

ECLI:NL:GHDHA:2022:1297

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	19-07-2022
Datum publicatie	19-07-2022
Zaaknummer	200.252.396/01
Rechtsgebieden	Burgerlijk procesrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Vernietigings- en herroepingsprocedure. Arbitrale uitspraken gedaan naar aanleiding van gebeurtenissen op de Krim in 2014 op grond van een bilateraal investeringsverdrag gesloten tussen Oekraïne en de Russische Federatie.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer hof : 200.252.396/01

Zaaknummer arbitrage : PCA Case No. 2015-36

Arrest van 19 juli 2022

in de zaak van

de Russische Federatie

zetelende te Moskou, Russische Federatie,

eiseres,

hierna: de Russische Federatie,

advocaat: voorheen mr. R.R. Verkerk te Rotterdam, thans zonder advocaat,

tegen

1 Everest Estate LLC,

gevestigd te Kiev, Oekraïne,

2. **Edelveis-2000 PE,**

gevestigd te Kiev, Oekraïne,

3. **Fortuna CJSC,**

gevestigd te Dnipro, Oekraïne,

4. **UBK-Invest CJSC,**

gevestigd te Dnipro, Oekraïne,

5. **Niva-Tour LLC,**

gevestigd te Kiev, Oekraïne,

6. **Imme LLC,**

gevestigd te Kiev, Oekraïne,

7. **Planeta PE,**

gevestigd te Dnipro, Oekraïne,

8. **Krim Development LLC,**

gevestigd te Dnipro, Oekraïne,

9. **Aerobud PJSC,**

gevestigd te Kiev, Oekraïne,

10. **Privatoffice LLC,**

gevestigd te Dnipro, Oekraïne,

11. **Dayris LLC,**

gevestigd te Dnipro, Oekraïne,

12. **Diline Ltd LLC,**

gevestigd te Oliva, Yalta, Krim,

13. **Broadcasting Company Zhisa LLC,**

gevestigd te Kiev, Oekraïne,

14. **Privatland LLC,**

gevestigd te Dnipro, Oekraïne,

15. **Dan-Panorama LLC,**

gevestigd te Dnipro, Oekraïne,

16. **Sanatorium Energetic LLC,**

gevestigd te Dnipro, Oekraïne,

17. **AMC Finansovyy Kapital LLC,**

gevestigd te Dnipro, Oekraïne,

18. **AMC Financial Vector LLC,**

gevestigd te Dnipro, Oekraïne,

19. **[gedaagde 19],**

wonende te [woonplaats] ,

gedaagden,

hierna samen: Everest c.s.,

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

1 Het verloop van de procedure

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van de Russische Federatie van 29 augustus 2018 met producties;
- de conclusie van antwoord van Everest c.s. van 26 maart 2019 met producties;
- de conclusie van repliek van de Russische Federatie van 16 juli 2019, tevens incidentele vordering tot inzage met producties;
- de conclusie van antwoord in het incident van Everest c.s. van 30 juli 2019 met producties;
- de conclusie van dupliek van Everest c.s. van 22 oktober 2019 met producties;
- de pleitzitting in het incident op grond van de artikelen 21, 22 en 843a Rv van 7 november 2019 (hierna: het incident) en de daarbij overgelegde pleitnota's en producties;
- de akte van Everest c.s. van 12 november 2019 met producties;
- de antwoordakte van de Russische Federatie van 26 november 2019 met producties;
- het arrest in het incident van 28 januari 2020;
- de akte in het incident van Everest c.s. van 10 maart 2020;
- de antwoordakte in het incident van de Russische Federatie van 7 april 2020;
- het aanvullend arrest in het incident van 7 juli 2020;
- de aktes overlegging producties van de Russische Federatie van 19 februari 2021, 10 maart 2021 en 15 maart 2021 ten behoeve van de pleitzitting van 29 maart 2021;
- de akte overlegging aanvullende producties van Everest c.s. ten behoeve van de pleitzitting van 29 maart 2021;
- de pleitzitting van 29 maart 2021 en de daarbij overgelegde pleitnotities, met inbegrip van een overzicht van vastgoedobjecten en een PowerPoint presentatie van de Russische Federatie, en het van die pleitzitting opgemaakte proces-verbaal;
- de brief van Everest c.s. van 18 juni 2021 naar aanleiding van het proces-verbaal;
- de akte uitlating met betrekking tot de Oschadbank-uitspraak van de Cour d'Appel de Paris van de Russische Federatie van 13 april 2021, met productie;
- de akte uitlating met betrekking tot de Oschadbank-uitspraak van de Cour d'Appel de Paris van Everest c.s. van 13 april 2021, met productie.

2 Korte aanduiding van de zaak

2.1 Everest c.s. hebben een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen de Russische Federatie op grond van een bilateraal investeringsverdrag gesloten in 1998 tussen de Russische Federatie en Oekraïne. Volgens Everest c.s. zijn investeringen van Everest c.s. op de Krim in strijd met dit verdrag onteigend door de Russische Federatie. Everest c.s. hebben vergoeding gevorderd van de schade die zij als gevolg van deze onteigening hebben geleden. Het scheidsgerecht heeft eerst een tussenvonnissen gewezen waarin het heeft geoordeeld dat het bevoegd is om over de vorderingen van Everest c.s. te oordelen. Vervolgens heeft het scheidsgerecht een eindvonnissen gewezen waarin het de vorderingen van Everest c.s. grotendeels heeft toegewezen en de Russische Federatie heeft veroordeeld om schadevergoeding aan Everest c.s. te betalen van in totaal ca. USD 129 miljoen, vermeerderd met rente en kosten.

2.2 In deze procedure vordert de Russische Federatie vernietiging van de arbitrale vonnissen. Zij voert op meerdere gronden aan dat het bilaterale investeringsverdrag in dit geval toepassing mist

en dat het scheidsgerecht daarom ten onrechte bevoegdheid heeft aangenomen. Verder stelt zij dat de arbitrale vonnissen moeten worden vernietigd wegens strijd met de openbare orde. Ook vordert zij herroeping van de arbitrale vonnissen wegens bedrog en het achterhouden van stukken door Everest c.s.

3 Enige feiten

De gebeurtenissen op de Krim

- 3.1 De achtergrond van de arbitragezaak is gelegen in de gebeurtenissen op de Krim in 2014. De Krim was tot (in ieder geval) 6 maart 2014 onderdeel van Oekraïne.
- 3.2 Op 6 maart 2014 stemde de *Supreme Council* van de Krim voor aansluiting bij de Russische Federatie als een federaal onderdeel en voor het agenderen van een referendum daarover op 16 maart 2014. Op 16 maart 2014 hielden de autoriteiten op de Krim een referendum waarin het volk van de Krim werd gevraagd of zij aansluiting wensten bij de Russische Federatie als federaal onderdeel. Volgens de organisatoren van het referendum stemde ongeveer 96% van de deelnemers voor aansluiting. Op 17 maart 2014 verklaarden zowel de *Supreme Council* van de Krim als de gemeenteraad van Sevastopol zich onafhankelijk van Oekraïne met als doel om onafhankelijke soevereine staten te worden en de Russische Federatie te verzoeken om zich bij haar te mogen aansluiten. Op 18 maart 2014 ondertekenden de nieuwe autoriteiten van de Republiek de Krim en de stadstaat Sevastopol enerzijds en de Russische Federatie anderzijds de "*Treaty between the Russian Federation and the Republic of Crimea on the Acceptance of the Republic of Crimea into the Russian Federation and the Formation of New Constituent Parts within the Russian Federation*". Op 19 maart 2014 erkende het Grondwettelijk Hof van de Russische Federatie dat het hiervoor genoemde verdrag in overeenstemming is met de grondwet van de Russische Federatie. Op 21 maart 2014 nam het parlement van de Russische Federatie een wet aan waarmee het hiervoor genoemde verdrag werd geratificeerd (de *Crimean Incorporation Law*). De *Crimean Incorporation Law* erkende onder meer de voortdurende geldigheid van de rechten met betrekking tot onder Oekraïens recht rechtsgeldig verkregen onroerend goed per 18 maart 2014.
- 3.3 Als gevolg van deze gebeurtenissen staat de Krim sinds maart 2014 feitelijk onder bestuur van de Russische Federatie. Oekraïne heeft niet erkend dat de Krim onderdeel is gaan uitmaken van de Russische Federatie. Ook internationaal is daartegen verzet gerezen. Op 27 maart 2014 heeft de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties resolutie 68/262 ten aanzien van de territoriale integriteit van Oekraïne aangenomen, waarin zij verzoekt "*all States, international organizations and specialized agencies not to recognize any alteration of the status of the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol*".

Everest c.s.

- 3.4 Everest c.s. zijn rechtspersonen naar Oekraïens recht, met uitzondering van gedaagde sub 19 (hierna: [gedaagde 19]), die een natuurlijk persoon met de Oekraïense nationaliteit is. Everest c.s. hadden bezittingen op de Krim. Op 30 april 2014 heeft de *State Council* van de Republiek de Krim een besluit genomen waarin werd verklaard dat "*all state property (of the state of Ukraine) and all abandoned property located in the Republic of Crimea shall be considered the property of the Republic of Crimea*" (het *Nationalisatiebesluit*). Op 3 september 2014 is het Nationalisatiebesluit gewijzigd en is de zinsnede "*as well as the property listed in the [Annex] to this decree*" toegevoegd na de zinsnede "*in the Republic of Crimea*". Deze bijlage bij het Nationalisatiebesluit is vervolgens een aantal malen uitgebreid zodat het besluit uiteindelijk ook de bezittingen van Everest c.s. op de Krim omvatte.

Het bilaterale investeringsverdrag

3.5 Op 27 november 1998 hebben Oekraïne en de Russische Federatie een bilateraal investeringsverdrag gesloten, de "*Agreement between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the encouragement and mutual protection of investments*" (hierna: de BIT 1998). Dit verdrag voorziet onder meer in bescherming van investeringen (*investments*) gedaan door investeerders van de ene verdragsstaat op het grondgebied (*territory*) van de andere verdragsstaat. De authentieke taalversies van de BIT 1998 zijn het Russisch en het Oekraïens.

3.6 Enkele relevante artikelen uit dit verdrag luiden, in de Engelse vertaling, als volgt:

Artikel 1 (*Definitions*):

"For the purposes of this Agreement:

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

(a) (...)

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

2. The term "investor of a Contracting Party" means:

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

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

(...)

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

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

Artikel 2 (*Encouragement and Protection of Investments*)

"1. Each Contracting Party will encourage the investors of the other Contracting party to make investments in its territory and admit such investments in accordance with its legislation.

2. Each Contracting Party guarantees, in accordance with its legislation, the full and unconditional legal protection of investments by investors of the other Contracting Party."

Artikel 3 (*National Treatment and Most Favored Nation Treatment*)

"1. Each Contracting Party shall ensure in its territory for the investments made by investors of the other Contracting Party, and activities in connection with such investments, treatment no less favorable than that which it accords to its own investors or to investors of any third state, which precludes the use of measures discriminatory in nature that could interfere with the management and disposal of the investments.

(...)"

Artikel 5 (*Expropriation*)

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

2. The amount of such compensation shall correspond to the market value of the expropriated investments immediately before the date of expropriation or before the fact of expropriation became officially known, while compensation shall be paid without delay, including interest accruable from the date of expropriation until the date of payment, at the interest of three-month deposits in US dollars on the London Interbank Market (LIBOR) plus 1%, and shall be effectively disposable and freely transferable."

Artikel 12 (*Application of the Agreement*):

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

Artikel 13 (*Amendments*):

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

De arbitrale procedure

- 3.7 Everest c.s. hebben op 19 juni 2015 de arbitrale procedure aanhangig gemaakt door een *Notice of Arbitration* uit te brengen aan de Russische Federatie, met de mededeling dat zij prof. [arbiter 1] als arbiter hadden benoemd. Omdat de Russische Federatie geen eigen arbiter benoemde, hebben Everest c.s. bij brief van 21 juli 2015 de secretaris-generaal van het Permanente Hof van Arbitrage (het PHA) verzocht een tweede arbiter te benoemen. Daarop is prof. dr. [arbiter 2] als arbiter benoemd. Beide arbiters hebben vervolgens dr. [arbiter 3] Sureda als voorzitter aangezocht. Het scheidsgerecht heeft Den Haag aangewezen als plaats van arbitrage.
- 3.8 Everest c.s. stelden zich op het standpunt dat de autoriteiten van de Republiek de Krim organen zijn van de Russische Federatie en dat de maatregelen die zij hebben genomen met betrekking tot de bezittingen van Everest c.s. aan de Russische Federatie kunnen worden toegerekend. Volgens Everest c.s. heeft de Russische Federatie met het Nationalisatiebesluit hun bezittingen op de Krim onteigend, en was deze onteigening onrechtmatig, omdat zij niet voldeed aan de vereisten van artikel 5 BIT 1998. Aldus heeft de Russische Federatie gehandeld in strijd met de artikelen 2, 3 en 5 BIT 1998. Everest c.s. vorderden compensatie van in totaal circa USD 232 miljoen, te vermeerderen met rente en kosten.
- 3.9 De Russische Federatie heeft het PHA bij brief van 16 juni 2015 van [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] (hierna: [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie]) van het ministerie van Justitie van de Russische Federatie en begeleidende brief van 15 september 2015 van de heer [zaakgelastigde] , zaakgelastigde a.i. van de ambassade van de Russische Federatie in Nederland, medegedeeld dat zij elk scheidsgerecht, hoe ook samengesteld, onbevoegd acht om over de tegen haar ingestelde vorderingen te beslissen.
- 3.10 De begeleidende brief van de zaakgelastigde a.i. luidt voor zover relevant als volgt:

"Herewith a letter from Mr. [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] , Deputy

Director of the Department of International Law and Cooperation, Ministry of Justice of the Russian Federation, is conveyed to the Permanent Court of Arbitration.

Nothing in the attached letter of the Ministry of Justice of the Russian Federation can be interpreted as consent of the Russian Federation to constitution of an arbitral tribunal, participation in arbitral proceedings, or as procedural action taken in the framework of the proceedings, mentioned herein, or as a waiver by the Russian Federation of the jurisdictional immunities in respect of itself and its property in relation to any judicial or administrative proceedings or procedures, connected directly or indirectly with these claims, including immunity from court jurisdiction and immunity from any measures of constraint that can be connected directly or indirectly with these claims, regardless of the jurisdiction (national or supranational) under which they are initiated."

De brief van [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] luidt als volgt:

"We return you herewith the Notices of Arbitration on the arbitration proceedings initiated under Article 9 of the Agreement between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the Encouragement and Mutual Protection of Investments before the Permanent Court of Arbitration by same companies [volgt opsomming van Notices of Arbitration van, onder meer, Everest c.s., toevoeging hof].

It is manifest that such claims cannot be considered under the Agreement mentioned above and, therefore, the Agreement cannot serve as a basis for composing an arbitral tribunal to settle these claims.

In accordance with paragraph 1 Article 1 of the Agreement the term "investment" means every kind of movable and immovable and intellectual property invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the legislation of the latter Contracting Party. The property in question which is the matter of the claims is situated in the territory of Crimea and Sevastopol, i.e. in the territory that was a part of Ukraine but at the present time pursuant to the will of people forms an integral part of the territory of the Russian Federation and cannot be regulated by the Agreement.

On the basis of the above mentioned the Russian Federation does not recognize the jurisdiction of an international tribunal at the Permanent Court of Arbitration in settlement of the abovementioned claims."

- 3.11 De Russische Federatie heeft niet deelgenomen aan de arbitrale procedure. Zij is op de hoogte gehouden van alle stappen in de arbitrale procedure en heeft kopieën ontvangen van alle in de procedure ingediende stukken, met alle bijlagen.
- 3.12 Oekraïne heeft in de arbitrale procedure – na verkregen toestemming van het scheidsgerecht – een zogenoemde *non-disputing party submission* ingediend, waarin Oekraïne haar standpunt over de toepasselijkheid van de BIT 1998 op de onderhavige kwestie heeft toegelicht.
- 3.13 De arbitrale procedure is door het scheidsgerecht gesplitst in een deel handelend over de bevoegdheid van het scheidsgerecht (*on jurisdiction*) en een deel over de vorderingen zelf (*on the merits*). Op 20 maart 2017 heeft het scheidsgerecht een *decision on jurisdiction* (hierna: het arbitrale tussenvonnissen) gegeven, waarin het oordeelt dat het bevoegd is om van de vorderingen van Everest c.s. kennis te nemen. Het dictum van het arbitrale tussenvonnissen luidt als volgt:

"For the reasons set forth above, the Tribunal decides:

1. *to uphold its jurisdiction to adjudicate the merits of the Claimants' claims;*
2. *to defer to its decision on the merits the award of costs; and*
3. *to consult the Parties on the procedural timetable for the merits phase"*

- 3.14 Op 2 mei 2018 heeft het scheidsgerecht in een *decision on the merits* (hierna: het arbitrale

eindvonnis, en samen met het arbitrale tussenvonnis: de arbitrale vonnissen) de vorderingen van Everest c.s. toegewezen tot een bedrag van in totaal ca. USD 129 miljoen, vermeerderd met rente en kosten. Het dictum van het arbitrale eindvonnis luidt als volgt:

"For the reasons set forth above, the Tribunal decides:

a) That Respondent illegally expropriated Claimants in breach of Article 5 of the BIT.

b) To award Claimants the amounts listed below in compensation for their respective expropriated properties:

i. Everest Estate: USD 8,454,596, plus interest from 3 September 2014;

ii. Edelveis-2000: USD 35,767,393, plus interest from 3 September 2014;

iii. Fortuna: USD 16,980,281, plus interest from 3 September 2014;

iv. UBK-Invest: USD 5,248,483, plus interest from 3 September 2014;

v. Niva-Tour: USD 12,127,235, plus interest from 3 September 2014;

vi. IMME: USD 356,070, plus interest from 3 September 2014;

vii. Planeta PE: USD 272,555, plus interest from 3 September 2014;

viii. Krim Development: USD 319,319, plus interest from 3 September 2014;

*ix. Aerobud: (a) USD 817,150, plus interest from 3 September 2014, and
(b) USD 257,999, plus interest from 9 October 2014;*

x. Privatoffice: USD 3,768,461, plus interest from 3 September 2014;

xi. Dayris and Privatland jointly: USD 5,062,435, plus interest from 3 September 2014;

*xii. Diline: (a) USD 2,165,754, plus interest from 3 September 2014, and
(b) USD 1,176,219, plus interest from 27 February 2015;*

xiii. Zhisa: USD 368,576, plus interest from 3 September 2014;

xiv. Dan-Panorama: USD 5,715,827, plus interest from 24 September 2014;

xv. Sanatorium Energetic: USD 10,920,929, plus interest from 24 September 2014;

xvi. AMC Finansovyy Kapital: USD 15,463,757 (for MVIF Capital Investments) and USD 226,311 (for MVIF Noviy Fund), plus interest from 3 September 2014;

xvii. AMC Financial Vector (for MVIF D-Capital Plus): USD 3,967,724, plus interest from 3 September 2014; and

xviii. Mr. [gedaagde 19]: USD 1,049,288, plus interest from 3 September 2014.

c) To award each of the Claimants its share of the Claimants' costs as set forth in Appendix III, for a total sum of USD 8,583,110.02.

d) To award each of the Claimants its share of the costs of the Tribunal and the PCA as set forth in Appendix IV, for a total sum of EUR 650,000.

e) To award Claimants: (i) interest on all the amounts awarded at the annual rate of twelve-month LIBOR plus one percentage point compounded annually; (ii) the initial rate shall be the twelve-month LIBOR in effect on the last business day of the month preceding the date of this Award plus one percentage point, such rate to be revised annually until full payment of the amounts awarded; (iii) in the case of amounts awarded in compensation for expropriation, interest shall accrue as from the date of expropriation (as identified in b) above); and (iv) in the case of amounts awarded in c) and d) above, interest shall accrue as from the date of this Award.

f) To dismiss all other claims."

