van Ecuador, (iv) het recht van andere staten te beslissen over de tenuitvoerlegging van een buitenlandse uitspraak, (v) het grondwettelijke recht op een leven in een niet-verontreinigd milieu en (vi) het recht van de Lago Agrio-eisers te worden gehoord en zich te verdedigen voorafgaand aan een uitspraak die hun rechten raakt. Het onderdeel bevat rechts- en motiveringsklachten.

(iii) In onderdeel 3 klaagt Ecuador dat het hof in het geheel niet over het beroep op art. 1065 lid 1, aanhef en onder c Rv (oud) het scheidsgerecht heeft zich niet aan de opdracht gehouden heeft geoordeeld.

(iv) Onderdeel 4 keert zich tegen de verwerping door het hof van de stelling van Chevron dat de arbitrale vonnissen met de openbare orde strijden, omdat zij onvoldoende zijn gemotiveerd.

(v) Onderdeel 5 betreft de uitleg van een van de grieven, die het hof niet zou hebben beoordeeld. Het betreft een grief over de bevoegdheid van het Scheidsgerecht.

Belang van Ecuador bij haar cassatieberoep

118. Naar aanleiding van de voorgaande samenvatting van de stellingen van Ecuador in drie instanties sta ik stil bij het belang van Ecuador bij haar cassatieberoep.

119. Een eerste vraag in dat verband is of met de Second Partial Award het belang bij de onderhavige vernietigingsprocedure niet is weggefallen. Deze vraag is bij mij opgekomen naar aanleiding van een *Beschluss* van het Bundesgerichtshof uit 2013 in de investeringsarbitrage tussen Achmea en Slowakije. In die zaak stelde het betrokken scheidsgerecht een final award vast op het moment dat een vernietigingsprocedure tegen een eerder partial award inzake jurisdictie bij het Bundesgerichtshof aanhangig was. Het Bundesgerichtshof oordeelde, kort gezegd, dat door het meeromvattende final award, waarin het scheidsgerecht ook zijn jurisdictie nogmaals had bevestigd, de vernietigingsactie tegen het partial award obsoleet was geworden zodat Slowakije geen belang meer had bij rechtsbescherming tegen het partial award.⁹⁶ Er zijn parallellen maar ook verschillen met onze zaak. Zo is het hier minder eenduidig dat de Second Partial Award alle beslissingen dekt die zijn vervat in de vijf awards die hier zijn aangevochten. Ik zou daarom niet willen betogen dat de Second Partial Award het belang bij de onderhavige vernietigingsprocedure zonder meer heeft weggenomen.

120. Wel ontbreekt het belang voor zover Ecuador het cassatieberoep mede richt tegen de Third Interim Award. Zij heeft in cassatie geen klachten aangevoerd tegen het oordeel dat het Scheidsgerecht bevoegd is. Deze beslissing heeft ook geen gevolgen voor de Lago Agrio-eisers. Of de rechten van de Lago Agrio-eisers worden geraakt, hangt af van de beslissingen die bij de *uitoefening* van deze bevoegdheid worden genomen. Als de in cassatie aangevoerde gronden voor vernietiging schending van de openbare orde en het treden buiten de opdracht en de in dat verband door Ecuador betrokken stellingen al op de Third Interim Award zien, kunnen zij mede daarom niet tot de vernietiging van deze arbitrale beslissing leiden.

121. Voor zover Ecuador haar vordering tot vernietiging heeft gericht tegen de First Partial Award heeft zij daarbij evenmin belang. De stellingen die strekken tot onderbouwing van de gevorderde vernietiging van dat award zijn in eerste aanleg verworpen in enkele overwegingen, waartegen in hoger beroep niet is gegriefd.

122. Zo aan de vordering tot vernietiging van de Third Interim Award en de First Partial Award mede de stelling ten grondslag ligt dat deze beslissingen met de openbare orde strijden omdat zij niet of onvoldoende zijn gemotiveerd, heeft Ecuador deze stelling niet van enige onderbouwing voorzien.

123. In cassatie staat centraal de stelling dat de aangevochten awards inhoudelijk in strijd zijn met de openbare orde. De gestelde strijd met de openbare orde is daarbij teruggebracht tot het verwijt dat de door arbiters getroffen voorlopige voorzieningen tot gevolg hebben dat de Lago Agrio-eisers het Lago Agrio-vonnis niet binnen een redelijke termijn ten uitvoer kunnen leggen. Zie ik het goed, dan resteert van de in eerste aanleg aangevoerde redenen voor vernietiging wegens strijd met de openbare orde alleen nog de hiervoor in punt 101, onder (i) weergegeven stelling. Die stelling slaat echter uitsluitend op de First Interim Award, de Second Interim Award (en mogelijk ook de daarmee onlosmakelijk verbonden Fourth Interim Award), omdat in die awards, en niet in de Third Interim Award of de First Partial Award, bevelen in de vorm van voorlopige maatregelen zijn gegeven.

124. Ik concludeer dat het cassatieberoep, voor zover gericht tegen de Third Interim Award en de First Partial Award, wegens gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden. Voor zover het cassatieberoep is gericht tegen de beslissingen tot oplegging van voorlopige voorzieningen in de andere awards kan de vraag worden gesteld of de vordering tot vernietiging ontvankelijk is. Daarover gaat het volgende hoofdstuk.

7 Ontvankelijkheid van de vordering tot vernietiging

125. Op grond van art. 1064 lid 1 Rv (oud) staan tegen een geheel of gedeeltelijk eindvonnis dat niet vatbaar is voor arbitraal hoger beroep, de rechtsmiddelen van vernietiging en herroeping open.⁹⁷ De Interim Awards zijn arbitrale tussenvonnissen. Ingevolge art. 1064 lid 4 Rv (oud) kan de vordering tot vernietiging tegen een arbitraal tussenvonnis slechts worden ingesteld tezamen met de vordering tot vernietiging van het geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis.⁹⁸ In cassatie staat onbestreden vast dat de First Partial Award een gedeeltelijk eindvonnis is, waarvan geen arbitraal hoger beroep mogelijk is.⁹⁹ De vordering tot vernietiging van de Interim Awards kon derhalve in beginsel gelijktijdig met de vordering tot vernietiging van de First Partial Award worden ingesteld.

126. De rechtbank en het hof hebben aan de vraag of en zo ja, in hoeverre de vordering tot vernietiging ontvankelijk is, geen overwegingen gewijd. Zie ik het goed, dan hebben partijen daarover in feitelijke aanleg ook geen debat gevoerd. De vraag of tegen een arbitraal vonnis een vordering tot vernietiging openstaat, is van openbare orde. Wordt tegen een arbitraal vonnis een vordering tot vernietiging ingesteld, terwijl dit niet openstond, dan moet de eisende partij ambtshalve niet-ontvankelijk worden verklaard.¹⁰⁰ In rechtspraak en literatuur bestaat m.i. nog weinig duidelijkheid over de vraag of een arbitrale beslissing waarin *voorlopige maatregelen* zijn opgelegd, naar haar aard open staat voor vernietiging.

127. In art. 1064 Rv (oud) wordt geen onderscheid gemaakt naar gelang het bestreden oordeel definitief of voorlopig van aard is. Wanneer de nietigheid van een arbitraal vonnis wordt ingeroepen op grond van een oordeel dat volgens het betrokken scheidsgerecht zelf slechts een voorlopig oordeel is, dan betekent dit dat het scheidsgerecht in een later stadium van het arbitraal geding *zelf* op dat voorlopig oordeel kan terugkomen.

128. In zijn conclusie voor het arrest *IMS/Modsaf I* heeft A-G Bakels gewezen op een mogelijke parallel met art. 399 Rv. Ingevolge die bepaling staat beroep in cassatie niet open voor hem die zijn bezwaren kan doen herstellen door dezelfde rechter bij wie de zaak heeft gediend.¹⁰¹ Het gaat daarbij onder meer om beslissingen waarvan de rechter in de loop van het geding kan terugkomen. Dit geldt ook voor tussenvonnissen waarin een voorlopig oordeel is vevat dat voort moet duren tot het eindvonnis. A-G Bakels merkte op:¹⁰²

2.46. Mét verweerders in cassatie zie ik niet in welk belang IMS heeft bij haar tegen dat oordeel gerichte klachten. Ten eerste was het oordeel van arbiters, dat de tegenvordering niet behandeld kon worden, zoals gezien nog niet definitief. Hoewel art. 1064 Rv het middel van vernietiging openstelt tegen een geheel of gedeeltelijk arbitraal eindvonnis dat niet vatbaar is voor arbitraal hoger beroep en daarbij niet onderscheidt naar de aard van het bestreden oordeel, spreekt het mijns inziens vanzelf dat men niet met succes de nietigheid van een arbitraal vonnis kan inroepen op grond van een oordeel dat volgens het scheidsgerecht zelf nog slechts voorlopig is. In de literatuur heb ik hierover niets kunnen vinden, maar de parallel met artikel 399 Rv dringt zich op.

In rov. 3.6 van zijn arrest verwijst de Hoge Raad naar deze passage uit de conclusie.

129. In de literatuur is ook vijftien jaar later hier nog steeds betrekkelijk weinig over te vinden. ¹⁰³ Het meest uitvoerig is Meijer in *Tekst & Commentaar Rechtsvordering: (mijn onderstreping)*¹⁰⁴

Is een oordeel of beslissing in een gedeeltelijk eindvonnis/tevens tussenvonnis nog slechts voorlopig en (dus) nog niet definitief, dan kan (wegens gebrek aan belang) daartegen niet met succes een actie tot vernietiging op grond van art. 1064-1065 worden ingesteld, ook al staat ingevolge art. 1064 jo. art. 1049 lid 2 vernietiging in beginsel open tegen elk gedeeltelijk eindvonnis en maakt art. 1064 geen onderscheid naar de aard van het bestreden oordeel; voor de grondslag van het vorenstaande uitgangspunt kan een

parallel met art. 399 worden getrokken (zie HR 17 januari 2003, r.o. 3.6, NJ 2004/384 ()). Gelet op het feit dat het oordeel slechts voorlopig is, zal het scheidsgerecht daarvan kunnen terugkomen. Het vorenstaande zal ook hebben te gelden voor een dergelijk oordeel in een (separaat) tussenvonnissen houdende een voorlopig oordeel dat voort moet duren tot het eindvonnis als op een gegeven moment een gedeeltelijk eindvonnis wordt gewezen. Daartegen kan dan niet tegelijk met het gedeeltelijk eindvonnis een actie tot vernietiging worden ingesteld (zie art. 1064a lid 3). Tegen een voorlopige voorziening getroffen hangende een arbitraal geding ten gronde als bedoeld in art. 1043b lid 1 staat ingevolge art. 1064a lid 3 (tussentijds) geen actie tot vernietiging open, dit ook niet als een gedeeltelijk eindvonnis wordt gewezen en de voorlopige voorziening moet voortduren tot het eindvonnis. Nu de voorlopige voorziening ex art. 1043b wel vatbaar is voor executie, komt het onbevredigend voor dat daartegen niet in alle gevallen een actie tot vernietiging openstaat (). De wetgever bepleit dat voorlopige voorzieningen die hangende een arbitraal geding ten gronde worden getroffen, zouden kunnen voortduren volgend op het eindvonnis in het geding. Alsdan zal tegen de voorlopige voorziening toch tegelijk met het eindvonnis een actie tot vernietiging (moeten) kunnen worden ingesteld.

130. Kern van de discussie is of tegen een arbitrale beslissing houdende een voorlopige voorziening naar zijn aard een actie tot vernietiging open staat. Of die beslissing is neergelegd in een tussenvonnissen of in een gedeeltelijk eindvonnis doet niet ter zake. Dat laatste onderscheid is wel van belang voor de vraag *wanneer* een actie tot vernietiging kan worden ingesteld, welke vraag pas aan de orde komt als vaststaat dat een dergelijke actie überhaupt mogelijk is. Een alledaags voorbeeld kan zijn een arbitraal geding over schending van een concurrentiebeding, waarin bij tussenvonnissen bij wijze van voorlopige voorziening wordt bepaald dat verweerder het leveren van goederen aan een bepaalde afnemer moet staken en gestaakt houden tot ten gronde is beslist. Een dergelijke voorziening dient, zou ik menen, vatbaar te zijn voor vernietiging (zij het tegelijkertijd met een actie tegen het eindvonnis). De voorlopige voorziening bindt namelijk de verweerder en de naleving ervan kan worden afgedwongen. De tegenhanger dient dan te zijn dat een dergelijke beslissing niet van vernietiging is uitgesloten. Ook al kunnen arbiters de gegeven voorlopige voorziening tussentijds herzien, bijvoorbeeld als zich een wijziging in de omstandigheden voordoet, het zou onbevredigend zijn als vernietiging ten principale niet zou open staan.

131. De onderhavige zaak ligt complexer. Toch is twijfel mogelijk of de genoemde interim awards vatbaar zijn voor vernietiging.

132. Ten eerste: op het moment van aanvang van deze vernietigingsprocedure kon het Scheidsgerecht nog op de genomen beslissingen terugkomen. In de First Interim Award overweegt het Scheidsgerecht uitdrukkelijk dat de gegeven beslissing *is and shall remain subject to modification (including its extension or termination)*.¹⁰⁵ Het heeft daar in de Second Interim Award aan toegevoegd dat de genomen beslissing *is strictly without prejudice to the merits of the Parties substantive and other procedural disputes, including the Respondents objections as to jurisdiction, admissibility and merits*.¹⁰⁶ Beide awards houden dus niet een onherroepelijke beslissing in.

133. Ten tweede: in de Second Partial Award is bepaald dat het verzoek van Ecuador om de beslissingen in de First, Second en Fourth Interim Award te heroverwegen zal worden behandeld in het kader van Track III van de arbitrale procedure (zie hiervoor, punt 80). Ook dat wijst op een voorlopige beslissing die door arbiters zelf kan worden gewijzigd.

134. Ten derde: het kan vanuit proceseconomisch oogpunt minder wenselijk worden geacht als in een zelfde arbitraal geding dat in verschillende fasen wordt behandeld, achtereenvolgens meerdere vernietigingsprocedures worden aangespannen.

135. Tegen deze argumenten kan echter het nodige worden ingebracht. Zo heeft Ecuador in feitelijke aanleg aangevoerd dat de voorlopige maatregelen *niet* tijdelijk van aard zijn, nu zij (uitgaande van datum van de *procedural orders*) al sinds januari 2011 van kracht zijn en de einduitspraak nog jaren op zich zal laten wachten.¹⁰⁷ Formeel is die stelling onjuist: dat de voorzieningen voor langere tijd gelden, ontnemt daaraan niet het voorlopige of tijdelijke karakter. Toch kan ik voor Ecuadors standpunt enig begrip

opbrengen. Wanneer onzekerheid bestaat over het moment waarop een voorlopige voorziening haar werking verliest en die voorziening al die tijd van kracht is, kan een punt worden bereikt waarop men zich kan afvragen hoe voorlopig voorlopig is. Ik wijs verder op het volgende.

