

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.197.079/01

Zaak-/rolnummers rechtbank : C/09/477160 / HA ZA 15-1; C/09/477162 / HA ZA 15-2 en C/09/481619 / HA ZA 15-112

arrest van 18 februari 2020

inzake

1. de rechtspersoon naar het recht van Cyprus VETERAN PETROLEUM LIMITED,
gevestigd te Nicosia, Cyprus,

hierna te noemen: VPL,

2. de rechtspersoon naar het recht van de Isle of Man YUKOS UNIVERSAL LIMITED,
gevestigd te Douglas, Isle of Man,

hierna te noemen: YUL,

3. de rechtspersoon naar het recht van Cyprus HULLEY ENTERPRISES LIMITED,
gevestigd te Nicosia, Cyprus,

hierna te noemen: Hulley,

appellanten,

hierna gezamenlijk ook wel aan te duiden als: HVY (meervoud),

advocaat: mr. M.A. Leijten te Amsterdam,

tegen

DE RUSSISCHE FEDERATIE,

zetelend te Moskou, Russische Federatie,

hierna te noemen: de Russische Federatie,

geïntimeerde,

advocaat: mr. J.A. Dullaart te Naaldwijk.

Inhoudsopgave

1. Het geding – procesverloop; beslissing op bezwaren Russische Federatie
2. Inleiding en achtergrond
3. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht (art. 1065 lid 1 onder a Rv); opvattingen van partijen, Scheidsgerecht en rechtbank
 - 3.1 Inleiding en juridische context
 - 3.2 Standpunt Russische Federatie
 - 3.3 Standpunt HVY
 - 3.4 Het oordeel van het Scheidsgerecht
 - 3.5 Het oordeel van de rechtbank
4. De grieven
 - 4.1 Inleiding
 - 4.2 De bij de uitleg van de ECT in acht te nemen normen
 - 4.3 De voorlopige toepassing van verdragen
 - 4.4 Nieuwe bevoegdheidsgronden en bevoegdheidsargumenten in het vernietigingsgeding
 - 4.5 De uitleg van art. 45 lid 1 ECT, meer in het bijzonder van de Limitation Clause, en de uitleg van art. 45 lid (2)a ECT
 - a. Inleiding
 - b. Het standpunt van de Russische Federatie
 - c. Het standpunt van HVY
 - d. De overwegingen van het Scheidsgerecht
 - e. De overwegingen van de rechtbank
 - f. Het oordeel van het hof
 - (i) De gewone betekenis van de termen van de Limitation Clause
 - (ii) en (iii) De context en het voorwerp en het doel van het Verdrag

(iv) 'Statenpraktijk' (art. 31 lid 3 WVV)

(v) De uitleg van de Limitation Clause conform de interpretatieregels van art. 31 WVV

(vi) Art. 32 WVV; de travaux préparatoires

(vii) De betekenis van 'not inconsistent'

(viii) Conclusie ten aanzien van de interpretatie van de Limitation Clause van art. 45 lid 1 ECT en van art. 45 lid 2(a) ECT

4.6 Toepassing Limitation Clause in deze zaak (uitgaande van de uitleg die het hof aan die bepaling geeft) 8

4.7 Toepassing Limitation Clause in deze zaak (uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie aan die bepaling geeft) 8

a. De scheiding der machten

b. Zijn geschillen omtrent publiekrechtelijke bevoegdheden arbitabel? 0

c. Komt naar Russisch recht aan aandeelhouders een vordering toe voor waardevermindering van hun aandelen?

4.8 Het beroep van HVY op 'estoppel' en 'acquiescence', de regel uit IMS/DIO

4.9 Conclusie ten aanzien van de grieven

5. Overige gronden inzake de bevoegdheid van het Scheidsgerecht

5.1 Investerings/investeerder, art. 1 leden 6 en 7 ECT

a. Inleiding

b. Het Scheidsgerecht

c. Standpunt Russische Federatie en vooropstellingen van het hof

d. Buitenlandse investering, buitenlandse investeerder

e. Zeggenschap over de investerende vennootschap (U-bocht)

f. Economische bijdrage aan gastland

g. Doorbraak van aansprakelijkheid

h. Legaliteit van de investering

i. Conclusie

5.2 Belastingmaatregelen, art. 21 ECT

- a. Inleiding
- b. Standpunt Russische Federatie
- c. Raakt art. 21 ECT aan de bevoegdheid van het Scheidsgerecht? 3
- d. Art. 21 ECT van toepassing?
- e. Art. 21 lid 5(a) ECT