4 De vorderingen

4.1 De Russische Federatie heeft het hof verzocht om, bij arrest uitvoerbaar bij voorraad, de arbitrale vonnissen te vernietigen, al dan niet wegens herroeping, met hoofdelijke veroordeling van Everest c.s. in de kosten van dit geding, inclusief nakosten en te vermeerderen met wettelijke rente. Everest c.s. hebben geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van de Russische Federatie en veroordeling, uitvoerbaar bij voorraad, van de Russische Federatie in de kosten, inclusief nakosten en te vermeerderen met wettelijke rente.

5 De beoordeling

5.1 Uitgangspunten voor de uitleg van de BIT 1998

5.1.1 Verschillende van de door de Russische Federatie voor haar vordering tot vernietiging aangevoerde grondslagen maken uitleg van de BIT 1998 noodzakelijk. Tussen partijen is, terecht, niet in geschil dat de bepalingen van de BIT 1998 moeten worden uitgelegd aan de hand van de maatstaven van de artikelen 31 en 32 van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht (WVV). Deze bepalingen luiden als volgt:

“Article 31. General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32. Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”

5.1.2 De manier waarop deze artikelen moeten worden toegepast is door de Hoge Raad (HR 5 november 2021, Russische Federatie tegen HVY, ECLI:NL:HR:2021:1645) als volgt omschreven:

“De uitleg van de bepalingen van de ECT dient te geschieden aan de hand van de maatstaven van de art. 31-33 WVV. Op grond van art. 31 lid 1 WVV moet een verdrag te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Uit art. 31 lid 3, aanhef en onder b, WVV volgt dat behalve met de context rekening moet worden gehouden met ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de verdragspartijen inzake de uitleg van het verdrag is ontstaan, hetgeen meebrengt dat ook de heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur van de verdragslanden een primair interpretatiemiddel bij de uitleg van dat verdrag vormt (de statenpraktijk). Op aanvullende middelen van uitleg kan een beroep worden gedaan om de betekenis die voortvloeit uit de toepassing van art. 31 WVV te bevestigen of de betekenis te bepalen indien de uitleg, geschied overeenkomstig art. 31 WVV, de betekenis dubbelzinnig of duister laat, of leidt tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is (art. 32 WVV). Met inachtneming van het bepaalde in art. 32 WVV kan voor de uitleg van een verdrag een beroep worden gedaan op de voorbereidende werkzaamheden (travaux préparatoires) van dat verdrag.”

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

Aard van de toetsing

5.2.1 Ingevolge artikel 1020 lid 1 Rv kunnen partijen bij overeenkomst geschillen die tussen hen uit een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan, aan arbitrage onderwerpen. Het scheidsgerecht is gerechtigd te oordelen over zijn bevoegdheid (vgl. artikel 1052 lid 1 Rv), maar het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter brengt mee dat de beantwoording van de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst is gesloten uiteindelijk aan de rechter is opgedragen. Het fundamentele karakter van dit recht brengt ook mee dat een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond vermeld in artikel 1065 lid 1 onder a Rv, inhoudende dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, door de rechter niet terughoudend wordt getoetst.

5.2.2 Bij een bilateraal investeringsverdrag als de BIT 1998, op grond waarvan een onderdaan van een verdragsluitende staat een geschil tegen de andere verdragsluitende staat aan een scheidsgerecht kan voorleggen, wordt de verdragsbepaling die dit mogelijk maakt gezien als een open uitnodiging van een verdragsluitende staat aan alle investeerders uit de andere verdragsluitende staat om tussen hen gerezen geschillen voor te leggen aan een scheidsgerecht. Door de aanvaarding van dat (derden)beding door de investeerder, in dit geval door het aanhangig maken van een arbitrale procedure, ontstaat een overeenkomst tot arbitrage. Indien echter moet worden aangenomen dat de voorwaarden waaronder het aanbod tot arbitrage wordt gedaan niet zijn vervuld, komt geen arbitrageovereenkomst tot stand. Voor deze zaak betekent dit dat de door de Russische Federatie opgeworpen onbevoegdheidsgronden door het hof volledig moeten worden getoetst, aan de hand van een uitleg van de BIT 1998 met inachtneming van de hiervoor genoemde uitlegmaatstaven die volgen uit het WVV.

Heeft de Russische Federatie het recht verwerkt om onbevoegdheidsgronden naar voren te brengen?

Het standpunt van Everest c.s.

5.2.3 Everest c.s. hebben als preliminair verweer aangevoerd, dat de Russische Federatie haar

recht heeft verwerkt om andere bevoegdheidsgronden aan te voeren dan die welke zijn opgenomen in de door de Russische Federatie verzonden brieven (zie onder 3.10 hiervoor). Het hof zal dit preliminaire verweer eerst bespreken.

5.2.4 Everest c.s. hebben het preliminaire verweer als volgt toegelicht.

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

5.2.4.2 Uit de brief van de Russische Federatie van 12 augustus 2015, zoals doorgestuurd bij brief van 15 september 2015, blijkt duidelijk dat de Russische Federatie is verschenen in de arbitrage. Het verschijnen in een arbitrale procedure vergt immers geen formele handeling, maar bestaat uit het feit dat (en valt samen met het moment dat) een verweerder "verweer gaat voeren". Slechts als een verweerder "helemaal geen verweer voert" kan deze verweerder worden beschouwd als niet-verschenen in de arbitrage.

5.2.4.3 De brief waarbij de Russische Federatie is verschenen bevatte een (enkel) bevoegdheidsverweer, toegespitst op de definitie van "investeringen" in de BIT 1998, dat door het scheidsgerecht ook als zodanig is behandeld.

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

Het standpunt van de Russische Federatie

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

5.2.5.1 Primair geldt dat de Russische Federatie niet in de arbitrage is verschenen. Met "verschijnen" in de zin van artikel 1052 lid 2 Rv wordt – naar volgt uit de parlementaire geschiedenis – bedoeld dat een partij op enigerlei wijze aan de arbitrage deelneemt, bijvoorbeeld door medewerking te verlenen aan de benoeming van arbiters. De toetsing van artikel 1052 lid 2 Rv komt voorts in de praktijk vaak neer op de vraag of een partij een principaal verweer heeft gevoerd.

5.2.5.2 De Russische Federatie heeft op geen enkele wijze deelgenomen aan de arbitrage; zij heeft geen arbiter benoemd, geen medewerking verleend aan de benoeming van de arbiters, geen conclusie van antwoord ingediend, geen enkele zitting bijgewoond, geen *fees* betaald en nooit met de in de arbitrage betrokken eisende partijen gecommuniceerd.

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

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

5.2.5.5 De Russische Federatie heeft in haar begeleidende brief van 15 september 2015 nog eens uitdrukkelijk aangegeven niet aan de arbitrage te zullen deelnemen.

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

5.2.5.7 Ook Everest c.s. zijn daar gedurende de procedure van uitgegaan, zij hebben immers (onder meer) een beroep gedaan op artikel 1043a Rv, de "verstekregeling" voor arbitrale

procedures.

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

Het oordeel van het hof

5.2.6 Allereerst moet beoordeeld worden of de Russische Federatie is verschenen in de arbitrale procedure. Als zij niet is verschenen, gelden in deze vernietigingsprocedure geen – uit artikel 1052 leden 1 en 2, in samenhang met artikel 1065 lid 2 Rv, voortvloeiende – beperkingen voor het opwerpen van gronden voor onbevoegdheid van het scheidsgerecht. Indien de Russische Federatie wel geldt als verschenen, moet worden uitgegaan van de volgende door de Hoge Raad aanvaarde maatstaf:

“Het samenstel van bepalingen van art. 1052 lid 1 en 2 en art. 1065 lid 1 sub a Rv strekt ertoe te bewerkstelligen dat, indien een partij de bevoegdheid van het scheidsgerecht wil betwisten vanwege het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, daarover door het scheidsgerecht in een vroeg stadium van de procedure een beslissing kan worden genomen, waardoor zoveel mogelijk voorkomen wordt dat onnodige proceshandelingen verricht zouden worden indien een later (in het arbitraal geding of bij de gewone rechter) gedaan beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, alsnog zou moeten leiden tot het oordeel dat het scheidsgerecht onbevoegd is. In het licht van deze strekking moet beoordeeld worden of en in hoeverre toelaatbaar is dat een partij die in het arbitraal geding voor alle weren een beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage heeft gedaan, het beroep daarop in het verdere verloop van het arbitraal geding dan wel in de vernietigingsprocedure met nieuwe feitelijke of juridische stellingen onderbouwt. Niet kan als algemene regel worden aanvaard dat daartoe nimmer ruimte zou bestaan. Telkens zal in een concreet geval beoordeeld moeten worden of een nieuwe feitelijke of juridische stelling, mede gelet op de eisen van een goede procesorde, in strijd komt met de hiervoor weergegeven strekking van de wettelijke regeling.”

5.2.7 De hierboven onder 3.10 geciteerde brieven zijn het enige teken van leven van de Russische Federatie geweest in de arbitrale procedure. Partijen gaan er terecht beide vanuit dat in een arbitrale procedure geen formele eisen gelden voor het verschijnen in de procedure. Op zich is het dus mogelijk dat dergelijke brieven, ook als er verder geen participatie is, als een verschijnen moeten worden aangemerkt. Dat kan het geval zijn als de brieven het karakter hebben van een (beknopt) verweerschrift. Het gaat hier om uitleg van de brieven aan de hand van objectieve maatstaven. Niet doorslaggevend is dat de brief aan het PHA is gestuurd, en niet aan het scheidsgerecht. Everest c.s. hebben terecht naar voren gebracht dat de Russische Federatie ervan moest uitgaan dat haar brief zou worden doorgestuurd aan het scheidsgerecht en aan de raadslieden van Everest c.s. Doorslaggevend is dat de hoofdboodschap van de brief van [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] is dat de Russische Federatie de “*Notices of Arbitration (...) of the international arbitration proceedings*” terugzendt, met de klaarblijkelijke bedoeling dat zij niet aan de arbitrale procedure zal deelnemen. Die boodschap is toegelicht met een korte toelichting, bestaande uit vier volzinnen, waarin is uiteengezet waarom het tribunaal onbevoegd wordt geacht. De brief heeft daarmee niet het karakter van een (beknopt) verweerschrift. Dat het scheidsgerecht het in de brief genoemde bevoegdheidsverweer wel heeft behandeld, maakt dit niet anders. Het scheidsgerecht was immers gehouden ook eigener beweging te toetsen of het bevoegd was en heeft dat ook – los van de desbetreffende brief – gedaan. In § 134 van het arbitrale tussenvonnissen overwoog het scheidsgerecht immers: “*(...) it is a basic principle that “[a]s a general rule, any body possessing jurisdictional powers has the right in the first place itself to determine the extent of its jurisdiction*”. De Russische Federatie heeft verder terecht naar voren gebracht dat zowel het scheidsgerecht (onder meer in § 83 van het arbitrale tussenvonnissen: “*The Tribunal has not had the benefit of the participation of the*

Respondent in this Arbitration") als Everest c.s. tijdens de arbitrale procedure er blijk van hebben gegeven dat zij de Russische Federatie beschouwden als "niet verschenen".

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

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

Het standpunt van de Russische Federatie

- 5.2.9 De Russische Federatie heeft van haar kant als overkoepelende stelling voor de beoordeling van de bevoegdheid ingenomen, dat dit hof als "vernietigingsrechter" enkel mag beoordelen of de door het scheidsgerecht gehanteerde gronden voor zijn bevoegdheid juist zijn. Als die gronden niet juist zijn, moet de arbitrale uitspraak worden vernietigd. Het hof kan volgens de Russische Federatie als vernietigingsrechter niet zelf bevoegdheidsgronden onder de arbitrale uitspraak schuiven. De Russische Federatie heeft dit als volgt geformuleerd:

"De volledige en niet-terughoudende, oftewel integrale, toetsing onder artikel 1065 lid 1 sub a Rv wil dus zeggen dat, voor zover daartegen het vernietigingsberoep is gericht, de gewone rechter alleen de uitdrukkelijke, positieve bevoegdheidsbeslissing van het scheidsgerecht volledig toetst: was die bevoegdheidsaanvaarding op de door het scheidsgerecht dáárvóór aangegeven grond al dan niet juist. Daar houdt de taak van de rechter ex artikel 1065 lid 1 onder a Rv op. De gewone rechter kan niet een alternatieve, al dan niet door de eiser in de arbitrage of pas door hem als verweerder in de vernietigingsprocedure ingeroepen, bevoegdheidsgrond onder het arbitraal vonnis schuiven teneinde de vernietiging ervan te voorkomen."

Het standpunt van Everest c.s.

- 5.2.10 Everest c.s. hebben deze stelling bestreden. Zij hebben aangevoerd dat het standpunt van de Russische Federatie het fundamentele verschil miskent tussen de situatie waarin een scheidsgerecht zich *onbevoegd* heeft verklaard en de situatie waarin een scheidsgerecht zich *bevoegd* heeft verklaard. In het laatste geval wordt de positieve bevoegdheidsbeslissing van het scheidsgerecht slechts als voorlopig beschouwd. Het is uiteindelijk aan de gewone rechter om definitief te beslissen of er al dan niet een geldige overeenkomst tot arbitrage bestaat. Uit de aard van deze definitieve beslissing volgt reeds dat zij niet beperkt is tot de positieve bevoegdheidsbeslissing van het scheidsgerecht als zodanig. De vernietigingsrechter moet zelf vaststellen of het scheidsgerecht zich terecht bevoegd heeft verklaard, een en ander op de voorwaarde dat daarop toegesneden stellingen in de vernietigingsprocedure zijn aangevoerd.

Het oordeel van het hof

- 5.2.11 Het hof verwijst op dit punt naar de volgende overweging in het arrest van de Hoge Raad in de zaak van de Russische Federatie tegen HVY, HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645:

"Op grond van art. 1052 lid 1 (oud) Rv mag het scheidsgerecht zelf over zijn bevoegdheid oordelen. Indien het scheidsgerecht zich bevoegd acht, is dat oordeel evenwel niet definitief. Het laatste woord over de bevoegdheid van de arbiters komt aan de rechter toe. Dat hangt samen met het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter. Indien op de voet van art. 1065 lid 1, aanhef en onder a, (oud) Rv wordt gevorderd dat het arbitrale vonnis wordt vernietigd omdat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, dient de rechter te beoordelen of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat. Die beoordeling dient zonder terughoudendheid plaats te vinden, en is niet beperkt tot de vraag of de arbiters hun bevoegdheid op de juiste

gronden hebben aangenomen. Het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt mee dat de rechter de arbitrale beslissing niet vernietigt op de enkele grond dat het scheidsgerecht de beslissing dat het bevoegd is van het geschil kennis te nemen, onjuist heeft gemotiveerd. Het staat de rechter dan ook vrij om op andere dan de door het scheidsgerecht gehanteerde gronden te oordelen dat het zich terecht bevoegd heeft geacht om van het geschil kennis te nemen. Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat de rechter die oordeelt dat de door het scheidsgerecht gehanteerde gronden ontoereikend zijn voor de door het scheidsgerecht aangenomen bevoegdheid, maar constateert dat het scheidsgerecht wel op andere gronden bevoegd is, het arbitrale vonnis desalniettemin zou moeten vernietigen. Het gevolg daarvan zou zijn dat, hoewel er een geldige overeenkomst tot arbitrage is, het geschil door de gewone rechter moet worden beslist, tenzij de partijen anders overeenkomen (art. 1067 (oud) Rv). Dat strookt niet met de gebleken bedoeling van de partijen om hun geschil niet aan overheidsrechtspraak maar aan arbitrage te onderwerpen."

5.2.12 Onder de vigeur van de huidige artikelen 1052 tot en met 1067 Rv valt deze beoordeling niet anders uit. Dit betekent dat het hof zelfstandig moet beoordelen of het scheidsgerecht bevoegdheid kon aannemen, en daarbij (gedeeltelijk) andere gronden kan betrekken dan die welke het scheidsgerecht zelf aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd. Het hof hoeft daarom in onderstaande beoordeling van de bevoegdheid van het scheidsgerecht niet in te gaan op de argumentatie van de Russische Federatie voor zover die inhoudt dat door Everest c.s. gebezigde argumenten andere zijn dan die welke het scheidsgerecht aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd.

5.3 De (sovereiniteits)status van de Krim

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.3.1 Het scheidsgerecht heeft vastgesteld dat het zijn bevoegdheid om over het geschil te oordelen, ontleent aan artikel 9 BIT 1998 (vgl. § 127 van het arbitrale tussenvonnis). In dat verband heeft het scheidsgerecht onder meer het volgende overwogen (vgl. § 149 van het arbitrale tussenvonnis): *"In short, international law recognizes that actions undertaken by one State may, as a legal consequence, establish or change the legal relationships between that State and individuals affected by those actions and who come under the State's jurisdiction and control"*.

Het standpunt van de Russische Federatie

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

5.3.2.1 Oekraïne en de Russische Federatie zijn verwickeld in een fundamenteel soevereiniteitsgeschil over de Krim. De aanwijzing van een bepaald gebied als soeverein grondgebied van een verdragsstaat is een onmisbare stap om te kunnen beslissen over de vraag of een investering in aanmerking komt voor bescherming onder de BIT 1998. De beslissing over de toepasselijkheid van de BIT 1998 wordt dus bepaald door de oplossing van het soevereiniteitsgeschil tussen Oekraïne en de Russische Federatie.

5.3.2.2 Kwesties van soevereiniteit vallen buiten de reikwijdte van de instemming met arbitrage van de verdragspartijen onder de BIT 1998. Een soevereiniteitsgeschil kan niet zonder expliciete instemming van de betrokken staten aan een scheidsgerecht worden voorgelegd. Internationale jurisprudentie en literatuur bevestigen dat het scheidsgerecht zich onbevoegd had moeten verklaren.

5.3.2.3 Het is onmogelijk om een oordeel te vellen over de vorderingen van Everest c.s. in de arbitrage zonder daarbij te oordelen over het soevereiniteitsgeschil tussen de Russische

Federatie en Oekraïne. Het scheidsgerecht kan dit niet omzeilen met de gehanteerde definitie van *territory*.

5.3.2.4 Het scheidsgerecht moest, om over de toepasselijkheid van de BIT 1998 te beslissen, bepalen van welke verdragspartij de wetgeving van toepassing is op de Krim. Het oordeel van het scheidsgerecht dat in de Krim de Russische regelgeving geldt, terwijl volgens Oekraïne haar regelgeving in de Krim van toepassing is, betekent dat het scheidsgerecht een oordeel heeft gegeven over de tussen beide verdragspartijen omstreden soevereine status van de Krim. Daartoe was het scheidsgerecht niet bevoegd.

Het standpunt van Everest c.s.

5.3.3 Everest c.s. bestrijden dat het bestaan van een soevereiniteitsgeschil over de Krim tussen de Russische Federatie en Oekraïne in de weg staat aan een toepassing van de BIT 1998 op investeringen in de Krim. Ook onderschrijven Everest c.s. niet dat het scheidsgerecht niet kon beslissen over hun vorderingen zonder daarbij een standpunt in te nemen over dat soevereiniteitsgeschil. Volgens Everest c.s. hoefde het scheidsgerecht helemaal niet over het soevereiniteitsgeschil te oordelen en heeft het dat ook niet gedaan.