136. Ten eerste: het is wenselijk te streven naar een symmetrie tussen de mogelijkheid een arbitrale beslissing ten uitvoer te leggen en de mogelijkheid daartegen een rechtsmiddel in te stellen (ervan uitgaande dat die laatste mogelijkheid niet is uitgesloten in de arbitrageovereenkomst). De hier getroffen voorlopige voorzieningen zijn voorlopige maatregelen als bedoeld in art. 26 UNCITRAL Arbitration Rules. In de discussie over de vraag of voorlopige maatregelen als bedoeld in die bepaling zijn aan te merken als awards bepleit Gary B. Born in zijn handboek dat het standpunt om voorlopige maatregelen niet als vatbaar voor tenuitvoerlegging aan te merken geen steun verdient. Hij merkt op (mijn onderstreping):108

() the better view is that provisional measures should be and are enforceable as arbitral awards under generally-applicable provisions for the recognition and enforcement of awards (). Provisional measures are final in the sense that they dispose of a request for relief pending the conclusion of the arbitration.

Hebben we van doen met een arbitrale beslissing die vatbaar is voor tenuitvoerlegging, dan is de keerzijde daarvan dat daartegen een rechtsmiddel moet kunnen worden ingesteld (ook al is dat op beperkte gronden).

137. Ten tweede: het komt mij voor dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen een voorlopig oordeel en een voorlopige voorziening. Het oordeel dat een voorlopige voorziening noodzakelijk is lijkt mij een definitief oordeel. Alleen het onderwerp van het oordeel, de voorziening, is temporeel begrensd. Dat wordt niet anders doordat herziening mogelijk is door dezelfde instantie. Dan komt er een ander, eveneens definitief, oordeel.

138. Ten derde: er kan een lacune in de rechtsbescherming optreden als niet tegen een beslissing houdende oplegging van een voorlopige voorziening kan worden opgekomen. De noodzaak tot rechtsbescherming doet zich in het bijzonder voor als de voorlopige voorziening na het van kracht worden van een (eerste) gedeeltelijk eindvonnis haar werking behoudt. Echter ook wanneer een arbitraal eindvonnis wél een einde maakt aan de werking van een voorlopige voorziening, bestaat in beginsel behoefte aan rechtsbescherming: de beslissing waarin de voorlopige voorziening is vervat zal zijn uitgewerkt, maar die beslissing hoeft niet in het eindvonnis te zijn bevestigd. Concreet kan het belang bij rechtsbescherming erin zitten dat een voorlopige voorziening schade heeft toegebracht aan de partij tot wie zij is gericht. Om de schade vergoed te kunnen krijgen dient die partij de mogelijkheid te hebben om in rechte te laten vaststellen dat de voorlopige voorziening jegens haar, kort gezegd, onrechtmatig was (uiteraard weer binnen het beperkte kader van een vernietigingsactie).

139. Het voorgaande toegespitst op deze zaak: de getroffen voorlopige voorzieningen zijn bindend voor Ecuador. Zij zijn uitgevaardigd na een verzoek van Chevron aan het Scheidsgerecht om Procedural Orders om te zetten in Awards. Chevron zal dat verzoek niet zonder reden hebben gedaan. Uit deze gang van zaken blijkt dat het de uitdrukkelijke bedoeling was een bindend bevel vast te stellen. Daar hoort de mogelijkheid van vernietiging tegen open te staan.

140. Op het gevaar af de discussie te compliceren wijs ik er op dat in deze zaak twijfel mogelijk is of de in de First, Second en Fourth Award opgelegde voorlopige voorzieningen zich wel voor tenuitvoerlegging lenen. Ik kan mij namelijk weinig voorstellen bij het vragen van een executoriaal verlov van een bevel dat behelst, kort gezegd, een bepaalde situatie te bevorderen of te voorkomen. Dat maakt het in punt 136 genoemde symmetrie-argument hier minder dwingend. Bovendien hebben de First, Second en Fourth Interim Award feitelijk geen gevolgen gehad voor Ecuador, omdat zij zich daar kennelijk niet aan heeft gehouden. Die omstandigheid maakt het in punt 138 genoemde rechtsbeschermingsargument minder dwingend.

141. Alles afwegend zie ik geen doorslaggevende zie Uw Raad in overweging te geven het cassatieberoep niet-ontvankelijk te verklaren in zoverre het is gericht tegen de First, Second en Fourth Interim Award. Voor de rechtspraak kan het evenwel wenselijk zijn meer duidelijkheid te krijgen of überhaupt een actie tot vernietiging open staat tegen een hangende een arbitraal geding getroffen voorlopige voorziening waarvan vaststaat dat die door het betrokken scheidsrecht kan worden herzien.

8 Bespreking van het cassatiemiddel

Onderdeel 1: toetsingsmaatstaf om strijd met de openbare orde vast te stellen

142. Onderdeel 1 is gericht tegen de overweging van het hof in rov. 5.2 en 11.2 van het bestreden arrest *dat de mogelijkheid van aantasting van arbitrale beslissingen beperkt is en dat de rechter daarbij terughoudendheid dient te betrachten, in het bijzonder wanneer het gaat om de vraag of het vonnis in strijd is met de openbare orde, respectievelijk dat bij de beoordeling of de arbitrale vonnissen strijdig zijn met de openbare orde terughoudendheid moet worden betracht en vernietiging op deze grondslag () alleen [is] geboden wanneer de vonnissen in strijd zijn met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.* Ecuador klaagt dat het oordeel van het hof blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover is miskend dat de arbitrale vonnissen ten volle aan de Nederlandse openbare orde dienen te worden getoetst. Weliswaar kunnen slechts een beperkt aantal regels en normen worden aangemerkt als zijnde van openbare orde, maar dat betekent niet dat de rechter bij de toets aan de openbare orde terughoudendheid moet betrachten.

143. Het bestreden oordeel van het hof geeft m.i. niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting. Integendeel, het sluit aan bij vaste jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁰⁹ De vereiste terughoudendheid van de burgerlijk rechter hangt onder meer hiermee samen dat een procedure op de voet van art. 1065 Rv niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep en dat de overheidsrechter gelet op het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging slechts in sprekende gevallen op grond van strijd met de openbare orde mag ingrijpen, aldus de Hoge Raad. Ook deze vernietigingsgrond zal *naar haar aard eveneens met terughoudendheid moeten worden toegepast*.¹¹⁰ Ecuador lijkt dat te onderkennen, maar suggereert dat het Scheidsrecht een recht heeft geschonden dat even fundamenteel is als het recht van hoor en wederhoor. Zij laat echter na van die stelling een onderbouwing te geven zodat daaraan voorbij gegaan kan worden.

144. Chevron en TexPet wijzen er in hun schriftelijke toelichting onder 48 terecht op dat de rechtbank reeds in gelijke zin had geoordeeld in rov. 4.3, 4.4 en 4.25 van het vonnis van 20 januari 2016 en dat niet tegen die beslissing is gegriefd.

Onderdeel 2: strijd met de openbare orde

Inleidende opmerkingen

145. Onderdeel 2 richt verschillende klachten tegen het oordeel van het hof dat de voorlopige voorzieningen, zoals vastgesteld in de First en de Second Interim Award, niet in strijd zijn met de openbare orde en daarom niet op die grond kunnen worden vernietigd (rov. 12.1 tot en met 12.10 van het bestreden arrest). Volgens Ecuador heeft het hof met deze overwegingen blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. Deze algemene klacht wordt in de subonderdelen a tot en met g nader uitgewerkt. Op zichzelf lenen die subonderdelen zich voor een

gezamenlijke bespreking. Om zeker te zijn dat elk subonderdeel de aandacht krijgt die het verdient zal ik de subonderdelen toch apart bespreken. Ik maak eerst enkele algemene opmerkingen.

146. Om welke openbare orde gaat het hier? Partijen nemen terecht aan dat de openbare orde in art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv (oud) de Nederlandse openbare orde betreft.¹¹¹ Dit strookt met de heersende mening in de literatuur.¹¹² Ook de UNCITRAL Arbitration Rules hanteren als uitgangspunt dat bedoeld is de openbare orde van *the State in question*, dat wil zeggen de staat waarin vernietiging wordt gevorderd of tenuitvoerlegging wordt verzocht.¹¹³

147. Vernietiging is aan de orde als *de wijze van totstandkoming* (procedureel) of *de inhoud* (materieel) van het arbitrale vonnis strijdt met de openbare orde. In de onderhavige procedure gaat het in cassatie (alleen nog) om de vraag of de door het Scheidsgerecht vastgestelde voorlopige voorzieningen inbreuk maken op, of Ecuador ertoe dwingen inbreuk te maken op, het recht van de Lago Agrio-eisers op tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnissen binnen een redelijke termijn. Het betreft hier dus niet de wijze van totstandkoming van de arbitrale vonnissen, maar de inhoud van die arbitrale vonnissen.

148. Om welk deel van de inhoud gaat het dan? Niet om de bevoegdheid als zodanig. Of de rechten en plichten van de Lago Agrio-eisers worden geraakt, hangt af van het oordeel dat het Scheidsgerecht bij de *uitoefening* van die bevoegdheid heeft gegeven.¹¹⁴ Met zijn oordeel heeft het Scheidsgerecht niet de rechten bepaald van de Lago Agrio-eisers. De *prayer for relief* zoals die destijds luidde is ook zo ruim geformuleerd dat het Scheidsgerecht zeer goed over onderdelen daarvan kon oordelen zonder dat de rechten van de Lago Agrio-eisers daardoor worden getroffen.¹¹⁵ Daarom strandt ook het beroep van Ecuador op het zgn. *Monetary Gold*-beginsel¹¹⁶ dat kort gezegd inhoudt dat, ook al kan bevoegdheid worden aangenomen, die bevoegdheid niet moet worden uitgeoefend als het onderwerp van de beslissing de rechten bepaalt van een staat die geen partij is bij de procedure.

149. Het kan hier ook niet gaan om de principiële vraag of een scheidsgerecht rechtstreeks kan ingrijpen in een nationaalrechtelijke procedure. Het Scheidsgerecht heeft dat niet gedaan. Het hof heeft onbestreden en met juistheid overwogen dat de rechten van de Lago Agrio-eisers door de voorlopige voorzieningen niet *rechtstreeks* worden aangetast.¹¹⁷

150. Het punt waarop deze zaak zich evenwel onderscheidt van veel andere zaken is dat een door arbiters getroffen voorlopige voorziening, *indien* die door Ecuador wordt nageleefd, tot gevolg heeft dat derden die geen partij zijn bij het arbitraal geding, tijdelijk worden belemmerd in de uitoefening van rechten die zij ontlenen aan een beslissing van de overheidsrechter. De vraag is: kan dat? Of ontstaat daardoor strijd met de openbare orde?

151. Volgens Chevron en TexPet kan dat wel. Sterker nog, volgens hen komt dit vaker voor. In feitelijke aanleg hebben zij onder verwijzing naar verscheidene scheidsrechterlijke beslissingen gesteld dat in de internationale arbitragepraktijk vaker wordt ingegrepen in procedures bij de nationale rechter.¹¹⁸ Tegen de door hen gegeven voorbeelden kan echter het nodige worden ingebracht. Soms gaat het in beide procedures (arbitraal en nationaal) om materieel dezelfde partijen of om partijen die kunnen worden vereenzelvigd, dan weer wordt een generieke voorziening getroffen, die niet is toegespitst op een specifieke procedure, dan wel gaat het om een procedure van strafrechtelijke aard. Ecuador heeft dergelijke verweren ook gevoerd.¹¹⁹

152. De vraag kan dat? wordt, niet verrassend, door Ecuador ontkennend beantwoord. M.i. stelt Ecuador zich terecht op het standpunt dat het recht op toegang tot de rechter van openbare orde is¹²⁰ en dat dit recht op toegang tot de rechter ook het recht omvat op tenuitvoerlegging binnen een redelijke termijn.¹²¹ De *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*¹²² merkt daarover onder andere op:

145. Article 6 § 1 protects the implementation of final, binding judicial decisions (as distinct from the implementation of decisions which may be subject to review by a higher court) (Ouzounis and Others v.

Greece, § 21123).

146. The right to execution of such decisions, given by any court, is an integral part of the right to a court (Hornsby v. Greece, § 40; 124 Scordino v. Italy (no. 1) [GC], § 196125). Otherwise, the provisions of Article 6 § 1 would be deprived of all useful effect (Burdov v. Russia, §§ 34 and 37126).

153. Ik meen dat de vraag kan dat? niet met een simpel ja of nee kan worden beantwoord. Het antwoord hangt, zoals zo vaak, af van de omstandigheden van het geval. Die omstandigheden zijn hier bijzonder en dat is nog zwak uitgedrukt. Zoals toegelicht (zie hiervoor, punt 78), bestaat er in twee opzichten een directe samenhang tussen de Lago Agrio-procedure van inheemse burgers tegen Chevron en de investeringsarbitrage van Chevron tegen Ecuador. Ten eerste betreft het Lago Agrio-vonnissen volgens Chevron vorderingen die vallen binnen de reikwijdte van de verleende kwijting. Ten tweede leidt de bijzondere gang van zaken rond het Lago Agrio-vonnissen volgens Chevron en TexPet tot een situatie van een *denial of justice*, waarvoor Ecuador aansprakelijk kan worden gehouden. Tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnissen zou voor Chevron onomkeerbare gevolgen hebben. Voorlopige maatregelen waren daarom nodig. Het Scheidsgerecht kon niet zelf de schorsing van de tenuitvoerlegging van genoemd vonnis uitspreken. De enige manier daartoe was een bevel aan Ecuador, die immers partij bij de arbitrage is.

154. Indien het er met Ecuador voor zou moeten worden gehouden dat arbiters een dergelijk bevel niet kunnen geven, dan zou een staat zijn internationaalrechtelijke verplichtingen kunnen omzeilen. Een staat moet zich m.i. niet kunnen verschuilen achter de beginselen van de trias politica in het geval een rechterlijke beslissing, door de wijze waarop die beslissing tot stand is gekomen of door de inhoud ervan, leidt tot een schending van het internationaal recht. De onafhankelijkheid van een rechterlijke instantie laat onverlet dat de staat waartoe die instantie behoort op een dergelijke schending moet kunnen worden aangesproken en die schending moet kunnen worden geredigeerd.¹²⁷

155. Tot slot van deze inleiding wijs ik op het volgende. Als ten aanzien van een rechterlijke beslissing is vastgesteld dat die door, kort gezegd, fraude tot stand is gekomen, dan verzetten de eisen van de rechtsstaat zich ertegen dat aan een dergelijke beslissing rechtsgevolgen worden verbonden. Ik verwijs naar het zeer recente arrest in de *Yukos*-zaak.¹²⁸ In het Unierecht wordt in deze context wel het adagium *Fraus omnia corrumpit* (bedrog bederft alles; *fraud vitiates everything*) toegepast om aan een frauduleuze handeling of beslissing rechtskracht te onthouden. De regels van de rechtsstaat, zoals die over erkenning en tenuitvoerlegging van vonnissen, kunnen niet worden ingeroepen door een partij die voordeel wil behalen uit een handeling of beslissing die in strijd met beginselen van de rechtsstaat tot stand is gekomen.¹²⁹

156. De onderhavige zaak is (ook) wat dat betreft bijzonder: het gaat er niet om of tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnissen moet worden geweigerd wegens strijd met de openbare orde (of de internationale openbare orde), maar omgekeerd of de arbitrale beslissingen die ertoe strekken dat de tenuitvoerlegging van genoemd vonnis wordt geschorst, om die reden in strijd zijn met de openbare orde.