5.3 Conclusie ten aanzien van de bevoegdheid van het Scheidsgerecht (art. 1065 lid 1 onder a Rv)

6. Schending van de opdracht (art. 1065 lid 1 onder c Rv)

6.1 Juridische context

6.2 Standpunt Russische Federatie

6.3 Art. 21 lid 5(b) ECT

6.4 Vaststelling van de schadevergoeding

6.5 Beslissen door te gissen en treden buiten de rechtsstrijd

- a. De BTW-aanslagen en boetes
- b. De (on)afwendbaarheid van het faillissement van Yukos
- c. De rol van Rosneft
- d. De toerekening van de inkomsten van de schijnvennootschappen
- e. Conclusie

6.6 De rol van assistent Valasek

6.7 Conclusie ten aanzien van schending van de opdracht (art. 1065 lid 1 onder c Rv)

7. Is het Scheidsgerecht niet op de juiste wijze samengesteld (art. 1065 lid 1 onder b Rv)?

8. Zijn de Yukos Awards niet met redenen omkleed (art. 1065 lid 1 onder d Rv)?

8.1 Juridische context

8.2 Standpunt Russische Federatie

8.3 De vaststelling van de schadevergoeding mist een steekhoudende motivering

8.4 Bewijs ten aanzien van de Mordovische vennootschappen

a. Context

b. De arbitrageprocedure

c. Standpunt Russische Federatie

d. Oordeel hof

8.5 Beslissen door te gissen en treden buiten de rechtsstrijd

8.6 Innerlijk tegenstrijdige conclusies inzake de YNG-veiling

8.7 Conclusie ten aanzien van motivering (art. 1065 lid 1 onder d Rv)

9. Openbare orde (art. 1065 lid 1 onder e Rv)

9.1 Juridische context

9.2 Standpunt Russische Federatie

9.3 Hoor en wederhoor; verrassingsbeslissing

9.4 Beslissen door te gissen en treden buiten de rechtsstrijd

9.5 De BTW-aanslagen

9.6 Innerlijk tegenstrijdige conclusies inzake de YNG-veiling

9.7 HVY hebben fraude gepleegd in de arbitrages

9.8 'Unclean hands'

9.9 Conclusie ten aanzien van de schending van de openbare orde (art. 1065 lid 1 onder e Rv)

10. Slotsom

11. Beslissing

1 Het geding – procesverloop; beslissing op bezwaren Russische Federatie

1. Het geding - procesverloop

1.1

Voor het procesverloop tot het tussenarrest van 18 december 2018 verwijst het hof naar dat arrest en naar het daaraan voorafgaande tussenarrest van 25 september 2018. In dit laatste tussenarrest heeft het hof beslist dat het bezwaar van HVY tegen een aantal

stellingen van de Russische Federatie in de memorie van antwoord deels gegrond en deels ongegrond is. Het hof heeft in dat tussenarrest partijen tevens in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het verdere procesverloop.

1.2

Partijen hebben zich bij akte uitgelaten over het verdere procesverloop. Het hof heeft daarop bij het tussenarrest van 18 december 2018 beslist dat HVY in de gelegenheid zullen worden gesteld nog een akte te nemen waarin zij kunnen reageren op bepaalde, in het tussenarrest gespecificeerde, stellingen die de Russische Federatie in de memorie van antwoord naar voren had gebracht, alsmede – binnen dat kader – op in eerste aanleg door de Russische Federatie overgelegde producties. Het hof heeft tevens beslist dat de Russische Federatie vervolgens in de gelegenheid zal worden gesteld om te reageren op de door HVY bij die akte over te leggen producties. Tevens heeft het hof in dat tussenarrest enkele beslissingen genomen over de termijnen waarbinnen producties voor het pleidooi kunnen worden toegezonden en over de duur van de pleidooien.

1.3

HVY hebben de in de vorige paragraaf bedoelde akte op 26 februari 2019 genomen.

1.4

De Russische Federatie heeft bij brief van 18 maart 2019 bezwaar gemaakt tegen de akte van HVY van 26 februari 2019 en het hof verzocht deze akte te weigeren, althans om een nader uitstel te verlenen voor de door de Russische Federatie te nemen akte. HVY hebben op dat bezwaar bij brief van 26 maart 2019 gereageerd. Het hof heeft bij brief van 29 maart 2019 beide verzoeken van de Russische Federatie afgewezen. Meer in het bijzonder heeft het hof naar aanleiding van de stelling van de Russische Federatie, dat HVY in hun akte niet zijn gebleven binnen de kaders die het hof in zijn tussenarrest van 18 december 2018 had gesteld, het volgende beslist:

“Het hof zal, voor zover dat voor de beslissing van deze zaak noodzakelijk is, bij het wijzen van het (eind)arrest vaststellen of HVY buiten de genoemde kaders zijn getreden en bepaalde stellingen van HVY op die grond buiten beschouwing kunnen laten. Ook zal het hof, indien het beginsel van hoor en wederhoor daar naar zijn oordeel aanleiding toe geeft, partijen in de gelegenheid kunnen stellen zich nader over bepaalde punten uit te laten.”