Het oordeel van het hof

5.3.4 De stelling van de Russische Federatie dat het scheidsgerecht met zijn oordeel over de toepasselijkheid van de BIT 1998 een (impliciet of expliciet) oordeel heeft gegeven over het soevereiniteitsconflict tussen de Russische Federatie en Oekraïne ten aanzien van de Krim, volgt het hof niet.

5.3.5 Het standpunt van de Russische Federatie hangt samen met haar uitleg van het begrip *territory* in artikel 1 lid 4 BIT 1998. Volgens de Russische Federatie moet dit begrip worden uitgelegd als *sovereign territory*, terwijl één van de (noodzakelijke) elementen van het begrip *sovereign territory* is, dat de soevereiniteit van een staat over een bepaald grondgebied internationaal wordt erkend. Als deze uitleg juist is, zou het scheidsgerecht met zijn oordeel dat de Krim kan worden gezien als *territory* van de Russische Federatie in de zin van artikel 1 lid 4 van de BIT 1998, inderdaad (impliciet) een oordeel hebben gegeven over de soevereiniteitskwestie. Het scheidsgerecht is in het arbitrale tussenvonnis echter uitgegaan van een betekenis van *territory* waarvoor rechtsmacht en controle over een bepaald grondgebied volstaat (§ 149 van het arbitrale tussenvonnis). Uitgaande van deze betekenis heeft het scheidsgerecht tot uitgangspunt genomen dat de investeringen van Everest c.s. zich na de incorporatie van de Krim bevinden op het grondgebied van de Russische Federatie en heeft het zich de vraag gesteld of de definitie van *investment* vereist dat een investering oorspronkelijk heeft plaatsgevonden op de *territory* van de andere verdragspartij (§ 150 van het arbitrale tussenvonnis). Het scheidsgerecht hoefde, gegeven deze uitleg van het begrip *territory*, geen oordeel te geven over het soevereiniteitsgeschil tussen de Russische Federatie en Oekraïne en heeft dat ook niet gedaan. Het heeft zich enkel gebaseerd op de feitelijke stand van zaken op de Krim. Of deze uitleg van het begrip *territory* juist is, komt hierna aan de orde. Waar het hier om gaat is dat het scheidsgerecht niet heeft geoordeeld over de soevereine status van de Krim.

5.3.6 De stelling van de Russische Federatie dat het scheidsgerecht, door te onderzoeken of de investeringen van Everest c.s. in overeenstemming zijn met de wetgeving van de Russische Federatie, een oordeel heeft gegeven over het soevereiniteitsconflict, gaat niet op. Dat sinds de incorporatie de wetgeving van de Russische Federatie wordt toegepast op het grondgebied van de Krim is een feitelijke vaststelling; het houdt geen oordeel in over de (internationaalrechtelijke) rechtmatigheid daarvan.

5.3.7 Het hof zal in het onderstaande ingaan op de bezwaren die de Russische Federatie heeft

aangevoerd tegen de door het scheidsgerecht aan het begrip *territory* gegeven uitleg. Het hof zal daarbij voor zover nodig de argumenten betrekken die de Russische Federatie heeft aangevoerd in het kader van de vraag of het scheidsgerecht ten onrechte in het soevereiniteitsgeschil is getreden.

5.4 De definitie van *territory*

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.4.1 Het scheidsgerecht heeft geoordeeld dat de investeringen van Everest c.s. zijn te beschouwen als investeringen op het grondgebied (*territory*) van de Russische Federatie na de annexatie van de Krim (§ 163 van het arbitrale tussenvonniss). Het scheidsgerecht heeft tot uitgangspunt genomen dat de territoriale werkingssfeer van de BIT 1998 zich reeds uitstrekke tot de Krim vóór de annexatie. De annexatie van de Krim heeft niet geleid tot een wijziging van die territoriale werkingssfeer. Het begrip *territory* omvat het gehele grondgebied van een verdragspartij. Zowel de Russische Federatie als Oekraïne gaan ervan uit dat de Krim sinds de annexatie deel uitmaakt van de *territory* van de Russische Federatie. In het licht daarvan is niet van belang of de zinsnede "*defined in accordance with international law*" in de definitie van *territory* uitsluitend betrekking heeft op de begrippen "*exclusive economic zone and continental shelf*" of ook op het begrip *territory* zelf (§§ 146 tot en met 148 van het arbitrale tussenvonniss).

Het standpunt van de Russische Federatie

5.4.2 De Russische Federatie bestrijdt dit oordeel. Zij betoogt dat de BIT 1998 niet van toepassing is op de Krim als onderdeel van de *territory* van de Russische Federatie, en het scheidsgerecht dus ten onrechte heeft aangenomen dat het op grond van de BIT 1998 bevoegd is om te oordelen over investeringen op de Krim. Volgens de Russische Federatie kan de Krim niet worden aangemerkt als *territory* van de Russische Federatie in het kader van de BIT 1998, gelet op de gewone betekenis, de context en het voorwerp en doel van dit begrip en de goede trouw. Het betoog van de Russische Federatie kan als volgt worden samengevat.

5.4.2.1 Uit de gewone betekenis van het begrip *territory* in de tekst van de BIT 1998 volgt dat met *territory* bedoeld is de *sovereign territory* van beide verdragspartijen toen zij de BIT 1998 sloten en niet ook gebieden waarover een van de verdragspartijen *de facto* controle uitoefent. Deze gewone betekenis van *territory* als soeverein grondgebied wordt bevestigd door een grote hoeveelheid internationale, gezaghebbende bronnen. Het grondgebied van de Krim vormt geen *sovereign territory* van de Russische Federatie zolang het niet door Oekraïne en internationaal als zodanig wordt erkend.

5.4.2.2 De toevoeging van "*exclusive economic zone and the continental shelf*" was alleen nodig omdat deze gebieden naar internationaal recht geen onderdeel zijn van het soevereine grondgebied van een staat.

5.4.2.3 De toevoeging van de woorden "*or*" en "*respective*" in de definitie van *territory* toont aan dat *territory* slechts naar het (soevereine) grondgebied van één verdragsstaat kan verwijzen. Als *de facto* controle voldoende zou zijn, dan zou een grondgebied tussen verdragspartijen in tweeën kunnen worden gesplitst, en dat kan niet de bedoeling van verdragspartijen zijn geweest.

5.4.2.4 Als het de bedoeling van de verdragspartijen was geweest om *territory* iets anders te laten betekenen dan soeverein grondgebied, dan hadden zij dat wel in de BIT 1998 opgenomen.

5.4.2.5 De gewone betekenis van *territory* als soeverein grondgebied wordt bevestigd door de *dissenting opinion* van professor [...] in de Naftogaz arbitrage en de door de Russische Federatie overgelegde *legal opinion* van prof. P. Dumberry.

5.4.2.6 Dat het moet gaan om het soevereine grondgebied volgt ook uit de context van artikel 1 lid 4 BIT 1998. Het begrip *territory* is onlosmakelijk verbonden met bij uitstek soevereine bevoegdheden van een verdragspartij.

5.4.2.7 Het gaat erom wat de verdragspartijen hebben bedoeld op het moment van het sluiten van de BIT 1998. Uit niets blijkt dat de verdragspartijen de bedoeling hebben gehad dat deze betekenis kon wijzigen ten opzichte van wat zij voor ogen hadden bij het sluiten van het verdrag, anders dan door een onderling overeengekomen amendering van het begrip

territory op grond van artikel 13 BIT 1998.

5.4.2.8 Diverse andere bepalingen van de BIT 1998 bevestigen dat het begrip *territory* slechts naar het grondgebied van één verdragspartij tegelijk verwijst. Dat geldt ook voor artikel 12 BIT 1998 dat de temporele reikwijdte van de BIT 1998 beperkt. Daarin wordt een bewuste keuze gemaakt voor 1 januari 1992. Vóór die datum waren de Russische Federatie en Oekraïne onderdeel van de Sovjet-Unie. Artikel 12 bevestigt dat een en hetzelfde grondgebied niet onderdeel kan zijn van twee verdragspartijen, van de ene partij op grond van *de facto* controle en van de andere partij op grond van soevereiniteit.

5.4.2.9 Ook voorwerp en doel bieden geen steun aan het standpunt dat *de facto* controle volstaat. De BIT 1998 heeft als voorwerp en doel het stimuleren en beschermen van investeringen door investeerders van de soevereine *territory* van de ene verdragspartij in de soevereine *territory* van de andere verdragspartij. De bedoeling was dus om over en weer *investments* van specifiek bepaalde buitenlandse *investors* aan te trekken. Oekraïense investeerders die vóór 2014 investeringen hebben gedaan op de Krim zijn nooit beschermd geweest onder de BIT 1998. Zij zijn daar ook nooit vanuit gegaan toen zij hun investeringen deden. Er is ten aanzien van hen geen sprake van een leemte. Hoe dan ook is het niet aan het scheidsgerecht om een leemte op te vullen. Dat kan slechts met een verdragswijziging.

5.4.2.10 Een uitleg te goeder trouw sluit aan bij hetgeen de verdragsstaten bij het aangaan van het verdrag rechtmatig en redelijkerwijs konden verwachten. In 1998 hield niemand, en zeker niet de vertegenwoordigers van beide verdragspartijen, rekening met het feit dat de Krim, op grond van de wil van haar inwoners, ervoor zou kiezen om zich aan te sluiten bij de Russische Federatie. Artikel 73 WVV bepaalt bovendien dat bij de uitleg van verdragsbepalingen niet mag worden vooruitgelopen op vraagstukken die zich met betrekking tot een verdrag kunnen voordoen op grond van statenopvolging.

5.4.2.11 Het scheidsgerecht heeft zijn oordeel ten onrechte gebaseerd op artikel 29 WVV, omdat dat artikel zelf ook naar soeverein grondgebied verwijst.

Het standpunt van Everest c.s.

5.4.3 Everest c.s. bestrijden dat de uitleg die het scheidsgerecht aan het begrip *territory* heeft gegeven, onjuist is. Het standpunt van Everest c.s. komt samengevat neer op het volgende.

5.4.3.1 Everest c.s. wijzen op artikel 29 WVV, waaruit volgt dat een verdrag van toepassing is op het gehele grondgebied van een verdragsstaat ("*its entire territory*"). Daaronder valt ook grondgebied dat niet noodzakelijkerwijs deel uitmaakt van het soevereine grondgebied, maar ten aanzien waarvan een verdragsstaat wel de verantwoordelijkheid voor internationale betrekkingen op zich heeft genomen. Dat wordt bevestigd door de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 29 WVV. De zinsnede "*its entire territory*" is slechts een politiek minder gevoelige variant van de zinsnede "*territories for which the parties are internationally responsible*".

5.4.3.2 Het is juist dat de *betekenis* van een verdragsterm moet worden uitgelegd aan de hand van de – uit de tekst blijkende – intenties van verdragspartijen ten tijde van het sluiten van het verdrag, maar dit houdt niet in dat de *inhoud* van de desbetreffende verdragsterm niet kan veranderen in geval van een wijziging van omstandigheden. Zij wijzen er verder op dat ook ten tijde van het sluiten van het verdrag de opvattingen van Oekraïne en de

Russische Federatie over wat hun respectieve grondgebied precies omvatte (nog) niet met elkaar in overeenstemming waren.

5.4.3.3 Everest c.s. voeren ook aan dat in artikel 1 lid 4 BIT 1998 wordt gesproken over *territory*, en niet over *sovereign territory*. Dit is een bewuste keuze van de verdragspartijen geweest. In andere bilaterale investeringsverdragen van Oekraïne wordt de term *territory* immers expliciet gedefinieerd door te verwijzen naar soevereiniteit. Volgens Everest c.s. is de gewone betekenis van *territory* niet *sovereign territory*. Er zijn veel voorbeelden in het internationale recht en literatuur waar het grondgebied waarover een staat effectieve controle heeft wordt gezien als gewone betekenis van *territory*. De toevoeging "*defined in accordance with international law*" heeft betrekking op de termen "*exclusive economic zone*" en "*continental shelf*", en betekent niet dat de effectieve controle in overeenstemming moet zijn met internationaal recht. Die lezing is in overeenstemming met de Russische en Oekraïense tekst van artikel 1 lid 4 BIT 1998 en wordt ondersteund door een vergelijking met andere Russische BIT's.

5.4.3.4 Professor [...] staat als arbiter alleen in haar opvatting dat de gewone betekenis van *territory* soevereiniteit inhoudt. Alle scheidsgerichten die zich over de BIT 1998 hebben uitgesproken, hebben anders geoordeeld. Everest c.s. verwijzen verder naar de *legal opinion* van professor Berman die zij hebben overgelegd en die hun interpretatie van *territory* ondersteunt.

5.4.3.5 Niets in de context van de BIT 1998 wijst erop dat *territory* beperkt is tot soeverein grondgebied. Ook als *territory* wordt gezien als een gebied ten aanzien waarvan een bepaalde staat de verantwoordelijkheid voor internationale betrekkingen op zich heeft genomen, geldt dat dit slechts één staat tegelijkertijd kan zijn. Artikel 12 BIT 1998 is een bevestiging dat de toestand op het moment van ondertekening van de BIT 1998 niet bepalend is voor het territoriale toepassingsbereik.

5.4.3.6 Voorwerp en doel van de BIT 1998 – het bevorderen en het beschermen van investeringen, zoals volgt uit de preambule van het verdrag – wijzen er niet op dat het toepassingsbereik van de BIT 1998 is beperkt tot het grondgebied waar een verdragspartij rechtens soevereiniteit geniet. Het doel wordt juist bevorderd door een definitie van *territory* die ziet op grondgebied waarover een verdragspartij rechtens geen soevereiniteit geniet maar wel uitoefent.

5.4.3.7 Een uitleg van het begrip *territory* als *sovereign territory* is ook geen interpretatie te goeder trouw. Een dergelijke uitleg zou de bescherming van investeerders, die duidelijk wordt beoogd door het verdrag, teniet doen. Het is ook niet te goeder trouw dat de Russische Federatie enerzijds soevereiniteit over de Krim claimt en aldaar wetgeving aanneemt, maar anderzijds betoogt dat zij aldaar geen verplichtingen uit de BIT 1998 heeft omdat soevereiniteit zou ontbreken.

5.4.3.8 Zelfs al zou artikel 29 WVV de presumptie bevatten dat een verdrag alleen van toepassing is op het soevereine grondgebied van een staat, dan heeft het scheidsgerecht toch terecht bevoegdheid aangenomen. Een dergelijke presumptie geldt namelijk niet indien een andere bedoeling uit het verdrag blijkt of op een andere wijze is komen vast te staan. In dit geval is door de gedragingen van de Russische Federatie en Oekraïne met betrekking tot de Krim, zowel voor als tijdens de arbitrage een andere bedoeling op andere wijze komen vast te staan. Everest c.s. hebben daartoe gewezen op de hiervoor genoemde gebeurtenissen op de Krim in 2014 en op onder meer het feit dat de Russische Federatie in verschillende gremia, waaronder de brief van 12 augustus 2015 aan het PHA, heeft bevestigd dat de Krim een integraal onderdeel van haar grondgebied is. Van haar kant heeft de Oekraïne onder meer aan de secretaris-generaal van de VN laten weten dat de Russische Federatie, in plaats van Oekraïne, op de Krim verantwoordelijk is voor de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van diverse verdragen.

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

5.4.3.10 Het beroep van de Russische Federatie op artikel 73 WVV is misplaatst. Dit artikel bepaalt enkel dat met de bepalingen van het WVV niet is beoogd vooruit te lopen op vraagstukken die zich met betrekking tot een verdrag kunnen voordoen op het gebied van statenopvolging, internationale statenaansprakelijkheid of het uitbreken van vijandelijkheden tussen staten, omdat deze onderwerpen ten tijde van het opstellen van het WVV al onderwerp van studie waren van het ILC (ten behoeve van een separaat verdrag).

Het oordeel van het hof

De situatie op de Krim

- 5.4.4 Partijen zijn het er over eens, dat de Russische Federatie *de facto* controle over de Krim heeft. Voor zover de Russische Federatie betoogt dat haar wetten niet gelden op de Krim omdat Oekraïne dat niet erkent, gaat het hof daaraan voorbij. De toepassing van de wetgeving van de Russische Federatie op de Krim in de praktijk is, voor zover voor deze kwestie van belang, niet afhankelijk van de erkenning door Oekraïne. De Russische Federatie heeft voor het overige niet, althans niet gemotiveerd, betwist dat zij op de Krim het volledige gezag heeft en dat haar wetten daar worden toegepast. De Russische Federatie heeft immers de Krim geïncorporeerd in die federatie, zoals blijkt uit de hierboven weergegeven samenvatting van de gebeurtenissen op de Krim.
- 5.4.5 De Russische Federatie zelf stelt zich op het standpunt dat in haar ogen de Krim wel degelijk tot haar "*sovereign territory*" behoort. Het hof verwijst naar de hierboven geciteerde brief van [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] aan het scheidsgerecht en ook naar onder meer de conclusie van repliek in deze procedure van de Russische Federatie onder 98 waar zij betoogt: "Volgens de Russische Federatie behoort de Krim sinds maart 2014 tot haar soevereine grondgebied". Het enige aspect van soevereiniteit dat vanuit de visie van de Russische Federatie ontbreekt, is de erkenning daarvan door Oekraïne en de internationale gemeenschap.

Uitleg artikel 1 lid 4 BIT 1998

- 5.4.6 Het hof is van oordeel dat de Krim valt onder de *territory* van de Russische Federatie als bedoeld in artikel 1 lid 4 BIT 1998, op de volgende gronden:
- (i) de woordelijke tekst van artikel 1 lid 4 BIT 1998 spreekt niet van *sovereign territory*;
 - (ii) er is geen regel van internationaal (verdragen)recht dat met *territory* in een verdrag altijd wordt bedoeld *sovereign territory* in de door de Russische Federatie bedoelde zin;
 - (iii) een uitleg van artikel 1 lid 4 BIT 1998 conform de regels van artikel 31 WVV, waarbij de drie elementen van die bepaling (tekst, context en '*object and purpose*') te goeder trouw ('*in good faith*') tezamen in één operatie worden toegepast, leidt tot de conclusie dat de Krim valt onder de *territory* van de Russische Federatie.

Ad (i)

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

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

In de woordelijke tekst van het verdrag wordt dus niet gesproken over *sovereign territory*. Uit de toevoeging "*as well as their respective exclusive economic zone and the continental shelf*" volgt niet dat met *territory* wordt bedoeld: "*sovereign territory*". De exclusieve economische zone en het continentaal plat maken geen onderdeel uit van het soevereine grondgebied

van een staat, maar ook niet van een gebied waarover een staat rechtsmacht en effectieve controle uitoefent en waarvoor hij internationaal verantwoordelijkheid draagt. Uit deze toevoeging kan dus noch de ene, noch de andere betekenis van *territory* worden afgeleid. De zinsnede "*defined in accordance with international law*" slaat naar het oordeel van het hof alleen terug op de zinsnede "*their respective exclusive economic zone and the continental shelf*", en niet ook op "*territory of the Russian Federation or the territory of Ukraine*".

5.4.8 Het hof volgt verder niet de stelling van de Russische Federatie dat onder het begrip *territory* alleen kan vallen het grondgebied van de Russische Federatie zoals dit was op het moment van het sluiten van het verdrag. Everest c.s. hebben terecht naar voren gebracht dat voor de betekenis van het begrip *territory* moet worden uitgegaan van de bedoelingen van de verdragsluitende partijen op het moment van het sluiten van het verdrag, maar dat dit niet betekent dat de inhoud van het begrip (het daadwerkelijke grondgebied) niet kan wijzigen bij toepassing van een uitleg conform die bedoelingen. Dat de verdragsluitende partijen bedoeld hebben het territoriale toepassingsgebied te fixeren op het moment van het sluiten van de BIT 1998, blijkt nergens uit. Een verdere aanwijzing dat dit niet het geval is, ziet het hof in het feit dat op het moment van het sluiten van het verdrag de grenzen tussen Oekraïne en de Russische Federatie nog niet exact vastlagen (zie de conclusie van repliek onder 99, met verwijzing naar onder meer het Verdrag tussen de Russische Federatie en Oekraïne inzake de Russisch-Oekraïense staatsgrens van 28 januari 2003).