Subonderdeel a

157. Ecuador wijst erop dat het recht op toegang tot de rechter mede inhoudt het recht om een eenmaal verkregen rechterlijke uitspraak binnen een redelijke termijn ten uitvoer te kunnen leggen.¹³⁰ De tenuitvoerlegging van de voorlopige voorzieningen brengt volgens Ecuador met zich dat de Lago Agrio-eisers die geen partij zijn in de arbitrage het Lago Agrio-Vonnissen *de facto* niet binnen een redelijke termijn ten uitvoer kunnen leggen. De arbitrale uitspraken zijn daarom in strijd met de openbare orde. Het hof heeft dit miskend, dan wel zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd nu zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet te begrijpen valt dat *geen* sprake is van strijd met de openbare orde.

158. De klacht faalt. Het hof heeft de stelling verworpen dat de arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde. Het ontbreekt het oordeel van het hof stellig niet aan een voldoende motivering. De klacht mist dan ook feitelijke grondslag. In het bijzonder vanaf rov. 12.4 gaat het hof nader in op de omstandigheid dat de belangen van de Lago Agrio-eisers worden geraakt door de voorlopige maatregelen omdat zij het vonnis niet kunnen laten executeren indien Ecuador aan de voorlopige maatregelen die zijn opgelegd zou voldoen. Achtereenvolgens wijst het hof er onder meer op dat de rechten van de Lago Agrio-burgers niet rechtstreeks worden aangetast, dat aan Ecuador impliciet de verplichting is opgelegd om bij de uitvoering van de voorlopige maatregelen rekening te houden met de rechten en belangen van de betrokken Ecuadoraanse burgers, dat onvoldoende concreet is toegelicht waarom het Scheidsgerecht in de gegeven omstandigheden een dergelijke afweging niet had mogen maken (rov. 12.5), dat de maatregelen tijdelijk zijn en nodig zijn om onomkeerbare gevolgen te voorkomen (rov. 12.6 en 12.7) en dat te laat is gesteld en onvoldoende is onderbouwd dat het recht om het Lago Agrio-vonnissen ten uitvoer te leggen zal verjaren (rov. 12.8). De onderhavige klacht valt deze motivering niet aan. Reeds daarop zou zij moeten stranden.

159. Verder merk ik op dat voor het recht op een gerechtelijke behandeling en daarmee het recht op tenuitvoerlegging binnen een redelijke termijn geen absolute tijdslimieten zijn vastgesteld.¹³¹ Er wordt van geval tot geval geoordeeld. Daarbij wordt rekening gehouden met de complexiteit van de zaak, het gedrag van partijen, het optreden van de bevoegde autoriteiten en de op het spel staande belangen van rechtzoekenden.¹³² De ernstige en nader onderbouwde beschuldiging van Chevron en TexPet dat het Lago Agrio-vonnissen door middel van fraude tot stand is gekomen, het in dat verband omschreven gedrag van de Lago Agrio-eisers en Ecuador en de omvang van het belang tezamen met het risico dat tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnissen tot onomkeerbare gevolgen leidt, rechtvaardigt het om niet snel een schending van de redelijke termijn aan te nemen.

160. De kwestie is verder hypothetisch, nu Ecuador geen gehoor heeft gegeven aan de in de Interim Awards opgelegde verplichting en de Lago Agrio-eisers in meerdere fora hebben geprobeerd het Lago Agrio-vonnissen ten uitvoer te leggen. Het recht op tenuitvoerlegging van het vonnis binnen een redelijke termijn is dan ook niet geschonden. Of dat recht zou zijn geschonden als Ecuador wel gevolg zou hebben gegeven aan de getroffen voorlopige voorzieningen, laat zich hier niet vast stellen. In de eerste plaats niet omdat het een aangelegenheid is die door deze eisers moet worden opgebracht en mede bepalend is wat zij in dat verband aanvoeren. In de tweede plaats niet omdat het oordeel daarover mede afhangt van de wijze waarop Ecuador daaraan gevolg zou hebben gegeven en in het bijzonder of flankerende maatregelen zouden zijn getroffen om rekening te houden met de belangen van de Lago Agrio-eisers.

161. In de verdere klachten van het tweede onderdeel valt Ecuador de afzonderlijke overwegingen in het bestreden arrest aan. Daarmee ziet zij eraan voorbij dat die overwegingen van het hof in onderlinge samenhang moeten worden gelezen. Het gaat om het totaal van de door het hof in aanmerking genomen omstandigheden, niet om de omstandigheden afzonderlijk. De motivering zoals zo juist in punt 157 weergegeven kan het oordeel van het hof m.i. dragen, ook al zouden de in aanmerking genomen omstandigheden ieder voor zich onvoldoende zijn om de slotsom te rechtvaardigen dat de getroffen voorlopige maatregelen niet wegens strijd met de openbare orde buiten werking moeten worden gesteld.

Subonderdeel b

162. Onder b. stelt Ecuador dat het hof niet voldoende heeft gereageerd op de stelling (i) dat de bevoegdheid van het Scheidsgerecht om over de aansprakelijkheid van Ecuador te oordelen, niet met zich brengt dat het de bevoegdheid heeft maatregelen te treffen die erop zijn gericht te voorkomen dat iemand die geen partij is bij de arbitrage een rechterlijk vonnis ten uitvoer legt¹³³ en (ii) dat het in strijd is met de openbare orde dat aan Ecuador een verplichting wordt opgelegd die niet valt te implementeren zonder dat zij fundamentele rechten van haar burgers schendt.¹³⁴

163. De klacht faalt. Ecuador somt verschillende overwegingen uit rov. 12.2 op, die niet een toereikende respons zouden vormen op de beide hiervoor weergegeven stellingen. Zij ziet er daarmee aan voorbij dat die overwegingen betrekking hebben op andere verwijten die zijn gemaakt in het kader van de ingeroepen vernietiging wegens strijd met de openbare orde. Uit rov. 12.1 volgt dat de overweging betrekking heeft op de stelling dat de door het Scheidsgerecht getroffen voorlopige voorzieningen in strijd zijn met de openbare orde omdat wordt ingegrepen in de onafhankelijkheid en soevereiniteit van de Ecuadoraanse rechter, de scheiding der machten wordt doorkruist en het Scheidsgerecht zich ten onrechte als wereldrechter heeft opgesteld door de erkenning en tenuitvoerlegging in het buitenland te willen verhinderen. Dat de overweging op deze onderwerpen betrekking heeft, wordt ook bevestigd door rov. 12.3, waarin het hof overweegt dat de grieven V tot en met VIII falen op de daarvoor genoemde gronden. Die grieven heeft Ecuador in cassatie niet gehandhaafd.

164. Ecuador gaat opnieuw voorbij aan de hierboven in punt 157 genoemde overwegingen, die wel betrekking hebben op de in het onderdeel genoemde stellingen en licht niet toe waarom die overwegingen niet toereikend zouden zijn.

165. Aan het slot van het subonderdeel stelt Ecuador dat het onbegrijpelijk is dat het hof in het laatste deel van rov. 12.2 relevant heeft geacht dat het Scheidsgerecht Chevron en TexPet aansprakelijk houdt voor schade die Ecuador ten gevolge van de voorlopige voorzieningen kan lijden en daarom Chevron en TexPet heeft bevolen een borg te storten van 50 miljoen US\$ *for any costs or losses which [Ecuador] may suffer in performing its legal obligations under this Second Interim Award*. Het ligt voor de hand dat deze voorziening ook met het oog op de belangen van de Lago Agrio-eisers is getroffen. Als Ecuador bij de uitvoering van de voorlopige voorzieningen rekening houdt met de belangen van de Lago Agrio-eisers, kan hun mogelijke schade, schade voor Ecuador worden.¹³⁵

Subonderdeel c

166. Onder c. klaagt Ecuador dat het hof in rov. 12.5, in strijd met art. 24 Rv, de feitelijke grondslag van het verweer van Chevron heeft aangevuld, althans een ontoelaatbare verrassingsbeslissing heeft gegeven.¹³⁶ Kort gezegd, heeft Ecuador daarbij het oog op de overweging dat het Scheidsgerecht na afweging van de betrokken belangen (vooral nog) op haar de (impliciete) verplichting heeft gelegd om bij de uitvoering van voorlopige maatregelen rekening te houden met de rechten en belangen van de betrokken Ecuadoraanse burgers die voortvloeien uit datzelfde vonnis. Volgens Ecuador hebben partijen het bestaan van een dergelijke impliciete verplichting niet gesteld, terwijl de arbitrale vonnissen geen aanleiding geven te veronderstellen dat het Scheidsgerecht de belangen van de Lago Agrio-eisers in zijn afweging heeft betrokken en op Ecuador de beoogde verplichting heeft gelegd. Uit de overweging in de Third Interim Award onder 4.70 dat de rechten van deze eisers *not a matter for this Tribunal* zijn, volgt veeleer het tegendeel, zo meent Ecuador. Het hof had partijen in de gelegenheid moeten stellen zich hierover uit te laten. Zij stelt verder dat de hier beoogde overweging zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onbegrijpelijk is, omdat niet valt in te zien hoe kan worden bewerkstelligd dat de Lago Agrio-eisers hun rechten voorlopig niet geldend kunnen maken en tegelijkertijd rekening kan worden gehouden met hun rechten en belangen.

167. Ook deze klacht faalt. Het gaat hier om een aan het hof, als rechter die over de feiten oordeelt, voorbehouden uitleg van de arbitrale vonnissen. Het hof wordt bij de uitoefening van die taak niet beperkt door wat partijen daaromtrent hebben gesteld. Alleen al daarom is er niet sprake van een ontoelaatbare aanvulling van het door Chevron en TexPet gevoerde verweer.

168. Bovendien is de door het hof gegeven uitleg in het licht van de inhoud van onder meer de Third Interim Award niet onbegrijpelijk en komt gezien het partijdebat ook niet als een verrassing. Onder 4.67 van het Third Interim Award heeft het Scheidsgerecht overwogen dat *[i]f there were an inconsistency between the Respondents obligations under the BIT and the Lago Agrio plaintiffs rights as determined by the Courts in Ecuador, it would be for the Respondent to decide how to resolve that inconsistency*. Onder

4.70 is verder overwogen dat *[i]f it should transpire that the Respondent has, by concluding the Release Agreement, taken a step which had the legal effect of depriving the Lago Agrio plaintiffs of rights under Ecuadorian Law that they might otherwise have enjoyed, that would be a matter between them and the Respondent.*¹³⁷ Uit deze overwegingen heeft het hof kunnen afleiden dat het Scheidsgerecht van Ecuador verwacht dat zij ook bij de uitvoering van de voorlopige maatregelen rekening houdt met de rechten en belangen van de Lago Agrio-eisers en een manier zoekt om haar mogelijk tegenstrijdige verplichtingen zoveel mogelijk te verenigen. Dat het Scheidsgerecht in het vervolg onder 4.70 overweegt dat hier geen taak voor hem ligt, doet daaraan niet af. Chevron en TexPet hebben hierop in feitelijke aanleg ook herhaaldelijk gewezen¹³⁸ en Ecuador heeft dit kennelijk ook zo begrepen, waar zij in haar memorie van grieven onder 317 stelt dat het oordeel van het Scheidsgerecht, dat het maar aan haar is om de inconsistentie tussen de beslissingen van het Scheidsgerecht en de (fundamentele) rechten van de Lago Agrio-eisers op te lossen, onaanvaardbaar is. Gelet op dit alles was het dan ook niet nodig partijen de gelegenheid te bieden zich nader uit te laten.

169. Het hof heeft rov. 12.5 afgesloten met de overweging dat Ecuador onvoldoende concreet heeft toegelicht waarom het Scheidsgerecht in de gegeven omstandigheden een dergelijke afweging niet had kunnen en mogen maken. Die overweging heeft Ecuador in zoverre in cassatie onbestreden gelaten. Daarop moet de klacht stranden dat de eerder besproken overweging zonder nadere toelichting onbegrijpelijk is omdat niet valt in te zien op welke wijze kan worden bewerkstelligd dat de Lago Agrio-eisers hun rechten voorlopig niet geldend kunnen maken en tegelijkertijd rekening kan worden gehouden met hun rechten en belangen. Naar het oordeel van het hof lag het juist op de weg van Ecuador om voldoende concreet te onderbouwen waarom dit niet mogelijk zou zijn. Die onderbouwing heeft zij niet gegeven. Het is niet de taak van het Scheidsgerecht of het hof aan Ecuador voor te schrijven op welke wijze zij rekening zou moeten houden met de belangen van de Lago Agrio-eisers, die mogelijk schade lijden als zij hun door de Ecuadoraanse rechter vastgestelde rechten jegens Chevron voorlopig niet geldend kunnen maken.

Subonderdeel d

170. Onder d. klaagt Ecuador dat het hof met rov. 12.9 eraan voorbij gaat dat zij uitdrukkelijk heeft aangevoerd dat ook met het verzoek om voorlopige voorzieningen is beoogd de rechtsverhouding tussen de Lago Agrio-eisers en Chevron te doen vaststellen. Gevraagd wordt om een oordeel omtrent het recht om het Lago Agrio-vonnissen ten uitvoer te leggen.¹³⁹ Het hof zou onvoldoende op deze essentiële stelling hebben gerepondeerd. Het feit dat het Scheidsgerecht nog niet definitief op de vorderingen van Chevron heeft beslist, zoals het hof heeft overwogen, laat onverlet dat ook de voorlopige voorzieningen feitelijk beoogen de rechtsverhouding tussen Chevron en de Lago Agrio-eisers (in ieder geval tijdelijk) te doen laten vaststellen.

