

ECLI:NL:HR:2024:1807

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	06-12-2024
Datum publicatie	06-12-2024
Zaaknummer	22/03897
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2024:45 In cassatie op : ECLI:NL:GHDHA:2021:184
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Procesrecht. Internationale arbitrage. Vernietigingsprocedure en herroepingsprocedure, art. 1064 en 1065 Rv. Bilateraal investeringsverdrag Russische Federatie Oekraïne (BIT 1998). Onteigening bezittingen op de Krim, schadevergoeding. Uitleg begrip territory in BIT 1998, Weens Verdragenverdrag. Splitsing arbitrale procedure, vraag of investering is gedaan in accordance with () legislation in zin BIT 1998, bevoegdheid scheidsgerecht, beoordeling in latere fase arbitrale procedure. Stelplicht en bewijslast ten aanzien van bestaan geldige arbitrageovereenkomst. Samenhang met ECLI:NL:HR:2024:1813, ECLI:NL:HR:2024:1812 en ECLI:NL:HR:2024:1810.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 22/03897

Datum 6 december 2024

ARREST

In de zaak van

DE RUSSISCHE FEDERATIE,
zetelend te Moskou, Russische Federatie,
EISERES tot cassatie, verweerster in het incidentele cassatieberoep,
advocaten: [advocaat 1] en [advocaat 2],

tegen

JSC CB PRIVATBANK,
gevestigd te Kiev, Ukraine,
VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het incidentele cassatieberoep,
hierna: Privatbank,
advocaten: [advocaat 3] en [advocaat 4].

1 Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar het arrest in de zaken 200.266.442/01 en 200.266.444/01 van het gerechtshof Den Haag van 19 juli 2022.

De Russische Federatie heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld. Privatbank heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor Privatbank mede door [betrokkene 1], [betrokkene 2] en [betrokkene 3].

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt tot verwerping van zowel het principale als het incidentele cassatieberoep.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1 Privatbank is bij het Permanente Hof van Arbitrage (hierna: het PHA) te Den Haag een arbitrageprocedure begonnen tegen de Russische Federatie op basis van een tussen Oekraïne en de Russische Federatie in 1998 gesloten bilateraal investeringsverdrag (hierna: het BIT 1998). Volgens Privatbank zijn met haar bankactiviteiten samenhangende investeringen die zij deed op de Krim na de incorporatie van de Krim door de Russische Federatie onteigend in strijd met dit verdrag, waardoor zij schade heeft geleden. Het scheidsgerecht heeft een tussenuitspraak en een gedeeltelijke einduitspraak gedaan, waarin het onder meer heeft geoordeeld over zijn bevoegdheid en over de vraag of de Russische Federatie het BIT 1998 heeft geschonden. De Russische Federatie heeft nu de plaats van arbitrage in Nederland is gelegen bij de Nederlandse rechter een vernietigingsprocedure en een herroepingsprocedure aanhangig gemaakt, die gevoegd zijn behandeld. In de vernietigingsprocedure voert de Russische Federatie op meerdere gronden aan dat het BIT 1998 in dit geval toepassing mist en dat het scheidsgerecht daarom ten onrechte bevoegdheid heeft aangenomen. Verder stelt zij dat de arbitrale uitspraken moeten worden vernietigd wegens strijd met de openbare orde. In de herroepingsprocedure voert de Russische Federatie aan dat de arbitrale uitspraken moeten worden herroepen onder meer omdat Privatbank in de arbitrale procedure bedrog zou hebben gepleegd en stukken zou hebben achtergehouden.¹

2.2 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

De gebeurtenissen op de Krim

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

(ii) Op 6 maart 2014 maakte het parlement van de Krim zijn voornemen bekend om aan te sluiten bij de Russische Federatie en agendeerde het een referendum over de onafhankelijkheid. Na een referendum onder de bevolking van de Krim op 16 maart 2014 verklaarde het parlement van de Krim op 17 maart 2014 de Krim onafhankelijk van Oekraïne met als doel om een onafhankelijke soevereine staat te worden en de Russische Federatie te verzoeken om zich bij haar te mogen aansluiten. Op 18 maart 2014 ondertekende de Russische Federatie een verdrag inzake de toelating van de Republiek de Krim tot de Russische Federatie (hierna: het Annexatieverdrag). Op 21-22 maart 2014 keurde het Russische parlement het Annexatieverdrag goed en ratificeerde het dat verdrag. Op 21 maart 2014 nam de Russische Federatie een wet aan waarin de toetreding van de Republiek de Krim en de stad Sebastopol tot de Russische Federatie per 18 maart 2014 werd bevestigd (hierna: de Toelatingwet). De Toelatingwet erkende onder meer de doorlopende geldigheid van onder Oekraïens recht rechtsgeldig verkregen eigendomsrechten per 18 maart 2014.

