

ECLI:NL:GHDHA:2022:1295

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	19-07-2022
Datum publicatie	19-07-2022
Zaaknummer	200.274.564/01
Rechtsgebieden	Burgerlijk procesrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Vernietigingsprocedure. 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 : 200.274.564/01

Zaaknummer arbitrage : PCA Case No. 2017-16

arrest van 19 juli 2022

inzake

de Russische Federatie,

zetelende te Moskou, Russische Federatie,

eiseres,

hierna te noemen: de Russische Federatie,

advocaat: voorheen mr. A.W. van der Veen te Amsterdam, thans zonder advocaat,

tegen

1 NJSC Naftogaz of Ukraine,

gevestigd te Kiev, Oekraïne,

2. National Joint Stock Company Chornomornaftogaz,

gevestigd te Kiev, Oekraïne,

3. JSC Ukrtransgaz,

gevestigd te Kiev, Oekraïne,

4. Likvo LLC,

gevestigd te oblast Charkov, Oekraïne,

5. JSC Ukrgasvydobuvannya,

gevestigd te Kiev, Oekraïne,

6. JSC Ukrtransnafta,

gevestigd te Kiev, Oekraïne,

7. Subsidiary Company Gaz Ukrainy,

gevestigd te Kiev, Oekraïne,

gedaagden,

hierna samen te noemen: Naftogaz c.s. en afzonderlijk respectievelijk: Naftogaz, Chornomornaftogaz, Ukrtransgaz, Likvo, Ukrgasvydobuvannya, Ukrtransnafta en Gaz Ukrainy,

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 21 juni 2019 met producties;
- de conclusie van antwoord van Naftogaz c.s. van 9 juni 2020 met producties;
- de conclusie van repliek van de Russische Federatie van 20 oktober 2020 met producties;
- de conclusie van dupliek van Naftogaz c.s. van 23 februari 2021 met producties;
- de akte overlegging aanvullende productie van Naftogaz c.s., overgelegd op 10 augustus 2021 ten behoeve van de zitting van 1 september 2021;
- de akte overlegging nadere producties van de Russische Federatie, overgelegd op 13 augustus 2021 ten behoeve van de zitting van 1 september 2021;
- de pleitzitting van 1 september 2021 en de daarbij overgelegde pleitnotities, waarbij de Russische Federatie ook een PowerPointpresentatie heeft overgelegd, en het van die pleitzitting opgemaakte proces-verbaal;
- de brief van de zijde van de Russische Federatie van 8 oktober 2021 naar aanleiding van het proces-verbaal;
- de brief van de zijde van Naftogaz c.s. van 18 oktober 2021 naar aanleiding van het proces-verbaal.

2 Korte aanduiding van de zaak

2.1 Naftogaz c.s. zijn een arbitrageprocedure gestart tegen de Russische Federatie op basis van een

in 1998 tussen Oekraïne en de Russische Federatie gesloten bilateraal investeringsverdrag. Volgens Naftogaz c.s. zijn hun investeringen op de Krim na de incorporatie van de Krim door de Russische Federatie onteigend in strijd met dit verdrag, waardoor zij schade hebben geleden. Het scheidsgerecht heeft een gedeeltelijke einduitspraak gedaan, waarin het onder meer heeft geoordeeld over zijn bevoegdheid en over de vraag of de Russische Federatie het bilaterale investeringsverdrag heeft geschonden. De meerderheid van het scheidsgerecht heeft geoordeeld dat het scheidsgerecht bevoegd was en dat de Russische Federatie inderdaad het verdrag heeft geschonden. In deze vernietigingsprocedure voert de Russische Federatie op meerdere gronden aan dat het bilaterale investeringsverdrag in dit geval toepassing mist en dat de meerderheid van het scheidsgerecht daarom ten onrechte bevoegdheid heeft aangenomen. Verder stelt zij dat de arbitrale uitspraak moet worden vernietigd wegens strijd met de openbare orde.

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 maakte het parlement van de Krim zijn voornemen bekend om aan te sluiten bij de Russische Federatie en agendeerde het een referendum over de onafhankelijkheid op 16 maart 2014. Op 16 maart 2014 hielden de autoriteiten op de Krim een referendum waarin de bevolking van de Krim werd gevraagd of zij aansluiting wenste bij de Russische Federatie als federaal onderdeel. Volgens de organisatoren van het referendum stemde ongeveer 96% van de deelnemers voor aansluiting bij de Russische Federatie. Op 17 maart 2014 verklaarde het parlement van de Krim zich onafhankelijk van Oekraïne met als doel om een onafhankelijke soevereine staat te worden en de Russische Federatie te verzoeken om zich bij haar te mogen aansluiten. Op 18 maart 2014 ondertekende de Russische Federatie een verdrag inzake de toelating van de Republiek de Krim tot de Russische Federatie (het *Annexatieverdrag*). Op 21-22 maart 2014 keurde het Russische parlement het Annexatieverdrag goed en ratificeerde het. Op 21 maart 2014 nam de Russische Federatie een wet aan waarin de toetreding van de Republiek de Krim en de stad Sevastopol tot de Russische Federatie per 18 maart 2014 werd bevestigd (de *Toelatingwet*). De Toelatingwet erkende onder meer de doorlopende geldigheid van onder Oekraïens recht rechtsgeldig verkregen eigendomsrechten per 18 maart 2014.
- 3.3 De Republiek de Krim wordt niet erkend door Oekraïne en evenmin door de internationale gemeenschap. Feitelijk staat de Krim sinds maart 2014 onder bestuur van de Russische Federatie.

Naftogaz c.s.

- 3.4 Naftogaz is een Oekraïens staatsconcern dat gas produceert en verhandelt. Chornomornaftogaz is een dochtervennootschap van Naftogaz op de Krim. Ukrtransgaz was een bedrijf dat pijpleidingen en gasopslagfaciliteiten exploiteerde; in 2020 is zij opgehouden met de exploitatie van gaspijpleidingen en voortgegaan als gasopslagbedrijf. Likvo verleende noodhulpdiensten aan de olie- en gasactiviteiten van Naftogaz op de Krim. Na een fusie in 2020 zijn de juridische rechten van Likvo overgegaan op Ukrgasvydobuvannya, een van de grootste producenten van gas en olie in Oekraïne. Ukrtransnafta is een transport- en opslagbedrijf voor olie. Zij bezat een gezondheidsresort in aanbouw op de Krim. Gaz Ukrainy was betrokken bij de inning van vorderingen van Naftogaz. Zij bezat voertuigen en materieel op de Krim. Sinds 2016 wordt gewerkt aan een fusie tussen Gaz Ukrainy en Naftogaz.

- 3.5 Op 17 maart 2014 nam de *State Council of the Republic of Crimea*, de Staatsraad van de toen net opgerichte Republiek de Krim, besluit No. 1758-6/14 om vergunningen, gebruiksrechten, exploitatierechten en overige eigendommen van Chornomornaftogaz en Ukrtransgaz te nationaliseren (het *Nationalisatiebesluit*). Op 11 april 2014 oteigende de Staatsraad van de Krim een aantal investeringen van Naftogaz, waaronder drie vergunningen voor offshore opsporing en het recht om het gaspijpleidingsysteem van de Krim te gebruiken. Op 30 april 2014 oteigende diezelfde Staatsraad het overige bezit van Naftogaz op de Krim.
- 3.6 De meeste oteigende bezittingen werden overgedragen aan het op 17 maart 2014 opgerichte Russische staatsbedrijf Chernomorneftegaz. Daarnaast werden fysieke maatregelen getroffen om de bezittingen van Chornomornaftogaz en Ukrtransgaz onder controle te krijgen.

Het bilaterale investeringsverdrag

- 3.7 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 lidstaat op het grondgebied (*territory*) van de andere lidstaat. De authentieke taalversies van de BIT 1998 zijn in het Russisch en het Oekraïens.
- 3.8 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 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 BIT 1998 (*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

- 3.9 Naftogaz c.s. zijn op 17 oktober 2016 een arbitrale procedure gestart door een *Notice of Arbitration* uit te brengen aan de Russische Federatie. Zij lieten daarbij weten dat zij dr. [arbiter 1] als arbiter benoemden. Omdat de Russische Federatie geen eigen arbiter benoemde, hebben Naftogaz c.s. bij brief van 22 november 2016 de secretaris-generaal van het Permanente Hof van Arbitrage (PHA) verzocht een tweede arbiter te benoemen. Daarop heeft dr. [...] als *Appointing Authority* dr. [arbiter 2] als arbiter benoemd. Vervolgens heeft dr. [...] rechter [arbiter 3] als voorzitter benoemd. De arbiters hebben Den Haag als plaats van arbitrage aangewezen.
- 3.10 Naftogaz c.s. stelden zich op het standpunt dat de Russische Federatie haar verplichtingen op grond van de BIT 1998 heeft geschonden door het nemen van de hiervoor onder 3.5 en 3.6 genoemde maatregelen (kort gezegd: de onteigening).
- 3.11 De Russische Federatie heeft het PHA bij brief van 19 januari 2017 van [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] van het ministerie van Justitie van de Russische Federatie (hierna: [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie]) medegedeeld dat zij de jurisdictie van de internationale arbitrage bij het PHA niet erkende.
- 3.12 De brief van [medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie] luidt als volgt:

"The notice of initiation on the basis of Article 9 of the Agreement Between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the Encouragement and Mutual Protection of Investments dated 27 November 1998 (hereinafter – Agreement) of the international arbitration proceedings at the Permanent Court of Arbitration (the Hague) with respect to the claim filed by the NJSC "Naftogaz Of Ukraine", PSC "State Joint Stock Company Chornomornaftogaz", PJSC "Ukrtransgaz", PJSC "Ukrigasvydobuvannya", PJSC "Ukrtransnafta", SC "Gaz Ukrainy" and SC "Likvo" is hereby returned.

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

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

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

Attachment: on 54 pages in a single copy"

- 3.13 De Russische Federatie heeft tot aan het wijzen van het deelvonnis van 22 februari 2019 – afgezien van het sturen van de hiervoor genoemde brief – niet deelgenomen aan de arbitrageprocedure. De Russische Federatie is gedurende de arbitrageprocedure op de hoogte gehouden van alle procedurestappen en heeft kopieën ontvangen van alle bij de procedure behorende stukken, verzoeken en brieven met alle bijlagen.
- 3.14 Oekraïne heeft in de arbitrageprocedure – met toestemming van het scheidsgerecht – een zogenoemde ‘*non-disputing party submission*’ ingediend, waarin Oekraïne haar standpunt over de toepasselijkheid van de BIT 1998 voor de onderhavige kwestie heeft toegelicht.
- 3.15 De arbitrageprocedure is door het scheidsgerecht gesplitst met als doel om kwesties betreffende bevoegdheid (*jurisdiction*) en aansprakelijkheid (*liability*) in een preliminaire procedure te behandelen (*bifurcation*). Op 22 februari 2019 heeft de meerderheid van het scheidsgerecht een gedeeltelijke einduitspraak (*Partial Award*) gedaan. Het dictum van deze meerderheidsuitspraak luidt als volgt:
- “For the reasons set out above, the Tribunal by majority rules:*
- (a) that the Tribunal has jurisdiction over the claims;*
- (b) that the Claimants have established a violation of Article 5 (expropriation) and Article 2(1) (full and unconditional legal protection) and Article 3(1) (most favored nation treatment) of the BIT.*
- The Tribunal will therefore proceed to the quantum phase of the arbitration.”*
- 3.16 Voordien, op 13 februari 2019, had arbiter [arbiter 2] haar andersluidende mening in de zaak (*Dissenting Opinion*) te kennen gegeven.
- 3.17 Ten tijde van de mondelinge behandeling in de onderhavige vernietigingsprocedure was de arbitrale procedure over de omvang van de schadevergoeding nog gaande. Bij brief van 10 juli 2019 heeft de Russische Federatie te kennen gegeven alsnog te willen deelnemen aan de arbitrale procedure. Zij heeft bij die brief diverse verzoeken gedaan waarop het scheidsgerecht heeft gerepondeerd in de *Procedural Order no. 8* van 6 oktober 2019. Kort samengevat is de Russische Federatie door het scheidsgerecht in de gelegenheid gesteld om verweer te voeren met betrekking tot (de omvang van) de schadevergoeding.
- 3.18 Het hof zal bij de beoordeling van de vernietigingsgronden voor zover nodig ingaan op de overwegingen van de meerderheid van het scheidsgerecht.

4 De vorderingen

- 4.1 De Russische Federatie heeft het hof verzocht om het gedeeltelijk eindvonnis van 22 februari 2019 te vernietigen, met hoofdelijke veroordeling van Naftogaz c.s. in de kosten van dit geding, inclusief nakosten en te vermeerderen met wettelijke rente. Naftogaz c.s. hebben geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van de Russische Federatie en veroordeling 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 De bevoegdheid van het scheidsgerecht

5.2.1 Artikel 1065 lid 1 Rv bepaalt dat vernietiging van een arbitraal vonnis slechts kan plaatsvinden op een of meer van de in dat artikellid onder a t/m e genoemde gronden.

I De grondslag van artikel 1065 lid 1 onder a Rv

5.2.2 In artikel 1065 lid 1 onder a Rv is genoemd de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt. De Russische Federatie heeft in deze procedure op de volgende gronden aangevoerd dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt:

I(a) Het oordeel van het scheidsgerecht impliceert een oordeel over de (sovereiniteits)status van de Krim; het scheidsgerecht was onbevoegd daarover te oordelen.

I(b) De Krim was ten tijde van de gestelde investeringen geen onderdeel van het *territory* van de Russische Federatie zoals gedefinieerd in artikel 1 lid 4 BIT 1998; het scheidsgerecht is uitgegaan van een verkeerde uitleg van het begrip *territory*.

I(c) De BIT 1998 schept geen verplichting voor de Russische Federatie ten aanzien van Oekraïense investeringen op de Krim zonder de gespiegelde verplichtingen van Oekraïne ten opzichte van investeringen in Oekraïne door investeerders van de Krim (reciprociteitsbeginsel).

I(d) Naftogaz c.s. zijn geen *investors* die *investments* in de zin van artikel 1 van de BIT 1998 hebben gedaan, omdat hun investeringen vóór 1 januari 1992 zijn gedaan op het grondgebied van de Sovjet-Unie en dus vallen buiten het temporele bereik van de BIT 1998 krachtens artikel 12 daarvan.

I(e) De binnenlandse investeringen van Naftogaz c.s. zijn geen *investments* in de zin van artikel 1 in samenhang met artikelen 9 en 12 BIT 1998. Er is sprake van oorspronkelijk binnenlandse investeringen die niet beschermd worden door de BIT, ook niet na de incorporatie van de Krim. Het scheidsgerecht is dus uitgegaan van een verkeerde uitleg van het begrip *investments*.