171. Ook deze klacht treft geen doel. Rov. 12.9 vormt de beoordeling van grief XI, zoals Ecuador onderkent.¹⁴⁰ Kern van die grief is dat, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, de negatieve verklaring voor recht die wordt gevorderd (*dat under the 1994, 1995, 1996 and 1998 investment agreements Claimants have no liability or responsibility for environmental impact en dat Ecuador or PetroEcuador is exclusively liable for any judgment that may be issued in the Lago Agrio Arbitration*) beoogt de rechtsverhouding tussen Chevron en de Lago Agrio-eisers te laten vaststellen. Wat betreft de voorlopige maatregelen wordt op die plaats niet meer gesteld dan dat er geen reden is de tenuitvoerlegging te schorsen als de vordering ten gronde niet beoogt deze rechtsverhouding vast te stellen.¹⁴¹ De vindplaatsen waar Ecuador naar verwijst voor haar stelling dat ook het verzoek om voorlopige voorzieningen beoogt de rechtsverhouding tussen Chevron en de Lago Agrio-eisers te doen laten vaststellen, betreffen niet deze grief. Dat standpunt is in deze grief ook niet ingenomen. Er was dan ook geen reden voor het hof om daarop in de bestreden overweging nader in te gaan. Reeds daarom kan de klacht niet slagen.

172. Op de door Ecuador bedoelde stelling is het hof in de eerdere rechtsoverwegingen nader ingegaan. Samengevat heeft het hof daar geoordeeld (i) dat de rechten van de Lago Agrio-eisers niet rechtstreeks door de voorlopige maatregelen worden aangetast, (ii) dat de tijdelijke maatregelen wel tot schade voor de Lago Agrio-eisers kunnen leiden, maar dat op Ecuador de verplichting is gelegd om bij de uitvoering daarvan rekening te houden met de rechten en belangen van de Ecuadoraanse burgers en onvoldoende concreet is toegelicht waarom het Scheidsgerecht een dergelijke afweging niet had kunnen en mogen maken (rov. 12.5), (iii) dat niet de rechten van de Lago Agrio-eisers de inzet van de procedure vormen, maar de vaststelling tussen Chevron en TexPet enerzijds en Ecuador anderzijds wie aansprakelijk is voor de milieuvervuiling in de Oriente-regio (rov. 12.6) en (iv) dat de voorlopige maatregelen tot doel hebben de claims te beoordelen zonder dat deze beoordeling door onomkeerbare gevolgen wordt doorkruist (rov. 12.6 en 12.7). Een en ander vormt een voldoende gemotiveerde weerlegging van de stelling van Ecuador dat gevraagd wordt om een oordeel omtrent het recht om het Lago Agrio-vonnis ten uitvoer te leggen. Ecuador licht niet toe waarom deze motivering niet zou volstaan.

173. Ten overvloede merk ik nog op dat uit de overwegingen van arbiters waarnaar door Ecuador wordt verwezen, niet volgt dat gevraagd wordt om een oordeel omtrent het recht van de Lago Agrio-eisers. Ter gelegenheid van de arbitrale zitting van 23 november 2010 hebben Chevron en TexPet in reactie op de kanttekening van arbiter Lowe dat *you are in effect asking us to help you prevent another party to the litigation in Ecuador who is not present here enforce that judgment* verduidelijkt dat het doel is te voorkomen dat de arbitrale procedure door onomkeerbare gevolgen wordt doorkruist. 142 Ook de door Ecuador geciteerde overweging onder 80 van de Fourth Interim Award, dat *the status accorded by the Respondent to the Lago Agrio Judgment led directly to what the Tribunal was expressly seeking to preclude (), namely the attempted enforcement and execution of the Lago Agrio Judgment against [Chevron] by [de Lago Agrio eisers]*,¹⁴³ moet in dat licht worden gelezen.

Subonderdeel e

174. Onder e. klaagt Ecuador dat het oordeel ook blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting en onvoldoende is gemotiveerd voor zover het hof in rov. 12.6 en 12.7 heeft geoordeeld dat de voorlopige maatregelen niet strijden met de openbare orde omdat zij tot doel hebben een beoordeling ten gronde mogelijk te maken zonder dat deze door onomkeerbare gevolgen wordt doorkruist. Ecuador veronderstelt klaarblijkelijk dat de voorlopige maatregelen zijn getroffen voor het geval de uitkomst van de arbitrage is dat de Lago Agrio-eisers het vonnis niet ten uitvoer mogen leggen en stelt dat het hof heeft miskend dat, omdat die uitkomst met de openbare orde strijdt, ook de voorlopige maatregelen daarmee strijden. Als het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel volgens Ecuador ontoereikend gemotiveerd. Zij stelt dat het hof heeft verzuimd te reageren op de stelling dat, wanneer Ecuador zou worden veroordeeld tot vrijwaring van Chevron voor bepaalde vorderingen, dit niet raakt aan de rechten van de Ecuadoraanse burgers jegens Chevron.¹⁴⁴ Zie ik het goed, dan stelt Ecuador zich hier op het standpunt dat de voorlopige maatregelen niet nodig waren voor vrijwaring van Chevron.

175. Waar Ecuador hier een afzonderlijk onderdeel van de motivering van het hof bestrijdt, ziet zij er wederom aan voorbij dat de overwegingen van het hof in onderling verband en samenhang moeten worden gelezen. De volledige motivering van het hof kan zijn oordeel m.i. zonder meer dragen.

176. De klacht faalt ook omdat Ecuador ermee vooruit loopt op de beslissingen ten gronde die bij het opstarten van de vernietigingsprocedure (en op het moment dat het bestreden arrest werd gewezen) nog niet waren genomen en die geen onderwerp van de onderhavige procedure zijn. Alleen al omdat het op het moment van wijzen van de Interim Awards niet duidelijk was hoe het eindoordeel zou komen te luiden en daarmee niet was te voorzien of dat eindoordeel door een eerdere tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnis zou worden doorkruist, lagen de door het Scheidsgerecht getroffen voorlopige voorzieningen voor de hand. Ook met het oog op de door Ecuador wél toelaatbaar geachte uitkomst in de procedure ten gronde vrijwaring van Chevron heeft het Scheidsgerecht kunnen oordelen dat het van belang is zoveel als mogelijk te voorkomen dat partijen worden geconfronteerd met mogelijk onomkeerbare gevolgen van het

Lago Agrio-vonnis. Gelet op de grootte van het toegewezen bedrag en het evidente verhaalsrisico, was het belang van beide partijen gediend met een bevrozing van de bestaande situatie, zoals het Scheidsgerecht ook in het Fourth Interim Award heeft benadrukt. Daarbij was het aan Ecuador rekening te houden met de rechten en belangen van de berokken Ecuadoraanse burgers, terwijl Chevron en TexPet mede met het oog hierop is bevolen een waarborgsom van US\$ 50 miljoen te storten. Het hof heeft daaraan in redelijkheid betekenis kunnen toekennen bij het oordeel of de getroffen voorlopige voorzieningen in strijd zijn met de openbare orde.

Subonderdeel f

177. Onder f. klaagt Ecuador dat het hof zijn oordeel ook onvoldoende heeft gemotiveerd met zijn verwijzing in rov. 12.2, 12.6 en 12.7 naar de omstandigheid dat de verplichting is vervat in een voorlopige maatregel. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, is onbegrijpelijk waarom het niet-definitieve karakter van de voorlopige voorzieningen zou meebrengen dat geen sprake is van inbreuk op de openbare orde. Ecuador stelt dat zij heeft aangevoerd dat de voorlopige voorzieningen een inbreuk vormen op het recht om het Lago Agrio-vonnis binnen een redelijke termijn ten uitvoer te leggen, ook al zijn zij van tijdelijke aard. Die inbreuk is naar zijn aard permanent.¹⁴⁵ Ook de overweging van het hof dat evengoed de vraag kan worden gesteld of het niet in ieder geval aan Ecuador was ervoor te zorgen dat de Lago Agrio-eisers niet (langer) in een vervuilde omgeving behoeven te wonen, vormt volgens Ecuador geen toereikende motivering. Het hof geeft immers geen antwoord op deze vraag.

178. Opnieuw bestrijdt Ecuador slechts een onderdeel van de motivering van het hof, terwijl het gaat om de vraag of de overwegingen van het hof in onderling verband en samenhang gelezen het oordeel kunnen dragen dat de getroffen voorlopige maatregelen niet wegens strijd met de openbare orde buiten werking moeten worden gesteld. Het hof heeft bij zijn beoordeling betekenis kunnen toekennen aan het tijdelijk karakter van de maatregelen. Blijkens rov. 12.5 heeft het hof onderkend dat de Lago Agrio-eisers ondanks het tijdelijk karakter schade kunnen lijden als Ecuador de voorlopige maatregelen uitvoert. Dat heeft het hof evenwel onvoldoende geacht om te oordelen dat de voorlopige voorzieningen in strijd zijn met de openbare orde. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk en is voldoende gemotiveerd. De overweging dat evengoed de vraag gesteld kan worden of het niet in ieder geval aan Ecuador was ervoor te zorgen dat de Lago Agrio-eisers niet langer in een vervuilde omgeving behoeven te wonen, is retorisch, zoals Chevron en TexPet in hun schriftelijke toelichting onder 103 terecht opmerken.

Subonderdeel g

179. Onder g. klaagt Ecuador dat het oordeel van het hof in rov. 12.8 onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd is. In die overweging oordeelde het hof dat voorbij moet worden gegaan aan de stelling van Ecuador dat het niet ten uitvoer kunnen leggen van het vonnis voor de Lago Agrio-eisers tot gevolg heeft dat het recht van tenuitvoerlegging in bepaalde staten zal verjaren, omdat zij deze stelling in een zeer laat stadium heeft opgebracht, en onvoldoende heeft onderbouwd. Ecuador wijst erop dat deze stelling bij pleidooi in appel nader is uitgewerkt, waar erop wordt gewezen dat in Californië, waar Chevron is gevestigd, het recht om een vreemd vonnis ten uitvoer te leggen na tien jaar verjaart.¹⁴⁶ Volgens Ecuador valt daarom niet in te zien dat zij haar stellingname op dit punt onvoldoende heeft onderbouwd. Het oordeel dat zij zich in een te laat stadium op deze bepaling heeft beroepen, is volgens Ecuador onbegrijpelijk in het licht van de regel dat de rechter ook ambtshalve geacht wordt met het recht van vreemde staten bekend te zijn.

180. Vooropgesteld moet worden dat Ecuador hier niet stelt dat zij al in haar memorie van grieven het standpunt heeft ingenomen dat het recht van de Lago Agrio-eisers om het Lago Agrio-vonnis ten uitvoer te leggen, dreigt te verjaren. In grief X kan een dergelijke stelling ook niet worden gelezen. Anders dan Ecuador suggereert, wordt op die plaats ook niet met zoveel woorden gesteld dat de voorlopige voorzieningen tot onomkeerbare gevolgen voor de Lago Agrio-eisers kunnen leiden. Wel wordt gesteld dat

de inbreuk op het recht om het vonnis binnen een redelijke termijn ten uitvoer te leggen permanent is en dat de Lago Agrio-eisers worden gedwongen langere tijd in een vervuilde omgeving te leven.

181. De stelling dat het recht om het Lago Agrio-vonnis ten uitvoer te leggen, dreigt te verjaren, is voor het eerst bij pleidooi in hoger beroep opgebracht. Dat is op zichzelf echter geen reden om daaraan voorbij te gaan. Ingevolge art. 1064 lid 5 Rv (oud)¹⁴⁷ dienen alle vernietigingsgronden in de dagvaarding te worden voorgedragen op straffe van verval van recht daartoe. Tijdig voorgedragen vernietigingsgronden mogen echter nader worden uitgewerkt en van een nadere feitelijke onderbouwing worden voorzien, mits binnen de grenzen van het algemene burgerlijke procesrecht en van het arbitrale procesrecht in het bijzonder.¹⁴⁸ Anders dan Chevron en TexPet in hun schriftelijke toelichting onder 106 aanvoeren, zijn die grenzen hier niet overschreden.¹⁴⁹ De stelling omtrent het risico van verjaring vormt slechts een nadere feitelijke onderbouwing van de ingeroepen vernietigingsgrond dat de inhoud van de arbitrale beslissingen strijdt met de openbare orde en van de grief dat de omstandigheid dat de Interim Awards van tijdelijke aard zijn, niet relevant is.

182. Het oordeel van het hof dat aan de stelling moet worden voorbijgegaan omdat zij onvoldoende is onderbouwd, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Uitgangspunt is dat de rechter het recht waaronder het recht van vreemde staten kent. Het is evenwel aan partijen de feiten te stellen waarop de rechter dat recht kan toepassen. Ecuador had derhalve de feiten en omstandigheden moeten stellen waaruit kan volgen dat het recht op tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnis dreigt te verjaren. De stelling dat er zes jaren sinds het wijzen van het Lago Agrio-vonnis zijn verstreken, dat de verjaringstermijn voor de tenuitvoerlegging van vorderingen in California tien jaar is en dat de arbitrage nog jaren kan voortduren, heeft het hof als onvoldoende kunnen aanmerken. Daarbij moet worden bedacht dat Ecuador de haar opgelegde voorlopige maatregelen niet heeft uitgevoerd. In de beoogde periode hoefde derhalve niets de Lago Agrio-eisers ervan te weerhouden de tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnis te zoeken. Dat hebben zij ook gedaan, onder andere in Canada, Argentinië en Brazilië.

Slotsom

183. De slotsom moet luiden dat onderdeel 2, dat het *pièce de résistance* van het cassatiemiddel vormt, in zijn geheel faalt.

Onderdeel 3: geen oordeel over overschrijding van de opdracht

184. Kort gezegd, stelt Ecuador dat het hof in het geheel niet over haar beroep op art. 1065 lid 1, aanhef en onder c, Rv heeft geoordeeld. Zij wijst erop dat zij zowel in eerste aanleg, als in hoger beroep het standpunt heeft ingenomen dat het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden. Doordat het hof daarover niet heeft geoordeeld, is het bestreden arrest ontoereikend gemotiveerd. Voor zover het hof in de stellingen geen beroep op deze vernietigingsgrond heeft gelezen, heeft het volgens Ecuador een onbegrijpelijke uitleg aan de gedingstukken gegeven.

185. Onderdeel 3 faalt.

186. In de inleidende dagvaarding onder 88-109 heeft Ecuador gesteld dat arbiters zich niet aan hun opdracht hebben gehouden. Deze stelling is evenwel steeds betrokken onder de vooropstelling dat de diverse awards in strijd zijn met de openbare orde en is niet voorzien van een zelfstandige onderbouwing. In het vonnis van 20 januari 2016 heeft de rechtbank het volgende overwogen.

4.37. () Voor zover Ecuador heeft bedoeld te betogen dat haar vanaf 4.27 besproken stellingen (eveneens) zouden moeten leiden tot het oordeel dat het Scheidsgerecht haar opdracht heeft geschonden, dient aan dit betoog, dat iedere toelichting mist, voorbij te worden gegaan.

187. Anders dan Ecuador lijkt te veronderstellen, houdt deze overweging niet in dat de betrokken stellingen op de vanaf rov. 4.27 besproken gronden niet kunnen leiden tot het oordeel dat het Scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden, maar slechts dat dit laatste onvoldoende is onderbouwd. Voortbouwend op deze onjuiste lezing, neemt Ecuador in het onderdeel kennelijk aan dat de tegen rov. 4.27 en verder gerichte grieven ook betrekking hebben op het oordeel in rov. 4.37. Dat is niet het geval. Tegen deze overweging is in hoger beroep niet gegriefd. Reeds daarop zou de klacht m.i. moeten stranden.