(iii) De Republiek de Krim wordt niet erkend door Oekraïne en evenmin door de internationale gemeenschap. Feitelijk staat de Krim sinds maart 2014 onder bestuur van de Russische Federatie.

Privatbank

(iv) Privatbank is in 1992 in Oekraïne opgericht naar Oekraïens recht. Vanaf de oprichting tot aan de nationalisatie in 2016 (zie hierna onder (v) en volgende) waren de meerderheid van de aandelen en de zeggenschap in handen van twee personen met (onder meer) de Oekraïense nationaliteit, [twee aandeelhouders]. Privatbank werd op 19 maart 1992 door de Nationale Bank van Oekraïne (hierna: NBU) in de *State Register of Banks* geregistreerd. Het was Privatbank daarmee toegestaan om bankactiviteiten te ontplooiën in Oekraïne. In 1994 breidde Privatbank haar activiteiten uit naar de Krim, waaronder Sebastopol. Vanaf 1996 begon de NBU licenties aan banken uit te geven. Aan Privatbank heeft de NBU toen een volledige banklicentie uitgegeven. Privatbank had filialen op de Krim en beheerde aldaar investeringen als geldautomaten en zelfbedieningsloketten. Privatbank heeft leningen uitgegeven aan bedrijven en particulieren op de Krim.

(v) Op 21 april 2014 nam de Russische Centrale Bank het besluit de activiteiten van Privatbank op de Krim te beëindigen. De Russische Centrale Bank gaf daarvoor als reden het falen van Privatbank "to perform obligations to creditors (depositors)" (Central Bank of the Russian Federation Resolution No. PH-33-1 "On Terminating the Activities of Standalone Business Units of the Public Joint Stock Company PrivatBank Commercial Bank of Dnepropetrovsk, Ukraine on the territory of the Republic of Crimea and the City of Sevastopol, a City of Federal Significance"). Tussen maart 2014 en dit besluit waren al filialen en andere activa van Privatbank op de Krim door de Russische Federatie in beslag genomen. In april 2014 vaardigde de *State Council of the Republic of Crimea* een verordening uit waarin stond dat bepaalde bezittingen van Privatbank op de Krim werden genationaliseerd (*Decree No. 2085-6/14 of the State Council of the Republic of Crimea dated 30 April 2014 and amendments thereto dated 3 september 2014 to 27 February 2015 (CE-88-E)*).

(vi) Op 18 december 2016 heeft de NBU Privatbank in Oekraïne failliet laten verklaren. De reden daarvoor was de slechte kapitaalpositie van Privatbank. Op voorstel van de NBU is Privatbank vervolgens voor 1 Oekraïense grivna verkocht aan de Oekraïense staat. Na de nationalisatie werd een herkapitalisatie van Privatbank uitgevoerd. In totaal vond herkapitalisatie plaats voor een bedrag van meer dan USD 5,5 miljard.

(vii) Voorafgaand aan het faillissement van Privatbank heeft de NBU een onderzoek laten uitvoeren naar onder meer Privatbank door een extern internationaal onderzoeksbureau, Kroll Inc. (hierna: Kroll). Naar aanleiding van dit onderzoek heeft NBU op 16 januari 2018 een persbericht doen uitgaan waarin zij de belangrijkste bevindingen van het onderzoek omschreef. Dit persbericht luidt als volgt: "The results of an independent investigation by the company Kroll have been presented to the National Bank of Ukraine. The investigation has identified that PrivatBank was subjected to a large scale and coordinated fraud over at least a ten year period ending December 2016, which resulted in the Bank suffering a loss of at least USD 5.5 billion. Key findings of the investigation include:

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

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

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

4 Structure and administration of the loansThe shadow bank administered the

related party corporate loan portfolio. It issued new loans, typically used to repay principal and interest on existing related party loans (Recycling Scheme), and was the architect of fund flow mechanisms to disguise the origin and destination of the

loan funds, presenting a façade of an ordinary client-focused bank. The Bank attracted funds from private and commercial depositors from Ukraine and other countries, which facilitated the Loan Recycling Scheme. This long term hiding of such a large exposure to related parties required PrivatBank to make repeated false representations of its financial position. This misrepresentation could only have been achieved through multiple instances of banking fraud and false accounting by the former management of the bank.

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

Het BIT 1998

(viii) Op 27 november 1998 hebben Oekraïne en de Russische Federatie het BIT 1998 (*Agreement between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the encouragement and mutual protection of investments*) gesloten. Dit verdrag, dat op 27 januari 2000 in werking is getreden, voorziet onder meer in bescherming van investeringen (*investments*), gedaan door investeerders van de ene lidstaat op het grondgebied (*territory*) van de andere lidstaat. De authentieke taalversies van het BIT 1998 zijn in het Russisch en het Oekraïens.