5.4.9 Uit de toevoeging van de woorden "*or*" en "*respective*" in de definitie van *territory* volgt niet dat alleen "*sovereign territory*" bedoeld kan zijn. De Russische Federatie gaat er ten onrechte vanuit dat een uitleg van het begrip *territory* als een gebied waarover een staat rechtsmacht en effectieve controle uitoefent ertoe zou leiden dat eenzelfde gebied tot het grondgebied van beide verdragspartijen behoort. Er kan immers maar één partij zijn die rechtsmacht en effectieve controle uitoefent over een gebied. In het geval van de Krim is dat de Russische Federatie.

Ad (ii)

5.4.10 Het hof volgt ook niet het standpunt van de Russische Federatie dat *territory* in het internationale verdragenrecht altijd de betekenis heeft van *sovereign territory*, ongeacht voorwerp en doel van het verdrag. Noch uit de juridische literatuur waarnaar de Russische Federatie verwijst, noch uit internationaalrechtelijke rechtspraak valt zo'n categorische conclusie te trekken. Het feit dat algemeen wordt aanvaard dat verdragen gelding hebben op het gehele soevereine grondgebied van een staat, sluit immers niet uit dat verdragen ook werking (kunnen) hebben op grondgebied waarover een staat rechtsmacht en langdurig effectieve controle uitoefent, zoals in het onderhavige geval.

5.4.11 Ook artikel 29 WVV geeft geen aanleiding om te veronderstellen dat met *territory* altijd wordt verwezen naar "*sovereign territory*". Artikel 29 WVV luidt als volgt:

"Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory".

In de eerste plaats volgt uit artikel 29 WVV dat een verdrag na territoriale wijzigingen geldig blijft voor het hele (gewijzigde) grondgebied (zie "*Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*", Mark E. Villiger, Leiden/Boston 2009, blz. 392 – 393):

"If there are territorial changes, the treaty continues, in principle, to apply to the entire territory; different intentions would have to be renegotiated with, or at least be tacitly approved by, the other parties."

Het is verder duidelijk dat volgens artikel 29 WVV voor de territoriale werking van een

verdrag primair moet worden gekeken naar de bedoelingen die volgen uit het verdrag zelf, in dit geval de BIT 1998. Uit de inhoud of geschiedenis van artikel 29 WVV valt niet af te leiden dat *territory* in zijn algemeenheid verwijst naar grondgebieden waarvan de soevereiniteit door de internationale gemeenschap is erkend. Zie Villiger, a.w. blz. 392:

*"The territory covers the area over which a party to the treaty exercises sovereignty and thus embraces all that State's land, territorial waters and air space, whether or not these areas are part of the metropolitan area (though not the continental shelf, the exclusive economic zone and the fishery zones). **Recognition under international law of the State and its territory is not required.**"* [vette letter aangebracht door het hof]

5.4.12 De Russische Federatie heeft ter ondersteuning van haar standpunt verder gewezen op een arrest van het Hof van Justitie van de EU inzake een handelsakkoord tussen de EU en Marokko over de vrijmaking van de handel in landbouw- en visserijproducten (arrest van het Hof van Justitie van 21 december 2016 in zaak C-104/16 P, *Raad/Front Polisario*, ECLI:EU:C:2016:973). In dit arrest ging het om de vraag of dit handelsakkoord mede van toepassing was op de Westelijke Sahara. Marokko rekent de Westelijke Sahara tot zijn grondgebied. Dat wordt betwist door het Front Polisario, een organisatie die opkomt voor de inheemse bevolking van de Westelijke Sahara. Het Internationaal Gerechtshof heeft in een advies geoordeeld dat de inheemse bevolking van de Westelijke Sahara ingevolge het algemene volkenrecht het recht op zelfbeschikking toekwam. Mede in het licht van dat advies oordeelde het Hof van Justitie van de EU dat de definitie "het grondgebied van Marokko" in de associatieovereenkomst tussen de EU en Marokko niet de Westelijke Sahara omvatte. Naar het oordeel van het hof moet rechtsoverweging 95 van het arrest met betrekking tot de betekenis van artikel 29 WVV, waarop de Russische Federatie zich beroept, in die bijzondere context worden gezien. Voor zover het Hof van Justitie in algemene zin zou hebben bedoeld dat uit artikel 29 WVV volgt dat een verdrag een staat uitsluitend bindt ten aanzien van internationaal erkend soeverein grondgebied, volgt het hof dat standpunt niet. Zoals hiervoor overwogen, kan naar het oordeel van het hof uit de bepaling in artikel 29 WVV dat een verdrag van toepassing is op het "*entire territory*" van een verdragspartij, worden afgeleid dat een verdrag ook geldt voor een gebied ten aanzien waarvan een staat rechtsmacht of effectieve controle uitoefent. Het hof voegt daaraan toe dat het niet gehouden is om de uitspraak van het Hof van Justitie van de EU, als deze de betekenis zou hebben die de Russische Federatie er aan toeschrijft, te volgen, aangezien de uitspraak niet de uitleg van het Unierecht betreft.

Ad (iii)

5.4.13 Het hof is hiervoor (in 5.4.7 en volgende) reeds ingegaan op de betekenis van de tekst van artikel 1 lid 4 BIT 1998. Met betrekking tot de context van artikel 1 lid 4 BIT 1998 haalt de Russische Federatie andere bepalingen van de BIT 1998 aan waaruit volgens haar volgt dat het begrip *territory* slechts naar het grondgebied van één verdragspartij verwijst. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen, betekent het feit dat gebied waarover een staat rechtsmacht en effectieve controle uitoefent tot de *territory* van een verdragsstaat wordt gerekend, niet dat dat gebied voor de doeleinden van het verdrag tegelijkertijd onderdeel is van twee verdragsstaten. Voorwerp en doel van de BIT 1998 is niet alleen het stimuleren, maar ook het beschermen van investeringen. Dit volgt in de eerste plaats uit de aanduiding van het verdrag (*on the encouragement and mutual protection of investments*), en daarnaast ook uit het feit dat de bescherming zich uitstrekt over investeringen gedaan op of na 1 januari 1992, dus ook over investeringen gedaan vóór het sluiten en de inwerkingtreding van het verdrag. Het betoog van de Russische Federatie dat de bescherming uitsluitend gericht is op – gerekend vanaf het moment van sluiten van het verdrag – toekomstige investeringen, volgt het hof dus niet.

5.4.14 Hierbij sluit aan dat in de preambule van de BIT 1998 de bedoeling van het verdrag wordt

weergegeven als “*intending to create and maintain favorable conditions for mutual investments*”. Bij het creëren van zulke gunstige omstandigheden gaat het niet alleen om het in het vooruitzicht stellen van bescherming voor toekomstige investeerders, maar ook om de bescherming van bestaande investeringen. De bescherming van bestaande investeringen dient ook het doel van het stimuleren van toekomstige investeringen. Toekomstige investeerders worden immers afgeschrikt als reeds bestaande investeringen (van derden of van henzelf) zonder adequate rechtsbescherming of compensatie worden onteigend of op andere wijze worden aangetast.

- 5.4.15 Het scheidsgerecht heeft vastgesteld – en dit wordt door partijen in deze vernietigingsprocedure ook niet bestreden – dat geen van beide verdragspartijen stappen heeft gezet om te komen tot een beëindiging van de werking van de BIT 1998. Er moet dus vanuit gegaan worden dat het de bedoeling van de verdragspartijen was en nog steeds is om investeringen over en weer in hun respectieve grondgebieden aan te moedigen en te beschermen.
- 5.4.16 Bij een uitleg te goeder trouw van de BIT 1998 past dat verplichtingen van het verdrag rusten op de verdragspartij die het in haar macht heeft om in een gebied de desbetreffende bescherming daadwerkelijk te bieden, doordat zij rechtsmacht en effectieve controle over dat gebied uitoefent en als uitvloeisel daarvan ten aanzien van dat gebied de verantwoordelijkheid voor de buitenlandse relaties op zich heeft genomen. Er is geen reden om aan te nemen dat partijen ten tijde van het sluiten van het verdrag beoogd hebben verdragsverplichtingen afhankelijk te maken van factoren die niet van belang zijn voor het bieden van rechtsbescherming. Belangrijk onderdeel van die rechtsbescherming wordt gevormd door artikel 5 BIT 1998 (*Expropriation*), dat bescherming biedt tegen onteigening en nationalisatie van investeringen. Het is de Russische Federatie die op het grondgebied van de Krim sinds de gebeurtenissen in 2014 de macht heeft om investeringen te onteigenen, met toepassing van de aan Russische overheidsorganen toekomende bevoegdheden. De Russische Federatie heeft niet, althans niet gemotiveerd, betwist dat de investeringen van Everest c.s. op deze wijze, dus met gebruikmaking van overheidsbevoegdheden (in de vorm van overheidsdecreten) zijn onteigend.
- 5.4.17 Ook in de internationale literatuur wordt aangenomen dat verdragen van toepassing kunnen zijn in geannexeerde grondgebieden, zeker als het aankomt op de bescherming van individuen (waaronder vallen investeerders van een verdragsstaat). Dat geldt dus ook in het onderhavige geval. Dat is niet anders indien, zoals de Russische Federatie stelt, geen sprake is van annexatie maar van incorporatie. Wat geldt voor geannexeerd gebied, geldt ook voor geïncorporeerd gebied, aangezien de rechtsmacht en effectieve controle over het desbetreffende gebied in beginsel dezelfde is (zie Hap en Wuschka, *Horror Vacui: Or Why Investment Treaties Should Apply to Illegally Annexed Territories*, *Journal of International Arbitration*, 33 *J.Int.Arb.* 256 (2016) en Costelloe, *Treaty Succession in Annexed Territory*, 65 *ICLZ*, 2016).
- 5.4.18 De verwijzing van de Russische Federatie naar artikel 73 WVV is misplaatst. Dat artikel bepaalt dat met het WVV niet beoogd is vooruit te lopen op een nog op te stellen verdrag over de gevolgen van statenopvolging, internationale statenaansprakelijkheid of het uitbreken van vijandelijkheden tussen staten. De vraag in hoeverre een staat gebonden is door een verdrag in gevallen van statenopvolging of gewapend conflict wordt daarom bepaald door de specifieke regels van elk verdrag en in beginsel niet door het WVV (Dörr, a.w., blz. 1334). Voor een uitleg te goeder trouw van artikel 1 lid 4 BIT 1998 is dat niet van belang.
- 5.4.19 Gezien het voorgaande is er op basis van een uitleg te goeder trouw van artikel 1 lid 4 van de BIT 1998 overeenkomstig de gewone betekenis, in zijn context en in het licht van het voorwerp en het doel van het verdrag, geen reden om aan te nemen dat de Krim niet valt

onder de *territory* van de Russische Federatie als gedefinieerd in dit artikel. Het hof tekent daarbij nog aan dat het bij een uitleg van het verdrag conform de maatstaven van artikel 31 WVV, niet erop aankomt dat de verdragspartijen ten tijde van het sluiten van het verdrag deze feitelijke situatie, te weten de incorporatie van de Krim door de Russische Federatie vele jaren later, hebben voorzien en onder de werking van het verdrag hebben willen brengen. In zijn algemeenheid is het onmogelijk dat bij het sluiten van een verdrag alle mogelijke toekomstige situaties onder ogen worden gezien. Het komt erop aan na te gaan wat past bij de bedoelingen van partijen ten aanzien van de werking van het verdrag op het moment van het sluiten daarvan. De bedoeling van partijen was om investeringen van de onderdanen van een verdragspartij te beschermen tegen onder meer onteigeningen door de andere verdragspartij. Daarbij past dat tot het grondgebied van een verdragsstaat wordt gerekend, elk gebied waarover een verdragspartij rechtsmacht en effectieve controle uitoefent, die haar de mogelijkheid geven om investeringen van onderdanen van de andere verdragspartij te onteigenen.

5.4.20 De conclusie is dat het scheidsgerecht niet is uitgegaan van een onjuiste definitie van het begrip *territory* en dat dit dus geen grond voor vernietiging van het arbitrale (tussen)vonnis oplevert. Het argument van de Russische Federatie dat de BIT 1998 uitgaat van reciprociteit, zodat de Krim niet kan worden gekwalificeerd als *territory* in de zin van de BIT 1998 zolang Oekraïne de soevereine rechten van de Russische Federatie ten aanzien van de Krim niet erkent, zal hierna worden besproken. Dat argument leidt niet tot een andere conclusie.

5.5 Reciprociteit

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.5.1 Het scheidsgerecht is niet ingegaan op de volgens de Russische Federatie vereiste reciprociteit van verplichtingen van de Russische Federatie tegenover Oekraïense investeerders enerzijds, en verplichtingen van Oekraïne tegenover Krimse investeerders anderzijds. Wel heeft het scheidsgerecht in het arbitrale tussenvonniss aandacht besteed aan de *non-disputing party submission* van Oekraïne. Het scheidsgerecht heeft uit die *submission* afgeleid dat Oekraïne de soevereiniteitsclaim van de Russische Federatie op de Krim bestrijdt, maar tegelijkertijd aanvaardt dat in het kader van de BIT 1998 de *territory* van de Russische Federatie de Krim omvat aangezien de Russische Federatie thans rechtsmacht en effectieve controle heeft over de Krim (§ 147 van het arbitrale tussenvonniss).

Het standpunt van de Russische Federatie

5.5.2 De Russische Federatie heeft – naast en in het verlengde van het *territory* argument – benadrukt dat de BIT 1998 na de incorporatie van de Krim niet kan worden toegepast, omdat voor de werking van de BIT 1998 noodzakelijk is dat sprake is van reciprociteit. Omdat Oekraïne op grond van haar eigen wetgeving geen bescherming biedt onder de BIT 1998 voor investeringen op haar grondgebied door Krimse investeerders, kunnen er volgens de Russische Federatie geen verplichtingen van de Russische Federatie onder de BIT 1998 bestaan ten aanzien van Oekraïense investeringen op de Krim.

5.5.3 De Russische Federatie heeft dit standpunt als volgt nader uitgewerkt.

5.5.3.1 Reciprociteit vormt de hoeksteen van alle bilaterale investeringsverdragen, die tot doel hebben om de wederzijdse uitwisseling van kapitaal en technologie te bevorderen door de wederzijdse bescherming van buitenlandse investeringen en investeerders. Het fundamentele belang van reciprociteit blijkt uit de titel van de BIT 1998 ("*Agreement (...) on the Encouragement/Promotion and Reciprocal/Mutual Protection of Investments*") en de preambule van de BIT 1998 waar deze begrippen worden herhaald.

5.5.3.2 Oekraïne heeft na de incorporatie een aantal wetten ingevoerd die onder meer de

exclusieve gelding van Oekraïense wetgeving op de Krim regelen en overheidsbesluiten van de huidige autoriteiten op de Krim nietig verklaren, voor zover deze niet in overeenstemming zijn met Oekraïens recht. In deze wetten worden investeringen van Oekraïense bedrijven en personen op het grondgebied van de Krim aangemerkt als binnenlandse investeringen. Oekraïne is ook niet bereid bescherming te bieden onder de BIT 1998 aan Russische investeerders die vanuit de Krim in Oekraïne investeren.

5.5.3.3 Oekraïne legt de BIT 1998 dus zelf niet uit als ware de Krim onderdeel van de *territory* van de Russische federatie. Daarmee is de BIT 1998 zowel volgens de Russische Federatie als volgens Oekraïne niet van toepassing ten aanzien van de Krim. Opschorting van de toepassing van de BIT 1998 ten aanzien van de Krim door verdragspartijen is dus niet nodig. Voor een wijziging van de BIT 1998 is op grond van artikel 13 BIT 1998 de instemming van beide verdragspartijen vereist. De beslissing van het scheidsgerecht legt ten onrechte eenzijdig nieuwe verplichtingen op aan de Russische Federatie.

Het standpunt van Everest c.s.

5.5.4 Everest c.s. hebben bestreden dat het "reciprociteitsbeginsel", althans de wijze waarop het door de Russische Federatie wordt toegepast, naar internationaal recht bestaat. Volgens Everest c.s. kan niet worden aanvaard dat een staat zijn verdragsverplichtingen geheel zou kunnen afwijzen op basis van zijn eigen, eenzijdige vaststelling van een mogelijke, toekomstige schending van de corresponderende verplichtingen door de andere verdragsstaat. Het is de BIT 1998 zelf die bepaalt of investeringen worden beschermd. Zelfs als Oekraïne van mening zou zijn dat investeringen vanuit de Krim in Oekraïne niet beschermd zouden zijn op grond van de BIT 1998, dan nog betekent dat niet dat Oekraïense investeerders in de Krim geen aanspraak kunnen maken op bescherming tegenover de Russische Federatie. De BIT 1998 is nog steeds van kracht tussen partijen en geen van beide partijen heeft stappen genomen om de toepassing van de BIT 1998 op de Krim op te schorten. De Russische Federatie heeft overigens geen enkel geval aangevoerd waarin Oekraïne haar verplichtingen onder het verdrag jegens Russische investeerders vanuit de Krim heeft geschonden.

Het oordeel van het hof

5.5.5 Het hof wijst het standpunt af dat de BIT 1998 geen gelding heeft op de Krim wegens gebrek aan reciprociteit. Als uitgangspunt geldt dat geen van beide partijen de BIT 1998 heeft geschorst of opgezegd. Door het aanhangig maken van de arbitrale procedure hebben Everest c.s. het door de Russische Federatie in de BIT 1998 gedane aanbod tot arbitrage aanvaard. Het scheidsgerecht diende vervolgens – aan de hand van (een uitleg van) de BIT 1998 – te beoordelen of de Russische Federatie uit de BIT 1998 voortvloeiende verplichtingen heeft geschonden, zoals het scheidsgerecht ook heeft gedaan. Welke verplichtingen voor Oekraïne uit de BIT 1998 voortvloeien, hoefde in de arbitrale procedure niet beoordeeld te worden. Dat Oekraïne niet – in abstracte zin – "de verplichting heeft aanvaard" om investeringen van op de Krim gevestigde (rechts)personen op het grondgebied van Oekraïne uit hoofde van de BIT 1998 te beschermen, maakt dat niet anders. Een concrete schending van de BIT 1998 door Oekraïne is door de Russische Federatie niet aangevoerd. Voor het geval daarvan wel sprake zou zijn (ten opzichte van enige investeerder in Oekraïne vanuit de Krim), hebben Everest c.s. er terecht op gewezen dat de verplichtingen die voor Oekraïne uit de BIT 1998 voortvloeien in zo'n geval door een scheidsgerecht (zo nodig aan de hand van een uitleg van de BIT 1998) kunnen worden vastgesteld. Een andere opvatting zou juist bewerkstelligen dat het – door de Russische Federatie benadrukte – niet-politieke karakter van de BIT 1998 wordt uitgehold.

5.5.6 Wat betreft het argument van de Russische Federatie dat de BIT 1998 niet behoefde te worden opgeschort omdat het niet van toepassing is ten aanzien van de Krim, wordt

verwezen naar de bespreking van de stellingen van de Russische Federatie inhoudende dat de Krim niet kan worden beschouwd als *territory* in de zin van de BIT 1998, dat Everest c.s. geen door het verdrag beschermde *investments* hebben gedaan en dat Everest c.s. geen *investors* zijn in de zin van de BIT 1998. Deze stellingen zijn hiervoor aan de orde geweest of komen hierna aan de orde, en worden door het hof niet aanvaard.