I(f) Naftogaz c.s. zijn geen *investors* in de zin van artikel 1 lid 2 BIT 1998 onder meer omdat zij onder hun nationale Oekraïense recht nooit bevoegd zijn geweest buitenlandse investeringen op de Krim te doen. Het scheidsgerecht is dus uitgegaan van een verkeerde uitleg van het begrip *investors*.

I(g) Naftogaz c.s. hebben vanwege illegaal handelen geen *investments* gedaan en zijn geen *investors* in de zin van de BIT 1998.

I(h) Uit artikel 9 BIT 1998 volgt geen toestemming van de verdragspartijen om vorderingen zoals die van Naftogaz c.s. te bundelen in één arbitrage.

II De grondslag van artikel 1065 lid 1 onder c Rv

5.2.3 Daarnaast is in artikel 1065 lid 1 onder c Rv als grond voor vernietiging genoemd dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden. De Russische Federatie heeft ook op deze grond een beroep gedaan. Zij heeft aangevoerd dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door de vorderingen van Naftogaz c.s. in één arbitrage te bundelen.

III De grondslag van artikel 1065 lid 1 onder e Rv

5.2.4 In artikel 1065 lid 1 onder e Rv wordt verder als grond voor vernietiging genoemd dat het vonnis in strijd is met de openbare orde. De Russische Federatie heeft ook op deze grond een beroep gedaan. In dat verband heeft zij betoogd dat het scheidsgerecht bevoegdheid heeft aangenomen ten aanzien van een kwestie (de status van de Krim onder de BIT 1998) die niet ter vrije bepaling van partijen staat.

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

Aard van de toetsing

- 5.3.1 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 (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.
- 5.3.2 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 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, komt de overeenkomst tot arbitrage tot stand. Indien echter moet worden aangenomen dat de voorwaarden waaronder het aanbod tot arbitrage is gedaan niet zijn vervuld, is geen sprake van een geldige arbitrageovereenkomst. Voor deze zaak betekent dit dat de hiervoor in rov. 5.2.2 onder a tot en met h genoemde, door de Russische Federatie opgeworpen gronden door het hof volledig moeten worden getoetst door een uitleg van de BIT 1998 aan de hand 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 Naftogaz c.s.

- 5.3.3 Naftogaz c.s. hebben alle door de Russische Federatie aangevoerde gronden voor onbevoegdheid van het scheidsgerecht bestreden. Naftogaz c.s. hebben als preliminair standpunt aangevoerd, dat de Russische Federatie haar recht heeft verwerkt om in het kader van artikel 1065 lid 1 onder a Rv andere onbevoegdheidsgronden aan te voeren dan opgenomen in de door de Russische Federatie verzonden brief (zie onder 3.12 hiervoor). Het hof zal dit preliminaire standpunt eerst bespreken.
- 5.3.4 Naftogaz c.s. hebben het preliminaire verweer als volgt toegelicht.
- 5.3.4.1 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 wesen" een beroep te doen op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op grond van het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst.
- 5.3.4.2 De Russische Federatie is verschenen in de bevoegdheids- en aansprakelijkheidsfase van de arbitrage door de brief van 19 januari 2017 in te dienen. 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-verschijnen in de arbitrage.

5.3.4.3 De brief waarbij de Russische Federatie is verschenen bevatte een (enkel) bevoegdheidsverweer, dat door het scheidsgerecht ook als zodanig is behandeld.

5.3.4.4 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

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

5.3.5.1 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.

5.3.5.2 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.

5.3.5.3 De namens de Russische Federatie aan het PHA gestuurde brief is 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.

5.3.5.4 De brief is niet gericht aan het scheidsgerecht zelf; het PHA heeft de brief eigener beweging doorgestuurd aan het scheidsgerecht.

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

5.3.5.6 Ook Naftogaz c.s. hebben in de arbitrale procedure erkend dat de Russische Federatie niet is verschenen.

5.3.5.7 Subsidiair geldt dat, voor zover moet worden aangenomen dat de Russische Federatie is verschenen, zij geen principaal verweer heeft gevoerd en daarom niet haar recht heeft verwerkt om alsnog "voor alle wesen" in de zin van artikel 1052 lid 2 Rv de onbevoegdheid van het scheidsgerecht in te roepen.

5.3.5.8 Bovendien geldt subsidiair dat de Russische Federatie haar verweer in de onderhavige procedure op toelaatbare wijze nader heeft uitgewerkt.

Het oordeel van het hof

5.3.6 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 lid 1 en 2 in samenhang met artikel 1065 lid 2 Rv voortvloeiende – beperkingen voor het opwerpen van gronden waarop het scheidsgerecht onbevoegd was. 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."

5.3.7 De hierboven onder 3.12 geciteerde brief is – tot het wijzen van de *Partial Award* – het enige teken van leven van de Russische Federatie geweest in de arbitrale procedure. Partijen gaan er terecht beide vanuit dat in een arbitrale procedure geen formele eisen gelden voor het verschijnen in de procedure. Op zich is het dus mogelijk dat een dergelijke brief, ook als er verder geen participatie is, als een verschijnen moeten worden aangemerkt. Dat kan het geval zijn als de desbetreffende brief het karakter heeft van een (beknopt) verweerschrift. Het gaat hier om uitleg van de brief aan de hand van objectieve maatstaven. Niet doorslaggevend is dat de brief aan het PHA is gestuurd, en niet aan het scheidsgerecht. Naftogaz c.s. hebben terecht naar voren gebracht dat de Russische Federatie ervan moest uitgaan dat haar brief zou worden doorgestuurd aan het scheidsgerecht en aan de raadslieden van Naftogaz c.s. Doorslaggevend is dat de hoofdboodschap van de brief van 19 januari 2017 is dat de Russische Federatie de *notice of initiation (...) of the international arbitration proceedings* terugzendt (inclusief de toegezonden 54 bladzijden), met de klaarblijkelijke bedoeling dat zij niet aan de arbitrale procedure zal deelnemen. Die boodschap is toegelicht met een korte toelichting, bestaande uit vier volzinnen, waarin is uiteengezet waarom het tribunaal onbevoegd wordt geacht. De brief heeft daarmee niet het karakter van een (beknopt) verweerschrift. Dat het scheidsgerecht het in de brief genoemde bevoegdheidsverweer wel heeft behandeld, maakt dit niet anders. Het scheidsgerecht was immers gehouden ook eigener beweging te toetsen of het bevoegd was en heeft dat ook – los van de desbetreffende brief – gedaan. In alinea 137 van de *Partial Award* van 22 februari 2019 overwoog het scheidsgerecht immers: *"In addition to consideration of the broad objection of Russia, the Tribunal must satisfy itself, on the basis of the provisions of the Treaty and general principles of international law, that all of the other conditions under the BIT respecting jurisdiction are fulfilled."* De Russische Federatie heeft verder terecht naar voren gebracht dat zowel het scheidsgerecht (in de alinea's 14, 135 en 196) als Naftogaz c.s. er tijdens de arbitrale procedure blijk van hebben gegeven dat zij de Russische Federatie beschouwden als "niet verschenen".

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

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

Het standpunt van de Russische Federatie

5.3.9 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 Naftogaz c.s.

- 5.3.10 Naftogaz 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 heeft de rechter uiteindelijk het laatste woord over de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst bestaat. Hieruit volgt dat de rechter niet beperkt is tot gronden waarop het scheidsgerecht zijn bevoegdheidsoordeel heeft gebaseerd. De vernietigingsrechter moet zelf vaststellen of het scheidsgerecht zich terecht bevoegd heeft verklaard, mits dergelijke argumenten tijdig in de vernietigingsprocedure naar voren zijn gebracht.

Het oordeel van het hof

- 5.3.11 Het hof verwijst op dit punt naar 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.”

- 5.3.12 Onder 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 Naftogaz c.s. gebezigde argumenten andere zijn dan die welke het scheidsgerecht aan zijn

oordeel ten grondslag heeft gelegd.

5.4 De (sovereiniteits)status van de Krim (onbevoegdheidsargument Ia)

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.4.1 Het scheidsgerecht heeft de vraag of het gehouden of bevoegd was te oordelen over de (internationaalrechtelijke) legaliteit of illegaliteit van de incorporatie van de Krim onder ogen gezien en daarover het volgende opgenomen in §161 en §172 van de *Partial Award* van 22 februari 2019:

"161. The jurisdiction of the Tribunal rests on a treaty to which both Russia and Ukraine are parties. As the Belbek tribunal pointed out, "the juridical space" occupied by the BIT has not been modified by annexation or otherwise since the BIT was concluded on 27 November 1998. The facts required to establish jurisdiction under the BIT do not turn on the legality or illegality of encroachments by one Contracting Party on the territory of the other. In the view of this Tribunal's

majority, the plain terms of the BIT can be applied in their ordinary meaning to the situation in Crimea and Sevastopol at the relevant dates without resolving legal issues such as sovereignty extraneous to those stipulated by the Contracting Parties such as the legality or illegality of Russian's military intervention and subsequent constitutional absorption of Crimea into the Russian Federation.

172. Article 31(1) of the VCLT [het WVV, toevoeging hof] directs that the Treaty "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 light of its object and purpose. In the majority view, the "ordinary meaning to be given to the terms" should not be cut down or diluted by importing the concept of "lawful" of "sovereignty" where the parties have chosen to use the word "territory" without any such limitation. On this point the Tribunal notes the submission of Ukraine that:

Many of Ukraine's bilateral investment treaties do specifically define territory with reference to "sovereignty", but Ukraine deferred to Russia's preferred practice of leaving references to territory open-ended. A restrictive definition should not be imposed where the parties to an investment treaty could have chosen to adopt one, but did not.

The Tribunal majority agrees. If the Contracting Parties had intended to specify "sovereign" territory they would have said so."

Het standpunt van de Russische Federatie

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

5.4.2.1 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. Dit is immers een essentieel onderdeel van onder meer artikel 1 lid 1 BIT 1998. Oekraïne accepteert niet dat de Russische wetgeving van toepassing is op de Krim. Het bepalen wier wetgeving van toepassing is op een bepaald grondgebied is een zuivere kwestie van soevereiniteit. Daardoor valt dit geschil ver buiten hetgeen arbitabel is onder het Nederlandse recht.

5.4.2.2 Als een op grond van de BIT 1998 samengesteld scheidsgerecht zich zou mengen in een kwestie die van invloed is op acute politieke geschillen tussen staten, dan zou het systeem van investeringsarbitrage en het vereiste van instemming daarmee door staten, die juist zijn gericht op depolitisering van investeringsgeschillen, fundamenteel worden geschaad.

5.4.2.3 Voor een beslissing van het scheidsgerecht aangaande de toepasselijkheid van de BIT 1998 op de investeringen van Naftogaz c.s. dient eerst te worden vastgesteld of de Krim

kan worden geduid als onderdeel van de *territory* van de Russische Federatie of van Oekraïne in de zin van artikel 1 lid 4 BIT 1998. De betekenis van artikel 1 lid 4 BIT 1998, overeenkomstig artikel 31 lid 1 WvV op juiste wijze geïnterpreteerd, impliceert een beslissing over het soevereiniteitsgeschil. Met *territory* is immers bedoeld "soverein grondgebied".

5.4.2.4 Het scheidsgerecht kan het soevereiniteitsgeschil tussen de verdragspartijen niet omzeilen met de gehanteerde definitie van *territory*.

5.4.2.5 Het scheidsgerecht heeft, door te oordelen dat de Krim vanaf de incorporatie in de Russische Federatie als Russisch grondgebied is aan te merken, onmiskenbaar en onvermijdelijk een oordeel gegeven over de status van de Krim binnen het ter zake bestaande soevereiniteitsgeschil tussen Oekraïne en de Russische Federatie.

5.4.2.6 Internationale jurisprudentie bevat talloze voorbeelden van scheidsgerichten die in soortgelijke situaties geen bevoegdheid aanvaarden.

Het standpunt van Naftogaz c.s.

5.4.3 Naftogaz 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 Naftogaz c.s. niet dat het scheidsgerecht niet kon beslissen over hun vorderingen zonder daarbij een standpunt in te nemen over dat soevereiniteitsgeschil. Zij voeren daartoe samengevat aan dat het scheidsgerecht helemaal niet over het soevereiniteitsgeschil hoefde te oordelen en dat ook niet heeft gedaan, expliciet noch impliciet. Ook de door het scheidsgerecht aan het begrip *territory* gegeven uitleg behelst geen impliciet oordeel inzake soevereiniteit, evenmin als de vaststelling dat de Russische Federatie haar wetgeving op de Krim toepast. De juridische belangen van Oekraïne, die geen partij was bij de arbitrage, vormden niet de *very subject matter* van het geschil tussen de Russische Federatie en Naftogaz c.s. Het scheidsgerecht heeft geen uitspraak gewezen die de belangen van Oekraïne raakt.

Het oordeel van het hof

5.4.4 De stelling van de Russische Federatie dat de meerderheid van het scheidsgerecht, niettegenstaande haar hierboven geciteerde overwegingen, met haar oordeel over de toepasselijkheid van de BIT 1998 een (impliciet of expliciet) oordeel heeft gegeven over het soevereiniteitsconflict tussen de Russische Federatie en Oekraïne ten aanzien van de Krim, volgt het hof niet.

5.4.5 Het standpunt van de Russische Federatie hangt samen met haar uitleg van het begrip *territory* in artikel 1 lid 4 BIT 1998. Volgens de Russische Federatie moet dit begrip worden uitgelegd als *sovereign territory*, terwijl één van de (noodzakelijke) elementen van het begrip *sovereign territory* is, dat de soevereiniteit van een staat over een bepaald grondgebied internationaal wordt erkend. Als deze uitleg juist is, zou de meerderheid van het scheidsgerecht met haar oordeel dat de Krim kan worden gezien als *territory* van de Russische Federatie in de zin van artikel 1 lid 4 van de BIT 1998, inderdaad (impliciet) een oordeel hebben gegeven over de soevereiniteitskwestie. De meerderheid van het scheidsgerecht heeft in de arbitrale tussenuitspraak echter geoordeeld, dat het begrip *territory* nu juist níet moet worden uitgelegd als *sovereign territory* in deze zin. De meerderheid van het scheidsgerecht oordeelde dat de Russische Federatie *effective control and de facto authority* had en dat als de contractspartijen met *territory* bedoelden *sovereign territory*, zij dat wel gezegd zouden hebben. Het scheidsgerecht hoefde, gegeven deze uitleg, geen oordeel te geven over het 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.