(ix) Enkele relevante artikelen uit het BIT 1998 luiden, in de Engelse vertaling, als volgt.

“Article 1 Definitions

For the purposes of this Agreement:

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

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

2. The term “investor of a Contracting Party” means:

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

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

()

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

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

()

Article 12

Application of the Agreement

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

Article 13

Amendments

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

De arbitrale procedure

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

(xi) Privatbank liet bij de *Notice of Arbitration* weten wie zij als arbiter benoemde. Omdat de Russische Federatie geen eigen arbiter benoemde, is overeenkomstig artikel 7 lid 2 onder (b) van de UNCITRAL-regels een tweede arbiter benoemd. Beide arbiters hebben vervolgens een derde arbiter als voorzitter benoemd. De arbiters hebben Den Haag als plaats van arbitrage aangewezen.

(xii) Privatbank stelde zich kort gezegd op het standpunt dat de Russische Federatie haar verplichtingen op grond van de artikelen 2, 3, 5 en 6 van de BIT 1998 heeft geschonden door het nemen van de hiervoor in 2.2 onder (v) genoemde maatregelen (kort gezegd: de nationalisatie en/of onteigening). Volgens Privatbank was sprake van een onwettige onteigening van de investeringen van Privatbank op de Krim en heeft de Russische Federatie daarvoor geen compensatie verstrekt.

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

(xiv) De Russische Federatie is gedurende de arbitrageprocedure op de hoogte gehouden van alle procedurestappen en heeft kopieën ontvangen van alle bij de procedure behorende stukken, verzoeken en brieven met alle bijlagen. Zij heeft tot aan het wijzen van het deelvonnis van 4 februari 2019 niet deelgenomen aan de arbitrageprocedure.

(xv) Het scheidsgerecht heeft de arbitrageprocedure gesplitst met als doel om kwesties betreffende bevoegdheid (*jurisdiction*) en aansprakelijkheid (*liability*) in een preliminaire fase van de procedure te behandelen (*bifurcation*). Op 24 februari 2017 heeft het scheidsgerecht een tussenuitspraak (*Interim Award*) gedaan, die is gecorrigeerd op 27 maart 2017.² Het dictum van deze uitspraak luidt als volgt:

“For the foregoing reasons, the Tribunal finds that:

1. the Russian Federation has assumed obligations under the Treaty in respect of the Claimants and their claimed investments in the Crimean Peninsula as of 21 March 2014;
2. there is a dispute between the Parties arising in connection with what the Claimants allege to constitute “investments” under the Treaty; and
3. the Claimants have satisfied the notice and negotiation requirements under Article 9 of the Treaty.”

(xvi) Het scheidsgerecht heeft hierna de arbitrage verder opgesplitst in een aansprakelijkheidsfase en een fase betreffende de omvang van de schadevergoeding (*quantum phase*). Op 4 februari 2019 heeft het scheidsgerecht een deeluitspraak (*Partial Award*) gedaan.³ Het dictum van deze uitspraak luidt als volgt:

“For the foregoing reasons, the Tribunal finds that:

1. the Tribunal has jurisdiction over PrivatBanks claims under the Treaty;
2. PrivatBanks claims are admissible; and
3. the Russian Federation has breached Article 5 of the Treaty in respect of PrivatBanks investments.

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

(xvii) Bij brief van 21 mei 2019 heeft de Russische Federatie aan het scheidsgerecht te kennen gegeven alsnog deel te zullen nemen aan de arbitrale procedure. Zij heeft bij die brief diverse verzoeken gedaan waarop het scheidsgerecht heeft gerespondeerd in de *Procedural Order no. 7* van 12 september 2019. Het

scheidsgerecht heeft de Russische Federatie in de gelegenheid gesteld om verweer te voeren met betrekking tot (de omvang van) de schadevergoeding, waarbij zij in dat kader ook in de gelegenheid is gesteld om haar *Illegality Objection* nader uit te werken. De relevante passages van de *Procedural Order no. 7* luiden als volgt:

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

2.12 That said, the Tribunal notes that, in support of its argument that "PrivatBank does ... not qualify as an investor within the meaning of Article 1(1) of the [Treaty] who has made investments within the meaning of Article 1(2) of the [Treaty] because PrivatBank obtained its investments through corruption, fraud and violence, among other things" (the "Illegality Objection"), the Respondent has put forward in its Set Aside and Revocation Writs a set of arguments and factual evidence that was neither put before the Tribunal by the Claimant, nor addressed by the Tribunal in its Awards. Although the Respondent could have raised this issue at an earlier stage of these proceedings, the Tribunal considers that, in view of the substantial new evidence now adduced by the Respondent, as well as the serious nature of its allegations, it would be appropriate to allow the Respondent to make submissions on its Illegality Objection, should it wish to do so. In order to minimize any delay resulting from such submissions and given that the Respondents arguments and evidence in respect of the Illegality Objection will likely also be relevant to the damages issues in these proceedings, the Tribunal considers that any such submissions should be made in the Respondents submissions on compensation (as to which, see paragraph 2.24 below).