5.6 De definitie van *investments*

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.6.1 Het scheidsgerecht heeft zich in het arbitrale tussenvonnissen gebogen over de vraag of er sprake is van een geschil over *investments* als bedoeld in de BIT 1998. Daarbij heeft het scheidsgerecht als uitgangspunt genomen dat de twee bepalende elementen van de definitie van *investment* zijn: (i) een investering in *assets* (ii) in de *territory* van de andere verdragspartij. Het tweede element keert volgens het scheidsgerecht ook terug in artikel 12 BIT 1998, waar wordt gesproken over “*all investments made by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, on or after 1 January 1992*”. Het scheidsgerecht heeft zich de vraag gesteld of deze bepalingen vereisen dat de investering, op het moment dat zij plaatsvond, werd gedaan op het grondgebied van de andere verdragspartij. Deze vraag beantwoordt het scheidsgerecht ontkennend. Als een vereiste van gelijktijdigheid deel zou uitmaken van artikel 1 lid 1 en artikel 12 BIT 1998, dan zou bescherming op grond van de BIT 1998 worden ontzegd aan een categorie investeerders louter vanwege de locatie van hun investering, terwijl die investering is gedaan na 1 januari 1992. Volgens het scheidsgerecht is dat niet de bedoeling geweest van de verdragspartijen. Een uitleg waarbij het bestaan van een *investment* wordt aangenomen als beide elementen van de definitie vervuld zijn voordat de inbreuk op de BIT 1998 zich voordoet, sluit volgens het scheidsgerecht aan bij de bedoelingen van de verdragspartijen. Bij deze uitleg blijft in het onderhavige geval het wederzijdse karakter van de BIT 1998 in stand, aangezien de Russische Federatie baat heeft bij investeringen van Everest c.s. en Everest c.s. baat hebben bij de bescherming van de BIT 1998. Daarentegen zou een uitleg waarbij een investering alleen als een *investment* in de zin van de BIT 1998 kwalificeert als zij plaatsvindt op het grondgebied van de andere verdragspartij op het moment van investering, volgens het scheidsgerecht tot een onredelijk resultaat leiden dat zich niet verdraagt met artikel 31 WVV.

Het standpunt van de Russische Federatie

5.6.2 De Russische Federatie voert aan dat het scheidsgerecht ten onrechte heeft aangenomen dat het hier gaat om investeringen als bedoeld in artikel 1 lid 1 BIT 1998.

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

5.6.3.1 De Russische Federatie stelt voorop dat het centrale doel van investeringsverdragen als de BIT 1998 is het aantrekken van *buitenlandse* investeringen. Zij wijst op uitspraken van scheidsgerechten en literatuur waarin is bevestigd dat investeringsverdragen uitsluitend beogen oorspronkelijk buitenlandse investeringen te beschermen.

5.6.3.2 Onder verwijzing naar tekst, context, voorwerp en doel van de BIT 1998 voert de Russische Federatie aan, dat de (gestelde) investeringen, om in aanmerking te komen voor bescherming onder de BIT 1998, in ieder geval *oorspronkelijk* – dat wil zeggen ten tijde van het doen van de investeringen – dienen te zijn gedaan op het grondgebied van de andere verdragspartij. De tekst van artikel 1 lid 1 BIT 1998 brengt mee dat het moet gaan om (i) *assets [which are] invested* (een handelingsvereiste), (ii) *in the territory of the other Contracting Party* (een territoriaal vereiste) en (iii) *in accordance with its legislation* (een legaliteitsvereiste). De gewone betekenis van *invested* duidt op een eenmalige, actieve handeling. Het op passieve wijze worden van een buitenlandse investeerder louter door een

wijziging van het grondgebied van een van de verdragspartijen valt hier niet onder. Die gewone betekenis wijst verder op een handeling die in het verleden heeft plaatsgevonden. Dit moet worden onderscheiden van het voortdurende *holding, owning of controlling* van investeringen. Dergelijke bezitsvormen komen niet voor in de BIT 1998 (anders dan in verschillende andere investeringsverdragen). Precies dit onderscheid tussen het verrichten van een actieve investeringshandeling ("*invested*") en het bezitten/houden ("*held*", "*owned*" of "*controlled*") van een investering maakt dat de definitie van *investments* in artikel 1 lid 1 BIT 1998 een grensoverschrijdend element vereist ten tijde van het doen van de oorspronkelijke investering. De Russische Federatie verwijst naar diverse uitspraken in geschillen onder BIT-verdragen die bevestigen dat voor bescherming onder de desbetreffende verdragen onvoldoende is dat de investeerder de vereiste buitenlandse nationaliteit verkrijgt na het doen van de investering.

5.6.3.3 Ook het vereiste dat de investering moet zijn gedaan op het grondgebied van de andere verdragspartij "*in accordance with its legislation*" geeft aan dat de relevante peildatum voor toetsing onder artikel 1 lid 1 BIT 1998 het moment is van het doen van de oorspronkelijke investering. Dit moment is bepalend om vast te stellen of een investering is gedaan in overeenstemming met het recht van de andere verdragspartij, het gastland. Dit wordt bevestigd door de overgelegde rapporten van alle experts, naast verschillende arbitrale uitspraken.

5.6.3.4 Wat de context betreft betoogt de Russische Federatie dat artikel 12 BIT 1998 bevestigt dat oorspronkelijk binnenlandse investeringen van bescherming zijn uitgesloten. Deze bepaling sluit immers investeringen uit die zijn gedaan vóór 1 januari 1992. Zowel de Russische Federatie als Oekraïne waren toen onderdeel van de Sovjet-Unie, en investeringen op elkaars grondgebied golden toen als binnenlandse investeringen. Verder bevestigt het gebruik van "*investments made*" in artikel 12 BIT 1998 dat een *investment* een actieve handeling vereist.

5.6.3.5 Ook een uitleg met inachtneming van voorwerp en doel van de BIT 1998 duidt er volgens de Russische Federatie op dat alleen buitenlandse investeringen aanspraak kunnen maken op bescherming. Het voorwerp en doel van de BIT 1998 is om investeringen aan te moedigen van oorspronkelijk buitenlandse investeerders, en dat zijn Everest c.s. niet.

5.6.3.6 Aanvullende middelen van uitleg, zoals de *travaux préparatoires*, kunnen op grond van artikel 32 sub b WVV alleen worden gebruikt als een uitleg overeenkomstig tekst, context en voorwerp en doel van het verdrag zou leiden tot een resultaat dat "duidelijk ongerijmd of onredelijk" is. Daarvan is geen sprake.

Het standpunt van Everest c.s.

5.6.4 Everest c.s. hebben aangevoerd dat hun investeringen moeten worden beschouwd als *investments* in de zin van artikel 1 lid 1 BIT 1998. Samengevat hebben zij dit standpunt als volgt uitgewerkt.

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

5.6.4.2 Dit geldt dus ook voor de investeringen van Everest c.s. De erfpachtovereenkomsten van Everest c.s. gaven hen gebruiksrechten en zijn daarmee "*documents (...) confirming rights*

of use" in de zin van artikel 12 van de *Crimean Incorporation Law*. De verordeningen waarbij de Russische autoriteiten het vastgoed van Everest c.s. hebben onteigend, vermelden op geen enkele wijze non-conformiteit met Russisch of Oekraïens recht als rechtvaardiging voor de onteigening.

5.6.4.2 Everest c.s. voeren verder aan dat het scheidsgerecht terecht de termen van het verdrag zo geïnterpreteerd heeft dat niet is vereist dat de investeringen buitenlandse investeringen waren op het moment dat ze werden verricht. Het zinsdeel "*assets [which are] invested by an investor*" in de BIT 1998 moet (in het Engels) worden geïnterpreteerd als "*assets [which are] held by an investor*". Uit het gebruik van het imperfectieve aspect van het werkwoord "investeren" in de authentieke Russische en Oekraïense versies van het verdrag volgt dat het niet de bedoeling was dat deze definitie een temporele beperking zou opleggen.

5.6.4.3 Artikel 12 BIT 1998 behandelt wel de *timing* van investeringen. Het is geformuleerd in de verleden tijd en opent de mogelijkheid dat het verdrag wordt toegepast op investeringen die reeds op een eerder moment zijn gedaan, maar niet vóór 1 januari 1992. Als de BIT 1998 investeringen beschermt die werden gedaan voordat het verdrag werd gesloten, dan is er geen basis in het WVV om in het verdrag een beperking te lezen dat een investering zich reeds moet hebben bevonden in het gebied van de andere verdragsstaat op het moment dat de investering werd gedaan.

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

5.6.4.5 Everest c.s. hebben er verder op gewezen dat de door de Russische Federatie genoemde beslissingen in zaken betreffende andere bilaterale investeringsverdragen geen van alle een vergelijkbare feitelijke context hadden. Daarentegen zijn de zaken die samenhangen met de incorporatie van de Krim wel vergelijkbaar. Dat geldt ook voor gelijksoortige vernietigingszaken die voor het Zwitserse Federale Hooggerechtshof zijn gebracht (*Russian Federation vs PJSC Ukrnafta* en *Russian Federation vs Stabil LLC et al.*, uitspraken van 16 oktober 2018). In al deze zaken is geoordeeld dat de BIT 1998 van toepassing is op de (oorspronkelijk Oekraïense) investeringen die in die zaken aan de orde waren.

Het oordeel van het hof

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

"For the purposes of this Agreement:

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

(...)

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

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

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

(i) uit de letterlijke bewoordingen van het verdrag blijkt niet dat de investeringen van meet af aan op het grondgebied van de andere verdragsstaat moeten zijn gelegen om te kwalificeren als *investments* in de zin van het verdrag;

(ii) een uitleg van artikel 1 lid 1 BIT 1998 conform de uitlegmaatstaf van artikel 31 WvV leidt tot de conclusie dat voor de toepasselijkheid van het verdrag voldoende is dat de – na 1992 gedane – investeringen zich op het moment van de gestelde inbreuk op het grondgebied van de andere verdragsstaat bevonden.

5.6.8 Het hof volgt niet het standpunt van de Russische Federatie dat de gewone betekenis van *investments* een temporele beperking bevat. Tegenover het taalkundige argument van Everest c.s. (het gebruik van het imperfectieve aspect van het werkwoord “investeren” in de authentieke Russische en Oekraïense versies van het verdrag) stelt de Russische Federatie dat het scheidsgerecht dat taalkundige aspect zelf niet aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd. Dat sluit echter niet uit dat het hof dit aspect bij de toetsing van de bevoegdheid van het scheidsgerecht betreft (vgl. hierboven onder 5.2.12). De Russische Federatie heeft niet betwist dat het gebruik van het imperfectieve aspect een aanwijzing kan zijn dat geen temporeel vereiste is beoogd. De drie vereisten die volgens de Russische Federatie zijn begrepen in de definitie van *investments* (een handelingsvereiste, een territoriaal vereiste en een legaliteitsvereiste) sluiten niet uit dat een investering die zich aanvankelijk op het grondgebied van de eigen verdragsstaat bevond, door de BIT 1998 wordt beschermd tegen een onteigening die plaatsvindt op een moment dat de investering zich bevindt op het grondgebied van de andere verdragsstaat. Dat een investering een actieve handeling vereist zegt niets over het moment waarop die handeling moet plaatsvinden om onder het bereik van de BIT 1998 te vallen, en de door Russische Federatie aangehaalde territoriale - en legaliteitsvereisten bevatten evenmin een temporeel element.

5.6.9 Van belang is verder dat artikel 12 BIT 1998 erin voorziet dat het verdrag mede van toepassing is op investeringen die zijn gedaan vóór het sluiten en in werking treden van het verdrag, namelijk investeringen gedaan vanaf 1 januari 1992. In artikel 12 is bij het woord “*made*” in de Russische en Oekraïense taalversies gebruik gemaakt van een ander werkwoordaspect dan bij het woord “*invested by*” in artikel 1 lid 1 BIT 1998. Het werkwoordaspect van “*made*” verwijst (anders dan het werkwoordaspect van “*invested by*”) wél naar de verleden tijd (een zogenoemd perfectief aspect). Dit heeft het scheidsgerecht in een andere arbitrage over investeringen op de Krim (PCA Case No. 2015-07, *Aeroporto Belbek c.s./Russian Federation, Interim Award* van 24 februari 2017) bij zijn oordeel betrokken (vgl. § 239 van de *Interim Award*). De Russische Federatie heeft niet bestreden dat sprake is van verschillende werkwoordaspecten in deze artikelen. Dat investeringen van voor 1 januari 1992 niet vallen onder bescherming van het verdrag ligt in zoverre voor de hand, dat zowel Oekraïne als de Russische Federatie tot 1 januari 1992 deel uitmaakten van de Sovjet-Unie. Het verdrag bevat daarmee een “harde” grens in de tijd: investeringen gedaan voor die datum komen niet in aanmerking voor bescherming. Dat het verdrag niet spreekt van het enkele “houden of bezitten van investeringen” sluit aan bij de naar het oordeel van het hof in de BIT 1998 besloten liggende bedoeling om ten tijde van de Sovjetperiode verkregen eigendommen buiten de werking van het verdrag te laten vallen. Een vereiste van gelijktijdigheid valt hier niet uit af te leiden.

5.6.10 Aldus geldt dat investeringen van vóór 1 januari 1992 wel buiten het verdrag zijn gehouden, maar dat in de bewoordingen van het verdrag voor investeringen van na die datum geen temporele vereisten kunnen worden gelezen. Anders gezegd: uit de tekst van artikel 1 lid 1 BIT 1998, gezien in de context, volgt niet dat investeringen, om voor

bescherming in aanmerking te komen, zich reeds ten tijde van de investering op het grondgebied van de andere verdragsstaat moesten bevinden. Tussen partijen is overigens niet in geschil dat de investeringen van Everest c.s. ná 1992 zijn gedaan. In verband hiermee is de uitspraak van het Cour d'Appel de Paris van 30 maart 2021 in de Oschadbank-zaak (*Fédération de Russie v. JSC Oschadbank, Cour d'Appel de Paris no 19/04161*), die na het pleidooi in de onderhavige zaak op verzoek van het hof nog is overgelegd, voor de beoordeling van deze zaak niet relevant: door het Cour d'Appel is geoordeeld dat Oschadbank haar *assets* vóór 1992 had verkregen.

- 5.6.11 Een uitleg te goeder trouw van het verdrag in het licht van voorwerp en doel – naast de hiervoor genoemde tekst en context – leidt evenmin tot de conclusie dat de investeringen zich van meet af aan op het grondgebied van de Russische Federatie moeten hebben bevonden. Hiervoor heeft het hof al overwogen dat de BIT 1998 naast en in het verlengde van het doel van het stimuleren van investeringen uit de andere verdragsstaat ook nadrukkelijk tot doel heeft het beschermen van investeringen. Het past bij deze beschermingsgedachte om het verdrag van toepassing te laten zijn op alle investeringen die er op basis van de tekst van het verdrag voor in aanmerking komen. Daarom is niet doorslaggevend dat Everest c.s. bij het doen van de investeringen geen verdragsbescherming in het vooruitzicht hadden en dat hun investeringsbeslissingen daardoor dus niet beïnvloed zijn. Datzelfde geldt immers voor de ook door het verdrag beschermde investeringen die zijn gedaan vóór het opstellen en de inwerkingtreding van het verdrag. De slotsom is dat in de tekst, context en voorwerp en doel van het verdrag – mede gezien deze beschermingsgedachte – geen aanwijzingen zijn te vinden voor de door de Russische Federatie voorgestane beperkte uitleg van het begrip *investments*.
- 5.6.12 Het feit dat de investeringen moeten zijn gedaan in overeenstemming met de wetgeving van de gaststaat, brengt gezien voorwerp en doel van de BIT 1998 geen vereiste van gelijktijdigheid met zich mee. De vaststelling of de investeringen voldoen aan de Russische wetgeving kan plaatsvinden met als toetsingsmoment de datum van incorporatie van de Krim door de Russische Federatie. Deze toets is door het scheidsgerecht ook tegen deze datum uitgevoerd in het arbitrale tussenvonnissen. Het scheidsgerecht is daarbij uitgegaan van de Russische wetgeving die bepaalt dat – kort gezegd – (eigendoms)rechten op de Krim die onder Oekraïens recht golden na de incorporatie werden gerespecteerd. Op de legaliteit van de investeringen van Everest c.s. zal het hof hierna nog terugkomen.
- 5.6.13 De Russische Federatie heeft gewezen op arbitrale rechtspraak onder BIT-verdragen (o.a. *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, 18 juni 2010) waaruit volgt dat de controle op de wettigheid van een investering moet plaatsvinden op het moment dat de investering wordt gedaan. Deze rechtspraak verzet zich niet tegen de uitleg van het scheidsgerecht. Bij dit uitgangspunt past immers dat de wetmatigheid van de investeringen in dit geval door het scheidsgerecht is getoetst op het moment dat de investeringen onderdeel gingen uitmaken van de rechtsorde van de Russische Federatie, dat wil zeggen ten tijde van de incorporatie.
- 5.6.14 Het hof sluit zich wat betreft het voorgaande aan bij de uitspraken van het Zwitserse Federale Hooggerechtshof van 16 oktober 2018 in vergelijkbare zaken, waarin de Russische Federatie eveneens de vernietiging vorderde van arbitrale vonnissen waarbij Oekraïense investeerders die bescherming onder de BIT 1998 hadden gezocht voor investeringen gedaan op de Krim voor de incorporatie in het gelijk waren gesteld (*Russische Federatie v. Ukrnafta*, zaaknr. 396/2017 en *Russische Federatie v. Stabil LLC e.a.*, zaaknr. 398/2017). In deze zaken was de uitleg van artikel 1 lid 1 BIT 1998 ook aan de orde (in de Engelse vertaling van de Zwitserse uitspraken aangeduid als: *Article 1 (1) IPA (Investment Protection Agreement) 1998*). Het Zwitserse Federale Hooggerechtshof oordeelde (in de Engelse vertaling):

"We cannot concur with the Appellant when it argues that the very wording of Art. 1 (1) IPA 1998 indicates that the agreement only protects investments that, at the time of their making, were made by an investor from one Contracting State on the territory of another Contracting State; while by contrast, investments that were originally made in the investor's home country and "are located in the territory of the host country at a later time only due to a boundary change" do not fall under the protection of the 1998 Investment Protection Agreement. Contrary to the view argued in the appeal, the wording "assets [which are] invested by an investor of once Contracting Party in the territory of the other Contracting Party" does not clearly indicate whether Art. 1 (1) IPA 1998 presupposes that the investment was already made in the host country's territory from the outset, or whether the definition also includes investments made in a territory that only later came under the control of the host country. On the sole evidence of the wording of the text of the agreement as translated into English, there seems to be no more reason to rule out the position that the term "investments" entails an additional temporal restriction concerning a boundary change, than there is to rule out the Appellee's opposing position that "investments" do not necessarily have to be in the foreign state from the outset.

(...)

If wording in other provisions of the agreement is also consulted, the verb forms used for "invest" in the authentic languages rather tend to argue against the assumption of a temporal restriction, as the Appellee comprehensibly argues in its response. While the (perfective) verb form in Art. 12 IPA 1998 (...) expresses that the temporal scope of the agreement depends on a defined point in time when investments were made ("investments made [...] in the territory of the other Contracting State on or after January 1, 1992"), the (imperfective) verb form used in Art. 1 (1) IPA 1998 (...) ("assets [which are] invested [...] in the territory of the other Contracting State") does not describe an action that must have been completed at a certain point in time. The element of duration is furthermore indirectly included in Article 1 (1) IPA 1998, at the end, according to which a subsequent change in the type of investments is not supposed to change anything about their nature as an investment within the meaning of that provision.