5.4.6 Voor zover de Russische Federatie betoogt dat ook de vaststelling dat op de Krim sinds de incorporatie de wetten van de Russische Federatie gelden, een oordeel vergt over het soevereiniteitsconflict, volgt het hof de Russische Federatie daarin niet. 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.

5.4.7 De Russische Federatie heeft ter ondersteuning van haar standpunt verwezen naar een arbitraal vonnis van 21 februari 2020, gewezen tussen Oekraïne en de Russische Federatie betreffende een *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation, PCA Case No. 2017-06)*. Het hof volgt de Russische Federatie daarin niet. Naftogaz c.s. hebben terecht naar voren gebracht dat in die kwestie de vraag welk land soevereiniteit bezit op de Krim volledig bepalend was voor de gegrondheid van bepaalde vorderingen van Oekraïne, die gebaseerd waren op het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee (hierna: het UNCLOS). Het UNCLOS geeft onder meer een "kuststaat" het recht om verschillende activiteiten te verrichten in de wateren voor de kust. In de UNCLOS-zaak had Oekraïne zich op het standpunt gesteld dat zij soevereiniteit had over de Krim (*Interim Award* §152). Om te bepalen of Oekraïne gold als kuststaat in de zin van dat verdrag, was het daarom volgens het scheidsgerecht nodig om te bepalen wie de soevereiniteit had op de Krim. Daartoe achtte het scheidsgerecht zich niet bevoegd. Anders dan in deze zaak heeft het scheidsgerecht in de UNCLOS-zaak zijn bevoegdheid niet gebaseerd op de uitoefening van "*settled jurisdiction or control*", waarvoor geen oordeel over de soevereiniteit nodig is. Daarbij komt dat deze zaak zich onderscheidt van de onderhavige zaak doordat het een geschil tussen de (verdrags)staten zelf betrof en niet tot onderwerp had het (gestelde) aantasten van investeringen van derden, te weten (rechts)personen gevestigd of woonachtig in een verdragsstaat.

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

5.5 De definitie van *territory* (onbevoegdheidsargument Ib)

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.5.1 De meerderheid van het scheidsgerecht heeft vooropgesteld dat het scheidsgerecht zijn bevoegdheid ontleent aan de BIT 1998. Met het Belbek-tribunaal is zij van oordeel dat de *juridical space* van de BIT 1998 sinds de inwerkingtreding niet is gewijzigd door de annexatie of anderszins. Diezelfde meerderheid heeft geoordeeld dat Oekraïne weliswaar juridische argumenten heeft voor haar positie op de Krim, maar dat de Russische Federatie de Krim en Sevastopol in bezit houdt en dat het scheidsgerecht bij de uitleg van de BIT 1998 gehouden is om de juridische consequenties te bepalen van een *fait accompli*. Zij merkt op dat artikel 29 van de WVV, dat bepaalt dat een verdrag elke partij bindt ten opzichte van *its entire territory*, geen verband legt met de *sovereignty* of *lawfulness* van bezetting en controle. Ten aanzien van artikel 1 lid 4 BIT 1998 heeft de meerderheid van het scheidsgerecht overwogen dat de zinsnede daarin "*defined in accordance with international law*" alleen terugslaat op de "*exclusive economic zones and continental shelf*" en niet op de definitie van *territory* als zodanig. Het scheidsgerecht heeft zich bij zijn oordeel laten leiden door artikel 31 lid 1 WVV dat bepaalt alle verdragen te goeder trouw moeten worden uitgelegd in overeenstemming met de *ordinary meaning* die aan de termen van het verdrag moet worden gegeven, gelezen in hun *context* en in het licht van het *object and purpose* van het verdrag. De meerderheid van het scheidsgerecht is van oordeel dat de gewone betekenis van de term *territory* niet moet

worden beknot of afgezwakt door daaraan het concept van wettig of soevereiniteit toe te voegen, terwijl partijen ervoor gekozen hebben om het woord *territory* zonder zo'n beperking te gebruiken.

Verder heeft de meerderheid van het scheidsgerecht zich aangesloten bij het oordeel van het scheidsgerecht in de Belbek-zaak dat niet kan worden aangenomen dat de BIT 1998 niet van toepassing is op handelingen op de Krim in de periode waarover het in deze zaak gaat, omdat de BIT 1998 dan van haar effect zou worden beroofd en de contractspartijen van hun verplichting om het verdrag te goeder trouw uit te voeren zouden worden ontheven. Daardoor zou een leemte, een luchtbel, worden geschapen in de toepassing van het verdrag op de Krim die niet was bedoeld en niet voor mogelijk was gehouden.

Het scheidsgerecht vat zijn oordeel in §180 als volgt samen:

*"180. In summary, at the time the BIT was concluded there was one geographic territory shared between two sovereign states, Ukraine and Russia. That is still the situation. Within the geographic space, effective control and de facto authority over both domestic and international relations of Crimea and Sevastopol was seized by the occupying forces of Russia and adopted by the Russian Parliament and endorsed by the Russian Supreme Court. While Ukraine has not surrendered sovereignty, it acknowledges that it is incapable of exercising it. De facto power was exercised by Russia from and after 27 February 2014 ("**Special Operations Forces Day**") although the constitutionality of the annexation under Russian law and the legality of the seizure under Russian law were not regularized until 21 March 2014 backdated to March 2014."*

Het standpunt van de Russische Federatie

5.5.2 De Russische Federatie bestrijdt het oordeel van de meerderheid van het scheidsgerecht. Volgens de Russische Federatie verwijst het begrip *territory* in artikel 1 lid 4 BIT 1998 naar hetzij het soevereine grondgebied van de Russische Federatie, hetzij het soevereine grondgebied van Oekraïne in 1998, toen de BIT 1998 werd gesloten. Op dat moment maakte de Krim deel uit van Oekraïne. De betekenis van het begrip *territory* in artikel 1 lid 4 BIT 1998 kan nadien alleen wijzigen met instemming van de verdragspartijen.

5.5.3 De Russische Federatie heeft verder vooropgesteld dat het begrip *territory* op grond van artikel 31 WVV moet worden uitgelegd aan de hand van (i) de gewone betekenis, (ii) de context, (iii) het voorwerp en doel van de BIT 1998 en (iv) de goede trouw; de meerderheid van het scheidsgerecht heeft deze analyse ten onrechte nagelaten. Toepassing van deze maatstaf brengt volgens de Russische Federatie het volgende mee:

Ad (i)

- uit de gewone betekenis van het begrip *territory* in het internationaal publiekrecht en de tekst van de BIT 1998 zelf volgt dat met *territory* bedoeld is *sovereign territory* van elke verdragspartij bij het sluiten van de BIT 1998. Deze gewone betekenis van *territory* wordt bevestigd door de Commissie voor Internationaal Recht (ILC) van de VN, gezaghebbende internationale rechtspraak, het Hof van Justitie van de EU en een grote hoeveelheid gezaghebbende literatuur op het gebied van internationaal publiekrecht;

- de toevoeging van de woorden "*in accordance with international law*" in de tekst na "*exclusieve economic zone and the continental shelf*" in artikel 1 lid 4 BIT 1998 houdt dus, anders dan de meerderheid van het scheidsgerecht meent, wel verband met de definitie van het grondgebied. En zelfs als dat niet zo zou zijn, moet het territorium in het eerste deel van de definitie worden bepaald om de "*exclusive economic zone and the continental shelf*" te kunnen bepalen;

- gewone woordenboeken zijn – anders dan Naftogaz c.s. aanvoeren – niet geschikt om de betekenis van een juridische term in een internationaal verdrag uit te leggen. De verwijzing door Naftogaz c.s. naar de betekenis van *territory* in woordenboeken legt dus geen gewicht in de schaal. Bovendien definieert een aantal juridische woordenboeken het begrip *territory*

met een expliciete verwijzing naar soevereiniteit;

- uit de woorden "or" en "respective" in de definitie van *territory* blijkt dat het begrip *territory* slechts naar het (soevereine) grondgebied van één verdragsstaat kan verwijzen;
- het woordje "its" in artikel 1 lid 4 BIT 1998 drukt een element van bezit of eigendom uit, waaruit volgt dat de intentie was te verwijzen naar het respectieve soevereine grondgebied van partijen;
- de toevoeging van "*exclusive economic zone and the continental shelf*" was alleen nodig omdat deze gebieden naar internationaal publiekrecht geen onderdeel zijn van het soevereine grondgebied van een staat;
- als de bedoeling was om *territory* iets anders te laten betekenen dan soeverein grondgebied, dan hadden partijen het wel in het verdrag opgenomen; evenmin hebben partijen hebben de bedoeling gehad om het begrip qua inhoud te laten "evolueren";
- de door de Russische Federatie voorgestane uitleg conform het WVV wordt bevestigd door de *dissenting opinion* van professor [arbiter 2] en de door de Russische Federatie overgelegde *legal opinions* van prof. P. Dumberry, prof. emeritus M. Mendelson, prof. Y. Nouvel en prof. A. Bianchi.

Ad (ii)

- 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;
- het verdrag is gebaseerd op wederkerigheid; de BIT 1998 kan geen werking vinden als een gebied voor de ene verdragspartij soeverein grondgebied betekent en voor de andere partij een gebied dat onder haar "*effective control and jurisdiction*" staat, want dat kan niet de gemeenschappelijke bedoeling zijn geweest bij het sluiten van de BIT 1998.

Ad (iii)

- de BIT 1998 heeft als voorwerp en doel het bevorderen van de economische ontwikkeling door het wederzijds en wederkerig aanmoedigen van investeringen op het grondgebied van elke verdragspartij door investeerders van de andere verdragspartij. Bescherming is een noodzakelijk element (middel) om buitenlandse investeringen aan te moedigen, maar is niet het doel van het verdrag;
- het doel van de BIT 1998 wordt bereikt door toekomstige investeerders aan te moedigen om op het grondgebied van de andere verdragspartij te investeren en niet door investeerders die vóór 2014 binnenlandse investeringen hebben gedaan, te beschermen.

Ad (iv)

- een uitleg te goeder trouw dient de gewone betekenis van een verdragsbegrip te benadrukken. In 1998 hield niemand, en zeker niet de vertegenwoordigers van beide verdragspartijen, rekening met het feit dat de Krim een betwist gebied zou worden tussen de verdragspartijen, laat staan dat een dergelijke omstandigheid onder het toepassingsgebied van de BIT 1998 zou kunnen vallen;
- 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 of het uitbreken van vijandelijkheden tussen staten.

5.5.4 Bij conclusie van repliek heeft de Russische Federatie verder gewezen op artikel 32 WVV dat voorziet in de mogelijkheid om gebruik te maken van aanvullende middelen van uitlegging ter bevestiging van de betekenis van een verdragsterm die voortvloeit uit de toepassing van artikel 31 WVV. Volgens de Russische Federatie bevestigen zowel de *travaux préparatoires* van de BIT 1998 als de statenpraktijk de door de Russische Federatie voorgestane uitleg van het begrip *territory* in de BIT 1998. De Russische Federatie heeft daartoe gewezen op enkele voorstellen voor artikel 1 lid 4 BIT 1998 van Oekraïne, waarin wel het woord *sovereign power* of *sovereign rights or jurisdiction* voorkomt.

Het standpunt van Naftogaz c.s.

5.5.5 Naftogaz c.s. bestrijden dat de door de meerderheid van het scheidsgerecht aan het begrip *territory* gegeven uitleg onjuist is. Hun betoog kan als volgt worden samengevat.

5.5.5.1 Volgens Naftogaz c.s. leidt een uitleg langs de lijnen van tekst, context, voorwerp en doel en goede trouw van artikel 1 lid 4 BIT 1998 tot de conclusie dat met *territory* wordt bedoeld op het gebied dat valt binnen de effectieve rechtsmacht en controle van een staat. Wat betreft de gewone betekenis voeren zij 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 wordt de term *territory* nader gedefinieerd door een uitdrukkelijke verwijzing naar *sovereignty*. Dat zou overbodig zijn als het begrip *territory* al *sovereignty* omvat. Ook uit de jurisprudentie en de literatuur en uit de betekenis die de woordenboeken aan het begrip *territory* toekennen blijkt dat het grondgebied waarover een staat effectieve controle heeft, wordt gezien als de gewone betekenis van *territory*.

Onder verwijzing naar de expertopinions van prof. N. Schrijver stellen Naftogaz c.s. verder dat er geen reden is om het begrip *territory* statisch uit te leggen in die zin dat het beperkt is tot de soevereine grondgebieden zoals die bestonden in 1998. Het is inherent aan een generiek begrip als *territory* dat zijn inhoud (de daarmee aangeduide feiten) kan veranderen door de tijd. Dit zijn geen veranderingen in de gewone betekenis van de tekst van de BIT 1998 maar een andere toepassing van het begrip op specifieke feitelijke omstandigheden.

5.5.5.2 Ook de context van artikel 1 lid 4 BIT 1998 maakt duidelijk dat *territory* de gebieden onder effectieve controle of rechtsmacht van een verdragspartij omvat. De bepaling definieert het begrip *territory* als, in het geval van de Russische Federatie, omvattend *the territory of the Russia Federation ... as well as [its] exclusive economic zone and the continental shelf*. De toevoeging van deze maritieme gebieden ondersteunt de ruime lezing van het begrip *territory*, dat weliswaar ruim is en de gebieden onder rechtsmacht of controle omvat, maar niet ook de exclusieve economische zone en het continentaal plat. De zinsnede *in accordance with international law*, verwijst naar de *exclusive economic zone and the continental shelf* en niet, zoals de Russische Federatie stelt, naar *territory*.

5.5.5.3 Uit de preambule en de titel blijkt dat doel en voorwerp van de BIT 1998 tweeledig is; het omvat zowel het stimuleren als het beschermen van investeringen. Dit wijst er niet op dat het toepassingsbereik van de BIT 1998 is beperkt tot het grondgebied waar elke verdragspartij rechtens soevereiniteit geniet. Het zou juist strijdig zijn met voorwerp en doel van de BIT 1998 om buitenlandse investeringen in een gebied waarover een staat exclusieve controle heeft buiten bescherming te laten.

5.5.5.4 Een uitleg te goeder trouw staat in de weg aan het aanvoeren van tegenstrijdige interpretaties. De Russische Federatie kan niet "blow hot and cold" door enerzijds te stellen dat zij de Krim rechtmatig als haar soevereine grondgebied heeft ingelijfd en anderzijds aan te voeren dat zij niet is gebonden aan haar verdragsverplichtingen op dat grondgebied.