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

2.3 In deze procedure heeft de Russische Federatie gevorderd de arbitrale vonnissen van 24 februari 2017, zoals gecorrigeerd op 27 maart 2017, en van 4 februari 2019 te vernietigen. Daarnaast heeft zij in de herroepingsprocedure verzocht om de arbitrale vonnissen (van 24 februari 2017, 27 maart 2017 en 4 februari 2019) te herroepen en te vernietigen.

2.4 Het hof heeft de vorderingen van de Russische Federatie afgewezen.⁴ Daartoe heeft het, samengevat en voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

Tussenarrest:

De inzagevorderingen van de Russische Federatie in de onderhavige procedure overlappen met de inzagevordering van de Russische Federatie in de arbitrale procedure. De Russische Federatie zal in de *disclosure phase* van de arbitrale procedure opnieuw stukken bij Privatbank kunnen opvragen. Vanwege deze overlap en het feit dat in de *quantum phase* van de arbitrale procedure ook de rechtmatigheid van de investeringen ter discussie staat, heeft de Russische Federatie in dit stadium niet voldoende belang bij haar inzagevordering in deze procedure. (rov. 4.8)

In beide zaken steunen de vorderingen van de Russische Federatie op gestelde corruptie, fraude en geweld bij de verkrijging van de investeringen van Privatbank in de Krim. Privatbank heeft gesteld dat zelfs als de verwijten van corruptie, fraude en geweld van de Russische Federatie ten aanzien van bepaalde investeringen gegrond zouden zijn, de onteigening door de Russische Federatie in ieder geval ook rechtmatige investeringen van Privatbank in de Krim heeft getroffen. De Russische Federatie heeft deze stelling niet of althans niet voldoende gemotiveerd betwist. De Russische Federatie heeft

onvoldoende duidelijk gemaakt dat zij met de stukken waarvan zij in dit incident afschriften vordert, ten aanzien van alle investeringen van Privatbank in de Krim zou kunnen aantonen dat zij door corruptie, fraude of geweld zijn verkregen. (rov. 4.9)

In deze omstandigheden heeft de Russische Federatie in dit stadium onvoldoende belang bij haar inzagevorderingen. Een vaststelling dat een deel van de investeringen van Privatbank in de Krim door corruptie, fraude of geweld is verkregen of dat Privatbank informatie dienaangaande in de arbitrale procedure heeft achtergehouden, kan immers niet leiden tot herroeping of vernietiging van het arbitrale tussenvonniss of het gedeeltelijk eindvonniss. Het tussenvonniss steunt niet op een oordeel ten aanzien van de rechtmatigheid van de investeringen, zodat het niet zou kunnen worden aangetast als zou worden vastgesteld dat een deel van die investeringen onrechtmatig is, of Privatbank in de arbitrale procedure informatie heeft achtergehouden waaruit de onrechtmatigheid van een deel van die investeringen blijkt. In het gedeeltelijk eindvonniss heeft het scheidsgerecht wel een algemeen oordeel gegeven over de rechtmatigheid van de investeringen, maar dat oordeel berust op een analyse van de wetgeving van de Russische Federatie waarbij de Russische Federatie de Krim heeft geïncorporeerd. Het gedeeltelijk eindvonniss gaat niet in op (de rechtmatigheid van) specifieke investeringen, kennelijk omdat de Russische Federatie die rechtmatigheid in dat stadium van de arbitrale procedure niet heeft aangevochten. Een vaststelling dat specifieke investeringen van Privatbank in de Krim niet gekwalificeerd kunnen worden als investeringen in de zin van het Verdrag omdat zij onrechtmatig zijn verkregen, zou dus evenmin kunnen leiden tot vernietiging van het gedeeltelijk eindvonniss wegens algehele onbevoegdheid van het scheidsgerecht. Er kan immers van uit gegaan worden dat er ook investeringen van Privatbank in de Krim zijn die wel rechtmatig zijn verkregen, en ten aanzien van die investeringen kan niet worden gezegd dat het scheidsgerecht onbevoegd is. De vraag of het scheidsgerecht ten aanzien van specifieke investeringen van Privatbank in de Krim onbevoegd is omdat deze investeringen onrechtmatig zijn verkregen, kan pas worden beantwoord nadat ook de *quantum phase* is afgerond, waarin het scheidsgerecht zal oordelen over de (on)rechtmatigheid van specifieke investeringen naar aanleiding van de stellingen van de Russische Federatie. Pas met het oog op een vordering tot herroeping of vernietiging van dat eindoordeel van het scheidsgerecht zou de Russische Federatie een belang kunnen hebben bij inzage in stukken waarmee zij de onrechtmatigheid van specifieke investeringen zou kunnen aantonen. (rov. 4.10)