When the Appellant variously argues that the term "investments" under Article 1 (1) IPA 1998 presupposes a cross-border activity performed at a certain point in time, it appears to be taking a transaction-based approach that primarily reflects former thinking about the liberalization of capital movements and ignores the aspect of the investment protection of values and rights that do not have an immediate connection with a cross-border transaction. (...) By contrast, Article 1(1) IPA 1998, which itemizes – not exhaustively – various assets (...) clearly contains a (more broadly understood) asset-based definition (...). If the definition of investment in a treaty is not linked to a specific transaction which can per se be attributed to a certain point in time, the term "investment" also does not entail a temporal restriction with respect to crossing the border, as the Appellant claims. That the host country is willing to guarantee protection only to investments that are in harmony with its legislation ("assets [which are invested [...] in accordance with its legislation") is a prerequisite inherent in the system, from which nothing conclusive can be deduced concerning the question of the influence of a boundary change. (...)"

5.6.15 De Russische Federatie heeft aangevoerd dat een van de bij de zaak betrokken rechters, Klett, tijdens de openbare beraadslaging een "*dissenting opinion*" heeft gegeven. Het Zwitserse Federale Hooggerechtshof deed echter een unanieme uitspraak. Er bestaat ook geen officieel verslag van de openbare beraadslaging. Dat één van de rechters tijdens de openbare beraadslaging – naar zou volgen uit een namens de Russische Federatie opgemaakt verslag van die zitting – argumenten heeft genoemd voor een andere zienswijze, doet er niet aan af dat het Zwitserse Federale Hooggerechtshof tot de hierboven geciteerde uitspraak is gekomen, waarbij het hof zich aansluit.

5.6.16 De Russische Federatie heeft verder gewezen op vele uitspraken in BIT-arbitrages waaruit volgens haar om verschillende redenen volgt dat alleen "oorspronkelijk buitenlandse investeringen" voor bescherming onder de BIT 1998 in aanmerking komen. Het hof merkt daarover op dat het in die zaken ging om andere verdragen en om andere feitelijke situaties.

De zaken die wel een directe analogie inhouden met de onderhavige zaak zijn de arbitrages die door andere Oekraïense investeerders aanhangig gemaakt zijn naar aanleiding van de gebeurtenissen op de Krim. In die zaken hebben scheidsrechters met verschillende samenstellingen zonder uitzondering geoordeeld dat de BIT 1998 van toepassing is op (oorspronkelijk binnenlandse) Oekraïense investeringen die door de incorporatie van de Krim op het grondgebied van de Russische Federatie zijn komen te liggen. Dat in één van die zaken een *dissenting opinion* is afgegeven (door prof. [...] in de zaak *Naftogaz (Naftogaz v. The Russian Federation, PCA Case No. 2017-16)*) doet daar niet wezenlijk aan af.

5.6.17 Ten overvloede zal het hof hierna nog enkele van de door de Russische Federatie aangehaalde uitspraken bespreken.

5.6.17.1 De Russische Federatie heeft gewezen op een aantal uitspraken waar aan de orde was dat een oorspronkelijk binnenlandse investeerder naar het buitenland was verhuisd (dan wel de zetel van de rechtspersoon naar het buitenland had verplaatst) en de investeerder om die reden bescherming werd ontzegd (zoals het arrest van 25 april 2017 (no. 15/01040) van het Cour d'Appel de Paris in de vernietigingsprocedure van het arbitrale vonnis in de zaak *García and García v. Bolivarian Republic of Venezuela* en het arbitrale vonnis van 20 april 2016 in de zaak *Uzan v. Republic of Turkey, SCC Arbitration V 2014/023*). Deze uitspraken geven het hof geen grond om tot een ander oordeel te komen. Het ging in die zaken om investeerders die zich – op eigen initiatief en vaak specifiek met het doel om onder bescherming van een verdrag te komen vallen – hadden verplaatst. In het onderhavige geval gaat het om een verplaatsing van de grenzen van de verdragsluitende staten, waardoor een aanvankelijk binnenlandse investering buiten toedoen van de investeerder komt te liggen op grondgebied waarover de andere verdragsstaat rechtsmacht en effectieve controle heeft.

5.6.17.2 Ook heeft de Russische Federatie aandacht gevraagd voor diverse uitspraken van scheidsrechters waar de vraag aan de orde was of het hebben van belangen in een vennootschap in de ene verdragsstaat die op haar beurt bezittingen in de andere verdragsstaat heeft, als investeringen in de zin van het verdrag konden worden beschouwd (zoals *Berschader and Berschader v. The Russian Federation (SCC Case No.080/2004)*, *Standard Chartered Bank v. Tanzania (ICSID Case No. ARB/10/12)*, *Clorox Espana v. Venezuela (PCA Case No. 2015-30)*). Die zaken werpen echter geen licht op de in deze zaak voorliggende kwestie. Het gaat hier immers niet om de vraag of sprake is van een dergelijke indirecte investering door Everest c.s., maar om de vraag of deze investering zich in de Russische Federatie moest bevinden op het moment dat zij (actief) werd gedaan. Everest c.s. hebben er bovendien in hun conclusie van dupliek terecht op gewezen dat de arbitrale uitspraak in de zaak *Clorox Espana v. Venezuela* is vernietigd door het Zwitserse Federale Hoogerechtshof (*Clorox Spain S.L. v. Venezuela, Zwitserse Federale Hoogerechtshof, zaaknr. 4A 306/2019, 25 maart 2020*), waarbij het Zwitserse Federale Hoogerechtshof overwoog dat er geen reden is om de in het toepasselijke bilaterale investeringsverdrag voorkomende term "*invested by investors*" zo uit te leggen, dat sprake moet zijn van een actieve investering gedaan door de investeerder zelf in ruil voor een tegenprestatie.

5.6.17.3 Ook de vergelijking met de door de Russische Federatie aangehaalde zaken waar het ging om een binnenlandse investering in de ene verdragsstaat, waarvan de waarde volgens de investeerders in negatieve zin werd beïnvloed door maatregelen in de andere verdragsstaat, gaat niet op (*Bayview Irrigation District et al v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/05/01, Award, 19 juni 2007*); *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. the United States of America, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 28 januari 2008*). In die zaken waren de desbetreffende investeringen immers steeds binnenlands gebleven.

5.6.18 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het scheidsgerecht terecht heeft geoordeeld dat de investeringen van Everest c.s. (in beginsel) vallen onder het begrip *investments* als bedoeld in artikel 1 lid 1 BIT 1998, en dat er in zoverre dus geen grond tot vernietiging van de arbitrale uitspraken is.

5.7 De uitleg van *investor* in de zin van artikel 1 lid 2 BIT 1998

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.7.1 Het scheidsgerecht heeft vastgesteld dat Everest c.s. kwalificeren als *investor of a Contracting Party* (hierna: *investor*) in de zin van artikel 1 lid 2 van de BIT 1998. In het geval van [gedaagde 19] heeft het scheidsgerecht dat vastgesteld aan de hand van het interne en het internationale paspoort van [gedaagde 19], waaruit blijkt dat hij Oekraïens staatsburger was op het moment dat de gestelde inbreuken op de BIT 1998 plaatsvonden en het moment waarop de arbitrage is gestart. In het geval van de andere investeerders, die alle rechtspersonen zijn, heeft het scheidsgerecht dat vastgesteld aan de hand van een rapport van de heer [notaris], een Oekraïense notaris (hierna: [notaris]). [notaris] heeft bevestigd dat deze rechtspersonen kwalificeren als "*legal entities registered in Ukraine and operating under Ukrainian law*" en dat zij "*could therefore act as legitimate holders of real property rights*". Aan de hand van het rapport van [notaris] heeft het scheidsgerecht vastgesteld dat Everest c.s. naar Oekraïens recht eigenaars waren van de vastgoedobjecten. Het scheidsgerecht heeft verder vastgesteld dat onder de wetgeving die de Russische Federatie heeft aangenomen na de incorporatie van de Krim, de ten tijde van de incorporatie bestaande eigendomsrechten met betrekking tot vastgoedobjecten worden gerespecteerd, en dat de Russische autoriteiten de onteigening van de investeringen van Everest c.s. niet hebben gerechtvaardigd op grond van non-conformiteit van de eigendomsrechten van Everest c.s. met Oekraïens of Russisch recht. De conclusie van het scheidsgerecht luidt dat de investeringen van Everest voldoen aan de wettelijke vereisten (§ 167 van het arbitrale tussenvonniss).

Het standpunt van de Russische Federatie

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

5.7.2.1 De toets of een investeerder voldoet aan de definitie van *investor* in artikel 1 lid 2 BIT 1998 moet worden uitgevoerd op het moment van het doen van de investering. Het scheidsgerecht had dus moeten toetsen of Everest c.s. op het moment van de oorspronkelijke investering bevoegd waren naar Oekraïens recht om investeringen op het grondgebied van de andere verdragspartij te doen. Die toets kon niet worden uitgevoerd op het moment van de investering omdat Everest c.s. toen binnenlandse investeringen hebben gedaan.

5.7.2.2 Ook na de incorporatie van de Krim in maart 2014 kon die toets niet worden uitgevoerd omdat de Krim vanuit het perspectief van Oekraïne toen nog steeds geen buitenlands grondgebied was. De Oekraïense wetten inzake buitenlandse investeringen waren dus ook na maart 2014 niet van toepassing.

5.7.2.3 Het scheidsgerecht heeft zich ten onrechte gebaseerd op een bijzonder investeringsregime van Oekraïne voor investeringen in de Krim na maart 2014. De desbetreffende wetten bepalen uitdrukkelijk dat de Krim onderdeel is van Oekraïne en reguleren dus niet buitenlandse investeringen van Oekraïense investeerders.

5.7.2.4 Het scheidsgerecht is voorbijgegaan aan Resolutie nr. 699 van de Nationale Bank van Oekraïne (hierna: NBU) die Oekraïners verbiedt te investeren in de Krim.

Het standpunt van Everest c.s.

5.7.3 Everest c.s. hebben kort samengevat het volgende naar voren gebracht.

5.7.3.1 Artikel 1 lid 2 BIT 1998 bevat niet het temporele vereiste dat de bevoegdheid om te investeren moet bestaan op het moment dat de investering wordt gedaan. De bevoegdheid van Everest c.s. om te investeren in de Krim moet worden bepaald na de incorporatie. Het

feit dat de Krim nog geen onderdeel uitmaakte van de *territory* van de Russische Federatie op het moment dat de investeringen oorspronkelijk werden gedaan, kan Everest c.s. niet uitsluiten van bescherming als *investor*.

5.7.3.2 Overigens is de timing van de beoordeling van de bevoegdheid van Everest c.s. om te investeren irrelevant, omdat Everest c.s. zowel op het moment van hun oorspronkelijke investering als op het moment dat de BIT 1998 van toepassing werd op hun investeringen, bevoegd waren om te investeren in de Krim. Dat is bevestigd door de scheidsgerichten in de Ukranafta, Stabil, Belbek en PrivatBank arbitrages.

5.7.3.3 De belangrijkste autoriteit inzake Oekraïens recht, Oekraïne zelf, heeft bevestigd dat Everest c.s. aanspraak kunnen maken op bescherming onder de BIT 1998.

5.7.3.4 De resolutie van de NBU heeft betrekking op monetaire overdrachten naar de Krim na november 2014. Geen van de investeringen van Everest c.s. heeft monetaire overdrachten naar de Krim van na november 2014 ingehouden. De investeringen van Everest c.s. waren al onteigend in november 2014.

Het oordeel van het hof

5.7.4 Het hof is van oordeel dat het standpunt van de Russische Federatie dat Everest c.s. geen *investors* zijn als bedoeld in artikel 1 lid 2 van de BIT 1998 niet opgaat. Het vereiste in artikel 1 lid 2 van de BIT 1998 dat de *natural person* of de *legal entity* bevoegd is *in accordance with its legislation to make investments in the territory of the other Contracting Party* betekent (slechts) dat de investeerder volgens de wetten van zijn eigen land de bevoegdheid moet hebben om investeringen te verrichten op het grondgebied van de andere verdragsstaat. Dat Everest c.s. daartoe gerechtigd waren, staat niet ter discussie. Verder is het hof van oordeel dat het houden van de investeringen op de Krim na de incorporatie van de Krim niet in strijd is met regelgeving van Oekraïne. Dat Oekraïne deze investeringen formeel niet als buitenlandse investeringen beschouwt, maakt Everest c.s. niet onbevoegd om deze investeringen te houden. Zoals hiervoor reeds besproken, erkent Oekraïne dat de Russische Federatie *de facto* controle uitoefent op de Krim en gaat Oekraïne er in dat verband vanuit dat het de Russische Federatie is die verantwoordelijkheid draagt voor deze investeringen in die zin, dat de verplichting om – bijvoorbeeld – niet zonder adequate schadevergoeding tot onteigening over te gaan thans op de Russische Federatie rust.

5.7.5 Everest c.s. hebben voldoende toegelicht dat Resolutie nr. 699 van de NBU, die betrekking heeft op monetaire overdrachten naar de Krim, geen betrekking heeft op, althans geen gevolgen heeft voor, de investeringen van Everest c.s. op de Krim. De NBU heeft deze resolutie aangenomen in november 2014. Geen van de investeringen van Everest c.s. hield monetaire overdrachten in na die datum.

5.8 Everest c.s. hebben illegaal gehandeld bij het doen van hun investeringen

5.8.1 De Russische Federatie bestrijdt de oordelen van het scheidsgerecht dat de investeringen van Everest c.s. in de Krim te beschouwen zijn als *investments* in de zin van artikel 1 lid 1 BIT 1998, en dat Everest c.s. kwalificeren als *investor* in de zin van artikel 1 lid 2 BIT 1998, behalve met de reeds besproken stellingen ook met de stelling dat Everest c.s. hun investeringen hebben verkregen met behulp van fraude, corruptie en geweld. Volgens de Russische Federatie is het scheidsgerecht ook om die reden onbevoegd, aangezien het verdrag alleen legale investeringen verkregen door legaal handelende investeerders beschermt en Everest c.s. dus geen beroep kunnen doen op de BIT 1998 ten aanzien van hun investeringen. Het scheidsgerecht heeft zich over dit standpunt niet uitgelaten omdat het door de Russische Federatie niet in de arbitrage is aangevoerd. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen, heeft de Russische Federatie echter het recht om in deze procedure alsnog onbevoegdheidsgronden aan te voeren.

- 5.8.2 Tussen partijen is niet in geschil dat de BIT 1998 een legaliteitseis bevat, in die zin dat artikel 1 lid 1 vereist dat een *investment* moet zijn gedaan *in accordance with its legislation*, dat wil zeggen de wetgeving van de gaststaat. 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 de 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 (vgl. hof Den Haag, 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234 *HVY v Russische Federatie*, rov. 5.1.11.2.). Dat betekent voor het onderhavige geval, waarin het gaat om onroerend goed, dat de rechten daarop niet op illegale wijze mogen zijn verkregen. De Russische Federatie betwist nu dat aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van het verdrag is voldaan omdat Everest c.s. hun eigendomsrechten door corruptie, fraude en geweld hebben verkregen. Het is aan de Russische Federatie om die betwisting met voldoende concrete feiten te staven.
- 5.8.3 De Russische Federatie heeft haar standpunt onderbouwd met stellingen ten aanzien van corruptie, fraude en geweld bij de Privat Group en personen betrokken bij de Privat Group, en corruptie, fraude en geweld gepleegd bij de verkrijging van een aantal specifieke vastgoedobjecten, die volgens de Russische Federatie tezamen meer dan 90% uitmaken van de totale economische waarde van alle investeringen waarvoor Everest c.s. vergoeding heeft gevorderd.
- 5.8.4 Het hof zal hierna eerst de stellingen met betrekking tot de Privat Group bespreken, en vervolgens de stellingen met betrekking tot de specifieke vastgoedobjecten. Het hof hanteert daarbij als uitgangspunt dat Everest c.s. naar Oekraïens recht eigenaars waren van de vastgoedobjecten, en dat zij dat zijn gebleven na de incorporatie van de Krim (vgl. 5.7.1 hiervoor). Dat is door het scheidsgerecht vastgesteld aan de hand van, onder meer, het rapport van [notaris].

Privat Group

- 5.8.5 Volgens de Russische Federatie hebben de Privat Group en personen achter de Privat Group, waaronder de heer [A] (hierna: [A]), zich schuldig gemaakt aan corruptie en fraude bij de verkrijging van zeggenschap over voormalige staatsbedrijven en particuliere ondernemingen in Oekraïne. De Russische Federatie noemt verschillende voorbeelden, zoals de verkrijging van de voormalige staatsbedrijven Ukrnafta, Ukrrudprom en DneproAzot. Ukrnafta zou zijn verkregen met hulp van de voormalige president van Oekraïne [Z] , die door de Privat Group en/of personen achter de Privat Group was omgekocht. [Z] zou [A] ook verschillende vastgoedobjecten hebben toegespeeld, waaronder objecten die later door de Russische Federatie zijn onteigend en waarvoor Everest c.s. in de arbitrage compensatie hebben gevorderd. De Russische Federatie wijst ook op grootschalige fraude bij PrivatBank, die onderdeel was van de Privat Group. PrivatBank is een van de grootste banken in Oekraïne. [A] was een van de grootaandeelhouders van de bank en heeft samen met een andere grootaandeelhouder en leidinggevenden gelden onttrokken aan PrivatBank. Als gevolg van deze fraude heeft PrivatBank grote verliezen geleden, die uiteindelijk hebben geleid tot een reddingsoperatie door de Oekraïense overheid, in het kader waarvan de bank is genationaliseerd. De Privat Group heeft zich volgens de Russische Federatie ook herhaaldelijk schuldig gemaakt aan geweld, onder meer bij een gewelddadige overval op een staalfabriek en de bezetting van het hoofdkantoor van Ukrnafta. Daarbij zijn privélegers ingezet. Ook zouden verschillende personen door de Privat Group en [A] zijn bedreigd, ontvoerd en mishandeld.
- 5.8.6 In het arrest in het incident op grond van de artikelen 21, 22 en 843a Rv van 28 januari 2020 heeft het hof vastgesteld dat er nauwe banden (hebben) bestaan tussen Everest c.s. en [A] en (al dan niet via [A]) tussen Everest c.s. en PrivatBank (vgl. rov. 6.3 en volgende van het arrest). Dat is echter, ook in combinatie met de beschuldigingen van corruptie, fraude

en geweld ten aanzien van PrivatBank en Privat Group, onvoldoende grond om aan te nemen dat de vastgoedobjecten van Everest c.s. die door de Russische Federatie zijn onteigend en waarvoor Everest c.s. in de arbitrage schadevergoeding hebben gevorderd, onrechtmatig zijn verkregen. Daarvoor zijn deze beschuldigingen te algemeen en is de relatie met de onteigende vastgoedobjecten onvoldoende concreet. Het hof zal afzonderlijk ingaan op de stelling van de Russische Federatie dat vastgoedobjecten waarvan de aanschaf is gefinancierd door PrivatBank, geacht moeten worden onrechtmatig te zijn verkregen.