1.5

De Russische Federatie heeft bij akte van 25 juni 2019 gereageerd op de bij de akte van HVY overgelegde producties.

1.6

Op 23, 24 en 30 september 2019 hebben partijen de zaak voor het hof doen bepleiten, HVY door mr. Leijten voornoemd, alsmede door mrs. A.W.P. Marsman en E.R. Meerdink, advocaten te Amsterdam, en de Russische Federatie door prof. mr. A.J. van den Berg, advocaat te Brussel, alsmede door prof. mr. M.E. Koppenol-Laforce, advocaat te Rotterdam en mr. R.S. Meijer, advocaat te Amsterdam, telkens aan de hand van aan het

hof overgelegde pleitnota's. HVY en de Russische Federatie hebben bij deze gelegenheid nog producties in het geding gebracht. Van deze zitting is een proces-verbaal opgemaakt dat tot de processtukken behoort. Ten slotte is arrest gevraagd.

2. Beslissing op bezwaren van de Russische Federatie tegen de akte van 26 februari 2019 en de bij de akte van 9 september 2019 overgelegde producties

1.7

Bij pleidooi heeft de Russische Federatie bezwaar gemaakt tegen de bij de akte van 9 september 2019 ten behoeve van het pleidooi overgelegde producties. Het hof hoeft op dit bezwaar niet te beslissen nu het deze producties niet voor zijn oordeel heeft gebruikt. Ten overvloede merkt het hof op dat de bij deze akte overgelegde producties in redelijkheid kunnen worden beschouwd als een reactie op de door de Russische Federatie bij de aktes van 15 augustus 2019 en 26 augustus 2019 overgelegde producties; ook zijn de door HVY overgelegde producties niet van een zodanige omvang dat in redelijkheid niet van de Russische Federatie gevergd zou kunnen worden dat zij daar tijdens de pleidooien op reageert.

1.8

Voor het bezwaar van de Russische Federatie tegen de akte van HVY van 26 februari 2019 geldt het volgende. Voor zover het hof de inhoud van deze akte of de producties bij zijn oordeel in aanmerking heeft genomen, betreft het stellingen of producties die niet buiten de door het hof in zijn tussenarrest van 18 december 2018 uitgezette kaders vallen. In het bijzonder stond het HVY vrij nadere opinies van prof. Schrijver en prof. Klabbers over te leggen in het kader van hun reactie op de bij memorie van antwoord overgelegde opinies van prof. Nolte en prof. Pellet (zie tussenarrest van 18 december 2018 nr. 3.1). HVY hadden deze producties overigens ook bij pleidooi kunnen overleggen.

2. Inleiding en achtergrond

2.1

Het gaat in deze zaak, kort samengevat en voor zover in dit hoger beroep van belang, om het volgende. Duidelijkheidshalve herhaalt het hof hier deels de overwegingen 2.2 tot en met 2.8 van het tussenarrest van 25 september 2018.

2.2

HVY zijn, althans waren, aandeelhouder in Yukos Oil Company (hierna: Yukos), een in de Russische Federatie gevestigde oliemaatschappij, die op 1 augustus 2006 failliet is verklaard en op 21 november 2007 uit het Russische handelsregister werd geschrapt.

2.3

HVY hebben in 2004 een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen de Russische Federatie op de voet van art. 26 van de Energy Charter Treaty (Trb. 1995, 108, hierna: de ECT, of ook wel: het Verdrag), stellende dat de Russische Federatie in strijd met de ECT

hun investeringen in Yukos had onteigend en had nagelaten deze investeringen te beschermen. HVY vorderden dat de Russische Federatie veroordeeld zou worden schadevergoeding te betalen. De plaats van de arbitrage was Den Haag.

2.4

Het ingevolge het UNCITRAL-arbitragereglement benoemde scheidsgerecht (hierna: het Scheidsgerecht) heeft in drie afzonderlijke Interim Awards on Jurisdiction and Admissibility van 30 november 2009 geoordeeld over een aantal preliminaire verweren die de Russische Federatie had opgeworpen, onder meer met betrekking tot de bevoegdheid van het Scheidsgerecht. In de Interim Awards heeft het Scheidsgerecht bepaalde bevoegdheids- en ontvankelijkheidsverweren verworpen en ten aanzien van andere preliminaire verweren beslist dat het oordeel daarover zou worden aangehouden tot de inhoudelijke fase ('the merits phase') van het geding.