188. In het onderdeel verwijst Ecuador in het bijzonder naar de grieven VI en XIII. Deze grieven betreffen echter de onderbouwing van het oordeel dat de awards niet in strijd zijn met de openbare orde. In het onderdeel stelt Ecuador zelf dat grief VI ziet op rov. 4.27, op welke plaats de rechtbank oordeelde dat de onafhankelijkheid en soevereiniteit van de Ecuadoraanse rechter niet in het geding is, en dat grief XIII gekant is tegen het in rov. 4.28 vervatte oordeel van de rechtbank dat de voorlopige voorzieningen geen directe gevolgen (kunnen) hebben voor de Lago Agrio-eisers en geen schending van de nationale of internationale openbare orde oplevert. De grieven zien niet op het oordeel van de rechtbank in rov. 4.37 dat de stelling dat het Scheidsgerecht haar opdracht heeft geschonden iedere toelichting mist. Dat in de toelichting op de beide grieven terloops wordt opgemerkt dat het Scheidsgerecht buiten zijn mandaat of opdracht is getreden, maakt dat niet anders. Ook op de andere genoemde vindplaatsen kan geen tegen rov. 4.37 gerichte grief worden gelezen.¹⁵⁰

189. Ook als bij een welwillende lezing van de memorie van grieven wordt aangenomen dat Ecuador op de vindplaatsen waarnaar wordt verwezen wél heeft beoogd op te komen tegen het oordeel van de rechtbank in meergenoemde overweging en het hof dit had moeten begrijpen, moet het onderdeel m.i. falen. De klacht mist in dat geval belang. Aan de stelling dat het Scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden, heeft Ecuador niet meer ten grondslag gelegd dan dat het Scheidsgerecht de opdracht had te oordelen over een beweerdelijk investeringsgeschil tussen Chevron en TexPet enerzijds en Ecuador anderzijds en dat het Scheidsgerecht ten onrechte heeft geoordeeld over het recht van de Lago Agrio-eisers om het Lago Agrio-vonnis ten uitvoer te leggen, althans met dat doel de in de voorlopige maatregelen neergelegde verplichtingen aan Ecuador heeft opgelegd. Het hof is omstandig op deze stellingen ingegaan en heeft ze gemotiveerd verworpen. Ik verwijs nogmaals naar rov. 12.3-12.10, in het bijzonder rov. 12.5 (*Door de voorlopige maatregelen worden niet rechtstreeks de rechten van de Lago Agrio-eisers aangetast.*) en rov. 12.7 (*Het standpunt van Ecuador dat de arbitrage in wezen de vaststelling van de rechtsverhouding tussen de Lago Agrio-eisers en Chevron betreft, wordt verworpen*). Het enige dat ontbreekt is de slotsom dat ook het beroep op de in art. 1065 lid 1, aanhef en onder c, Rv genoemde vernietigingsgrond niet slaagt. Dat is op zichzelf evenwel geen grond voor vernietiging en verwijzing. De bekrachtiging met verbetering van gronden (rov. 15) kan als dit sluitstuk worden beschouwd.

190. Tot slot en geheel ten overvloede merk ik op dat het in dit onderdeel niet gaat om de in rov. 4.38 e.v. van het vonnis van 20 januari 2016 besproken stelling dat arbiters in strijd met art. 26 UNCITRAL Arbitration Rules hebben gehandeld en buiten hun opdracht zijn getreden omdat het oordeel over de schending door Ecuador van de eerste twee Interim Awards, dat is opgenomen in de Fourth Interim Award, naar zijn aard geen voorlopige voorziening is. De rechtbank heeft deze stelling gemotiveerd verworpen. Ook tegen dat oordeel zijn in hoger beroep geen grieven gericht.

Onderdeel 4: motivering First en Second Interim Award

191. Onderdeel 4 is gekant tegen rov. 14.1 tot en met 14.3 waarin het hof de grieven heeft besproken die betrekking hadden op de beslissing van de rechtbank omtrent de motivering van de Interim Awards. Zie ik het goed dan gaat het daarbij uitsluitend om de First Interim Award en de Second Interim Award.¹⁵¹ Het is nuttig voorafgaand aan de bespreking van dit onderdeel vast te stellen dat *niet* wordt bestreden

(i) dat Ecuador zich in de inleidende dagvaarding niet op de vernietigingsgrond in art. 1065 lid 1 onder d, Rv heeft beroepen, dat onder andere de motivering van het vonnis betreft;

(ii) dat art. 1065 lid 4 (oud) Rv belet dat Ecuador voor het eerst een gebrekkige motivering als grond voor vernietiging aandraagt;

(iii) dat de enige mogelijkheid dan nog is dat Ecuador de door haar gewraakte motivering in het kader van de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1 onder e, Rv beoordeeld wil zien en de rechtbank dit ook zo heeft opgevat,¹⁵² en

(iv) dat binnen dat kader vernietiging hoogstens mogelijk is indien geen enkele motivering is gegeven of de gegeven motivering met een ontbrekende motivering op één lijn moet worden gesteld, omdat zij geen verklaring bevat voor de beslissing.

192. Ecuador klaagt slechts over de begrijpelijkheid van het oordeel van het hof dat zij dit laatste het ontbreken van een motivering of een daarmee op één lijn te stellen motivering niet heeft aangevoerd. Het hof constateerde dat het betoog van Ecuador erop neerkomt dat het Scheidsgerecht in zijn motiveringsplicht is tekortgeschoten, dan wel zijn oordeel evident onvoldoende heeft gemotiveerd. Het betreft hier een aan het hof, als rechter die over de feiten oordeelt, voorbehouden uitleg van de gedingstukken. In het licht van die processtukken is de constatering van het hof niet onbegrijpelijk. De stellingname van Ecuador is bovendien, zo heeft het hof onbestreden geoordeeld, onvoldoende voor vernietiging op grond van strijd met de openbare orde.¹⁵³

193. Ook als het hof wel van een te beperkte lezing van de relevante grieven zou zijn uitgegaan, moet het onderdeel falen. Ecuador heeft bij deze klachten namelijk geen belang, omdat haar stelling dat het Scheidsgerecht de Interim Awards niet heeft gemotiveerd (en dat voor zover sprake is van een motivering, deze op één lijn moet worden gesteld met een ontbrekende motivering), ongegrond is. Ecuador beschouwt de First Interim Award en Second Interim Award ten onrechte op zichzelf. Beide beslissingen bouwen voort op de eerder gegeven Interim Orders, zijn gegeven naar aanleiding van het door partijen ten overstaan van arbiters gevoerde debat en zijn nader verduidelijkt in de daaropvolgende Third Interim Award en Fourth Interim Award. Voor de achtergrond van de beslissing moet te rade worden gegaan in dit samenstel van orders, awards en proceshandelingen. De beslissing is daarin gemotiveerd en deze motivering kan stellig niet met een ontbrekende motivering op één lijn worden gesteld.

194. Uit de verschillende orders die aan de beide Interim Awards zijn voorafgegaan, volgt dat de maatregelen onder meer tot doel hebben de status quo te behouden en het geschil niet te verergeren.¹⁵⁴ Uit die orders volgt verder dat het Scheidsgerecht op de door Chevron en TexPet aangedragen gronden een voorlopige bevoegdheid heeft aangenomen¹⁵⁵ en aannemelijk heeft geacht, zoals Chevron en TexPet hadden gesteld, dat de tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnis het risico in zich zou bergen dat de arbitrage ieder nuttig effect verliest en ertoe leidt dat Chevron en TexPet worden geconfronteerd met een schadepost die zij niet op Ecuador kunnen verhalen ingeval vast komt te staan dat zij daarvoor aansprakelijk is.¹⁵⁶ Dit laatste behoeft geen nadere motivering om begrijpelijk te zijn, gezien het financiële belang dat aan de vordering in de Lago Agrio-procedure verbonden was. De in de First Interim Award gelaste en in de Second Interim Award aangescherpte maatregelen zijn met het in de orders geformuleerde doel en tegen de daarin geschetste achtergrond getroffen.

195. In de Third Interim Award is het Scheidsgerecht nader ingegaan op de bevoegdheid om het geschil te beoordelen, terwijl de Fourth Interim Award (nogmaals) bevestigt wat reeds uit de orders en de eerdere awards volgt omtrent de achtergrond van de getroffen maatregelen. Ik citeer nog één keer het Scheidsgerecht:¹⁵⁷

77. The Tribunal confirms and restates with full force and effect its earlier orders and awards on interim measures. ()

79. The Tribunal determines that the Lago Agrio Judgment was made final, enforceable and subject to execution within Ecuador by the Respondent no later than 3 August 2012 (upon its judiciary's certifying the

Lago Agrio Judgments enforceability), in violation of the Tribunals First and Second Interim Awards requiring the Respondent, respectively, to take all measures at its disposal and to take all measures necessary to suspend or cause to be suspended the enforcement and recognition both within and without Ecuador of that Lago Agrio Judgment.

80. Thereafter, the status accorded by the Respondent to the Lago Agrio Judgment led directly to what the Tribunal was seeking expressly to preclude temporarily by its orders and awards on interim measures, namely the attempted enforcement and execution of the Lago Agrio Judgment against the First Claimant (with its subsidiary companies) by persons acting in the name of the Lago Agrio plaintiffs not only within but also outside Ecuador, currently in the state courts of Canada, Brazil and Argentina and possibly in the near future also in the state courts of other countries.

()

82. Moreover, from its perspective under international law, this Tribunal is the only tribunal with the power to restrain the Respondent generally from aggravating the Parties dispute and causing irreparable harm to the Claimants in regard to the enforcement and execution of the Lago Agrio Judgment. Such restraint has not been achieved by any state court (including courts in the USA); nor could it be in the circumstances of this most unusual case. The Tribunal therefore confirms and declares, as a matter of international law, that the Respondent has a continuing obligation to ensure that the commitments that it has given under the Treaty and the UNCITRAL Rules are not rendered nugatory by the finalisation, enforcement or execution of the Lago Agrio Judgment in violation of the First and Second Interim Awards.

83. The Tribunal bears much in mind that the amounts at stake are potentially huge in these arbitration proceedings, measured in multiple billions of US dollars. For the Claimants, that means that an award of damages expressed in tens of billions of US dollars could provide no adequate remedy, if their full case were to prevail against the Respondent and if the Lago Agrio Judgment were in the meantime enforced and executed. Conversely for the Respondent, on these same assumptions, that means an award of damages could nonetheless be recovered by the Claimants, albeit not in tens of billions, but in many millions or even billions of US dollars.

84. The Tribunal also takes note that the first part (probably a substantial part) of any recoveries on execution of the Lago Agrio Judgment outside Ecuador appears unlikely to be paid to the Lago Agrio plaintiffs in Ecuador, but rather to foreign funding and other financial institutions associated with persons acting in their name, based in countries other than Ecuador.

85. It is therefore difficult now to exaggerate the risks facing the First Claimant and thus, indirectly, the Respondent also from the enforcement and execution of the Lago Agrio Judgment. In the Tribunals view, based on the materials filed by both sides in this arbitration, there are increasingly grave risks that enforcement and execution of the Lago Agrio Judgment against the First Claimant (with its subsidiary companies) will imperil to a very significant extent the overall fairness and the efficacy of these arbitration proceedings.

196. Ik zou menen dat deze motivering aan duidelijkheid weinig te wensen overlaat. Uit het voorgaande volgt dat het onderdeel tevergeefs wordt voorgesteld.

197. Voor de volledigheid merk ik nog op dat Chevron en TexPet niet hebben bestreden dat de gewraakte motivering in het kader van de vernietigingsgrond als bedoeld in art. 1065 lid 1 onder e, Rv aan de orde kan komen.¹⁵⁸ Daarop strandt het betoog van Chevron en TexPet in de schriftelijke toelichting onder 121 en 123 dat Ecuador geen belang heeft bij haar cassatieklacht omdat in feitelijke instantie is aangevoerd verwezen wordt naar de memorie van antwoord onder 406-418 dat die mogelijkheid niet bestaat.

198. Daarnaast komt het mij voor dat vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van strijd met de openbare orde mogelijk is indien een arbitraal vonnis in het geheel geen motivering behelst, ofschoon art. 1065 lid 1, aanhef en onder d, daartoe een aparte vernietigingsgrond kent. Art. 1064 lid 5 (oud) Rv (thans art. 1064a lid 4 Rv) mag echter niet worden omzeild. Ingevolge dit artikel dienen alle gronden tot vernietiging, op straffe van verval van het recht daartoe, in de dagvaarding te worden voorgedragen. De openbare orde kan hierop een uitzondering vormen.¹⁵⁹ Dit betekent dat de gewraakte motivering al in de inleidende dagvaarding in het kader van de vernietigingsgrond strijd met de openbare orde aan de orde moet zijn gesteld. Niet toelaatbaar is dat in de dagvaarding anderszins strijd met de openbare orde als grond voor vernietiging is aangedragen, maar pas nadien het ontbreken van een motivering daaronder wordt gehangen.¹⁶⁰ Dat laatste lijkt hier te zijn gebeurd.

Onderdeel 5: grief over de bevoegdheid ten aanzien van Chevron

199. In hoger beroep is Ecuador met de grieven II tot en met IV opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank dat sprake is van een investeringsgeschil als bedoeld in art. VI lid 1, aanhef en onder a BIT, tussen Chevron en Ecuador.¹⁶¹ Grief III droeg als opschrift *De 1995 Settlement Agreement is geen investeringsovereenkomst* en betrof het oordeel van de rechtbank in rov. 4.20 dat deze overeenkomst onderdeel uitmaakt van een *investment agreement* als bedoeld in meergenoemd artikel van het BIT. In rov. 9.6 heeft het hof overwogen dat de grieven II en IV niet verder worden beoordeeld, zonder daarbij tevens expliciet grief III te noemen. Daartegen richt zich de klacht in het onderdeel, dat is ingesteld voor zover het hof *niet* heeft bedoeld Grief III van zijn oordeel omtrent de Grieven II en IV uit te zonderen.

200. Het onderdeel faalt. In rov. 9.5 heeft het hof wat betreft Chevron geconstateerd dat het Scheidsgerecht nog geen definitief oordeel heeft gegeven over zijn bevoegdheid op grond van art. VI lid 1, aanhef en onder a BIT en dat het feit dat het Scheidsgerecht over zijn eigen bevoegdheid beslist, meebrengt dat de rechter dient af te wachten tot die beslissing is gevallen, voordat hij mag en kan beoordelen of het Scheidsgerecht terecht bevoegdheid heeft aangenomen. Dit laatste uitgangspunt heeft het hof tot de beslissing gebracht dat de grieven II en IV niet verder worden beoordeeld. Het noemt daarbij niet expliciet Grief III.