Eindarrest:

Met haar brieven van 16 juni en 1 juli 2015 (zie hiervoor 2.2 onder (xiii)) is de Russische Federatie niet in de arbitrale procedure verschenen. Zij heeft dus niet het recht verwerkt om bepaalde bevoegdheidsgronden in de vernietigingsprocedure naar voren te brengen. (rov. 5.4.6-5.4.7)

Het standpunt van de Russische Federatie dat het, om de toepasselijkheid van het BIT 1998 te beoordelen, nodig is om een oordeel te geven over de soevereiniteitsstatus van de Krim, wordt verworpen. (rov. 5.5.5 e.v.)

Het standpunt van de Russische Federatie dat het BIT 1998 geen gelding heeft op de Krim wegens gebrek aan reciprociteit wordt afgewezen. (rov. 5.6.5)

Met het begrip *territory* in art. 1 lid 4 BIT 1998 wordt niet uitsluitend gedoeld op *sovereign territory*. (rov. 5.7.9 e.v.)

De investeringen van Privatbank moeten als *investments* in de zin van art. 1 lid 1 BIT 1998 worden beschouwd. Daaraan staat niet in de weg dat zij niet van meet af aan op het grondgebied van de Russische Federatie zijn gedaan. (rov. 5.8.9 e.v.)

De investeringen van Privatbank voldoen aan de legaliteitseis van art. 1 lid 1 van het BIT 1998, die inhoudt dat een *investment* moet zijn gedaan *in accordance with its legislation*, dat wil zeggen de wetgeving van de gaststaat. (rov. 5.10.11 e.v.)

Als de investering illegaal is, is er geen sprake van een investering, zodat het scheidsgerecht niet bevoegd is om van de vorderingen kennis te nemen. Om de bescherming van het BIT 1998 te verliezen, moet het dan wel gaan om onwettigheid die het doen van de investering zelf aantast en niet alleen om illegaal handelen bij de uitvoering van de investering. (rov. 5.10.11)

De Russische Federatie heeft gewezen op volgens haar tot de zogenoemde Privat Group behorende entiteiten waarbij sprake zou zijn geweest van onregelmatige privatisering of *corporate raiding* en het gebruik van corrupte rechters. Het verband tussen deze entiteiten en (de oprichting van) Privatbank is echter onvoldoende toegelicht. Dit leidt tot de conclusie dat de stelling dat Privatbank onderdeel uitmaakt van de zogenoemde Privat Group niet tot het oordeel leidt dat de investering niet voldoet aan het legaliteitsvereiste. (rov. 5.10.14)

Het hof gaat in ieder geval veronderstellenderwijs uit van het bestaan van fraude binnen Privatbank, erin bestaande, kort samengevat, dat structureel zakelijke leningen werden verstrekt aan *offshore* entiteiten verbonden aan de voormalige bestuurders, welke leningen niet waren gesecuriseerd met zekerheden en vervolgens niet werden afgelost. (rov. 5.10.15-5.10.16)

Deze fraude leidt echter om twee redenen niet tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht. Bij gebreke van concrete stellingen waaruit het tegendeel blijkt, gaat het hof ervan uit dat Privatbank zowel op het moment van de aanvang van de bankactiviteiten als op het (latere) moment van het verkrijgen van de banklicentie voldeed aan de vereisten die voor het verrichten van bancaire activiteiten en het verkrijgen van een zodanige licentie gesteld werden. Niet is gesteld dat de oprichting van de bank of het verkrijgen van de banklicentie met onregelmatigheden (zoals omkoping of vervalsing van licenties) gepaard is gegaan. De afgegeven licentie heeft tot de onteigening haar gelding behouden. De activiteiten van Privatbank (het aantrekken van gelden en het verstrekken van leningen) zijn verder naar hun aard niet illegaal. De slotsom is dat geen sprake is van onwettigheden bij het doen van de investering. (rov. 5.10.17-5.10.19)