Lazurny Bereg Resort

- 5.8.7 Het Lazurny Bereg Resort is een onafgebouwd resort aan de kust van de Krim. De ontwikkeling is in 1978 begonnen maar nooit voltooid. Het scheidsgerecht heeft aan de eigenaar van het resort, Dayris LLC (gedaagde sub 11, hierna: Dayris) en de projectontwikkelaar, Privatland LLC (gedaagde sub 14) gezamenlijk een schadevergoeding toegewezen van USD 780.854 en USD 4.281.581 plus rente.
- 5.8.8 De Russische Federatie stelt dat het resort sinds 1994 eigendom was van de Autonome Republiek de Krim en in 2003 onrechtmatig aan de Autonome Republiek de Krim is onttrokken. Vervolgens zou het resort via een ABC-constructie enkele malen zijn doorverkocht en uiteindelijk in 2005 zijn gekocht door Dayris. De registratie van het eigendomsrecht zou zijn geschied op basis van een arbitraal schijnvonnis. Een en ander is gemotiveerd betwist door Everest c.s.
- 5.8.9 Naar het oordeel van het hof heeft de Russische Federatie haar stelling dat Dayris het resort onrechtmatig heeft verkregen onvoldoende onderbouwd. Uit de overgelegde rechterlijke uitspraken, waaronder een uitspraak van het Oekraïense Hooggerechtshof van 18 december 2013, blijkt wel dat het resort in 2003 onrechtmatig is onttrokken aan de Autonome Republiek de Krim, maar niet dat het vervolgens onrechtmatig is verkregen door Dayris. Het arbitrale schijnvonnis is niet overgelegd, net zomin als bewijzen dat het hier om een schijnvonnis gaat. Het document waar de Russische Federatie naar verwijst, bevat slechts een algemene beschrijving van de praktijk van arbitrale schijnvonnissen en geen bewijs dat deze praktijk door Dayris is gevolgd bij de verkrijging van het resort. Hetgeen de Russische Federatie heeft aangevoerd, levert onvoldoende grond om de vaststelling van het scheidsgerecht dat het hier gaat om een *investment* van een *investor* in twijfel te trekken

Tavria-resort

- 5.8.10 Het Tavria-resort is een (voormalig) kuuroord aan de kust van de Krim. Het scheidsgerecht heeft aan Diline Ltd LLC (gedaagde sub 12, hierna: Diline) schadevergoedingen toegekend van USD 2.165.754, USD 697.490 en USD 478.729 plus rente voor de onteigening van een hotel, een *cottage* en een stuk grond die deel uitmaakten van het resort.
- 5.8.11 De Russische Federatie stelt dat bij de privatisering van het resort, dat oorspronkelijk staatseigendom was, onrechtmatig is gehandeld. Het resort is verkocht aan een bouwonderneming die het voor een appel en een ei heeft verkocht aan PrivatBank, die het weer heeft doorverkocht aan Diline. Diline zou vervolgens een schijnvonnis hebben gebruikt om het vonnis op haar naam te zetten. [Z] zou van de fraude op de hoogte zijn geweest en deze hebben toegelaten tegen betaling van smeergeld.
- 5.8.12 Everest c.s. betwisten deze stellingen. Of onrechtmatig is gehandeld bij de privatisering is volgens hen irrelevant, omdat Diline het gebouw later te goeder trouw heeft verkregen. Zij wijzen erop dat de prijs die Diline in 2008 heeft betaald, ongeveer gelijk is aan de prijs die de PrivatBank in 2004 heeft betaald, en dat het scheidsgerecht datzelfde bedrag als uitgangspunt heeft genomen voor de schadevergoeding. Everest c.s. betwisten dat gebruik

is gemaakt van een schijnvonnis.

5.8.13 Het hof is van oordeel dat de stellingen van de Russische Federatie tegenover de nadere toelichting van Everest c.s. onvoldoende concreet en onderbouwd zijn om te concluderen dat Diline niet de rechtmatige eigenaar was. Er lagen vier jaren tussen de aankoop door PrivatBank en de doorverkoop aan Diline. Everest c.s. hebben uitgelegd dat het vonnis betrekking had op een geschil over de notariskosten. Waarom dat een schijnvonnis zou zijn, is gelet op deze toelichting niet duidelijk. Ook in het geval van dit project zijn de stellingen van de Russische Federatie onvoldoende onderbouwd om aan te nemen dat niet aan de definities van *investment* en *investor* is voldaan.

Novaya Yaila Natuurreservaat

5.8.14 Dit vastgoedobject bestaat uit (grond in) een natuurreservaat gelegen in Jalta, waar UBK-Invest CJSC (gedaagde sub 4, hierna: UBK-Invest) een nieuw project wilde realiseren dat op het moment van onteigening nog in het ontwerpstadium verkeerde. Het scheidsgerecht heeft aan UBK-Invest een schadevergoeding toegekend van USD 5.248.483 plus rente toegekend voor de onteigening.

5.8.15 De Russische Federatie stelt dat de erfpachtovereenkomst die UBK-Invest met betrekking tot de grond had gesloten met de gemeenteraad van Livadia in strijd met de wet was, omdat de gemeenteraad niet bevoegd was deze overeenkomst te sluiten. Er zijn verschillende rechterlijke procedures gevoerd over de rechtsgeldigheid van de erfpachtovereenkomst. Uiteindelijk is de zaak door het Oekraïense Hooggerechtshof na vernietiging teruggewezen. Vervolgens is in drie instanties in het voordeel van UBK-Invest beslist. Volgens de Russische Federatie waren de betrokken rechters corrupt, en hebben zij ten onrechte een eerdere uitspraak van de strafrechter genegeerd die had vastgesteld dat de gemeenteraad van Livadia haar bevoegdheden had overschreden en de erfpachtrechten niet had mogen verlenen.

5.8.16 Everest c.s. stellen dat de beschuldigingen van corruptie ongegrond zijn.

5.8.17 Het hof stelt vast dat de beschuldigingen van corruptie van de Russische Federatie geen betrekking hebben op de overeenkomst gesloten met betrekking tot de grond in het natuurreservaat. Zelfs als de beschuldigingen van corruptie gegrond zijn – het hof kan dat aan de hand van de door partijen overgelegde stukken niet beoordelen – dan nog volgt uit de stellingen van de Russische Federatie niet dat UBK-Invest onrechtmatig heeft gehandeld, maar (hoogstens) dat de gemeenteraad van Livadia haar bevoegdheid te buiten is gegaan. Ook heeft de Russische Federatie geen concreet verband gelegd tussen de gestelde corrupte rechters en de uitkomst van de procedures die met betrekking tot de erfpachtovereenkomst zijn gevoerd.

Energetic Sanatorium

5.8.18 Tot de onteigende vastgoedobjecten behoren hotels en enkele andere gebouwen van het Energetic Sanatorium complex. Voor de onteigening daarvan heeft het scheidsgerecht Sanatorium Energetic LLC (gedaagde sub 16, hierna: Sanatorium Energetic) een schadevergoeding toegekend van in totaal USD 10.920.929 plus rente.

5.8.19 De Russische Federatie stelt dat het Energetic Sanatorium oorspronkelijk eigendom was van de Oekraïense staat en in 2003 door het Yalta State Committee is overgedragen aan een entiteit genaamd Ukrprofzodorovnitsa, die op haar beurt het sanatorium heeft overgedragen aan de nieuw opgerichte dochteronderneming Sanatorium Energetic. Volgens de Russische Federatie was de privatisering van het sanatorium onrechtmatig.

5.8.20 Everest c.s. betwisten de stellingen van de Russische Federatie.

5.8.21 Naar het oordeel van het hof heeft de Russische Federatie haar stelling dat Sanatorium Energetic de vastgoedobjecten onrechtmatig heeft verkregen, onvoldoende onderbouwd. Met betrekking tot de privatisering van het sanatorium zelf verwijst zij alleen naar een artikel in de pers waarin wordt geklaagd dat de privatisering heeft plaatsgevonden zonder dat de werknemers daarbij zijn betrokken. Verder stelt zij dat Sanatorium Energetic bij andere onrechtmatige privatiseringen in Oekraïne betrokken is geweest. Uit een en ander volgt niet dat de overdracht van de vastgoedobjecten aan Sanatorium Energetic onrechtmatig was.

Niva Hotel

5.8.22 Het Niva hotel is een budgethotel gelegen in het centrum van Jalta. Het scheidsgerecht heeft Niva-Tour LLC (gedaagde sub 5, hierna: Niva-Tour) een schadevergoeding toegekend van USD 12.127.235 voor de onteigening van het hotel.

5.8.23 Volgens de Russische Federatie was het hotel eigendom van de staat en is de eigendom van het hotel overgedragen aan Niva-Tour door een vakbond die alleen bevoegd was om het hotel te beheren, niet om het over te dragen. De gemeenteraad van Jalta zou vervolgens ten onrechte een certificaat van particulier eigendom hebben afgegeven.

5.8.24 Everest c.s. stellen dat Niva-Tour het hotel niet van de vakbond heeft overgenomen, maar van de Yalta City Council. De Yalta City Council is een onderdeel van de staat en was als zodanig bevoegd het hotel over te dragen.

5.8.25 Het hof overweegt als volgt. Volgens het rapport van [notaris] is Niva-Tour de rechtmatige eigenaar van het hotel. Het hof gaat daarvan uit aangezien de Russische Federatie haar stelling dat het hotel aan Niva-Tour is overgedragen door een partij die daartoe niet bevoegd was, niet of althans onvoldoende heeft onderbouwd.

Solnechny Bereg Sanatorium

5.8.26 Het Solnechny Bereg Sanatorium is een onvoltooid vastgoedproject aan de kust van de Zwarte Zee. Naast een deels voltooid gebouw maken grond en een erfpachtrecht op strand deel uit van het project. Het scheidsgerecht heeft Fortuna CJSC (gedaagde sub 3, hierna: Fortuna) een schadevergoeding toegekend van USD 16.980.281 plus rente voor de onteigening van het geheel.

5.8.27 De gemeenteraad van Simeiz heeft het verzoek van Fortuna om haar een erfpachtrecht te verlenen aanvankelijk afgewezen. Nadat de rechter in twee instanties had beslist dat het verzoek moest worden toegewezen, heeft de gemeenteraad alsnog een erfpachtrecht verleend. De officier van justitie heeft beroep ingesteld tegen de beslissing van de rechter in hoger beroep, waarop het hoogste administratieve gerecht van Oekraïne de eerdere beslissingen heeft vernietigd. De gemeenteraad heeft vervolgens getracht de erfpachtovereenkomst te ontbinden, maar een daartoe strekkende vordering is in twee instanties door de burgerlijke rechter afgewezen.

5.8.28 De Russische Federatie stelt dat deze laatste rechterlijke uitspraken door corrupte rechters zijn geweest, en dat hoe dan ook deze uitspraken de uitspraken van de hoogste administratieve rechter niet ongedaan konden maken.

5.8.29 Everest c.s. bestrijden dit. Zij wijzen erop dat de uitspraak van de hoogste administratieve rechter niet betekent dat de door de gemeenteraad gesloten erfpachtovereenkomst ongeldig was en stellen dat er niets ongewoons is aan de uitspraken van de burgerlijke rechter. Zij betwisten dat de uitspraken door corruptie tot stand zijn gekomen.

- 5.8.30 Het hof overweegt dat het in het algemeen mogelijk is dat een door overheidsorgaan gesloten overeenkomst naar burgerlijk recht rechtsgeldig en afdwingbaar is, ook als het besluit om die overeenkomst aan te gaan later door de bestuursrechter is vernietigd. Dat dat naar Oekraïens recht anders zou zijn heeft de Russische Federatie niet gesteld, laat staan onderbouwd. Het enkele feit dat de burgerlijke rechter de gemeenteraad heeft gehouden aan de overeenkomst wijst dus niet op corruptie. De stellingen van de Russische Federatie ten aanzien van corruptie van de betrokken rechters zijn algemeen van aard en hebben geen betrekking op de beslissingen van de burgerlijke rechter in dit concrete geval. Het hof gaat aan die stellingen voorbij.
- 5.8.31 Met betrekking tot de grond waarop het sanatorium staat verwijst de Russische Federatie naar de opvatting van de officier van justitie dat de grond niet in overeenstemming met de wet is verkregen. Verder stelt de Russische Federatie dat Fortuna niet heeft voldaan aan bij de privatisering van de grond overeengekomen verplichtingen ten aanzien van de tijd waarbinnen de bouw van het sanatorium voltooid moet zijn, en dat het tijdstip van voltooiing door beslissingen van corrupte rechters is verschoven. Volgens de Russische Federatie kan de grond op ieder moment worden gerevindiceerd, en is de investering van Fortuna waardeloos.
- 5.8.32 Everest c.s. betwisten de stellingen van de Russische Federatie. Zij wijzen erop dat het *Property Fund* dat de grond heeft verkocht, alleen op grond van een rechterlijke beslissing de overeenkomst met Fortuna kan opzeggen, en dat het *Property Fund* dat niet heeft gedaan. De opvatting van de officier van justitie is volgens Everest c.s. irrelevant, nu de officier van justitie door de rechter in het ongelijk is gesteld.
- 5.8.33 Het hof overweegt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat de officier van justitie in het ongelijk is gesteld in de procedure waarin hij de vernietiging vorderde van het besluit van de gemeenteraad van Simeiz om de grond aan Fortuna te verkopen. Daarmee is de opvatting van de officier van justitie achterhaald. De stelling van de Russische Federatie dat Fortuna in gebreke is met de voltooiing van het sanatorium is onvoldoende onderbouwd. Tussen partijen is niet in geschil dat het tijdstip van de voltooiing is verlengd. Dat die beslissing als gevolg van corruptie tot stand is gekomen heeft de Russische Federatie op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt. Daarbij komt dat ook als de investering van Fortuna waardeloos zou zijn omdat de grond op ieder moment kan worden gerevindiceerd, dat nog niet betekent dat de investering illegaal is verkregen. De stelling van de Russische Federatie heeft betrekking op gesteld(e) handelingen (of nalaten) van Fortuna nadat de investering is verricht. Voor de vraag of de investering als zodanig illegaal is zijn die handelingen (of dat nalaten) niet van belang.

Objecten Aerobud

- 5.8.34 Gedaagde sub 9, Aerobud PJSC (hierna: Aerobud), had drie projecten op de Krim. Het scheidsgerecht heeft Aerobud een schadevergoeding toegekend van in totaal USD 1.075.149 plus rente voor de onteigening van de projecten.
- 5.8.35 De Russische Federatie stelt dat Aerobud de waarde van de projecten onjuist heeft voorgesteld en dat Aerobud niet heeft voldaan aan de afspraken gemaakt bij de privatisering met betrekking tot de voltooiing van de projecten. Daarom is de gemeenteraad van Jalta in 2011 een procedure tegen Aerobud begonnen waarin zij beëindiging van de verkoopovereenkomst vordert.
- 5.8.36 Het hof overweegt als volgt. Of Aerobud de waarde van de projecten onjuist heeft voorgesteld kan in het midden blijven, nu dat nog niet betekent dat Aerobud de eigendom op onrechtmatige wijze heeft verkregen. Verder hebben Everest c.s. onweersproken gesteld

dat de vordering van de gemeenteraad in de door de Russische Federatie genoemde procedure is afgewezen. Ook ten aanzien van deze projecten ziet het hof dus geen reden om de vaststelling van het scheidsgerecht dat Aerobud de rechtmatige eigenaar is van de projecten in twijfel te trekken.

Nautilus Complex

- 5.8.37 Het Nautilus Complex is een appartementencomplex nabij Jalta. Het scheidsgerecht heeft schadevergoedingen van USD 8.454.596, USD 35.767.393 en USD 1.049.288 toegekend aan gedaagden sub 1, 2 en 19 (Everest Estate LLC, Edelveis-2000 en [gedaagde 19], hierna samen: Everest Estate c.s.).
- 5.8.38 Volgens de Russische Federatie hebben Everest Estate c.s. de appartementen verworven tegen een zeer lage prijs en was corruptie, fraude en geweld alomtegenwoordig in deze regio. Verder stelt de Russische Federatie dat het complex is gebouwd in strijd met bouwkundige normen en milieuwetgeving. Ook stelt de Russische Federatie dat bij de taxatie van de waarde van de appartementen ten onrechte rekening is gehouden met privétoegang tot het strand van de bewoners van de appartementen.
- 5.8.39 Everest c.s. betwisten dat de appartementen voor een zeer lage prijs zijn verworven. Verder stellen zij dat de ter plaatse geldende bouwnormen en de milieuregels in acht zijn genomen en dat het strand geen deel uitmaakt van de onteigende objecten en geen onderwerp is geweest van de arbitrage.
- 5.8.40 Het hof overweegt als volgt. De prijs waarvoor de appartementen zijn verkregen, is op zichzelf nog niet doorslaggevend voor de aanwezigheid van corruptie, fraude of geweld. De Russische Federatie heeft niet onderbouwd dat sprake is geweest van fraude of corruptie bij de verkrijging van de appartementen. Haar beschuldigingen van fraude en corruptie zijn slechts gestaafd met een verklaring van één gemeenteambtenaar over methoden toegepast door [A] in de Krim. De stellingen van de Russische Federatie met betrekking tot de schending van bouwnormen en milieuregels zijn gemotiveerd weerlegd door Everest c.s. Bovendien maakt de schending van dergelijke regels de investering als zodanig niet illegaal. Of al dan niet rekening is gehouden met privétoegang tot het strand bij de waardering van het complex zegt op zichzelf evenmin iets over de illegale verkrijging daarvan.

Admiralteisky Complex

- 5.8.41 Het Admiralteisky Complex is een kantoorgebouw, appartementen en parkeerplaatsen in Jalta. De appartementen zijn het meest waardevol. Het scheidsgerecht heeft een schadevergoeding van USD 15.783.076 toegekend aan gedaagden sub 8 (Krim Development LLC, hierna: Krim Development) en 17 (AMC Finansovyy Kapital LLC, hierna: AMC).
- 5.8.42 De Russische Federatie stelt dat de projectontwikkelaar van het gebouw een kantine heeft afgebroken die eigendom was van een scheepswerf en een beslissing van het Oekraïense Hooggerechtshof heeft genegeerd die dat bevestigde. Everest c.s. betwisten de stellingen van de Russische Federatie. Daarnaast stellen zij dat het betoog van de Russische Federatie niet afdoet aan de rechtmatigheid van de eigendomsrechten van Krim Development en AMC.
- 5.8.43 Het hof kan niet inzien wat de relevantie is van het betoog van de Russische Federatie met betrekking tot de kantine voor de vraag of Krim Development en AMC rechtmatig eigendom hebben verkregen van de appartementen. De Russische Federatie heeft niets aangevoerd waaruit kan volgen dat de constatering in het [notaris] rapport dat Krim Development en AMC de rechtmatige eigenaars zijn van de appartementen onjuist is.

Rol PrivatBank

5.8.44 Alleen met betrekking tot het Tavria-resort en het Admiralteisky Complex maakt de Russische Federatie expliciet melding van de betrokkenheid van PrivatBank. Daarbij heeft de Russische Federatie niet toegelicht wat het verband is tussen de rol van PrivatBank bij deze transacties en de fraude gepleegd door [A] en andere grootaandeelhouders bij PrivatBank. Dat de verkrijging van deze vastgoedobjecten paste in het kader van deze fraude laat zich daarom aan de hand van de stellingen van de Russische Federatie en de onderbouwing daarvan niet vaststellen. Hetzelfde geldt voor de overige vastgoedobjecten, onteigend door de Russische Federatie. Van belang is ook dat de Oekraïense autoriteiten en PrivatBank zelf na de nationalisatie van PrivatBank onderzoeken hebben ingesteld en procedures zijn begonnen tegen de voormalige aandeelhouders van PrivatBank (conclusie van repliek van de Russische Federatie, randnummers 373 e.v.), maar dat uit de stellingen van de Russische Federatie en de door haar overgelegde stukken niet valt af te leiden dat die onderzoeken en procedures zich mede richten op de verkrijging van de vastgoedobjecten van Everest c.s. De fraude bij PrivatBank werpt dus geen ander licht op de beoordeling van de stellingen van partijen in dit verband.