201. Waar het hof in rov. 9.6 heeft overwogen dat de grieven II en IV niet verder worden beoordeeld, heeft het klaarblijkelijk bedoeld te overwegen dat de grieven II *tot en met* IV en derhalve ook grief III niet verder worden beoordeeld. Aangezien ook grief III de nog niet beantwoorde bevoegdheidsvraag betrof, ligt het voor de hand dat dit oordeel ook op deze grief betrekking heeft. Het hof is ook niet tot een verdere beoordeling van deze grief gekomen. Nu het onderdeel is ingesteld voor zover het hof *niet* heeft bedoeld Grief III van zijn oordeel omtrent de Grieven II en IV uit te zonderen maar het hof als gezegd heeft bedoeld dat *wel* te overwegen, mist het onderdeel feitelijke grondslag.

9 Samenvatting van de beoordeling van het cassatieberoep

202. In cassatie komt Ecuador op tegen het oordeel van het gerechtshof Den Haag dat de door Ecuador ingestelde vordering tot vernietiging van vier tussenvonnissen en één gedeeltelijk eindvonnis van het Scheidsgerecht moet worden afgewezen. De klachten zijn het bijzonder gericht tegen de door het hof gegeven beoordeling van de First en Second Interim Award, waarbij voorlopige voorzieningen zijn vastgesteld. Voor zover de vordering strekt tot de vernietiging van de Third Interim Award en de First

Partial Award heeft Ecuador m.i. bij haar beroep geen belang.

203. De aangevoerde klachten acht ik geen van alle gegrond. Onderdeel 1 vecht de toetsingsmaatstaf aan om te beoordelen of een arbitrale beslissing in strijd is met de openbare orde. Het hof heeft geoordeeld dat daarbij terughoudendheid moet worden betracht en daarbij vaste rechtspraak van de Hoge Raad toegepast. Het onderdeel nodigt niet uit tot het aanvullen of verduidelijken van die rechtspraak.

204. Onderdeel 2 betreft de kern van het geschil: de door het Scheidsgerecht vastgestelde voorlopige maatregelen zouden de rechten van de eisers in een nationale procedure bij de Ecuadoraans rechter direct aantasten, omdat Ecuador wordt bevolen er voor te zorgen dat het Lago Agrio-vonnis niet ten uitvoer kan worden gelegd. Daarmee zou het Scheidsgerecht de rechtsverhouding tussen genoemde eisers en Chevron hebben vastgelegd. Hoewel juist is dat een arbitraal vonnis in strijd kan komen met de openbare orde wanneer het tot gevolg heeft dat derden de toegang tot de overheidsrechter wordt ontzegd (waarbij onder toegang mede is te begrijpen de executie van een vonnis), doet die situatie zich hier niet voor. Het Scheidsgerecht heeft niet geoordeeld over de individuele rechten van de eisers in de betrokken procedure bij de Ecuadoraanse rechter. Het gegeven bevel strekt ertoe dat de tenuitvoerlegging van genoemd vonnis voor de duur van de arbitrageprocedure wordt geschorst. Onderdeel 2 bevat verder motiveringsklachten, die geen doel treffen.

205. De onderdelen 3 tot en met 5 bevatten klachten die betrekking hebben op de uitleg van stellingen in de gedingstukken (onderdeel 3) of van passages in het bestreden arrest (onderdeel 5), dan wel op de door het hof gegeven beoordeling van de motivering van de First en Second Interim Award (onderdeel 4). Ook die klachten kunnen niet tot cassatie leiden.

10 Conclusie

206. Ik concludeer tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

Advocaat-Generaal

¹ HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837 (*Ecuador/Chevron*), NJ 2015/318, m.nt. H.J. Snijders en TvA 2015/6, m.nt. M.C. van Leyenhorst.

² Het Scheidsgerecht bestaat uit Dr. H. Grigera Naón (aangewezen door Chevron), Prof. V. Lowe QC (aangewezen door Ecuador) en de heer V.V. Veeder QC (voorzitter).

³ PCA Case no 2009/23, Second Partial Award on Track II; zie <https://pcacases.com/web/sendAttach/2453> of <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9934.pdf>.

⁴ UNCITRAL is de afkorting van United Nations Commission on International Trade Law. Op grond van art. VII lid 1, slot, van het BIT tussen Ecuador en de Verenigde Staten zijn de UNCITRAL Arbitration Rules van toepassing op krachtens dat verdrag gevoerde arbitrages, tenzij partijen anders overeenkomen. De toepasselijke UNCITRAL Arbitration Rules zijn overgelegd als productie G-19 bij conclusie van antwoord.

- 5 De beslissing dateert van na de datum van het bestreden arrest. Het betreft derhalve een feitelijk novum in cassatie. Op 30 augustus 2018 hadden partijen hun standpunt al schriftelijk toegelicht.
- 6 Vgl. rov. 2 van het bestreden arrest, onder i-xxvii.
- 7 De 1964 Concessieovereenkomst is overgelegd als productie 41 bij memorie van grieven.
- 8 Deze Concessieovereenkomst is overgelegd als productie 7 bij de inleidende dagvaarding.
- 9 Treaty between the USA and Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment. Het BIT is overgelegd als productie 6 bij inleidende dagvaarding.
- 10 Het document waarmee de *civil action* is ingeleid, is overgelegd als productie 71 bij memorie van grieven.
- 11 Zie *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 945 F. Supp 625, 626 (S.D.N.Y. 1996), overgelegd als productie 79 bij memorie van grieven.
- 12 Het MOU is overgelegd als productie G-12 bij conclusie van antwoord.
- 13 De 1995 Settlement Agreement is overgelegd als productie 8 bij inleidende dagvaarding.
- 14 De 1998 Final Release is overgelegd als productie 9 bij inleidende dagvaarding.
- 15 Het document waarmee de procedure is ingeleid, is overgelegd als productie 109 bij memorie van grieven.
- 16 Zie *Claimants Notice of Arbitration* van 23 september 2009, overgelegd als productie 10 bij inleidende dagvaarding.
- 17 Zie *Claimants Memorial on the Merits* van 6 september 2010, onder 547, geciteerd door het Scheidsgerecht in de Third Interim Award, p. 9 en te raadplegen op <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0164.pdf>.
- 18 Zie *Claimants Request for Interim Measures* d.d. 1 april 2010, overgelegd als productie G-23 bij conclusie van antwoord.
- 19 De Fourth Order on Interim Measures d.d. 9 februari 2011 en de Fifth Order on Interim Measures d.d. 16 maart 2011 zijn overgelegd als productie G-6 en G-7 bij conclusie van antwoord. Zie Productie G-3 tot en met G-5 voor de daaraan voorafgaande Procedural Orders on Interim Measures.
- 20 Zie *Chevron Corp. v. Donziger*, 768 F.Supp.2d 581, 660 (7 Mar. 2011), overgelegd als productie 138 bij memorie van grieven.
- 21 Zie *Chevron Corp v. Naranjo*, 667 F.3d 232, 241 (26 Jan. 2012), overgelegd als productie 139 bij memorie van grieven.
- 22 Het Lago Agrio-vonnis is overgelegd als productie G-1 bij conclusie van antwoord.
- 23 De *Clarification Order* van rechter Zambrano is overgelegd als productie G-18 bij conclusie van antwoord. In de Second Partial Award worden in Part V onder 5.123 relevante passages geciteerd.
- 24 Het arrest van het *Provincial Court of Justice of Sucumbios* d.d. 3 januari 2012 is overgelegd als productie G-16 bij conclusie van antwoord.
- 25 De Order van het *Provincial Court of Justice van Sucumbios* d.d. 13 januari 2012 is overgelegd als productie G-41 bij memorie van antwoord.
- 26 Het arrest van het Ecuadoraanse Hooggerechtshof d.d. 12 november 2013 is overgelegd als productie G-17 bij conclusie van antwoord.
- 27 Zie de Second Partial Award, Part I onder 1.71 en Part V onder 5.180.
- 28 Veel van de processtukken uit de arbitrage zijn te raadplegen op <https://www.italaw.com/cases/257>. De First Partial Award is ook overgelegd als productie 1 bij de inleidende dagvaarding.
- 29 De Second Interim Award is overgelegd als productie 2 bij inleidende dagvaarding.
- 30 Zie ook de schriftelijke toelichting van Chevron en TexPet, punt 34.
- 31 Zie de *Decision issued by the Sole Chamber of the Provincial Court of Sucumbios* van 1 maart 2012, overgelegd als productie 202 bij memorie van grieven.
- 32 Zie de *Request for Precautionary Measures Indicated to the Republic of Ecuador* d.d. 9 februari 2012, overgelegd als productie G-146 bij memorie van antwoord.

- 33 Zie de brief van de Inter-American Commission on Human Rights d.d. 23 februari 2012, overgelegd als productie G-148 bij memorie van antwoord.
- 34 Zie de brief van de vertegenwoordigers van de Lago Agrio-eisers aan de Inter-American Commission on Human Rights d.d. 2 maart 2012, overgelegd als productie G-149 bij memorie van grieven.
- 35 De Third Interim Award is overgelegd als productie 3 bij inleidende dagvaarding.
- 36 Zie de Second Partial Award, Part I onder 1.68 en Part IV onder 4.136. Door partijen zijn meerdere producties overgelegd die betrekking hebben op deze procedures. Ik verwijs hier niet uitputtend naar productie G-26 bij conclusie van antwoord, productie 113-115 bij memorie van grieven, productie G-150, G-185 tot en met G-189 bij memorie van antwoord, productie 255 bij akte houdende overlegging producties ten behoeve van het pleidooi op 9 mei 2017 van Ecuador en productie G-218 bij de akte houdende overlegging producties ten behoeve van het pleidooi op 9 mei 2017 van Chevron en TexPet.
- 37 De Fourth Interim Award is overgelegd als productie 4 bij de inleidende dagvaarding.
- 38 De First Partial Award is overgelegd als productie 5 bij de inleidende dagvaarding.
- 39 Zie de First Partial Award onder 97.
- 40 Zie *U.S. District Court for the Southern District of New York*, 4 maart 2014, 11 Civ. 0691 (Chevron Corp./Donziger et al.), overgelegd als productie G-2 bij conclusie van antwoord.
- 41 Zie *Chevron Corporation v. Donziger et al.*, 8 augustus 2016, overgelegd als productie 148 bij de memorie van grieven.
- 42 Het betreft opnieuw een feitelijk novum in cassatie. Zie de Second Partial Award onder 4.113 en 4.486.
- 43 De Decision on Track 1B, d.d. 12 maart 2015 is overgelegd als productie G-28 bij brief van Chevron en TexPet van 3 november 2015.
- 44 Zie Decision on Track 1B onder 6, 183, 184 en 185.
- 45 De *Note of Dissent to Decision on Track 1B* van dr. Horacio A. Grigera Naón d.d. 12 maart 2015 is overgelegd als productie G-29 bij brief van Chevron en TexPet d.d. 3 november 2015.
- 46 Vgl. rov. 3 van het bestreden arrest
- 47 Vgl. rov. 5.1 van het bestreden arrest.
- 48 ECLI:NL:RBDHA:2016:385, *TvA 2016/43*.
- 49 ECLI:NL:GHDHA:2017:2009, *TvA 2017/62*.
- 50 Uit art. IV lid 4 Wijzigingswet Boek 3 BW enz. (modernisering Arbitragewet) volgt dat op grond van art. 1073 lid 1 Rv de art. 1020-1073 Rv moeten worden toegepast, zoals zij luiden vóór 1 januari 2015.
- 51 Dit artikel houdt, voor zover hier van belang, het volgende in: *For purposes of this Article, an investment dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company;*
- 52 Zie in het bijzonder onder 7.69-7.71.
- 53 Dit werpt een ander licht op de opmerking in de schriftelijke repliek van Ecuador onder 3(a) dat *Chevrons stelling () dat de Lago Agrio-procedure slechts beperkt zou zijn tot diffuse vorderingen () misleidend [is]*.
- 54 Het Scheidsgerecht verwijst naar p. 139 van het Lago Agrio-vonnis.
- 55 Het Scheidsgerecht verwijst naar p. 184 van het Lago Agrio-vonnis.
- 56 Het Scheidsgerecht verwijst naar p. 147 van het Lago Agrio-vonnis.
- 57 Hier verwijst het Scheidsgerecht naar de Decision on Track 1B, onder 183 en 186, productie G-28 bij brief van Chevron en TexPet van 3 november 2015.
- 58 Het Scheidsgerecht verwijst hier naar de *Clarification Order*, p. 23, productie G-18 bij conclusie van antwoord.
- 59 Het Scheidsgerecht verwijst hier naar de Track II Hearing Transcripts, te raadplegen op <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4437.pdf>.
- 60 Zie de Second Partial Award onder 8.5, onder verwijzing naar de First Partial Award onder 112.
- 61 Een gedeelte van het vonnis is aangehecht als Annex 7 bij Deel V van de Second Partial Award.

- 62 Het ging volgens verklaringen om 500.000 US\$, te betalen uit de opbrengst van de tenuitvoerlegging van het Lago Agrio-vonnis.
- 63 Ze ook 4.473 voor de weergave van een getuigenverklaring die de consultant in kwestie in de RICO Litigation heeft afgelegd.
- 64 Zie onder andere repliek in cassatie, p. 4, onder 3(d).
- 65 Zie repliek in cassatie, p. 4, onder 4, onder verwijzing naar memorie van grieven, onder 97 e.v.
- 66 Deze vangnetbepaling wordt *Umbrella Clause* genoemd en is gangbaar in bilaterale investeringsverdragen.
- 67 De ILC Articles on State Responsibility zijn door de International Law Commission van de Verenigde Naties opgesteld en bij Resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties goedgekeurd. Zij vormen een gezaghebbende interpretatiebron bij het vaststellen van de aansprakelijkheid van staten wegens schending van het internationaal recht.
- 68 Over de term *denial of justice* overweegt het Scheidsgerecht (2.9): *In this arbitration, the procedural fraud, judicial misconduct and corruption in the Lago Agrio Litigation and the Lago Agrio Judgment (as alleged by the Claimants and denied by the Respondent) taken together, were commonly referred to by the Parties as a denial of justice. The tribunal is content to adopt that usage.*
- 69 De meeste bilaterale investeringsovereenkomsten kennen *Fair and Equitable Treatment* als een van de beschermingsstandaarden.
- 70 Vgl. Second Partial Award 5.234.
- 71 Het Scheidsgerecht verwijst in dit verband naar *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, ICJ, Judgment (Preliminary Question), 15 June 1954, 1954 ICJ Reports 19, RLA-19. Deze uitspraak is door Ecuador bij akte houdende overlegging producties ten behoeve van de op 17 november 2015 gehouden comparitie als productie 24 overgelegd.
- 72 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, ICJ, Judgment, 26 February 2007, 2007 ICJ Reports 43, CLA-640.
- 73 Zie de First Interim Award onder (VI), onder 3. De Second Interim Award houdt onder 7 en 9 een vergelijkbare overweging in.
- 74 Zie de Second Interim Award onder 8.
- 75 Conclusie van 28 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1774, onder 11 (*Een gure tegenwind steekt op voor BITs?*). Zie over deze discussie o.a. H.J. Sniijders, BITs, MITs, TTIP en IDR, TvA 2016/1.
- 76 CETA staat voor Comprehensive Economic Trade Agreement. Dit is een gemengd verdrag: zowel de EU als de lidstaten van de EU zijn partij en moeten dat verdrag dus ratificeren. Het HvJEU is door België gevraagd te oordelen of het in dat verdrag voorziene arbitragemechanisme verenigbaar is met het Unierecht; Advies 1/17.
- 77 TTIP staat voor Transatlantic Trade & Investment Partnership. De onderhandelingen over dit project zijn na het aantreden van de Trump Administration voorlopig stilgelegd.
- 78 Een notitie van UNCTAD van november 2017 geeft een indruk van de statistieken; zie https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d7_en.pdf.
- 79 De UNCTAD houdt dit precies bij; zie <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/148>.
- 80 Zie <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/223/treaty/1337>.
- 81 In die zin ook art. XII lid 3 BIT Ecuador - Verenigde Staten.
- 82 Arbitrage op grond BITs die zijn afgesloten tussen EU-lidstaten is niet langer toegestaan; zie HvJEU 6 maart 2018, C-284/16, *Slowaakse Republiek/Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158. BITs tussen een EU-lidstaat en een land buiten de EU worden vervangen door EU-handelsovereenkomsten. Zo lang een EU-handelsovereenkomst met het betrokken land ontbreekt, tolereert de EU nog BITs op lidstaatniveau; zie Verordening (EU) 1219/2012.
- 83 Zie bijvoorbeeld een bijdrage van Diane Desierto d.d. 13 september 2018, te raadplegen op <https://www.ejiltalk.org/from-indigenous-peoples-environmental-catastrophe-in-the-amazon-to-investors-dispute-on-denial-of-justice-the-chevron-v-ecuador-2018-pca-arbitral-award/India>. Daarin wordt aan de

hand van een samenvatting van de Second Partial Award een link gelegd met het in de volgende voetnoot genoemde Haagse initiatief, waar deze auteur als een van de experts aan meewerkt.