5.5.5.5 Naftogaz c.s. hebben verder gewezen op artikel 29 WVV, dat bepaalt dat een verdrag van toepassing is op het gehele grondgebied van een verdragsstaat (*its entire territory*). Bij de totstandkoming van artikel 29 WVV is de reikwijdte van dit begrip door de ILC toegelicht, waarbij zij gezien de gebruikte bewoordingen tot de conclusie kwam dat het begrip ruim moet worden uitgelegd; de territoriale werkingssfeer omvat gebieden onder de effectieve controle en rechtsmacht van een staat.

5.5.5.6 De betekenis van *territory* in artikel 1 lid 4 BIT 1998 is duidelijk. Er is daarom geen noodzaak om aanvullende middelen van uitleg te gebruiken om de betekenis van *territory* te achterhalen, zoals de Russische Federatie doet. Maar zelfs als die aanvullende middelen, de *travaux préparatoires* en de statenpraktijk, te hulp worden geroepen leiden zij niet tot een andere uitkomst.

Het oordeel van het hof

De situatie op de Krim

- 5.5.6 Partijen zijn het erover 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 haar federatie, zoals blijkt uit de hierboven weergegeven samenvatting van de gebeurtenissen op de Krim.

Uitleg artikel 1 lid 4 BIT 1998

- 5.5.7 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)

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

"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*". Naftogaz c.s. hebben bij conclusie van dupliek een rapport overgelegd van dr. Egbert Fortuin, universitair hoofddocent Russische taalkunde, die de authentieke taalversies van de BIT 1998 heeft bestudeerd en die deze conclusie op grond van syntactische argumenten bevestigt. Het hof sluit zich bij deze conclusie aan. De Russische Federatie heeft geen taalkundige argumenten naar voren gebracht die tot een andere conclusie leiden.

- 5.5.9 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. Het hof onderschrijft de stelling van de Russische Federatie 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, zoals Naftogaz c.s. terecht naar voren hebben gebracht, betekent dit niet 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.

Ad (ii)

5.5.10 Het hof volgt ook niet het standpunt van de Russische Federatie dat *territory* in het internationale verdragenrecht altijd de betekenis heeft van *sovereign territory*, ongeacht 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. Uit het feit dat algemeen wordt aanvaard dat verdragen gelding hebben op het gehele soevereine grondgebied van een staat, volgt immers niet de conclusie dat verdragen niet ook werking (kunnen) hebben op grondgebied waarover een staat langdurig rechtsmacht en effectieve controle uitoefent, zoals in het onderhavige geval.

5.5.11 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 ook 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).

5.5.12 De Russische Federatie heeft ter ondersteuning van haar standpunt verder gewezen op een uitspraak 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 het handelsakkoord mede van toepassing was op de Westelijke Sahara. Marokko rekende dit stuk van de Sahara tot zijn grondgebied. Dat werd betwist door Front Polisario, een organisatie die opkomt voor de inheemse bevolking van de Westelijke Sahara. Het Internationaal Gerechtshof had 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 van de EU 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.

5.5.13 De verwijzing van de Russische Federatie naar artikel 73 WVV treft evenmin doel. 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 (O. Dörr en K. Schmalenbach (red.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: a commentary*, Berlijn: Springer, 2018, blz. 1334). Artikel 73 WVV staat daarom niet in de weg aan de uitleg van *territory* als door het scheidsgerecht gegeven.

5.5.14 Het hof ziet tot slot in de door de Russische Federatie overgelegde (delen van de) *travaux préparatoires* geen grond om tot een andere conclusie te komen. Daaruit volgt weliswaar dat verschillende definities van *territory* tussen de Russische Federatie en Oekraïne zijn uitgewisseld, waarbij – van de kant van Oekraïne – ook formuleringen zijn voorgesteld waarin het woord *sovereign* voorkomt, maar het hof kan aan de hand van die stukken niet vaststellen wat de reden is geweest waarom uiteindelijk de huidige formulering – waarin het woord *sovereign* niet voorkomt – is gekozen. Bij de verschillende tekstvoorstellen ontbreekt een (authentieke) toelichting. Nadere inzichten over de bedoelingen van de verdragspartijen vallen uit de overgelegde *travaux préparatoires* daarom niet te destilleren.

Ook uit de "statenpraktijk", als dat al als aanvullend middel van uitleg mag gelden, blijkt niet dat met de term *territory* steeds of zelfs gewoonlijk *sovereign territory* wordt bedoeld. Naftogaz c.s. noemen daartegenover immers een aantal verdragen waarin dat juist niet het geval is.

Ad (iii)

5.5.15 Het hof is hiervoor (in 5.5.8 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* onlosmakelijk is verbonden met de soevereine bevoegdheden van een verdragspartij, zoals het toekennen van nationaliteit, het opzetten van een rechtsstelsel, het recht om bepaalde (takken van) investeerders uit te sluiten. Het hof is van oordeel dat de term *territory* in de door de Russische Federatie genoemde artikelen (slechts) aangeeft dat de verdragspartij de macht moet hebben om wetgeving uit te vaardigen, nationaliteit toe te kennen enz. Die macht kan een staat ook hebben over een gebied waarover hij de feitelijke controle uitoefent, zoals ook blijkt uit het feit dat de Russische Federatie wetgeving op de Krim heeft uitgevaardigd. 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 die zijn gedaan voor 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.

- 5.5.16 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.
- 5.5.17 Het scheidsgerecht heeft unaniem 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 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 op hun respectieve grondgebieden aan te moedigen en te beschermen.
- 5.5.18 Bij een uitleg te goeder trouw van de bewoordingen van de BIT 1998 in hun context en in het licht van voorwerp en doel 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 deze bevoegdheden uitoefent, met toepassing van de aan Russische overheidsorganen toekomende bevoegdheden. De Russische Federatie heeft niet, althans niet gemotiveerd, betwist dat de investeringen van Naftogaz c.s. op de hierboven samengevatte wijze, dus met gebruikmaking van overheidsbevoegdheden (in de vorm van overheidsdecreten) zijn onteigend. De Russische Federatie heeft er weliswaar op gewezen dat de mogelijkheid tot onteigenen een “*essential attribute of sovereignty*” vormt, maar heeft niet bestreden dat zij deze mogelijkheid op het grondgebied van de Krim feitelijk heeft en ten aanzien van de investeringen van Naftogaz c.s. ook feitelijk heeft uitgeoefend.
- 5.5.19 Ook in de internationale literatuur wordt aangenomen dat verdragen ook van toepassing kunnen zijn op 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 *ICLQ*, 2016).
- 5.5.20 Gezien het voorgaande is er op basis van een uitleg te goeder trouw van artikel 1 lid 4 van de BIT 1998 overeenkomstig de gewone betekenis, in zijn context en in het licht van doel en voorwerp van het verdrag, geen reden om aan te nemen dat de Krim niet valt onder de *territory* van de Russische Federatie als gedefinieerd in dit artikel. Het hof tekent daarbij nog aan dat het bij een uitleg van het verdrag conform de maatstaven van artikel 31 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.

- 5.5.21 De conclusie is dat het scheidsgerecht niet is uitgegaan van een onjuiste definitie van het begrip *territory* en dat dit dus geen grond voor vernietiging van het arbitrale (tussen)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.

5.6 Reciprociteit (onbevoegdheidsargument Ic)

Het oordeel van het scheidsgerecht

- 5.6.1 Het scheidsgerecht is niet ingegaan op de volgens de Russische Federatie vereiste reciprociteit van verplichtingen van de Russische Federatie tegenover de Oekraïense investeerders enerzijds, en verplichtingen van Oekraïne tegenover investeerders in de Russische Federatie anderzijds. Wel heeft het scheidsgerecht in de *Partial Award* van 22 februari 2019 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 in praktische zin aanvaardt dat de Russische Federatie sinds de incorporatie rechtsmacht heeft over en effectieve controle uitoefent op de Krim (*Partial Award* van 22 februari 2019, §180). Het scheidsgerecht heeft het standpunt van Oekraïne betrokken bij zijn oordeel dat de Russische Federatie degene is die *de facto* soevereiniteit uitoefent op de Krim.

Het standpunt van de Russische Federatie

- 5.6.2 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.

- 5.6.3 De Russische Federatie heeft dit standpunt als volgt nader uitgewerkt.

5.6.3.1 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.

5.6.3.2 Oekraïne heeft na de incorporatie een aantal wetten ingevoerd die onder meer de exclusieve gelding van Oekraïense wetgeving op de Krim regelen. Deze wetten regelen ook

de nietigheid van overheidsbesluiten van de huidige autoriteiten op de Krim, voor zover deze niet in overeenstemming zijn met Oekraïens recht. Door Oekraïense bedrijven en personen gedane investeringen op het grondgebied van de Krim – en *vice versa* – worden aangemerkt als binnenlandse investeringen.

5.6.3.3 De Russische Federatie heeft nimmer BIT-1998-verplichtingen gehad voor toenmalige binnenlandse investeringen van Oekraïense investeerders op de Krim. Deze verplichtingen kunnen ook niet ontstaan zolang Oekraïne haar wederkerige verplichtingen ten aanzien van de Krim niet erkent. Zolang er geen verdragsverplichting is ontstaan kan er geen sprake zijn van opschorting van een verdragsverplichting.

5.6.3.4 Verplichtingen van de Russische Federatie zijn wederkerig en wederzijds afhankelijk van die van Oekraïne. Russische verplichtingen met betrekking tot de Krim kunnen niet blijven bestaan, zolang Oekraïne haar eigen verplichtingen met betrekking tot de Krim ontkent. Ook stelt het principe van de *exceptio non adimpleti contractus* de Russische Federatie in staat om haar wederkerige prestaties in het kader van de BIT 1998 met betrekking tot de Krim te weigeren, met inbegrip van haar bereidheid tot arbitrage.

Het standpunt van Naftogaz c.s.

5.6.4 Naftogaz c.s. hebben bestreden dat het "reciprociteitsbeginsel", althans de wijze waarop het door de Russische Federatie wordt toegepast, naar internationaal recht bestaat. Zij hebben hun verweer als volgt uitgewerkt.

5.6.4.1 In de eerste plaats biedt een gesteld gebrek aan reciprociteit geen juridische basis voor de Russische Federatie om haar doorlopend aanbod tot arbitrage over geschillen met Oekraïense investeerders in te trekken. Dat aanbod wordt uitsluitend beheerst door de bepalingen van het verdrag. De BIT 1998 bevat geen bepaling die de Russische Federatie toestaat om haar instemming om te arbitrerem in te trekken.

5.6.4.2 In de tweede plaats ontbeert de reciprociteitstheorie van de Russische Federatie elke basis in internationaal investeringsrecht. De BIT 1998 formuleert behandelingsstandaarden die de Russische Federatie met betrekking tot investeringen van Oekraïense investeerders als Naftogaz c.s. in acht moet nemen. Deze verdragsverplichtingen jegens investeerders zijn niet afhankelijk van enige verdere actie van Oekraïne.

5.6.4.3 In de derde plaats vindt het reciprociteitsargument geen steun in de juridische bronnen. De omstandigheid dat BIT's voor beide verdragspartijen verplichtingen in het leven roepen, betekent nog niet dat reciprociteit een opschortende voorwaarde is voor instemming met arbitrage door een van de verdragspartijen.

5.6.4.4 Ten slotte hebben Naftogaz c.s. aangevoerd dat het beroep van de Russische Federatie op de *exceptio non adimpleti contractus* niet slaagt omdat een eventueel gebrek aan reciprociteit in interstatelijke verplichtingen nog niet meebrengt dat de Russische Federatie haar verplichting om te arbitrerem tegenover Naftogaz c.s. kan weigeren, want Naftogaz c.s. zijn niet tekortgeschoten in de nakoming van eenzelfde of samenhangende verplichting.

Het oordeel van het hof

5.6.5 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 Naftogaz 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

investerings 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 Naftogaz c.s. er terecht op gewezen dat een eventuele schending van haar verplichtingen door haar verdragspartij *Oekraïne* de Russische Federatie nog niet het recht geeft om haar verplichting tot arbitrerens jegens *Naftogaz c.s.* niet na te komen. Die verplichting is immers niet wederkerig met de verplichtingen van Oekraïne.

5.6.6 Wat betreft het argument van de Russische Federatie dat het verdrag niet behoeft te worden opgeschort omdat het nooit van toepassing is geweest, wordt verwezen naar de bespreking van de standpunten van de Russische Federatie inhoudende dat de Krim niet kan worden beschouwd als *territory* in de zin van de BIT 1998, dat Naftogaz c.s. geen door het verdrag beschermde *investments* hebben gedaan en dat Naftogaz c.s. geen *investors* zijn in de zin van de BIT 1998. Deze standpunten zijn hiervoor aan de orde geweest of komen hierna aan de orde.

5.7 De investeringen vallen buiten het temporele toepassingsbereik van artikel 12 BIT 1998 (onbevoegdheidsargument Id)

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.7.1 Het argument dat de investeringen buiten het temporele bereik van de BIT 1998 vallen is door de meerderheid van het scheidsgerecht in haar *Partial Award* niet als zodanig behandeld. Wel heeft de meerderheid in haar *Partial Award* in § 175 opgemerkt dat de BIT 1998 niet zonder temporele grenzen is en dat artikel 12 de bescherming van het verdrag beperkt tot investeringen die op of na 1 januari 1992, de datum van het uiteenvallen van de USSR, zijn gedaan. Vervolgens heeft de meerderheid van het scheidsgerecht in § 191 geoordeeld dat het werkwoord "*made*" in artikel 12 slechts een "*existing state of affairs*" op de datum van de onteigening en het begin van de arbitrale procedure beschrijft.

[arbitrator 2] heeft in haar *Dissenting Opinion* als haar mening te kennen gegeven dat op grond van artikel 12 van de BIT 1998 investeringen die vóór 1 januari 1992 zijn gedaan niet vallen onder de bescherming van artikel 5 tegen onteigening. Voor zover de pijpleidingen en met gas verband houdende investeringen zijn gedaan gedurende de tijd dat de Oekraïne en de Russische Federatie deel uitmaakten van de USSR zijn zij volgens haar niet beschermd.

Nadat de Russische Federatie is gaan deelnemen aan de quantumfase van de arbitrage heeft het scheidsgerecht *Procedural Order no. 8* uitgevaardigd. Daarin stelde hij het volgende vast:

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

Het standpunt van de Russische Federatie

5.7.2 De Russische Federatie is van mening dat de juiste uitleg van artikel 12 BIT 1998 is dat alleen investeringen worden beschermd die actief zijn *gedaan* op of na 1 januari 1992 en dus niet investeringen die simpelweg *bestonden* ten tijde van een op of na 1 januari 1992 begane schending van de BIT 1998 en een na die datum aangevangen arbitrage. De Russische Federatie stelt zich daarbij op het standpunt dat ook artikel 12 BIT 1998 op grond van artikel 31 WVV moet worden uitgelegd aan de hand van (i) de gewone betekenis en de

context van artikel 12 en (ii) het voorwerp en doel van de BIT 1998 en de uitleg te goeder trouw. Dit heeft de Russische Federatie als volgt uitgewerkt.