Ook als zou moeten worden aangenomen dat fraude bij de uitoefening van de onderneming een beroep op de *illegality clause* kan rechtvaardigen, kan niet worden aangenomen dat elke vorm van fraude binnen een onderneming de investering als geheel aantast. In dit geval besmet de geconstateerde fraude niet de investering als geheel. Bij een onderneming van een omvang als die van Privatbank kan niet snel worden aangenomen dat onregelmatigheden ten aanzien van een bepaalde categorie van leningen (gepleegd bij de uitoefening van activiteiten van de onderneming) die gehele onderneming op grond van het legaliteitsvereiste aan bescherming onder het BIT 1998 onttrekken. Daarvoor is te minder aanleiding nu *Procedural Order no. 7* duidelijk maakt dat het scheidsgerecht in de *quantum phase* de illegaliteitsargumenten van de Russische Federatie op het niveau van de schadevergoeding uitputtend zal behandelen. Het hof onderschrijft ook niet de stelling van de Russische Federatie dat het scheidsgerecht al heeft aangenomen dat de investering als één geheel heeft te gelden; het scheidsgerecht heeft de Russische Federatie immers uitdrukkelijk toegestaan om in haar *submission on quantum* uitgebreid in te gaan op de gestelde illegaliteiten per (categorie van) investering(en). (rov. 5.10.20-5.10.25)

Drie argumenten voor de stelling van de Russische Federatie dat de arbitrale vonnissen in strijd zijn met de openbare orde, worden afgewezen. (rov. 5.12-5.14)

Het beroep op herroeping wegens het achterhouden van stukken faalt. (rov. 6)

3 Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1.1 Een deel van de klachten in het principale beroep houdt in dat het hof heeft miskend dat het BIT 1998 om meerdere redenen niet van toepassing is op de verhouding tussen partijen en dat het scheidsgerecht daarom onbevoegd was van de vorderingen kennis te nemen. Bij de beoordeling van de klachten dient het volgende tot uitgangspunt.

3.1.2 Ingevolge art. 1020 lid 1 Rv kunnen partijen bij overeenkomst geschillen die tussen hen uit een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan dan wel zouden kunnen ontstaan, aan arbitrage onderwerpen. Het aldus benoemde scheidsgerecht is gerechtigd te oordelen over zijn bevoegdheid (art. 1052 lid 1 Rv), maar het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter brengt mee dat de beantwoording van de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst is gesloten, uiteindelijk aan de rechter is opgedragen.⁵ Het fundamentele karakter van dit recht brengt verder mee dat een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis wegens het ontbreken van een overeenkomst tot arbitrage

(art. 1065 lid 1, onder a, Rv) door de rechter niet terughoudend wordt getoetst.

3.1.3 In dit geval heeft het scheidsgerecht zijn bevoegdheid ontleend aan het BIT 1998. Nederland is geen partij bij het BIT 1998 en is daaraan ook niet anderszins gebonden. Dat betekent dat het BIT 1998 wordt beschouwd als recht van een vreemde staat in de zin van art. 79 lid 1, onder b, RO, zodat oordelen van het hof omtrent de inhoud en uitleg van het BIT 1998 in cassatie niet op juistheid kunnen worden onderzocht.⁶ Motiveringsklachten over de door het hof aan het BIT 1998 gegeven uitleg kunnen slechts worden beoordeeld voor zover dit mogelijk is zonder daarbij de juistheid van de oordelen van het hof omtrent de inhoud en uitleg van het BIT 1998 te betrekken. Klachten over de uitleg en toepassing van het Weens Verdragenverdrag (hierna: WVV)⁷ kan de Hoge Raad wel volledig beoordelen..

3.2.1 Onderdeel 1.1 van het middel is gericht tegen rov. 5.7.9-5.7.26 van het bestreden arrest, specifiek tegen rov. 5.7.9-5.7.11 en 5.7.12. Daarin heeft het hof geoordeeld dat de Krim deel uitmaakt van het grondgebied (*territory*) van de Russische Federatie als bedoeld in art. 1 lid 4 BIT 1998, nu dat begrip niet beperkt is tot het soevereine grondgebied van de betrokken staten, maar zich ook uitstrekt tot grondgebied waarover een staat rechtsmacht en effectieve controle uitoefent. Het onderdeel klaagt dat het hof hiermee toepassing heeft gegeven aan het BIT 1998 in een situatie die de verdragspartijen ten tijde van het sluiten van het verdrag niet voorzagen en daarmee de art. 31, 39 en 63 WVV heeft miskend.