⁸⁴ Zie <https://www.cilc.nl/elements-paper-on-business-and-human-rights-arbitration-out-now/>.

⁸⁵ Bijlage bij de brief van 26 oktober 2018 van Minister Kaag, *Kamerstukken II* 34 952, nr. 32 (Investeren in Perspectief Goed voor de Wereld, Goed voor Nederland).

⁸⁶ Chevron stelt dat over de gehele levensduur van het Consortium 97% van de economische opbrengsten naar Ecuador is gegaan; zie schriftelijke toelichting onder 15.

⁸⁷ Zie 4.167-4.175 en 5.130. In 4.169 staat: *The Government of Ecuador, through its counsel, the Attorney General of Ecuador, (), has decided to become involved in this case not as a party to the lawsuit [the Aguinda Litigation], but [on behalf] of the Republic of Ecuador consequently states that it is willing to allow execution in its territory of any environmental remediation measures the Court may order the defendant company to perform in accordance with the remedies the plaintiffs seek. At the same time Ecuador requests that the compensation sought in the abovementioned case be paid exclusively by TEXACO and that the Republic of Ecuador, PETROECUADOR and its affiliate companies or any other Ecuadorian public sector institution or agency not under any circumstance be required to pay such compensation.*

⁸⁸ Zie *passim* de memorie van grieven.

⁸⁹ Second Partial Award 4.336.

⁹⁰ Second Partial Award 4.412. De in het citaat genoemde *litigation funder* Burford Capital heeft zich in 2013 van de zaak gedistantieerd.

⁹¹ Deze stellingen worden in de pleitaantekeningen ten behoeve van de zitting van 9 mei 2017 herhaald (pleitaantekeningen onder 45-62).

⁹² Deze stellingen worden in de pleitaantekeningen ten behoeve van de zitting van 9 mei 2017 herhaald onder 63-79.

⁹³ Dat oordeel is gegeven in de Decision on Track IB en in de Second Partial Award, waarop dit vernietigingsberoep niet ziet.

⁹⁴ Deze stelling wordt in de pleitaantekeningen ten behoeve van de zitting van 9 mei 2017 herhaald (pleitaantekeningen onder 23, 28 en 80-48).

⁹⁵ In de pleitaantekeningen ten behoeve van de zitting op 9 mei 2017 is de stelling dat het Scheidsgerecht in de motiveringsverplichting is tekort geschoten opnieuw beperkt tot de voorlopige voorzieningen (pleitaantekeningen onder 23 en onder 30-44).

⁹⁶ BGH 19 september 2013, zaak II ZB 37/12, te vinden op www.italaw.com/cases/417. Partijen kregen een maand zich uit te laten. Kennelijk is daarna de vernietigingsprocedure ingetrokken. In elk geval is Slowakije ook een vernietigingsprocedure tegen het final award gestart.

⁹⁷ Zie thans art. 1064 Rv.

⁹⁸ Zie thans art. 1064a lid 3 Rv. In de Third Interim Award heeft het Scheidsgerecht een oordeel omtrent zijn bevoegdheid gegeven. Voor een dergelijke beslissing geldt de *lex specialis* van art. 1052 lid 4 Rv (oud), waarin wordt bepaald dat zij slechts tegelijk met een daaropvolgend geheel of gedeeltelijk eindvonnis met de rechtsmiddelen, genoemd in art. 1064 Rv kunnen worden bestreden.

⁹⁹ Zie rov. 4.3 van het bestreden arrest.

¹⁰⁰ Zie HR 9 juli 2010, ECLI:NLHR:2010:BM2337 (*Eurofactor Ltd./X*), NJ 2012/226, m.nt. H.J. Snijders. Zie daarnaast HR 20 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF6207 ([2] / [2]), NJ 2004/569, m.nt. H.J. Snijders, *TvA* 2004/17, m.nt. B.C. Punt, *JBPr* 2004/57, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk, *TP* 2005, p. 1380 (K. Teuben).

¹⁰¹ De Hoge Raad behandelt soms wel klachten die afstuiten op art. 399 Rv om een tweede cassatie te vermijden. Zie Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/85 en 313, onder verwijzing naar HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1482 (*August de Meijer*), NJ 1995/720, m.nt. M. Scheltema.

¹⁰² Vgl. HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, (*IMS/Modsaf I*), NJ 2004/384, m.nt. H.J. Snijders, *JBPR* 2003/38, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk, *TCR* 2004, p. 25, m.nt. G.J. Meijer, *TvA* 2003, p. 143, m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof.

- ¹⁰³ Zie H.J. Snijders in: *Nederlands Arbitragerecht*, 2018, art. 1064/2 en G.J. Meijer in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, 2018, art. 1064, aant. 2, onder e en art. 1064a, aant. 4, onder e.
- ¹⁰⁴ T&C Burgerlijke Rechtsvordering, 2018, art. 1064a, aant. 4, onder e.
- ¹⁰⁵ Zie de First Interim Award onder (VI), onder 3. De Second Interim Award bevat onder 7 en 9 een vergelijkbare overweging.
- ¹⁰⁶ Zie de Second Interim Award onder 8.
- ¹⁰⁷ Memorie van grieven onder 350.
- ¹⁰⁸ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, (second edition), Volume II International Arbitral Procedures, Alphen a/d Rijn: Wolters Kluwer 2014, p. 2515.
- ¹⁰⁹ Vgl. HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, (*IMS/Modsaf I*), NJ 2004/384, m.nt. H.J. Snijders, JBPR 2003/38, m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk, TCR 2004, p. 25, m.nt. G.J. Meijer, TvA 2003, p. 143, m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof; HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, ([2] /SFT Bank), NJ 2005/190, m.nt. H.J. Snijders; HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495 ([1] / [2]), NJ 2007/294, JBPR 2007/75, m.nt. J.F. Fleming, TvA 2008/10, m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof.
- ¹¹⁰ Arrest *IMS/Modsaf I*, rov. 3.3., 3e alinea, slot; arrest.
- ¹¹¹ Zie in cassatie onderdeel 1 van het middel van Ecuador (*dat de arbitrale vonnissen ten volle aan de Nederlandse openbare orde dienen te worden getoetst*) en de schriftelijke toelichting onder 8, 43 en 47 van Chevron en TexPet. Zie in feitelijke aanleg Ecuador in de comparitie-aantekeningen in eerste aanleg onder 48 en Chevron en TexPet in de conclusie van antwoord onder 246, voetnoot 217 en de pleitnota ten behoeve van een comparitie onder 76 en 91.
- ¹¹² Zie H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, 2018, art. 1076/8: *Buitenlandse arbitrale vonnissen kunnen aldus in strijd zijn met de Nederlandse openbare orde in de zin van art. 1063 en 1065 lid 1 sub e Rv.* en G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage*, 2011, p. 832 en 927: *In welke gevallen strijd met de goede zeden of openbare orde bestaat, laat zich niet gemakkelijk in algemene bewoordingen uiteenzetten. Men zal daarbij (met name) rekening moeten houden met de in Nederland levende overtuigingen die te dien aanzien bestaan.* En: *De wet ziet met de openbare orde op de Nederlandse openbare orde* ().
- ¹¹³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1994, art. 34 lid 2 aanhef en onder b, en de Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the Model Law on Commercial Arbitration onder 44: *the grounds relating to public policy, (), may be different in substance, depending on the State in question (i.e. the State of setting aside or State of enforcement).* Vgl. over art. 34 van de UNCITRAL Model Law nader N. Blackaby e.a., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2015, 10.81 e.v., Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Vol. III, International Arbitral Awards, Alphen a/d Rijn: Wolters Kluwer - 2014, p. 3175 e.v.
- ¹¹⁴ Hier moet opnieuw worden voorbijgegaan aan de beslissing in de Second Partial Award.
- ¹¹⁵ Zie de weergave van de het gevorderde in de Third Interim Award onder 1.28. Te denken valt onder meer aan de vordering onder 2. (*Declaring that Ecuador has breached the 1995, 1996, and 1998 Settlement and Release Agreements and the U.S.-Ecuador BIT, including its obligations to afford fair and equitable treatment, full protection and security, an effective means of enforcing rights, non-arbitrary treatment, non-discriminatory treatment, and to observe obligations it entered into under the investment agreements*), onder 11. (*Awarding Claimants indemnification against Ecuador in connection with a Lago Agrio judgment, including a specific obligation by Ecuador to pay Claimants the sum of money awarded in to the Lago Agrio judgment*) en onder 12. (*Awarding Claimants any sums that the nominal Lago Agrio Plaintiffs collect against Claimants or their affiliates in connection with enforcing a Lago Agrio judgment*). De vorderingen zijn nadien meerdere malen gewijzigd. Zie voor de meest actuele weergave de Second Partial Award, Part I, Annex 3.
- ¹¹⁶ Vgl. reeds voetnoot 71. Deze uitspraak van het ICJ is door Ecuador aangehaald bij akte houdende overlegging producties ten behoeve van de op 17 november 2015 gehouden comparitie als productie 24 overgelegd. Zie voor de stellingen van Ecuador in feitelijke aanleg de memorie van grieven onder 196 en de pleitaantekeningen ten behoeve van de zitting op 9 mei 2017 onder 71-78. Het Scheidsgerecht is op het beroep op Monetary Gold ingegaan in de Third Interim Award onder 4.59-4.71 en in de Second Partial Award onder 7.32-7.36.

¹¹⁷ Vgl. rov.12.5 van het bestreden arrest.

¹¹⁸ Vgl. de schriftelijke toelichting onder 59. Daar wordt doorverwezen naar de memorie van antwoord onder 215-217, 234-242 en 313-315 en de pleitaantekeningen ten behoeve van de zitting op 9 mei 2017 onder 73-74. Op die vindplaatsen worden onder meer de volgende uitspraken genoemd: ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)*, Judgment of 3 February 2012, p. 60 (*that the Italian Republic must, by enacting appropriate legislation, or by resorting to other methods of its choosing, ensure that the decisions of its courts and those of other judicial authorities infringing the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law cease to have effect*), *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, (ICSID Case No. ARB/00/1), Award 24 January 2003, overgelegd als productie G-177, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. Slovak Republic*, (ICSID Case No. ARB/97/4), Procedural Order No. 4, Januari 11, 1999, overgelegd als productie G-209, en Procedural Order Nr. 5, 1 March 2000, overgelegd als productie G-178, *Sergei Paushok et al. v. Government of Mongolia*, UNCITRAL, Order on Interim Measures, September 2, 2008, overgelegd als productie G-179, *E-Systems, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, UNCITRAL Case No. 388, Interim Award (Award no.: ITM 13-388-FT), (Iran-U.S. C1. Trib.), February 4, 1983, overgelegd als productie G-180, IACHR, *Case of Loayza Tamayo v. Peru* (de specifieke verwijzing naar een beslissing van 27 september 1998 is m.i. onjuist), IACHR, *Case of Suarez Rosero v. Ecuador*, Judgment of January 20, 1999, IACHR, *Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, 30th May 1999, ICJ *LaGrand (Germany v. United States)*, 2001 I.C.J. 466 (June 26), *Request for the Indication of Provisional Measures of Protection*, ICJ, 9 January 2003, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals*, ICJ *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States)*, 2008 I.C.J. (Order of July 16), PCIJ, *The Electricity Co. Of Sofia and Bulgaria*, 1939 (Order of December 1939), *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award May 18 2010, overgelegd als productie G-222, *City Orient Ltd. v Republic of Ecuador and Petroecuador*, ICSID Case No. ARB/06/21, Decision on Provisional Measures, November 19, 2007, overgelegd als productie G-207. In cassatie is in de schriftelijke toelichting onder 71 verder nog verwezen naar *Rustavi 2 Broadcasting Company Ltd. and Others v. Georgia*, EHRM 3 maart 2017, no. 16812/17.

¹¹⁹ In haar dupliek onder 8 verwijst Ecuador naar haar memorie van grieven onder 178-179 en 196-199. Zie ook dezelfde memorie onder 177. In haar dupliek onder 9 licht Ecuador toe waarom ook de vergelijking met het door Chevron in cassatie genoemde arrest *Rustavi 2 Broadcasting Company Ltd. and Others v. Georgia*, EHRM 3 maart 2017, no. 16812/17 niet op gaat.

¹²⁰ Vgl schriftelijke toelichting Ecuador onder 8. De meeste fundamentele rechten van art. 6 EVRM krijgen in arbitrage gestalte als fundamentele beginselen van openbare orde. Vgl. H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, 2018, Algemene Inleiding, aant. 1.5.2.

¹²¹ Ecuador verwijst in voetnoot 7 van haar schriftelijke toelichting op de Wet van 21 februari 2018 (Stb. 2018, 88), waarbij aan art. 17 Grondwet een nieuw tweede lid is toegevoegd: *Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter*. Ik moet zeggen dat er enige spanning lijkt te zitten tussen Ecuadors beroep op deze bepaling en haar stellige ontkenning dat het Lago Agrio Court niet onpartijdig was in de tegen Chevron aangespannen procedure.