5.7.2.1 De tekst van artikel 12 BIT 1998 luidt dat de BIT 1998 slechts van toepassing is op "*investments made (...) on or after January 1, 1992.*" Volgens de Russische Federatie duidt het woord "made" erop dat een *actieve* investeringshandeling moet worden gedaan na 1 januari 1992 en niet dat investeringen alleen moeten worden "gehouden". Ook in internationale verdragen wordt onderscheid gemaakt tussen het "doen" van een investering en het enkele "bestaan" van een investering. Dat laatste wordt aangeduid met de termen "owned", "held", "controlled", "maintained" of "existing". De taaldeskundigen prof. Tyulenev (*associate professor in translation studies*, verbonden aan Durham University) en dr. T. Kurokhtina (*research associate* verbonden aan het *Institute for Slavic Studies of the Russian Academy of Sciences*) bevestigen dat de in de authentieke Russische en Oekraïense teksten van artikel 12 BIT 1998 gebruikte bewoordingen betekenen dat een investering actief op of na 1 januari 1992 moet zijn gedaan. Dat dit de betekenis is van artikel 12 BIT 1998 wordt ook onderschreven door [arbiter 2] in haar *Dissenting Opinion*, door rechter Klett tijdens de openbare beraadslaging in een andere arbitragezaak onder de BIT 1998 en door Oekraïne zelf in haar *non-disputing party submission*.

5.7.2.2 Ook voorwerp en doel van de BIT 1998 en de uitleg te goeder trouw bevestigen dat alleen investeringen die actief zijn gedaan op of na 1 januari 1992 onder het temporele bereik van de BIT 1998 vallen. De uitleg van de meerderheid van het scheidsgerecht in de *Partial Award* maakt artikel 12 BIT 1998 zinledig.

Artikel 28 WVV bepaalt dat verdragen staten niet binden met betrekking tot een handeling die is verricht voorafgaand aan de datum van inwerkingtreding van het verdrag (regel van non-retroactiviteit), tenzij een andere bedoeling uit het verdrag blijkt. Voor de BIT 1998 zou dat betekenen dat in beginsel alleen investeringen worden beschermd die zijn gedaan op of na 27 januari 2000. De verdragspartijen waren zich hiervan bewust en hebben daarom artikel 12 opgenomen, waarbij zij de verdragsbescherming expliciet (maar beperkt) hebben uitgebreid tot investeringen die op of na 1 januari 1992 zijn gedaan. Zij hebben er bewust voor gekozen om investeringen die vóór 1 januari 1992, dat wil zeggen binnen de Sovjet-Unie, zijn gedaan niet onder het temporele bereik van de BIT 1998 te brengen. De uitleg van de meerderheid van het scheidsgerecht heeft tot gevolg dat alle investeringen onder de werking van de BIT 1998 vallen, als ze nog maar bestaan op of na 27 januari 2000.

5.7.2.3 De *travaux préparatoires* van de BIT 1998 ondersteunen de uitleg van artikel 12. Uit de tekstvoorstellen blijkt dat de backstop voorwerp van onderhandelingen is geweest, waarbij de Oekraïense delegatie de volgende tekst voorstelde:

"This Treaty shall be applied to investments carried out by investors of each Contracting Party both before and after this Treaty comes into effect and be applied with effect from its coming into effect."

De Russische Federatie wenste een nauw omschreven backstop en deed een ander voorstel dat door Oekraïne is aanvaard, namelijk:

"This Treaty shall be applied to all investments carried out by investors of either Contracting Party on the territory of the other Contracting Party since 1 January 1992."

Volgens de Russische Federatie kan haar intentie bij haar voorstel worden afgeleid uit haar brief van 11 juli 2008 aan Azerbeidzjan tijdens de onderhandelingen tussen deze twee landen over een soortgelijke BIT. Daarin geeft de Russische Federatie aan dat het opnemen van een backstop noodzakelijk is:

"Azerbeidzjan suggests that the treaty be applied to all investments irrespective of the time they were carried out by investors of both countries (before and after the treaty comes into effect). In our view such a wording implies that the treaty will extend to an overbroad and insufficiently

defined range of objects and may in theory entail adverse consequences for Russia associated, inter alia, with possible claims against Russia as a successor state of the USSR (for instance, in terms of compensation for the expropriation or nationalisation with no adequate compensation) of property on the territory of the former USSR)."

5.7.2.4 Ook uit de statenpraktijk blijkt dat alleen investeringen die actief zijn gedaan op of na 1 januari 1992 onder het temporele bereik van de BIT 1998 vallen. In acht van de tien bilaterale investeringsverdragen met voormalige Sovjetstaten is een backstop van 1 januari 1992 is opgenomen, terwijl de overgrote meerderheid van bilaterale verdragen met staten die geen deel uitmaakten van de USSR geen backstop bevatten of een die verder teruggaat dan 1 januari 1992.

5.7.2.5 De Russische Federatie erkent dat Naftogaz c.s. pas na 1 januari 1992 zijn opgericht, maar zij voert aan dat zij louter zijn opgericht als opvolgers onder algemene titel van de Sovjetstaatsbedrijven in het kader van de verzelfstandiging daarvan.

Het standpunt van Naftogaz c.s.

5.7.3 Naftogaz c.s. hebben zich op het standpunt gesteld dat hun investeringen zijn gedaan op het grondgebied van de Russische Federatie op 18 maart 2014, en dus na 1 januari 1992. Zij hebben dit als volgt uitgewerkt.

5.7.3.1 Het woord "*made*" in artikel 12 heeft in de officiële grondteksten Russisch en Oekraïens dezelfde betekenis als "*executed*", "*realized*" of "*accomplished*", zoals ook wordt uiteengezet door dr. Egbert Fortuin (hierna: Fortuin), universitair hoofddocent Russische taalkunde, de taaldeskundige van Naftogaz c.s. Het begrip *investments* wordt gebruikt om aan te geven wat er na 1 januari 1992 moet zijn gedaan. Zoals haar deskundige Nico Schrijver aangeeft, bepaalt artikel 31 WVV dat artikel 12 in samenhang moet worden gelezen (context) met de definitie van *investments* in artikel 1 lid 1 van de BIT 1998. In die samenhang gelezen betekent dit dat de betrokken vermogensbestanddelen op of na 1 januari 1992 moeten voldoen aan de vereisten van *investments* in artikel 1 lid 1 van de BIT 1998. De investeringen van Naftogaz c.s. werden beschermde investeringen op 18 maart 2014 toen de Krim "*territory*" van de Russische Federatie werd.

5.7.3.2 De omstandigheid dat vermogensbestanddelen die aan de basis liggen van de investeringen vóór 1 januari 1992 zijn gecreëerd, ontdekt of verworven, betekent nog niet dat er dan al sprake is van een *investment*. Het door de Russische Federatie gestelde vereiste dat sprake moet zijn van een kapitaalinjectie voordat er sprake kan zijn van een *investment*, vindt geen steun in de brede *asset-based* definitie van de BIT 1998, evenmin als de eis dat er een actieve investering moet zijn.

5.7.3.3 Ook een uitleg te goeder trouw van artikel 12 BIT 1998 ondersteunt hun visie volgens Naftogaz c.s. De omstandigheden van het sluiten van het verdrag waren dat de Sovjet-Unie was ontbonden en de Russische Federatie eind december 1991 in het leven was geroepen. Vóór 1 januari 1992 konden er geen Oekraïense of Russische *investors* of *investments* zijn in de *territory* van ofwel de Russische Federatie of Oekraïne. Artikel 12 BIT 1998 erkende derhalve dat vanaf 1 januari 1992 sprake kon zijn van investeringen die dienen te worden beschermd.

5.7.3.4 De uitleg van de Russische Federatie zou tot gevolg hebben dat vermogensbestanddelen uit het Sovjettijdperk niet worden beschermd door de BIT 1998. Dit "*would dramatically narrow the BIT's application*" en is ook in tegenspraak met de positie die door Russische staatsbedrijven en staatsorganen is ingenomen in andere arbitrages, zoals Gazprom en Tatneft, Russische staatsenergiebedrijven.

5.7.4 Subsidiair voeren Naftogaz c.s. aan dat alle Naftogaz-entiteiten na 1 januari 1992 zijn opgericht als nieuwe onafhankelijke entiteiten en dat zij alle vermogensbestanddelen die gelden als investeringen na die datum hebben verkregen. Zij zijn eigenaar geworden van de

door de Staat aan haar maatschappelijk kapitaal bijgedragen activa in ruil voor een tegenprestatie.

Het oordeel van het hof

5.7.5 Het verschil van mening tussen partijen is primair te wijten aan een verschillende uitleg van artikel 12 BIT 1998. Ook dit artikel dient derhalve te worden uitgelegd aan de hand van de in rov. 5.1 uiteengezette maatstaven. De tekst van artikel 12 luidt:

"This Agreement shall apply to all investments made (Engelse vertaling 1) / carried out (Engelse vertaling 2) by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, on or after January 1, 1992."

Uitleg artikel 12 BIT 1998

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

(i) de letterlijke bewoordingen van artikel 12 doelen niet op investeringen die worden *gehouden*, maar op investeringen die op een bepaald moment zijn *gedaan*;

(ii) een uitleg van artikel 12 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 het beschermingsbereik van het verdrag zich niet uitstrekt tot investeringen die vóór 1992 zijn gedaan;

(iii) de uitleg vindt ook bevestiging in de *travaux préparatoires* en de statenpraktijk.

5.7.5.2 In artikel 1 lid 1 BIT 1998 wordt in verband met de omschrijving van investeringen de aanduiding '*assets which are invested*' of (in een andere Engelse vertaling:) '*assets which are put in*' (Tyulenev, par. 9 onder III) gebruikt. Hier is het werkwoord in het Russisch en in het Oekraïens in de tegenwoordige tijd gesteld. Deze werkwoordsvorm duidt een situatie aan, die niet aan een bepaald moment is gekoppeld. In artikel 12 daarentegen wordt een perfectief passief verleden deelwoord gebruikt, in het Engels vertaald met "*investments made*" of "*investments carried out*" (Kurokhtina en Tyulenev) ofwel een tijd die een idee van afgerondheid op een bepaald moment uitdrukt (Fortuin). Hoewel Kurokhtina en Fortuin tot een verschillende uitkomst raken zijn zij het wel met elkaar eens dat de gebruikte tijd niet naar een actie in het verleden verwijst, maar naar het resultaat en de gevolgen daarvan op het moment waarop we spreken. Belangrijker is echter dat Fortuin ook de analyse van Kurokhtina onderschrijft dat op het moment waarop de artikelen investeringsbescherming verlenen de investeringen al zijn gedaan; het is een voltooide handeling en daarom is het grammaticaal en semantisch juist om de voltooid verleden tijd te gebruiken. Uit de omstandigheid dat in het artikel het jaartal 1992 is genoemd, leidt het hof af dat in artikel 12 de handeling die ter beoordeling voorligt in het verleden moet hebben plaatsgehad. Anders was het nutteloos om dat jaartal te noemen. Ook het woord '*carried out*' dat in een van de Engelse vertalingen wordt gebruikt, duidt op een op of na 1992 verrichte handeling.

5.7.5.3 Zoals de Russische Federatie heeft aangegeven en Naftogaz c.s. op zichzelf niet hebben weersproken, moet voor het doel van artikel 12 BIT 1998 gekeken worden naar artikel 28 WVV dat bepaalt dat een verdrag, en dus ook de BIT 1998, in beginsel niet terugwerkt, in die zin dat het niet geldt voor handelingen of feiten die zijn gebeurd voor de datum van inwerkingtreding van het verdrag. De datum van inwerkingtreding van de BIT 1998 was 27 januari 2000. Investeringen van voor die datum vallen dus volgens de hoofdregel niet onder de werking van de BIT. Een uitzondering op de regel kan echter worden aangenomen als de bedoeling daartoe uit het verdrag of op andere wijze blijkt (artikel 28 WVV). De verdragspartijen bij de BIT 1998 hadden zo'n afwijkende bedoeling en die is neergelegd in artikel 12, dat enerzijds de BIT 1998 doet terugwerken tot vóór zijn

inwerkingtreding, maar anderzijds een grens aan die terugwerking stelt, een temporele beperking. Partijen zijn het erover eens dat artikel 12 zo'n temporele beperking, door hen aangeduid als backstop, van het verruimde toepassingsbereik van de BIT bevat (Russische Federatie: dagv. nr. 291 en cvr nr. 387 e.v., Naftogaz c.s. cva nr. 390 en cvd nr. 150).

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

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

5.7.5.6 De geschetste achtergrond van artikel 12 blijkt ook uit de *travaux préparatoires*, zoals weergegeven door de Russische Federatie en als zodanig niet weersproken door Naftogaz c.s., en wordt bevestigd door de *non-disputing party submission* van Oekraïne.

In de door de Russische Federatie genoemde brief van 11 juli 2008 over de BIT met Azerbeidzjan staat onder meer:

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

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

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

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

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

zij na 1 januari 1992 een uitbreiding hebben gedaan aan door anderen gedane investeringen. In dit laatste geval geldt de BIT 1998 alleen voor de na 1 januari 1992 verrichte uitbreiding.

Gevolgen voor het arbitrale vonnis

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

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

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

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

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

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

Het tijdstip waarop de investeringen zijn gedaan

5.7.7 Naftogaz c.s. hebben subsidiair aangevoerd dat alle investeringen ná 1992 zijn gedaan. Dat is door de Russische Federatie betwist. Bij pleidooi heeft de Russische Federatie zich in dit verband beroepen op het beginsel van *unity of investment* dat tot gevolg zou hebben dat de gehele investering van Naftogaz c.s. in het gas- en olieconcern vóór 1 januari 1992 is gedaan. Beide partijen hebben ter onderbouwing van hun standpunten stukken uit de *quantum phase* van de arbitrage in het geding gebracht.

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

5.8 De definitie van *investments* (onbevoegdheidsargument Ie)

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.8.1 Het scheidsgerecht heeft zich in de *Partial Award* van 22 februari 2019 gebogen over de vraag of er sprake is van een geschil over *investments* als bedoeld in de BIT 1998. Daarbij heeft de meerderheid vooropgesteld dat de *investments* in overeenstemming waren met de Oekraïense wetgeving toen zij aanvankelijk werden gedaan en met de Russische wetgeving vanaf het moment dat Rusland de Krim annexeerde op 18 maart 2014.