3.2.2 In de bestreden overwegingen heeft het hof beoordeeld of het begrip *territory* uit art. 1 lid 4 BIT 1998 enkel verwijst naar *sovereign territory*. Daarbij heeft het hof terecht tot uitgangspunt genomen dat een verdrag op grond van art. 31 WVV te goeder trouw moet worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag (rov. 5.7.9). Vervolgens heeft het hof onder meer overwogen dat uit de bewoordingen van het BIT 1998 niet blijkt dat partijen de bedoeling hadden de werking van het verdrag te beperken tot het soevereine grondgebied (rov. 5.7.10-5.7.11) en dat dit ook niet blijkt uit de tot het verdrag behorende *travaux préparatoires* (rov. 5.7.19). Een dergelijke uitleg zou volgens het hof ook niet passen bij de bedoeling van verdragspartijen, die was en is om investeringen over en weer op hun grondgebieden aan te moedigen en te beschermen (rov. 5.7.20-5.7.23). Het hof is tot de slotsom gekomen dat er geen reden is om aan te nemen dat de Krim niet valt onder de *territory* van de Russische Federatie als bedoeld in het verdrag, en dat daaraan niet afdoet dat partijen de huidige feitelijke situatie destijds niet hebben voorzien, nu het erop aankomt wat past bij de bedoelingen van partijen ten aanzien van de werking van het verdrag op het moment van het sluiten daarvan (rov. 5.7.25). Hiermee heeft het hof kenbaar toepassing gegeven aan de in art. 31 WVV neergelegde regel van verdragsuitleg en ook overigens geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van die bepaling of enige andere bepaling uit dat verdrag, of een onbegrijpelijk oordeel gegeven. De klacht faalt daarom.

3.3.1 De onderdelen 3-7 zijn gericht tegen het oordeel van het hof over de vraag of is voldaan aan het vereiste van art. 1 lid 1 BIT 1998 dat de investeringen zijn gedaan op het grondgebied van een verdragsstaat "*in accordance with its legislation*" (zie hiervoor in 2.4).

3.3.2 Een verweer dat ertoe strekt dat in strijd met de wet is gehandeld bij het doen van een investering, kan tot de conclusie leiden dat niet is voldaan aan het toepassingsvereiste van art. 1 lid 1 BIT 1998 dat de investeringen zijn gedaan op het grondgebied van een verdragsstaat "*in accordance with its legislation*". Het kan daarmee raken aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Mogelijk is echter ook dat gegrondbevinding van een dergelijk illegaliteitsverweer de toepasselijkheid van het BIT 1998 en daarmee de bevoegdheid van het scheidsgerecht onverlet laat, maar in de weg staat aan (volledige) toewijsbaarheid van de vorderingen tot schadevergoeding. In hoeverre illegaliteit van de investering leidt tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht hangt onder meer af van de uitleg van het BIT 1998, en van de aard en omvang van het illegale handelen.

In deze zaak heeft het scheidsgerecht de procedure gesplitst in een fase betreffende bevoegdheid en ontvankelijkheid, een aansprakelijkheidsfase en een fase betreffende de omvang van de schadevergoeding (*quantum phase*) (zie hiervoor in 2.2 onder (xv) en (xvi)). Er is geen regel die meebrengt dat een illegaliteitsverweer als hier bedoeld, ook als het raakt aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht, steeds ten volle beoordeeld moet worden in de bevoegdheidsfase en niet (deels) in de *quantum phase* kan worden behandeld. Voor dat laatste kan in het bijzonder aanleiding zijn als de betrokken investering deel uitmaakt van een groter geheel. Voor zover het scheidsgerecht beslissingen ten aanzien van de legaliteit van de investeringen die mogelijk gevolgen hebben voor de bevoegdheid van het scheidsgerecht heeft doorgeschoven naar de *quantum phase*, en het zich in de *quantum phase* vervolgens bevoegd acht om over een bepaalde investering te oordelen, staat tegen die beslissing te zijner tijd, indien overigens aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, een vernietigingsprocedure op de voet van art. 1065 lid 1, onder a, Rv open, waarin de betrokken beslissing volledig kan worden getoetst (zie hiervoor in 3.1.2, slot). Anders dan onderdeel 3 aanvoert, kon het hof in deze procedure dus afzien van het beoordelen van illegaliteitsargumenten op de grond dat deze nog in de *quantum phase* aan de orde zullen komen.

3.3.3 Onderdeel 6 is gericht tegen rov 5.10.11-5.10.25. Het klaagt onder meer dat het oordeel van het hof dat niet kan worden geoordeeld dat de investering niet voldoet aan het legaliteitsvereiste en dat de geconstateerde fraude niet de investering als geheel besmet, onjuist, althans onbegrijpelijk is omdat het hof heeft geweigerd te oordelen over de rechtmatigheid van de deelinvesteringen.