¹²² *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb)*, updated to 31 August 2018.

¹²³ EHRM 18 april 2002, no. 49144/99.

¹²⁴ EHRM 19 maart 1997, no. 107/1995/613/701.

¹²⁵ EHRM 29 maart 2006, no. 36813/97.

¹²⁶ EHRM 7 mei 2002, no. 59498/00.

¹²⁷ Ter vergelijking wijs ik erop dat binnen de EU een lidstaat kan worden aangesproken op een inbreuk op het Unierecht die is veroorzaakt door een van zijn rechterlijke colleges. In Nederland kennen wij de term onrechtmatige rechtspraak, waarvoor de Staat onder voorwaarden aansprakelijk kan worden gehouden.

¹²⁸ HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54, in het bijzonder rov. 4.4.3. De zaak *Yukos* betreft een ander feitencomplex en er zijn in die zaak andere regels en rechtsbeginselen aan de orde dan hier. In de kern

gaat het steeds om de vraag of aan een kennelijk frauduleuze rechterlijke beslissing rechtsgevolgen verbonden konden worden.

¹²⁹ Vgl. Annkatrien Lenaerts, *The Role of the Principle *Fraus Omnia Corruptit* in the European Union: A Possible Evolution Towards a General Principle of Law?*, *Yearbook of European Law*, Volume 32, 2013, p. 460-498. Dezelfde auteur: noot bij HvJEU 7 december 2010, C-285/09, *Strafzaak tegen R.*, in *CMLRev.* 2011, p. 1703-1718.

¹³⁰ In feitelijke aanleg heeft Ecuador in dit verband verwezen naar *K. v. Italy*, EHRM 20 juli 2004, no. 38805/97, en *Matrakas and Others v. Poland and Greece*, EHRM 7 november 2013, no. 47268/06. In haar schriftelijke toelichting onder 10 verwijst zij naar *Imobiliare Safi/Italië*, EHRM 28 juli 1999, no. 22774/93, *Cingili Holding en Cingillioglu/Turkije*, EHRM 21 juli 2015, nos. 31833/06 en 37537/06 en de hierboven in punt 147 genoemde *Guide on Article 6 of the European Convention of Human Rights*. Ecuador noemt in het onderdeel art. 6 EVRM en art. 24 en 25 IAVM.

¹³¹ Ecuador verwijst in haar schriftelijke toelichting onder 16 naar *Gerasimov and others v. Russia*, EHRM 1 juli 2014, no. 29920/05 ter onderbouwing van haar stelling dat een vertraging van meer dan één jaar bij de tenuitvoerlegging van een vonnis *prima facie* een onredelijke vertraging oplevert. Uit de in punt 147 geciteerde passages uit de *Guide on Article 6 of the European Convention of Human Rights* volgt dat dit genuanceerder ligt. Chevron en TexPet stellen in hun dupliek onder 8 met juistheid dat dit oordeel is ingegeven door de specifieke omstandigheden van dat geval.

¹³² Zie de in punt onder 146 genoemde *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Vgl. verder bijvoorbeeld J. vande Lanotte en Y. Haecck (red.), *Handboek EVRM, Deel 2, Artikelsgewijs Commentaar, Vol I*, p. 430-441.

¹³³ Ecuador verwijst naar haar memorie van grieven onder 154 en 168.

¹³⁴ Ecuador verwijst naar haar memorie van grieven onder 204-208, 314, 315 en 317 en haar pleitaantekeningen ten behoeve van de zitting van 9 mei 2017 onder 79.

¹³⁵ Zie ook de pleitaantekeningen van Chevron en TexPet in hoger beroep onder 84, vierde bulletpoint.

¹³⁶ In haar schriftelijke toelichting onder 30 verwijst Ecuador in dit verband naar HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3997 (*Panama Caribic Overseas Savings/Stichting Town House Development Foundation*), *NJ* 2004/34, m.nt. W.D.H. Asser en naar HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:212 ([2] / [2]), *NJ* 2014/89.

¹³⁷ Chevron en TexPet wijzen in hun schriftelijke toelichting onder 87 op deze beide overwegingen in de Third Interim Award.

¹³⁸ In hun schriftelijke toelichting onder 88 verwijzen Chevron en TexPet naar de conclusie van antwoord onder 266-267, 271, 278, 280-281, de pleitnota in eerste aanleg onder 95-98 en 103-14, de memorie van antwoord onder 125, 127-128, 132, 134-139, 338, 344, 346, 352, 367 en de pleitaantekeningen in hoger beroep onder 84, vierde bulletpoint. Op verschillende van die vindplaatsen heeft zij verwezen naar overweging 4.67 en 4.70 van de Third Interim Award en gewezen op de verantwoordelijkheid van Ecuador jegens de Lago Agrio-eisers.

¹³⁹ Ecuador verwijst naar haar memorie van grieven onder 202 (op die plaats heeft zij kort gezegd gesteld dat het Scheidsgerecht zijn mandaat heeft overschreden door zich de bevoegdheid toe te eigenen over de rechten van de inheemse eisers te beslissen) en onder 313 (op die plaats heeft zij herhaald dat de voorlopige maatregelen erop zijn gericht de tenuitvoerlegging te voorkomen, de stelling is een onderdeel van de toelichting op grief XII, met de strekking dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het feit dat de Lago Agrio-eisers geen partij zijn bij de arbitrage geen schending van fundamentele beginselen van procesrecht oplevert) en haar pleitaantekeningen ten behoeve van de zitting van 9 mei 2017, onder 65-67 (op die plaats heeft zij gesteld dat in de Interim Awards onmiskenbaar over de rechten van de Lago Agrio-eisers wordt beslist).

¹⁴⁰ In subonderdeel d wijst Ecuador erop dat het hof abusievelijk verwijst naar grief XII, waar is bedoeld grief XI.

¹⁴¹ Zie de memorie van grieven onder 307.

¹⁴² Zie het Hearing Transcript of Jurisdictional Hearing d.d. 23 november 2010, p. 385, door Ecuador overgelegd als productie 257 bij de akte houdende overlegging producties ten behoeve van de zitting van

9 mei 2017. Zie ook het gestelde in de memorie van grieven onder 202 en 313 en in de pleitaantekeningen ten behoeve van de zitting van 9 mei 2017 onder 65 en 66.

¹⁴³ Zie de Fourth Interim Award onder 80.

¹⁴⁴ Ecuador verwijst hier naar de memorie van grieven onder 153.

¹⁴⁵ Ecuador verwijst hier naar de memorie van grieven onder 305.

¹⁴⁶ Ecuador verwijst hier naar haar pleitaantekeningen ten behoeve van de zitting van 9 mei 2017, onder 74.

¹⁴⁷ Thans art. 1064a lid 4 Rv

¹⁴⁸ Zie H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht*, 2018, art. 1064a/1 onder verwijzing naar HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003 ([2] / [2]), NJ 2010/169, TvA 2009/49, m.nt. B.C. Punt en HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443 ([2] / [2]), NJ 2010/170, m.nt. H.J. Snijders, TvA 2009/50, m.nt. B.C. Punt.

¹⁴⁹ Chevron en TexPet verwijzen in dit verband naar HR 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7064 (*Pressers/Ru-Pro*), NJ 2013/6, m.nt. H.J. Snijders, JBPR 2012/34, m.nt. B.T.M. van der Wiel, waaruit kan worden afgeleid dat in de eindfase van de procedure in hoger beroep niet een geheel nieuw element in het tussen partijen gevoerde debat kan worden ingebracht, en HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:AM2312 (*Parallel Entry/KLM*), NJ 2008/536, m.nt. E. Verhulp, waaruit volgt dat de eisen van een goede procesorde kunnen meebrengen dat de rechter feiten die eerst bij pleidooi zijn gesteld, terzijde kan laten op de grond dat de wederpartij daarop niet meer voldoende heeft kunnen reageren of dat zij een nader onderzoek nodig maken waarvoor het geding geen mogelijkheid meer biedt. M.i. doet geen van beide situaties doet zich hier voor.

¹⁵⁰ Ecuador verwijst in de procesinleiding naar de memorie van grieven onder 145 (*In dit onderdeel zal Ecuador toelichten dat () (b) het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden. Om deze redenen moeten de vonnissen worden vernietigd op grond van artikel 1065 lid 1 sub () c Rv.*), onder 202 (*Het Scheidsgerecht heeft zijn mandaat overschreden door zich de bevoegdheid toe te eigenen om over de rechten van de inheemse eisers te kunnen beslissen*), onder 203 (*Het Scheidsgerecht heeft dus zelf toegegeven dat het heeft geprobeerd de tenuitvoerlegging en erkenning van het Lago Agrio Vonnis door vertegenwoordigers van de inheemse eisers te voorkomen. Zelfs als kan worden aangenomen dat er een geldige arbitrageovereenkomst tussen Chevron en Ecuador bestaat, valt een dergelijk bevel evident buiten het mandaat van het Scheidsgerecht.*), onder 294 (*Met de resultaatverplichting om te voorkomen dat het Lago Agrio Vonnis binnen en buiten Ecuador ten uitvoer kan worden gelegd, is het Scheidsgerecht dan ook buiten zijn mandaat getreden en heeft het in evidente strijd met de openbare orde gehandeld.*), onder 359 (*Het Scheidsgerecht is daarbij buiten zijn opdracht getreden*) en de grieven V-XIX (grief XIII onder 316; *In de eerste plaats is het Scheidsgerecht buiten zijn opdracht getreden door te oordelen over de geldigheid van een materieel recht van een partij die niet met de Arbitrage heeft ingestemd. Dit is reeds een zelfstandige grond voor vernietiging*). Op geen van deze vindplaatsen bestrijdt Ecuador het oordeel van de rechtbank in rov. 4.37 dat de stelling dat het Scheidsgerecht haar opdracht heeft geschonden onvoldoende is toegelicht.

¹⁵¹ In de in hoger beroep bestreden rov. 4.34 en 4.35 heeft de rechtbank alleen aandacht besteed aan de motivering van de eerste twee Interim Awards. Dat is in lijn met de stellingname van Ecuador in haar comparitieaantekeningen van 17 november 2015 onder 8, 15 en 59-63. In de relevante grieven XX-XXII wordt ook alleen over deze beide Interim Awards gesproken. Ook de verwijzing in voetnoot 20 van de procesinleiding naar de bij de inleidende dagvaarding als productie 1 overgelegde First Interim Award en als productie 2 overgelegde Second Interim Award wijst in die richting.

¹⁵² Dit volgt ook uit de memorie van grieven van Ecuador onder 356: *Het Scheidsgerecht is manifest tekort geschoten in zijn verplichting de Awards te motiveren. De motivering kan zelfs de marginale toets der kritiek niet doorstaan. De Arbiters hebben daarmee in strijd met hun opdracht en de openbare orde gehandeld.*

¹⁵³ Hetzelfde geldt voor vernietiging op grond van art. 1065 lid 1, aanhef en onder d.

¹⁵⁴ Vgl. de Order on Interim Measures van 14 mei 2010: *(i) () to maintain, as far as possible the status quo and not to exacerbate the procedural and substantive disputes before this Tribunal ()*, de Procedural Order and Further Order on Interim Measures van 28 januari 2011 onder (C) aanhef en onder 1, sub (i), de

Order for Interim Measures van 9 februari 2011, waarin de litigieuze maatregel werd genomen, en de herhaaldelijke verwijzing naar art. 26 UNCITRAL Arbitration Rules. Zie ook rov. 12.7 van het bestreden arrest: *Om de beoordeling van deze aanspraken mogelijk te maken zonder dat deze door onomkeerbare gevolgen worden doorkruist, heeft het Scheidsgerecht de voorlopige maatregelen genomen.*

¹⁵⁵ Vgl. de Order for Interim Measures van 9 februari 2011 onder (A): *() Nonetheless, for the limited purpose of the present decision, the Tribunal provisionally assumes that it has jurisdiction to decide upon the Claimants Second Application for Interim Measures on the ground that the Claimants have established, to the satisfaction of the Tribunal, a sufficient case for the existence of such jurisdiction at this preliminary stage of these arbitration proceedings under the written arbitration agreement invoked by the Claimants against the Respondent under the Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (the BIT), incorporating by reference the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules (the UNCITRAL Rules).*

¹⁵⁶ Vgl. de Procedural Order and Further Order on Interim Measures van 28 januari 2011 op pagina 2: **Noting** *the Claimants further concerns as to immediate attempts thereafter to enforce such judgment by the Lago Agrio plaintiffs (), potentially rendering these arbitration proceedings inefficacious and, if not thereby thwarting the Claimants claims against the Respondent, causing loss to the Claimants not compensatable in damages payable by the Respondent* en onder (C), lid 2 en 3 waarin het Scheidsgerecht verduidelijkt dat hoewel de Lago Agrio-eisers geen partij zijn in de arbitrale procedure en Ecuador geen partij is in de Lago Agrio-procedure, zij wel aansprakelijk kan zijn voor het handelen van haar organen in die procedure.

¹⁵⁷ In de memorie van antwoord onder 441 merken Chevron en TexPet de hier geciteerde overwegingen aan als een aanvullende motivering voor de beslissing in de First Interim Award en Second Interim Award.

¹⁵⁸ De in het [2]-arrest gegeven regel dat slechts kan worden geklaagd over het ontbreken van een motivering of een daarmee op één lijn te stellen gebrekkige motivering, welke regel ook geldt als arbiters een verkeerde norm tot uitgangspunt hebben genomen (zie HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:AZ1593 ([2] / [2]), NJ 2008/4, m.nt. H.J. Snijders en TvA 2007/20, m.nt. H.L.J. Roelvink), is m.i. ook van toepassing wanneer op grond van vernietigingsgrond e wordt geklaagd over de motivering van het oordeel waarom een arbitrale beslissing niet in strijd is met de openbare orde.

¹⁵⁹ Zie G.J. Meijer, in: T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1064a, aant. 5 onder verwijzing naar Hof Amsterdam 12 oktober 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AE0833, NJ 2002/111.

¹⁶⁰ Een in de inleidende dagvaarding opgenomen grond tot vernietiging kan wel nadien van een nadere juridische of feitelijke uitwerking worden voorzien. Zie de al genoemde arresten HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003 ([2] / [2]), NJ 2010/169, TvA 2009/49, m.nt. B.C. Punt en HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443 (/ [2]), NJ 2010/170, m.nt. H.J. Snijders, TvA 2009/50, m.nt. B.C. Punt. Deze mogelijkheid is echter niet onbegrensd. Ik zou menen dat 1064 lid 5 jo 1065 lid 1, aanhef en onder d, Rv (oud), hier de mogelijkheid beperkt om de onder 1065 lid 1, aanhef en onder e bedoelde vernietigingsgrond in de door Ecuador beoogde zin nader uit te werken.

¹⁶¹ Zie de memorie van grieven onder 281.