Vervolgens is de meerderheid van het scheidsgerecht ingegaan op de vraag wat het gevolg is van het feit dat de investeringen, toen zij aanvankelijk werden gedaan, binnenlandse investeringen waren en zich toen niet bevonden op het grondgebied van de Russische Federatie, maar op dat van Oekraïne. De meerderheid was van oordeel dat "*orthodox principles of treaty interpretation*" voorschrijven dat de bevoegdheid van het scheidsgerecht wordt getoetst op de datum van onteigening en de datum van de aanvang van de procedure en niet op het moment waarop de investering werd verkregen. Zij vonden steun voor hun oordeel in de bewoordingen van artikel 1 lid 1 BIT 1998 dat *investments* omschrijft als

"assets that are [present tense] invested by an investor, omdat die werkwoordsvorm "is also merely descriptive of an existing state of affairs".

5.8.2 De meerderheid was verder van oordeel dat het geen uitleg te goeder trouw van het verdrag is om bescherming te ontzeggen aan investeerders die door de eenzijdige actie van een van de verdragspartijen buitenlandse investeerders zijn geworden. Verder heeft de meerderheid opgemerkt dat als de Russische tegenwerping juist was, aan artikel 1 lid 1 BIT 1998 woorden moesten worden toegevoegd zodat die bepaling zou gaan luiden *"assets which [from the date of acquisition] were invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with its legislation"*.

Ook was de meerderheid van oordeel dat het standpunt dat de omstandigheden waaronder de aanvankelijke investering plaatsvond de toepassing van de BIT 1998 bepalen, een van de doelstellingen van de BIT 1998 ondermijnt. De doelstelling is niet alleen om buitenlandse investeringen aan te trekken, maar ook om bestaande investeringen te beschermen die op het moment van de overname buitenlandse investeringen zijn. De meerderheid vond dat er in de uitleg van [arbiter 2] een leemte (een "bubble") zou ontstaan in verdragsbescherming, omdat Rusland niet aansprakelijk zou zijn omdat de investering oorspronkelijk niet in Rusland was gedaan en Oekraïne niet aansprakelijk zou zijn omdat de eisers Oekraïens en niet Russisch zijn.

Het standpunt van de Russische Federatie

5.8.3 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.

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

5.8.4.1 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 soevereine territorium van de Russische Federatie zoals bepaald door haar internationaal en tussen de verdragspartijen erkende grenzen ten tijde van het sluiten van de BIT 1998. 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 (gestelde) wijziging van het territorium valt er 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 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 heeft verwezen 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.

5.8.4.2 Ter ondersteuning van haar stellingen op dit punt heeft de Russische Federatie wederom verwezen naar door haar ingebrachte deskundigenrapporten van prof. Tyulenev en dr. Kurokhtina. Volgens de Russische Federatie blijkt uit deze rapporten dat ook uit een grammaticale benadering van de oorspronkelijke taalversies volgt dat de voorwaarden gelijktijdig vervuld moeten zijn.

5.8.4.3 Ook het vereiste dat de investering moet zijn gedaan op het grondgebied van de

andere verdragspartij 'in accordance with its legislation' bevestigt 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 ook volgens arbitrale vonnissen in zaken betreffende investeringsverdragen stevast bepalend om vast te stellen of de investering is gedaan in overeenstemming met het recht van de andere verdragspartij, het gastland. Een andere uitleg zou betekenen dat de legaliteit van de investering niet zou kunnen worden getoetst omdat de investeringen niet oorspronkelijk zijn gedaan in de gaststaat, waardoor het legaliteitsvereiste betekenisloos zou worden, hetgeen strijdig is met het effectiviteitsbeginsel.

5.8.4.4 Ook de context, te vinden in artikel 1 lid 2, artikel 1 lid 5 en artikel 12 BIT 1998, bevestigt de opvatting van de Russische Federatie, omdat ook de in die bepalingen gestelde vereisten moeten worden getoetst op het moment waarop de investeringen werden gedaan.

5.8.4.5 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 Naftogaz c.s. niet (investeringsen gedaan vóór 1 januari 1992 door onderdanen van de Sovjet-Unie waren binnenlandse investeringen).

Het standpunt van Naftogaz c.s.

5.8.5 Naftogaz 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 nader uitgewerkt.

5.8.5.1 De Krim is sinds 18 maart 2014 onderdeel van het grondgebied van de Russische Federatie in de zin van het verdrag. De investeringen van Naftogaz c.s. bevonden zich allemaal op de Krim. 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 de scheidsgerechten die zich over deze zaak en nauw verwante zaken hebben gebogen, hebben geoordeeld en ook dr. Irina Paliashvili in haar expertopinie uiteenzet.

5.8.5.2 Naftogaz c.s. voeren verder aan dat het scheidsgerecht terecht de termen van het verdrag zo geïnterpreteerd heeft dat niet is vereist dat investeringen buitenlandse investeringen waren op het moment dat ze werden verricht. De term "are invested" in de BIT 1998 doelt op een "existing state of affairs". De Russische en Oekraïense teksten gebruiken voor die term de tegenwoordige tijd van het imperfectieve aspect van het werkwoord "to invest". Die vorm wordt gebruikt om voortdurende, herhaalde of onvoltooide acties te beschrijven. Het werkwoord heeft ook een statische betekenis, die betrekking heeft op het bezit en het onderhouden gebruiken en/of vermeerderen van dit bezit (de investering). Naftogaz c.s. hebben daarbij verwezen naar het hiervoor al genoemde rapport van dr. Fortuin. Niets in de tekst van het verdrag wijst erop dat de legaliteit van een investering moet worden beoordeeld op het moment dat deze *oorspronkelijk* is gedaan.

5.8.5.3 Artikel 12 BIT 1998 ziet op de temporele reikwijdte van de BIT 1998. De bepaling bevestigt dat activa die niet oorspronkelijk bescherming genoten, later wel als "investeringsen" kunnen worden aangemerkt.

5.8.5.4 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 niet alleen ten doel om investeringen te bevorderen, maar ook als onafhankelijk doel om investeringen te beschermen. Artikel 12 BIT 1998 verleent uitdrukkelijk bescherming aan investeringen die zijn gedaan voordat de BIT 1998 in werking trad. De investeerders die deze investeringen hebben gedaan kunnen daarbij niet hebben gehandeld in de veronderstelling dat hun investeringen voor investeringsbescherming in aanmerking zou komen. De Russische Federatie beweert dus ten onrechte dat het verlenen van investeringsbescherming aan

investeerdere die niet de verwachting hadden om onder de bescherming van de BIT 1998 te vallen, niet het voorwerp en doel van het verdrag dient.

5.8.5.5 Naftogaz c.s. hebben er verder op gewezen dat de door de Russische Federatie genoemde beslissingen in zaken betreffende andere BIT-verdragen geen van alle een vergelijkbare context hadden. De zaken die samenhangen met de incorporatie van de Krim zijn daarentegen 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

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

"For the purposes of this Agreement:

1. The term "investments" means any kind of tangible and intangible assets [which are] put in (Engelse vertaling 1) / invested (Engelse vertaling 2) 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."

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

5.8.8 Het hof is van oordeel dat de investeringen van Naftogaz 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 worden gekwalificeerd als *investments* in de zin van het verdrag;

(ii) een uitleg van artikel 1 lid 1 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 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.

5.8.8.1 Wat betreft de gewone betekenis van de bewoordingen van het verdrag moet acht worden geslagen op de authentieke taalversies in het Russisch en het Oekraïens. Zowel de door de Russische Federatie geraadpleegde deskundigen op het gebied van de Russische taal (Kurokhtina en Tyulenev) als de deskundige van Naftogaz c.s. (Fortuin) zijn het er over eens dat er daarbij alleen naar de Russische tekst kan worden gekeken gezien de grote overeenkomsten tussen de Russische en de Oekraïense taal.

5.8.8.2 Naar het oordeel van het hof blijkt uit de expert opinion van Fortuin – die mede omvat een bespreking van de door de Russische Federatie ingebrachte rapporten van

Kurokhtina en Tyulenev – dat uit de bewoordingen van de authentieke taalversies grammaticaal en/of syntactisch bezien niet volgt dat de investering gedaan op het grondgebied van de andere verdragspartij gelijktijdig moet plaatsvinden met de initiële investeringshandeling. Fortuin rapporteert op dit punt onder meer (productie BI 135, alinea 28):

"De talige verwoording van de tekst maakt dus een interpretatie mogelijk waarbij bestaande eigendommen (goederen, investeringen) investeringen worden in de zin van Artikel 1(1) op het moment dat de grens van Rusland en Oekraïne veranderde, waardoor Oekraïense goederen (eigendom) op de Krim "investeringen" werden op het grondgebied van de Russische Federatie. Met andere woorden, een taalkundige analyse van het Verdrag dwingt niet de interpretatie af dat op hetzelfde moment aan de genoemde voorwaarden moet worden voldaan."

Aan Fortuin zijn twee mogelijke interpretaties van het artikel 1 lid 1 BIT 1998 voorgelegd: (A) en (B). (A) is een interpretatie van artikel 1 lid 1 BIT 1998 en de daarin opgenomen definitie van "investering" waarbij een investering in de Krim door een Oekraïense investeerder toen de Krim nog onbetwist deel uitmaakte van Oekraïne, een investering op het grondgebied van de Russische Federatie als bedoeld in de BIT 1998 kan worden als gevolg van de opname van de Krim in de Russische Federatie. (B) is een interpretatie waarbij alleen activa die een internationale grens overschreden op het moment van de verwerving van de onderliggende activa, investeringen kunnen vormen in de zin van de BIT 1998. De conclusie van Fortuin (onder VII van zijn opinion) luidt (onder meer):

"(...) Voor zover Dr. Kurokhtina en Dr. Tyulenev concluderen dat Artikel 1(1) een temporeel vereiste afdwingt waardoor interpretatie A wordt uitgesloten, trekken zij conclusies die verder gaan dan wat op basis van een objectieve taalkundige (semantische, syntactische) analyse geconcludeerd kan worden. Voor zover de geldigheid van interpretatie B afhangt van het lezen van een dergelijke temporeel vereiste in Artikel 1(1) lijkt het me dat vanuit een puur taalkundig, grammaticaal perspectief, interpretatie A de meer natuurlijke interpretatie van Artikel 1(1) is. Of anders gezegd, aangezien ik geen taalkundige argumenten heb gezien waarom interpretatie A is uitgesloten, concludeer ik dat interpretatie A vanuit taalkundig oogpunt de voorkeur verdient boven de engere interpretatie B. (...) Het gebruik van de tegenwoordige tijd (imperfectief) passief van вкладыват ("invest") in Artikel 1(1) is in overeenstemming met het idee van investeringen die niet gelinkt zijn aan een specifiek moment in de tijd.(...)"

5.8.8.3 Van belang is verder, zoals hiervoor onder 5.7.5 is aangegeven, dat artikel 12 BIT 1998 erin voorziet dat het verdrag van toepassing wordt 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* dan wel *carried out* in de Russische taalversie – zoals hiervoor al aangegeven gebruik gemaakt van een ander werkwoordaspect dan bij het woord *invested* in artikel 1 lid 1 BIT 1998. Het werkwoordaspect van *made* of *carried out* verwijst (anders dan het in artikel 1 lid BIT 1998 gebruikte werkwoordaspect) wél naar de verleden tijd (een zogenoemd perfectief aspect). De Russische Federatie heeft niet bestreden dat sprake is van verschillende werkwoordaspecten in deze artikelen. Dat investeringen van vóór 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, een backstop, 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 er niet in te lezen.

5.8.8.4 Ook volgens Kurokhtina en Tyulenev geeft de in artikel 1 lid 1 van de BIT 1998 gekozen werkwoordsvorm, een '*past passive imperfective participle*', in tegenstelling tot de in

artikel 12 gekozen werkwoordsvorm, een '*past passive perfective participle*', geen handeling aan die op een bepaald moment is voltooid, maar een voortdurende toestand. Kurokhtina erkent het verschil tussen beide werkwoordsvormen waar zij over artikel 12 opmerkt: "*By the time of investments protection referred to in these articles (waaronder artikel 12, toevoeging hof) investments have already been made, it is an accomplished action, and it is therefore grammatically and semantically logic to use the past perfect tense.*"

5.8.8.5 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 letterlijke bewoordingen van het verdrag 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.

5.8.8.6 Een uitleg – te goeder trouw ('*in good faith*') – van het verdrag aan de hand van tekst, context, '*object and purpose*' leidt evenmin tot de conclusie dat de investeringen zich van meet af aan op het grondgebied van de Russische Federatie moesten bevinden. 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 Naftogaz 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. Samenvattend: er zijn in de tekst, het voorwerp en het doel van het verdrag – mede gezien deze beschermingsgedachte – geen aanwijzingen om uit te gaan van een beperkte uitleg van het begrip *investments*.

5.8.9 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 als hiervoor besproken 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 de meerderheid van het scheidsgerecht ook tegen deze datum uitgevoerd in zijn *Partial Award* van 22 februari 2019, waarbij zij zich heeft laten leiden door de expertopinions van dr. Paliashvili en prof. Paul B. Stephan. Prof. Stephan heeft – kort gezegd – aangegeven dat onder Oekraïens recht verleende vergunningen geldig bleven op de Krim nadat Rusland dat gebied had geannexeerd. De Russische wetgeving vereiste verder dat Oekraïense firma's zich uiteindelijk zouden organiseren als Russische entiteiten of zich registreren als afdelingen van buitenlandse firma's die op Russisch grondgebied opereren.

Op de legaliteit van de investeringen van Naftogaz c.s. zal het hof hierna nog terugkomen.

5.8.9.1 De Russische Federatie heeft gewezen op arbitrale rechtspraak onder BIT-verdragen (o.a. *Phoenix Action Ltd vs The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/05, 15 april 2009) waaruit volgt dat de controle op de wettigheid van een investering moet plaatsvinden op het moment dat de investering wordt gedaan, omdat anders de gaststaat door het eenvoudig veranderen van haar wetgeving bescherming aan een buitenlandse investering kan onthouden. 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.

5.8.10 Het hof sluit zich wat betreft al het voorgaande aan bij de uitspraken van het Zwitserse Federale Hooggerechtshof van 16 oktober 2018 in twee vergelijkbare zaken waarin de Russische Federatie eveneens de vernietiging vorderde van de arbitrale vonnissen waarbij Oekraïense investeerders, die bescherming onder de BIT 1998 hadden gezocht voor

investerings gedaan op de Krim voor de incorporatie, in het gelijk werden 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 uitspraken aangeduid als *Article 1 (1) IPA (Investment Protection Agreement) 1998*). Het Zwitserse Federale Hoogerechtshof 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 (...) 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. (...)"