Onderdeel 7 bevat de klacht dat zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet valt in te zien waarom de oprichting of de verkrijging van de banklicentie in Oekraïne iets zeggen over het moment van het doen van andere investeringen op de Krim.

Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.3.4 De klachten missen feitelijke grondslag voor zover zij ervan uitgaan dat het hof heeft geoordeeld dat, omdat de oprichting van Privatbank en de verkrijging van de banklicentie niet onrechtmatig zijn geweest, ten aanzien van de latere deelinvesteringen evenmin sprake is van illegaliteit. Met zijn oordelen (in rov. 5.10.18-5.10.19) dat de fraude binnen Privatbank niet kan worden gekwalificeerd als een onwettigheid die het doen van de investering zelf aantast en dat geen sprake is van onwettigheden bij het doen van de investering, heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat die fraude niet meebrengt dat de gehele investering van de aanvang af illegaal was en er dus in het geheel geen taak voor het scheidsgerecht was weggelegd. Uit de rov. 5.10.20-5.10.25 volgt dat het hof de arbitrale uitspraak aldus heeft uitgelegd dat het scheidsgerecht de vraag of de verschillende, latere deelinvesteringen al dan niet illegaal zijn verkregen, per specifieke (deel)investering nog zal beoordelen in de *quantum phase* en dat het bevoegdheidsoordeel van het scheidsgerecht in zoverre slechts een generiek karakter heeft. Zoals hiervoor in 3.3.2 is overwogen, stond dit het scheidsgerecht vrij, en behoefde het hof bij die stand van zaken in de onderhavige vernietigingsprocedure geen oordeel te geven over de legaliteit van de verschillende deelinvesteringen. De klachten kunnen dus niet tot cassatie leiden.

3.3.5 Onderdeel 5 klaagt onder meer dat het hof bij zijn oordeel over de vraag of is voldaan aan het vereiste dat de investeringen zijn gedaan op het grondgebied van een verdragsstaat "*in accordance with its legislation*" heeft miskend dat de stelplicht ten aanzien van het bestaan van een geldige arbitrageovereenkomst rust op de eiser in de arbitrage. Privatbank moet stellen en bewijzen dat bij haar vorderingen is voldaan aan de vereisten uit het BIT 1998; het hof kon en mocht daarom niet veronderstellen dat sprake was van legale investeringen, aldus het onderdeel.

3.3.6 De klacht neemt terecht tot uitgangspunt dat de stelplicht en bewijslast ter zake van het bestaan van een geldige overeenkomst tot arbitrage rusten op de partij die zich daarop beroept.⁸ Dat geldt ook in een vernietigingsprocedure bij de overheidsrechter waarin de andere partij het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage als vernietigingsgrond aanvoert. Het hof heeft dit echter niet miskend. De desbetreffende overwegingen van het hof (rov. 5.10.11 e.v., zie hiervoor in 2.4) moeten aldus worden begrepen dat de Russische Federatie haar betwisting van de stelling dat voldaan is aan

het legaliteitsvereiste, op verschillende punten onvoldoende heeft gemotiveerd. De klacht kan dus bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

3.3.7 Het onderdeel klaagt voorts onder meer dat het hof heeft miskend dat Privatbank de legaliteit van haar afzonderlijke investeringen had moeten aantonen. Deze klacht ziet eraan voorbij dat het hof heeft geoordeeld dat het scheidsgerecht in de *quantum phase* de illegaliteitsargumenten van de Russische Federatie uitputtend zal behandelen. De klacht treft dus geen doel.

3.4 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

3.5 Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

- verwerpt het principale beroep;
- veroordeelt de Russische Federatie in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Privatbank begroot op 14.229,-- aan verschotten en 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien de Russische Federatie deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Dit arrest is gewezen door de raadsheren T.H. Tanja-van den Broek, als voorzitter, C.E. du Perron, H.M. Wattendorff, S.J. Schaafsma en K. Teuben, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer A.E.B. ter Heide op 6 december 2024.

¹ Deze zaak hangt samen met de zaken 22/03895, 22/03901 en 22/03902, waarin vandaag eveneens uitspraak is gedaan.

² PCA Case No. 2015-21, JSC CB Privatbank v. The Russian Federation, Interim Award (corrected), 27 maart 2017.

³ PCA Case No. 2015-21, JSC CB Privatbank v. The Russian Federation, Partial Award, 4 februari 2019.

⁴ Tussenarrest: gerechtshof Den Haag 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:184. Eindarrest: gerechtshof Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1294.

⁵ HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, rov. 4.2.

⁶ HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, rov. 4.4.3.

⁷ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, Wenen, 23 mei 1969, Trb. 1972, 51 en 1985, 79.

⁸ Vgl. HR 21 februari 1913, ECLI:NL:HR:1913:36.