Slotsom met betrekking tot de vraag of Everest c.s. illegaal hebben gehandeld bij het doen van hun investeringen

5.8.45 De slotsom van het voorgaande is dat de Russische Federatie onvoldoende heeft aangevoerd, tegenover de conclusies van het scheidsgerecht op basis van het [notaris] rapport en de stellingen van Everest c.s., voor gegronde twijfels ten aanzien van de rechtmatigheid van de investeringen van Everest c.s. Bij dat oordeel laat het hof naast de voorgaande overwegingen ook meewegen dat de Russische Federatie de onteigening van de vastgoedobjecten niet heeft gerechtvaardigd met een beroep op illegaal handelen van Everest c.s. bij het doen van deze investeringen.

5.8.46 Het voorgaande betekent ook dat het hof geen aanleiding ziet om een van de partijen alsnog te gebieden om bepaalde stukken over te leggen, of conclusies te verbinden aan het feit dat bepaalde stukken niet boven water zijn gekomen (vgl. het aanvullende arrest van het hof in het incident ex art. 21, 22 en 843a Rv van 7 juli 2020, rov. 2.14).

5.9 Uit artikel 9 BIT 1998 volgt geen toestemming van de verdragspartijen om vorderingen zoals die van Everest c.s. te bundelen in één arbitrage

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.9.1 Het scheidsgerecht heeft overwogen dat artikel 9 BIT 1998 en de UNCITRAL regels, waar artikel 9 lid 2 BIT 1998 naar verwijst, zwijgen over de mogelijkheid van meerpartijenarbitrage. Het scheidsgerecht heeft zich de vraag gesteld of het stilzwijgen over deze mogelijkheid en het gebruik van de term "investor" in het enkelvoud in de tekst van de bepaling de instemming van de Russische Federatie met arbitrage beperkt tot geschillen met één investeerder, en zo niet, wat het vereiste verband tussen de vorderingen is in geval van meerpartijenarbitrage. Ten aanzien van de eerste vraag overweegt het scheidsgerecht dat de term "investor(s)" in de BIT 1998 ook regelmatig in het meervoud wordt gebruikt, en dat iedere investeerder een partij bij een geschil met een verdragsstaat wordt als hij het in de BIT 1998 inbegrepen aanbod om te arbitreran accepteert. Het feit dat in artikel 9 BIT 1998 niet expliciet over meerpartijenarbitrage wordt gesproken, sluit die mogelijkheid dus ook niet uit. Het scheidsgerecht vindt steun voor dit oordeel in uitspraken van andere scheidsgerichten, zoals de uitspraken in *Abaclat v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, 4 augustus 2011, *Ambiente Ufficio S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9, 8 februari 2013 en *Guaracachi America, Inc and Rurelec PLC v. Bolivia*, PCA Case No. 2011-17, 31 januari 2014. Met betrekking tot het vereiste verband tussen de vorderingen overweegt het scheidsgerecht dat het met name in een geval waarin het scheidsgerecht

deze kwestie ambtshalve moet beoordelen, volstaat dat de vorderingen tezamen zijn ingediend, dat zij op dezelfde bepalingen van de BIT 1998 zijn gebaseerd, dat zij in dezelfde omstandigheden zijn ontstaan en dat zij hetzelfde beogen. Het scheidsgerecht gaat er derhalve vanuit dat de instemming van de Russische Federatie met arbitrage op grond van de BIT 1998 zich uitstrekt tot de gezamenlijke vorderingen van Everest c.s.

Het standpunt van de Russische Federatie

5.9.2 Volgens de Russische Federatie was het scheidsgerecht niet bevoegd de vorderingen van Everest c.s. in één arbitrale procedure te behandelen. De argumenten van de Russische Federatie te dien aanzien kunnen als volgt worden samengevat.

5.9.2.1 In geval van een arbitrage tussen een staat en een investeerder van een andere staat op grond van een bilateraal verdrag stemt de staat in met arbitrage in een geschil met een investeerder door middel van een doorlopend aanbod om een arbitrageprocedure in te stellen. Een investeerder stemt daarmee in door middel van aanvaarding van dat aanbod. Tot dat moment is er geen sprake van een rechtsgeldige arbitrageovereenkomst. De inhoud van deze arbitrageovereenkomst wordt bepaald door de inhoud van het aanbod. Die inhoud is vastgelegd in artikel 9 BIT 1998. In de interpretatie van artikel 9 BIT 1998 van de Russische Federatie richt het aanbod tot arbitrage zich slechts tot één investeerder en kan het dus niet worden uitgebreid tot meerdere investeerders. Deze inhoud leidt de Russische Federatie af uit de gewone betekenis van de bewoordingen van artikel 9 BIT 1998 en uit voorwerp en doel van het verdrag. Wat betreft de gewone betekenis van de bewoordingen van artikel 9 wijst de Russische Federatie op het gebruik van het enkelvoud bij de aanduiding van de investeerder die een geschil aanhangig kan maken in lid 1 van artikel 9 ("an investor", "the investor") en de verwijzing naar "both parties" in lid 3. Wat betreft voorwerp en doel van het verdrag stelt de Russische Federatie dat een doelmatige bescherming van de rechten van investeerders in beginsel vereist dat de vordering van iedere investeerder afzonderlijk wordt behandeld. Gevoegde behandeling is alleen in uitzonderingsgevallen toegestaan, wanneer meerdere investeerders tezamen een enkele investering of een groep investeringen houden of in het geval van massavorderingen van een groot aantal investeerders met vergelijkbare investeringen. De door het scheidsgerecht aangehaalde uitspraken van andere scheidsgerechten behoren tot een van deze categorieën. Dat geldt niet voor het onderhavige geschil. De Russische Federatie wijst in dat verband op diverse verschillen tussen de vorderingen van Everest c.s. en de noodzaak om vanwege die verschillen die vorderingen in afzonderlijke procedures te beoordelen.

5.9.2.2 Bij gebreke van een uitdrukkelijke dan wel stilzwijgende instemming met meerpartijenarbitrage op grond van de BIT 1998 had ieder van Everest c.s. een afzonderlijke procedure moeten beginnen die dan eventueel volgens de procedure van artikel 1046 Rv hadden kunnen worden samengevoegd. Door buiten dit artikel om een organisatorische samenvoeging toe te staan wordt artikel 1046 Rv van zijn betekenis beroofd.

Het standpunt van Everest c.s.

5.9.3 Everest c.s. stellen zich op het standpunt dat artikel 9 BIT 1998 meerpartijenarbitrage toelaat. Hun standpunt kan als volgt worden samengevat.

5.9.3.1 De tekst van artikel 9 BIT 1998 sluit meerpartijenarbitrage niet uit. Uitdrukkelijke instemming met meerpartijenarbitrage is niet nodig voor een scheidsgerecht om bevoegdheid te aanvaarden in procedures die door meerdere eisers worden ingesteld. Dat is bevestigd in de door het scheidsgerecht genoemde uitspraken. Artikel 9 BIT 1998 kan in ieder geval zo worden uitgelegd dat de Russische Federatie heeft ingestemd met een organisatorische samenvoeging van de vorderingen van Everest c.s. in één arbitrale procedure.

5.9.3.2 De twee door de Russische Federatie genoemde categorieën van gevallen waarin

meerpartijenarbitrage wel zou zijn toegestaan, zijn een eigen uitvinding van de Russische Federatie die niet volgt uit voorwerp en doel van het verdrag en waarvoor geen steun te vinden is in literatuur of rechtspraak. Zij geven een verkeerde voorstelling van de algemene openheid ten aanzien van meerpartijenarbitrage in de arbitragepraktijk.

5.9.3.3 Vanuit het oogpunt van doeltreffendheid en consistentie van arbitrale beslissingen is het onlogisch om artikel 9 BIT 1998 zo uit te leggen dat het zich verzet tegen de behandeling in één en dezelfde procedure van vorderingen van meerdere eisers die gebaseerd zijn op hetzelfde feitencomplex en dezelfde verdragsbepalingen en gericht zijn op het verkrijgen van dezelfde soort voorziening. Er bestaat ook geen enkel gerechtvaardigd belang aan de zijde van de Russische Federatie dat zich daartegen verzet.

5.9.3.4 De vorderingen van Everest c.s. zijn voldoende met elkaar verwant om deze tezamen in één procedure te behandelen. De stelling van de Russische Federatie dat die verwantschap ontbreekt is onverenigbaar met haar stelling dat Everest c.s. nauw met elkaar verbonden zijn, als onderdelen van de Privat Group.

5.9.3.5 De vorderingen van Everest c.s. zijn niet formeel (maar organisatorisch) samengevoegd. Daarom is artikel 1046 Rv niet geschonden.

Het oordeel van het hof

5.9.4 Het hof heeft in zijn beschikking van 11 juni 2019 met betrekking tot het schorsingsverzoek van de Russische Federatie als zijn voorlopig oordeel gegeven dat artikel 9 BIT 1998 toestaat dat meerdere investeerders tezamen een vordering tegen een verdragsstaat instellen. Zoals het hof in de beschikking heeft overwogen, kan de omstandigheid dat in artikel 9 lid 1 BIT 1998 de term “investor” in het enkelvoud wordt gehanteerd, niet worden opgevat als een beperking van de mogelijkheid voor meerdere investeerders om gezamenlijk een vordering in te stellen. Hetzelfde geldt voor de verwijzing naar “both parties” in lid 3. De termen “investor” en “investment” worden in het verdrag soms in het enkelvoud en soms in het meervoud gehanteerd, zonder dat daarvoor een specifieke reden valt aan te wijzen. Zo spreekt artikel 9 lid 1 BIT 1998 wel over “investments” in het meervoud. Het gebruik van het enkelvoud van de term “investor” past bij het gebruik van de woorden “any dispute” in dezelfde bepaling. Er had ook kunnen staan: “All disputes between one Contracting Party and investors of the other Contracting Party (...)”. De strekking van de bepaling zou hetzelfde zijn geweest, terwijl in dat geval over “investors” in het meervoud zou zijn gesproken. Het hof kan niet inzien waarom een doelmatige bescherming van de rechten van investeerders zich zou verzetten tegen meerpartijenarbitrage. Het is tenslotte de keuze van investeerders of zij hun vorderingen willen bundelen in één arbitrage. En het hof blijft ook bij zijn eerdere (voorlopige) oordeel dat het toestaan van de bundeling van de vorderingen van Everest c.s. in één meerpartijenarbitrage aansluit bij de praktijk in vergelijkbare (BIT-) zaken (rov. 6.9 van de beschikking van 11 juni 2019). In de zaken genoemd door het scheidsgerecht is meerpartijenarbitrage toegestaan op grond van overwegingen die ook in deze zaak opgaan (vgl. §§ 171 tot en met 174 van het arbitrale tussenvonniss). Deze zaken zijn niet allemaal onder te brengen in de twee categorieën onderscheiden door de Russische Federatie, en er is bovendien niets dat erop wijst dat in de arbitragepraktijk alleen in die gevallen meerpartijenarbitrage wordt toegestaan. Dat artikel 1046 Rv een bijzondere regeling bevat voor de samenvoeging van arbitrale gedingen leidt niet tot een ander oordeel. Artikel 1046 Rv heeft betrekking op de samenvoeging van meerdere reeds aanhangige gedingen, tussen verschillende eisers en gedaagden, en niet op de gelijktijdige indiening van vorderingen door verschillende eisers tegen één gedaagde in één en hetzelfde geding. Er geldt in dit geval dan ook niet de eis van artikel 1046 Rv lid 2 dat tussen de gedingen een zodanig nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om gelijktijdige behandeling en berechting

5.9.5 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het het scheidsgerecht vrij stond om de vorderingen van Everest c.s. samen te behandelen en dat dit dus geen grond voor

vernietiging van de arbitrale vonnissen oplevert.

5.10 **Conclusie ten aanzien van de bevoegdheid van het scheidsgerecht**

5.10.1 De conclusie van het voorgaande is dat het hof de door de Russische Federatie aangevoerde gronden voor de onbevoegdheid van het scheidsgerecht verwerpt. Naar het oordeel van het hof is aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van de BIT 1998 voldaan en was het scheidsgerecht bevoegd het geschil tussen Everest c.s. en de Russische Federatie te beslechten.

5.11 **Heeft het scheidsgerecht zijn opdracht geschonden?**

5.11.1 De Russische Federatie baseert haar vordering tot vernietiging van de arbitrale vonnissen ook op de stelling dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door de vorderingen van Everest c.s. toe te laten in één procedure zonder toestemming van de Russische Federatie of samenvoeging op grond van artikel 1046 Rv. Dit is een herhaling van de hiervoor besproken stelling dat artikel 9 BIT 1998 meerpartijenarbitrage niet toelaat. Deze grond voor vernietiging slaagt dus niet. Voor de motivering wijst het hof naar zijn overwegingen in 5.9.

5.12 **Strijd met de openbare orde**

5.12.1 De Russische Federatie vordert vernietiging van de arbitrale vonnissen wegens strijd met de openbare orde. Daartoe voert zij drie argumenten aan:

- (i) het geschil tussen Everest c.s. en de Russische Federatie vergt een beslissing over de (soevereiniteits)status van de Krim als onderdeel van de Russische Federatie. Dat is een kwestie die niet door arbiters kan worden beslist;
- (ii) de arbitrale vonnissen honoreren corruptie, fraude en geweld;
- (iii) de vonnissen berusten op bewust verzwegen (criminele) gegevens.

5.12.2 Deze argumenten stuiten af op hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen met betrekking tot dezelfde of vergelijkbare argumenten bij de beoordeling van de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Het hof verwijst naar 5.3 voor de weerlegging van het argument dat het scheidsgerecht heeft beslist over de (soevereiniteits)status van de Krim, en naar 5.8 voor het argument dat de investeringen van Everest c.s. zijn verkregen met behulp van corruptie, fraude en geweld en het argument dat Everest c.s. informatie heeft achtergehouden met betrekking tot de verkrijging van de vastgoedobjecten. Het hof is in 5.8 tot het oordeel gekomen dat de Russische Federatie haar stellingen dat Everest c.s. zich schuldig hebben gemaakt aan corruptie, fraude en geweld bij de verkrijging van hun investeringen onvoldoende heeft onderbouwd. Voor zover relevant is de door de Russische Federatie genoemde informatie (vgl. de dagvaarding, randnummer 562, en de conclusie van repliek, randnummer 496) daarbij betrokken. Deze informatie is geen aanleiding om daar anders over te oordelen.

5.13 **Herroeping**

Het standpunt van de Russische Federatie

5.13.1 De Russische Federatie vordert dat de arbitrale vonnissen moeten worden herroepen op grond van artikel 1068 Rv omdat Everest c.s. opzettelijk informatie hebben achtergehouden die het scheidsgerecht nodig had om zich een oordeel te vormen over de rechtmatigheid van

de investeringen en zijn bevoegdheid te bepalen. Volgens de Russische Federatie hebben Everest c.s. informatie achtergehouden over steekpenningen betaald aan de voormalig president van Oekraïne [Z] , strafrechtelijke onderzoeken naar fraude bij de privatisering van onroerend goed, ongeoorloofde druk op ambtenaren en massale fraude van PrivatBank. Verder stelt de Russische Federatie dat Everest c.s. rechterlijke uitspraken hebben achtergehouden waaruit blijkt dat Everest c.s. op onrechtmatige wijze eigenaar zijn geworden van hun investeringen (conclusie van dupliek, randnummer 513).

Het standpunt van Everest c.s.

5.13.2 Everest c.s. betwisten de vordering tot herroeping. Zij ontkennen dat zij relevante stukken hebben achtergehouden. Volgens Everest c.s. herhaalt de Russische Federatie slechts argumenten die zij eerder bij de betwisting van de bevoegdheid van het scheidsgerecht en de vordering tot vernietiging heeft aangevoerd. Verder wijzen zij erop dat de Russische Federatie in alle stadia van de arbitrale procedures op de hoogte is gehouden door het scheidsgerecht en steeds alle processtukken heeft ontvangen. Als de Russische Federatie bedrog aan de orde had willen stellen, had zij dat tijdens de arbitrale procedure moeten doen, of in ieder geval binnen drie maanden na de ontdekking van het bedrog (artikel 1068 lid 2 Rv).

Het oordeel van het hof

5.13.3 Het hof heeft reeds in zijn beschikking van 11 juni 2019 met betrekking tot het schorsingsverzoek van de Russische Federatie als zijn voorlopig oordeel gegeven dat de Russische Federatie de vordering tot herroeping te laat heeft ingesteld. Het hof blijft bij dat oordeel. Uit de processtukken van de arbitrale procedure die door het scheidsgerecht aan de Russische Federatie zijn gezonden (en waarvan de ontvangst niet door de Russische Federatie wordt betwist) heeft de Russische Federatie kunnen opmaken om welke investeringen het ging en op grond waarvan Everest c.s. claimden de rechtmatige eigenaar van deze investeringen te zijn. De rechterlijke uitspraken die Everest c.s. volgens de Russische Federatie heeft achtergehouden, waren openbaar. Als de Russische Federatie van mening was dat uit die rechterlijke uitspraken bleek dat Everest c.s. zich schuldig hebben gemaakt aan illegale handelingen bij het doen van deze investeringen, had zij dat tijdens de arbitrale procedure, of in ieder geval binnen drie maanden na het wijzen van die vonnissen aan de orde kunnen stellen, zoals vereist op grond van artikel 1068 lid 2 Rv. Verder heeft het hof hiervoor reeds vastgesteld dat de Russische Federatie tevergeefs aanvoert dat uit deze uitspraken blijkt dat Everest c.s. hun investeringen onrechtmatig hebben verkregen. Dat geldt ook voor de overige (gestelde) kwesties waarover Everest c.s. volgens de Russische Federatie informatie heeft achtergehouden (de steekpenningen betaald aan president [Z] , strafrechtelijke onderzoeken, ongeoorloofde druk op ambtenaren). De Russische Federatie heeft geen concrete verbanden gelegd tussen deze feiten en de verkrijging van de vastgoedobjecten door Everest c.s., op grond waarvan aan de rechtmatige verkrijging van die vastgoedobjecten moet worden getwijfeld. De conclusie is dus dat ook de vordering tot herroeping faalt.

5.14 **Bewijsaanbod**

5.14.1 Aan het bewijsaanbod van de Russische Federatie gaat het hof voorbij omdat het onvoldoende specifiek is. Mede in verband met de eisen van een goede procesorde en het stadium waarin de procedure verkeert, mag van de Russische Federatie worden verwacht dat zij voldoende concreet aangeeft op welke van haar stellingen dit bewijsaanbod betrekking heeft en, voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring zouden kunnen afleggen. Aan die eisen voldoet het bewijsaanbod van de Russische Federatie niet. De enkele stelling van de Russische Federatie dat de reputatie van [A] de meeste geraadpleegde getuigen ervan weerhoudt om tegen Everest c.s. te getuigen levert

onvoldoende grond op om het bewijsaanbod van de Russische Federatie te honoreren.

5.15 Conclusie

5.15.1 Op grond van het voorgaande concludeert het hof dat de vorderingen van de Russische Federatie tot vernietiging van de arbitrale vonnissen falen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal de Russische Federatie in de kosten worden veroordeeld.

6 Beslissing

Het hof:

- wijst de vorderingen van de Russische Federatie af;
- veroordeelt de Russische Federatie in de kosten van het geding in het incident en de hoofdzaak, aan de zijde van Everest c.s. begroot op € 5.270,- aan griffierecht en € 35.991,- aan salaris voor de advocaat en op € 163,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 85,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 85,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van veertien dagen;
- verklaart dit arrest wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

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