5.8.10.1 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 Hoogerechtshof 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 Hoogerechtshof tot de hierboven geciteerde

uitspraak is gekomen, waarbij het hof zich aansluit.

5.8.11 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 (alleen in de onderhavige zaak) een *dissenting opinion* is afgegeven door prof. [arbiter 2] doet daar niet wezenlijk aan af.

5.8.12 Ten overvloede zal het hof in het onderstaande nog enkele van de door de Russische Federatie aangehaalde uitspraken bespreken.

5.8.12.1 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 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 in de andere verdragsstaat komt te liggen. Dit laatste maakt ook de García-uitspraak van de Franse rechter minder relevant. Het ging daar om Venezolaanse investeerders die na het doen van investeringen in Venezuela mede de Spaanse nationaliteit verkregen.

5.8.12.2 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) en *Clorox Espana v. Bolivarian Republic of Venezuela* (PCA Case No. 2015-30)), maar die zaken werpen 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 Naftogaz c.s., maar om de vraag of deze investering zich in de Russische Federatie moest bevinden op het moment dat zij (actief) werd gedaan. Naftogaz c.s. hebben er bovendien in hun conclusie van antwoord terecht op gewezen dat de arbitrale uitspraak in de zaak *Clorox Espana v. Bolivarian Republic of Venezuela* is vernietigd door het Zwitserse Federale Hooggerechtshof (*Clorox Spain S.L. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Zwitserse Federale Hooggerechtshof, zaaknr. 4A_306/2019, 25 maart 2020) waarbij het Zwitserse Federale Hooggerechtshof overwoog dat er geen reden is om de in het toepasselijke BIT-verdrag 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.

5.8.12.3 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.

5.8.13 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het scheidsgerecht terecht heeft geoordeeld dat de investeringen van Naftogaz 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.

5.9 De uitleg van *investor* in de zin van artikel 1 lid 2 BIT 1998 (onbevoegdheidsargument If)

Het oordeel van de meerderheid van het scheidsgerecht

5.9.1 De meerderheid van het scheidsgerecht heeft deze kwestie aldus geformuleerd dat de vraag is of Naftogaz c.s. volgens de Oekraïense wetgeving bevoegd waren om te investeren in de Russische Federatie en of ze daadwerkelijk op de relevante momenten zulke investeringen hielden. Nu duidelijk is dat Naftogaz c.s. hun activa hebben verkregen toen de Krim een onderdeel was van Oekraïne, is de eerste vraag die moet worden beantwoord of de datum van beoordeling de datum van de initiële investering is of dat voldoende is dat de activa van Naftogaz c.s. buitenlands eigendom waren op de datum van de gestelde inbreuken op de BIT 1998 en de datum waarop de arbitrale procedure is gestart. De meerderheid heeft de laatste twee data aangewezen als data van beoordeling.

5.9.2 Vervolgens heeft de meerderheid van het scheidsgerecht zich gebogen over het in artikel 1 lid 2 BIT 1998 opgenomen vereiste dat sprake moet zijn van investeerders die "*competent in accordance with legislation*" zijn. Het scheidsgerecht heeft dit vereiste opgevat als een verwijzing naar "*corporate structure and powers*". Hij heeft uit de door Naftogaz c.s. in de arbitrale procedure ingediende *expert opinions* van dr. Paliashvili afgeleid dat vanaf het moment dat zij de desbetreffende investeringen deden tot aan de arbitrale procedure, niets in de charters van Naftogaz c.s. noch enige Oekraïense wet Naftogaz c.s. verbood om een (grensoverschrijdende) Nationale Bank van Oekraïne (hierna: NBU)-vergunning te krijgen noch om investeringen te doen in de Russische Federatie. Daarbij is de meerderheid er – in tegenstelling tot de minderheidsopinie van [arbiter 2] – vanuit gegaan dat orthodoxe principes van verdragsinterpretatie verlangen dat de juridische feiten worden vastgesteld op het moment van de gestelde inbreuk en bij het begin van de procedure en niet op de datum van de aanvankelijke investering. Daarnaast heeft het scheidsgerecht in meerderheid onder verwijzing naar de *expert opinion* van prof. Paul B. Stephan geoordeeld dat Naftogaz c.s. op het moment van de onteigening voldeden aan het vereiste van een (van het gastland) verschillende nationaliteit omdat Oekraïense *investors* op de Krim werden aangemerkt als "*foreign*" *investors* tenzij en totdat zij "*reorganized themselves as Russian entities*".

5.9.3 De meerderheid is tot de slotsom gekomen dat Naftogaz c.s. de bescherming van de BIT 1998 kunnen invoeren (*jurisdiction racione personae*) als rechtsgeldig opgerichte rechtspersonen naar het recht van Oekraïne en naar dat recht wettelijk bevoegd zijn om zowel in Oekraïne als in Rusland te investeren en dat zij alle op het moment van de inbreuk op 18 maart 2014 activa hielden in het *territory* van Rusland.

Het standpunt van de Russische Federatie

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

5.9.4.1 Om gekwalificeerd te kunnen worden als *investor* als bedoeld in artikel 1 lid 2 BIT 1998, moeten in Oekraïne gevestigde of wonende investeerders naar Oekraïens recht bevoegd zijn tot het doen van investeringen op de "*territory of the other Contracting Party*", dus op het grondgebied van de Russische Federatie. Het gaat daarbij dus om het doen van *buitenlandse* investeringen door Naftogaz c.s. op de Krim. De bevoegdheid van Naftogaz c.s.

om binnenlandse investeringen te doen op de Krim is niet relevant.

5.9.4.2 Naftogaz c.s. zijn nooit bevoegd geweest om *buitenlandse* investeringen op de Krim te doen. Toen Naftogaz c.s. hun investeringen deden, behoorde de Krim tot het grondgebied van Oekraïne. Na maart 2014 beschouwt de Oekraïense wet investeringen van Oekraïense ingezetenen op de Krim nog steeds als binnenlandse investeringen. Er gelden in Oekraïne specifieke wettelijke verplichtingen voor ingezetenen die investeringen in het buitenland willen doen. Het gaat om Decreet nr. 15-93 van het kabinet van ministers van Oekraïne "On the system of currency regulation and currency control" van 19 februari 1993, en Decreet nr. 893-95 van de president van Oekraïne "On investing [in] Property Holdings by Residents outside Ukraine" van 13 september 1995. Het scheidsgerecht heeft deze wetten ten onrechte buiten beschouwing gelaten. Naftogaz c.s. konden slechts aan de vereisten van de Oekraïense wetten inzake buitenlandse investeringen voldoen, als Oekraïne de Krim juridisch als buitenlands grondgebied zou beschouwen, hetgeen niet het geval is.

5.9.4.3 Voorts heeft de Russische Federatie gewezen op:

- Oekraïense wetten die bepalen dat de Krim een deel van Oekraïne vormt;
- Oekraïense wetten die bepalen dat uitsluitend Oekraïens recht van toepassing is op de Krim;
- Oekraïense wetten die Oekraïners verbieden zaken te doen op de Krim *als onderdeel van de Russische Federatie*;
- een Oekraïense resolutie die Oekraïners verbiedt investeringen op de Krim te doen (Resolutie nr. 699 van de NBU).

5.9.4.4 De conclusie hieruit is dat Naftogaz c.s. nooit bevoegd zijn geweest om *buitenlandse* investeringen op de Krim te doen. Naftogaz c.s. waren volgens de Oekraïense wet slechts gerechtigd om binnenlandse investeringen op de Krim te doen. De meerderheid van het scheidsgerecht heeft ten onrechte de tekst van artikel 1 lid 2 BIT 1998 niet gevolgd en alleen beoordeeld of Naftogaz c.s. "[were] legally competent under Ukrainian law to invest both in Ukraine and Russia". Het citaat door de meerderheid van het scheidsgerecht van de opinie van Paliashvili suggereert dat artikel 1 lid 2 BIT 1998 slechts een abstracte wettelijke bevoegdheid vereist. Deze uitleg strookt niet met artikel 31 WVV, aangezien deze voorbijgaat aan de duidelijke verwijzing in artikel 1 lid 2 BIT 1998 naar Oekraïense wetgeving. De juiste uitleg van artikel 1 lid 2 BIT 1998 is dat Oekraïens recht voor Oekraïners geen beperkingen mag bevatten voor het doen van investeringen op de Krim als onderdeel van de Russische Federatie. Naftogaz c.s. misten vóór en na maart 2014 de bevoegdheid naar Oekraïens recht om buitenlandse investeringen op de Krim te doen.

Het standpunt van Naftogaz c.s.

5.9.5 Volgens Naftogaz c.s. heeft het scheidsgerecht terecht geoordeeld dat zij "investeerders" zijn in de zin van artikel 1 lid 2 BIT 1998. Zij hebben dit standpunt als volgt toegelicht.

5.9.5.1 Artikel 1 lid 2 van de BIT 1998 bevat twee voorwaarden waaraan een investering moet voldoen om onder de bescherming van de BIT 1998 te vallen. Ten eerste moet elke Naftogaz entiteit een "*legal entity constituted in accordance with the legislation in force in the territory of [Ukraine]*" zijn en ten tweede moeten zij "*competent in accordance with legislation of [Ukraine] to make investments in the territory of the [Russian Federation]*" zijn. Volgens Naftogaz c.s. voldoen zij aan beide voorwaarden.

5.9.5.2 Aan het eerste vereiste is voldaan omdat elke Naftogaz entiteit rechtsgeldig is opgericht naar het recht van Oekraïne. Dat is ook niet door de Russische Federatie betwist.

5.9.5.3 Ook aan het tweede vereiste is voldaan. Naftogaz c.s. waren naar het recht van Oekraïne bevoegd om op het grondgebied van de Russische Federatie te investeren. Artikel 1 lid 2 onder b BIT 1998 vereist niet dat een rechtspersoon voor iedere afzonderlijke investering een specifieke autorisatie heeft verkregen, maar richt zich op de bevoegdheid "*to make investments*" als zodanig. De meerderheid van het scheidsgerecht heeft terecht

geoordeeld dat de term bevoegdheid "*refers to corporate structure and powers*"; andere investeringsscheidsgerechten interpreteerden een "*competency*" als een "*capacity to enter into legal relations.*"

5.9.5.4 Artikel 1 lid 2 BIT 1998 vereist alleen een wettelijke bevoegdheid om investeringen te doen in de Russische Federatie, en niet de bevoegdheid om *buitenlandse* investeringen te doen *op de Krim*. Tot het doen van investeringen op het grondgebied van de Russische Federatie waren Naftogaz c.s. op grond van het Oekraïense recht bevoegd, zoals Paliashvili in haar expertopinie heeft bevestigd.

5.9.5.5 Artikel 1 lid 2 BIT 1998 vereist niet dat een investeerder de kwalificatie *buitenlands* heeft op het moment dat hij zijn investering verwerft.

5.9.5.6 De Oekraïense wetten die de Russische Federatie noemt (Decreet nr. 15-93 en Decreet nr. 839/95) zijn niet relevant voor de vraag of Naftogaz c.s. als zodanig bevoegd waren om investeringen te doen op het grondgebied van de Russische Federatie. Zij zijn alleen relevant voor de vraag of een investeerder voor zijn specifieke investeringstransactie specifieke overheidsautorisatie heeft verkregen. Zoals Paliashvili toelicht, leggen deze wetgevingsinstrumenten geen beperkingen op aan de bevoegdheid van Naftogaz c.s. om te investeren in de Russische Federatie. De decreten vereisen wel dat Oekraïense investeerders een individuele vergunning krijgen als hun investering in het buitenland betrekking heeft op vermogensrechten of eigendom, maar Paliashvili concludeert dat deze vergunningen niet waren vereist voor de investeringen van Naftogaz c.s. Bovendien was er geen vergunning nodig om de investeringen van Naftogaz c.s. te houden na de annexatie van de Krim door de Russische Federatie. Tenslotte leidt het niet verkrijgen van vergunning enkel tot boetes en niet tot annulering van de investeringen.

5.9.5.7 Resolutie nr. 699 van de NBU heeft betrekking op monetaire overdrachten naar de Krim van na 5 november 2014. Deze resolutie heeft daarom geen betrekking op de investeringen van Naftogaz c.s. die ruim voor die datum werden verworven en onteigend.

5.9.5.8 Ten slotte is het zo dat vanaf 18 maart 2014 op de Krim Russische wetgeving van toepassing is, waarin de Oekraïense investeerders op de Krim worden aangemerkt als buitenlandse investeerders.

5.9.5.9 De conclusie van Naftogaz c.s. is dat de Russische Federatie geen bepaling van Oekraïens recht heeft aangehaald die de wettelijke bevoegdheid van Naftogaz c.s. beperkt om te investeren op het grondgebied van de Russische Federatie.

Het oordeel van het hof

5.9.6 Het hof is van oordeel dat het standpunt van de Russische Federatie dat Naftogaz c.s. geen *investors* zijn als bedoeld in de BIT 1998 niet opgaat. Het vereiste in artikel 1 lid 2 van de BIT 1998 dat de *natural person* of de *legal entity is competent 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 in de bevoegdheid moet hebben om investeringen te verrichten op het grondgebied van de andere verdragsstaat. Dat Naftogaz 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 Naftogaz 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.

5.9.7 Naftogaz c.s. hebben verder voldoende toegelicht dat Resolutie nr. 699, die betrekking heeft op monetaire overdrachten naar de Krim, geen betrekking heeft op, althans geen gevolgen

heeft voor, de investeringen van Naftogaz c.s. op de Krim. De NBU heeft deze resolutie aangenomen in november 2014. Geen van de investeringen van Naftogaz c.s. hield monetaire overdrachten in na die datum.

5.10 Naftogaz c.s. hebben illegaal gehandeld bij het doen van hun investeringen (onbevoegdheidsargument Ig)

5.10.1 De Russische Federatie heeft bij pleidooi (pleitnota, randnummer 22) haar beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht vanwege de illegaliteit van enkele investeringen van Naftogaz c.s. ingetrokken. Dit onderdeel behoeft dus geen behandeling meer.

5.11 Uit artikel 9 BIT 1998 volgt geen toestemming van de verdragspartijen om vorderingen zoals die van Naftogaz c.s. te bundelen in één arbitrage (onbevoegdheidsargument Ih)

Het oordeel van het scheidsgerecht

5.11.1 Het scheidsgerecht heeft in navolging van het Everest Estate-scheidsgerecht geoordeeld dat *"silence in respect of multi-party proceedings is not silence in respect of consent"*. De Russische Federatie heeft toestemming gegeven tot de arbitrage met betrekking tot elke eiser.

5.11.2 Verder heeft het scheidsgerecht overwogen dat de vorderingen in deze zaak voortkomen uit dezelfde gebeurtenissen, dat dezelfde regels van toepassing zijn en dat de eisers dezelfde eisen instellen onder de BIT 1998. Om redenen van efficiëntie en om te voorkomen dat een veelvoud van in wezen identieke arbitrages tot verschillende resultaten leidt, wat voorkomen moet worden, dienen de zaken niet gescheiden te worden. De UNCITRAL-regels vereisen dat het scheidsgerecht alle vorderingen op een efficiënte en snelle wijze behandelt.

Het standpunt van de Russische Federatie

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

5.11.3.1 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 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, waarin gebruik wordt gemaakt van het enkelvoud bij de aanduiding van de investeerder die een geschil aanhangig kan maken in lid 1 (*"an investor"*, *"the investor"*) en in lid 3 naar *"both parties"* wordt verwezen.

5.11.3.2 Volgens de Russische Federatie wordt dit bevestigd door de UNCITRAL-regels die zijn ontworpen om van toepassing te zijn in een bilaterale sfeer waarbij slechts één entiteit verschijnt als eiser of gedaagde. Zo bepaalt artikel 3 lid 1 van de UNCITRAL-regels dat *"[t]he party initiating recourse to arbitration (...) shall give to the other party (...) a notice of arbitration"* (cursivering toegevoegd).

5.11.3.3 Volgens het Nederlandse procesrecht is bij een formele samenvoeging volgens de procedure van artikel 1046 Rv de goedkeuring van alle betrokken partijen vereist. Het stond het scheidsgerecht niet vrij om zonder instemming van de Russische Federatie over de

gezamenlijke vorderingen van Naftogaz c.s. te beslissen. Ook op die grond moet het gedeeltelijk eindvonnis op grond van artikel 1065 lid 1 onder a Rv worden vernietigd.

Het standpunt van Naftogaz c.s.

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

5.11.4.1 De tekst van artikel 9 BIT 1998 sluit meerpartijenarbitrage niet uit. De bepalingen van de BIT 1998 gebruiken de woorden "investor" en "investors" op onderling inwisselbare wijze, zodat uit het gebruik van enkelvoud of meervoud geen conclusie kan worden getrokken ten aanzien van een bevoegdheidsbeperking. Uitspraken van scheidsrechters zoals *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. the Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2011-17, 31 januari 2014, bevestigen dat het gebruik van een enkelvoud niet kan worden opgevat als bevoegdheidsbeperking.

5.11.4.2 Meerpartijenarbitrage is feitelijk een veel voorkomend verschijnsel, zoals ook is overwogen in de *Ambiente Ufficio* zaak.

5.11.4.3 Vanuit het perspectief van efficiëntie, effectiviteit en consistentie van arbitrale beslissingen is het onbegrijpelijk om de BIT 1998 zo uit te leggen dat deze zich verzet tegen meerpartijenarbitrage. De instemming met een meerpartijenarbitrage is dan ook een impliciet onderdeel van het aanbod tot arbitrage in artikel 9 BIT 1998.

5.11.4.4 Er zijn in de onderhavige zaak goede redenen om de procedure niet te splitsen: de vorderingen van Naftogaz c.s. zijn ontstaan als gevolg van dezelfde gebeurtenissen, zij zijn gebaseerd op dezelfde regels van de BIT 1998, zij vragen dezelfde remedie en het gaat om ondernemingen die deel zijn van hetzelfde concern.

5.11.4.5 Artikel 1046 Rv heeft betrekking op de situatie dat meerdere eisers verschillende arbitrageprocedures zijn gestart die op een later moment worden samengevoegd en dus niet op de onderhavige situatie waarin vanaf het begin af aan sprake is van een meerpartijenarbitrage.

Het oordeel van het hof

5.11.5 Het hof is van oordeel dat artikel 9 BIT 1998 toestaat dat meerdere investeerders tezamen een vordering tegen een verdragsstaat instellen.

5.11.5.1 De omstandigheid dat in artikel 9 lid 1 BIT 1998 de term "investor" in het enkelvoud wordt gehanteerd, kan 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 zich dus niet verenigen met het standpunt van de Russische Federatie dat artikel 9 BIT 1998 een aanbod tot arbitrage jegens één enkele investeerder behelst.

5.11.5.2 Voor het gebruik van het enkelvoud voor een partij in de UNCITRAL-regels gelden gelijksoortige overwegingen. Ook hier is het enkelvoud niet gebruikt om een bevoegdheidsbeperking aan te geven, maar om de praktische reden dat dit eenvoudiger is op te schrijven en te lezen.

5.11.5.3 Verder sluit een meerpartijenarbitrage aan bij de praktijk in vergelijkbare (BIT-) zaken, waaronder een aantal andere zaken van Oekraïense investeerders tegen de

Russische Federatie, bijvoorbeeld *Stabil LLC* en tien anderen tegen de Russische Federatie (PCA Case No. 2015-35). Het hof is met het scheidsgerecht van oordeel dat redenen van doelmatigheid en consistentie ook in de onderhavige zaak pleiten voor het behandelen van de vorderingen van Naftogaz c.s. in één procedure, nu zij alle over dezelfde feiten gaan, dezelfde regelgeving van toepassing is en de rechtspersonen nauwe banden hebben.

5.11.5.4 Artikel 1046 Rv heeft, zoals Naftogaz c.s. ook aangeven, 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.

5.11.6 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het het scheidsgerecht vrij stond om de vorderingen van Naftogaz c.s. samen te behandelen en dat dit dus geen grond voor vernietiging van de arbitrale uitspraak oplevert.

5.12 **Conclusie ten aanzien van de bevoegdheid van het scheidsgerecht (argument Ia-h, artikel 1065 lid 1 onder a Rv)**

5.12.1 De conclusie van het voorgaande is dat het hof de door de Russische Federatie onder I onder a tot en met h aangevoerde gronden voor de onbevoegdheid van het scheidsgerecht verwerpt, met uitzondering van de op artikel 12 van de BIT 1998 gebaseerde grond, zoals hiervoor in rov. 5.7.6 is aangegeven. Naar het oordeel van het hof is voor het overige aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van de BIT 1998 voldaan en was het scheidsgerecht overigens bevoegd het geschil tussen Naftogaz c.s. en de Russische Federatie te beslechten.

5.13 **Heeft het scheidsgerecht zijn opdracht geschonden (argument II, artikel 1065 lid 1 onder c Rv)?**

5.13.1 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 Naftogaz 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 5.11.5 en 5.11.6.

5.14 **Strijd met de openbare orde (argument III, artikel 1065 lid 1 onder e Rv)**

Het standpunt van de Russische Federatie

5.14.1 Volgens de Russische Federatie is het vonnis op twee gronden in strijd met de openbare orde:

- (i) een tussen Naftogaz c.s. en de Russische Federatie niet-arbitrabel geschil vormde de grondslag voor de door de meerderheid van het scheidsgerecht aangenomen bevoegdheid;
- (ii) de vonnissen van het scheidsgerecht honoreren corruptie, fraude en geweld en berusten op bewust verzwegen essentiële gegevens.

5.14.2 Ten aanzien van grond (i) heeft de Russische Federatie kort samengevat het volgende naar voren gebracht:

5.14.2.1 Het geschil tussen de Russische Federatie en Naftogaz c.s. is niet vatbaar voor arbitrage. Het gaat immers om vaststelling van rechtsgevolgen – de soevereine status van de Krim – die niet ter vrije bepaling van de partijen staan. Zaken van openbare orde kunnen niet aan arbitrage worden onderworpen. In het oordeel van de meerderheid van het

scheidsgerecht ligt besloten (in § 182 van de *Partial Award*) dat de Krim op een bepaald moment van status is veranderd, namelijk van onderdeel van de *territory of Ukraine* in onderdeel van de *territory of the Russian Federation*. Deze beslissing heeft de bedoeling om rechtsgevolgen te bewerkstelligen voor Naftogaz c.s., de Russische Federatie en Oekraïne. De status van de Krim is echter geen kwestie die ter vrije bepaling staat van Naftogaz c.s., als private partijen, en de Russische Federatie als één van de verdragspartijen.

5.14.2.2 De beslissing van het scheidsgerecht is niet in overeenstemming met het gedrag van beide verdragspartijen. Oekraïne erkent de Krim niet als Russisch grondgebied en verbiedt via Resolutie nr. 699 van de NBU investeringen door Oekraïense onderdanen op de Krim. De Russische Federatie van haar kant erkent het scheidsgerecht niet, omdat zij van oordeel is dat de Krim niet gereguleerd wordt door de BIT 1998.

5.14.2.3 Het zogenoemde reciprociteitsvereiste maakt dat het geschil niet arbitabel is.

5.14.2.4 Er bestaat tussen de verdragspartijen – anders dan het scheidsgerecht heeft geoordeeld – geen gedeeltelijke consensus over de status van de Krim. Er is sprake van tegenstrijdige soevereiniteitsclaims. Aangezien geen van beide verdragspartijen de BIT 1998 eenzijdig kan wijzigen, is een verklaring door de ene verdragspartij alleen geldig wanneer deze door de andere verdragspartij is aanvaard. Oekraïne heeft niet aanvaard dat de Krim onderdeel is van de Russische Federatie. De meerderheid van het scheidsgerecht kan haar bevoegdheid tot het nemen van een beslissing over de status van de Krim onder de BIT 1998 ook niet rechtvaardigen onder het mom van een “incidentele bevoegdheid”. Een dergelijke bevoegdheid kan immers niet het beslissen op een niet-arbitabele kwestie omvatten.

5.14.3 Ten aanzien van grond (ii) heeft de Russische Federatie het volgende naar voren gebracht.

5.14.3.1. Een vonnis dat corruptie, illegaliteit en fraude honoreert is naar zijn inhoud in strijd met de openbare orde.

5.14.3.2 Naftogaz c.s. hebben nagelaten het scheidsgerecht te informeren over de corruptie en de frauduleuze handelingen bij de verkrijging van in ieder geval de boorinstallaties. De arbitrale vonnissen moeten daarom ook op de voet van artikel 1065 lid 1 onder e Rv worden vernietigd.

Het standpunt van Naftogaz c.s.

5.14.4 Naftogaz c.s. hebben ten aanzien van het hiervoor als (i) aangeduide openbare orde argument (kort samengevat) naar voren gebracht, dat de argumenten van de Russische Federatie op dit punt in wezen een herhaling zijn van haar (te verwerpen) “soevereiniteitsargument”. Het is niet juist dat het scheidsgerecht een (impliciet) oordeel heeft gegeven over de soevereine status van de Krim naar internationaal recht. Uit § 158 van de *Interim Award* van 24 februari 2017 van het scheidsgerecht volgt nu juist dat het zich over die kwestie niet heeft uitgesproken. Naftogaz c.s. hebben verwezen naar de uitspraak van het Zwitserse Hooggerechtshof van in de zaak Ukrnafta (zie onder 5.8.10 hiervoor), dat een soortgelijk *arbitrability*-argument heeft verworpen omdat de arbitrale procedure niet de soevereine status van de Krim tot onderwerp had.

5.14.5 Ten aanzien van het hiervoor als (ii) aangeduide openbare orde argument (fraude, corruptie en geweld) hebben Naftogaz c.s. aangevoerd dat dit voor het eerst bij conclusie van repliek aangevoerde argument tardief is en bovendien op geen enkele wijze is onderbouwd.

Het oordeel van het hof

5.14.6 Van strijd met de materiële openbare orde is op grond van vaste rechtspraak van de Hoge

Raad slechts sprake indien de inhoud of uitvoering van het vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd. Alleen wanneer het gaat om schending – het ten onrechte niet of onjuist toepassen – van zulk 'uiterst fundamenteel recht', komt een arbitraal vonnis op grond van artikel 1065 lid 1 onder e Rv voor vernietiging in aanmerking. Bij dat 'uiterst fundamentele recht' kan het zowel gaan om materiële rechtsregels als om formele rechtsregels. Ook kan het gaan om fundamentele rechtsbeginselen, dat wil zeggen de fundamentele beginselen die wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en die vorm geven aan de grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt, ofwel fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard. Om te voorkomen dat de vernietigingsprocedure wordt gebruikt als een verkapt hoger beroep, zal de rechter niet te snel mogen aannemen dat een arbitraal vonnis in strijd is met de openbare orde en alleen in sprekende gevallen mogen ingrijpen. Daarbij zal hij zich een eigen, inhoudelijk oordeel moeten vormen en ook feiten moeten betrekken die niet in de arbitrale procedure aan de orde zijn geweest (zie conclusie A-G De Bock voor HR 16 juli 2021, ECLI:NL:PHR:2020:1176).

5.14.7 De Russische Federatie heeft zich niet beroepen op strijd met processuele rechtsregels. Voor wat betreft de strijd met fundamentele materiële rechtsregels geldt dat de door de Russische Federatie naar voren gebrachte argumenten al zijn besproken in het kader van de eerder door de Russische Federatie aangevoerde vernietigingsgronden. Bij de uitleg van het begrip *territory* hiervoor is al overwogen dat daarbij geen oordeel hoeft te worden gegeven over het soevereiniteitsgeschil aangaande de Krim. Het oordeel van het scheidsgerecht houdt geen oordeel over de soevereiniteit van de Krim in en heeft ook geen rechtsgevolgen voor partijen die niet bij de arbitrage betrokken zijn. Van strijd met de openbare orde op deze grond is dus ook geen sprake.

5.14.8 Wat betreft de gestelde illegaliteit van de investeringen heeft de Russische Federatie haar stelling niet onderbouwd. Voor zover zij heeft bedoeld te verwijzen naar haar in par. 4.7 van de conclusie van repliek gegeven argumenten, heeft zij die stellingen bij pleidooi ingetrokken, zoals hiervoor onder rov. 5.10.1 al is vermeld.

5.15 Conclusie

5.15.1 Het hof komt tot de conclusie dat de *Partial Award* van 22 februari 2019 gedeeltelijk zal worden vernietigd, zoals overwogen in rov. 5.7.6. Voor het overige zullen de vorderingen van de Russische Federatie worden afgewezen. Daarmee is de Russische Federatie de voornamelijk in het ongelijk gestelde partij. Hierbij past dat zij wordt veroordeeld in de kosten van deze procedure, aan de zijde van Naftogaz c.s. begroot op € 5.382,- aan griffierecht en € 25.672,50 aan salaris advocaat (4 ½ punten in tarief VIII), met inbegrip van de nakosten en de wettelijke rente over de proceskosten.

6 Beslissing

Het hof:

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

van het geding, tot op heden aan de zijde van Naftogaz c.s. begroot op € 5.382,- aan verschotten, € 25.672,50 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 ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

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