2.5

In drie afzonderlijke Final Awards van 18 juli 2014 heeft het Scheidsgerecht de nog resterende bevoegdheids- en/of ontvankelijkheidsverweren van de Russische Federatie verworpen, geoordeeld dat de Russische Federatie haar verplichtingen onder art. 13 lid 1 ECT heeft geschonden en de Russische Federatie veroordeeld aan HVY schadevergoeding te betalen van respectievelijk USD 8.203.032.751 (aan VPL), USD 1.846.000.687 (aan YUL) en USD 39.971.834.360 (aan Hulley), vermeerderd met rente en kosten. Kort gezegd oordeelde het Scheidsgerecht dat de Russische Federatie door een aantal belasting- en invorderingsmaatregelen jegens Yukos te nemen, had aangestuurd op het faillissement van Yukos met geen ander doel dan de uitschakeling van de heer Mikhail Khodorkovsky, de chairman van Yukos en één van haar aandeelhouders (hierna: Khodorkovsky), als potentiële politieke tegenstander van president Putin en het verwerven van de activa van Yukos.

2.6

De Russische Federatie heeft bij afzonderlijke dagvaardingen van 10 november 2014 Hulley, VPL en YUL voor de rechtbank Den Haag gedaagd en gevorderd dat de rechtbank de door het Scheidsgerecht in ieder van hun zaken gewezen Interim Awards en Final Awards vernietigt. Deze drie zaken zijn op vordering van de Russische Federatie door de rechtbank gevoegd.

2.7

Op 20 april 2016 heeft de rechtbank in één vonnis, gewezen in de drie gevoegde zaken, de Interim Awards en de Final Awards vernietigd wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst. HVY hebben tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld.

2.8

Bij Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht (Stb. 2014, 200), in werking getreden op 1 januari 2015 (zie Stb. 2014, 254), is het arbitragerecht herzien. Ingevolge art. IV lid 4 j° lid 2 van deze wet blijft op het onderhavige geding het Vierde Boek van het

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) van toepassing zoals dat voor de datum van inwerkingtreding van de wet gold. Wanneer in dit arrest wordt verwezen naar bepalingen inzake de vernietiging of herroeping van arbitrale vonnissen gaat het om artikelen uit Boek IV van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in de tot 1 januari 2015 geldende versie.

2.9

Hoewel het Scheidsgerecht in drie afzonderlijke arbitrages drie afzonderlijke Interim Awards en drie afzonderlijke Final Awards heeft gewezen in de zaken van Hulley, VPL en YUL, verschillen deze uitspraken niet wezenlijk van elkaar waar het gaat om de onderwerpen die in deze vernietigingsprocedure aan de orde zijn. Het hof zal daarom hierna kortheidshalve ook wel verwijzen naar 'de' arbitrage, 'de' Interim Award en 'de' Final Award. Aangezien de nummering van de paragrafen in de Interim Awards van elkaar verschilt, zal het hof verwijzen naar de nummering van de Interim Award en de Final Award inzake Hulley; dit geldt ook voor verwijzingen naar andere processtukken. De Interim Awards en de Final Awards zullen tezamen ook wel worden aangeduid als de 'Yukos Awards'.

2.10

Het hof zal bij de toepassing en uitleg van de ECT en het Weens Verdragen Verdrag (het Verdrag van 1969, Trb. 1985, 79, hierna: WVV) uitgaan van de authentieke versies van deze verdragen in de Engelse taal. In voorkomend geval zal het hof bij de uitleg van de ECT ook andere authentieke taalversies in aanmerking nemen. In verband met de leesbaarheid van dit arrest zal het hof in de tekst ook de officiële Nederlandse vertaling van de ECT en het WVV gebruiken (gepubliceerd in respectievelijk Trb. 1995, 250 en Trb. 1972, 51), maar dat neemt niet weg dat het oordeel van het hof berust op de authentieke Engelse en Franse taalversies van de ECT en het WVV (zoals gepubliceerd in Trb. 1995, 108 respectievelijk Trb. 1972, 51), alsmede de authentieke Duitse en Italiaanse versies van de ECT (zoals gepubliceerd op de website www.energycharter.org).

2.11

De producties die in dit vernietigingsgeding door partijen in het geding zijn gebracht, zijn voorzien van de aanduiding 'RF' (Russische Federatie) of 'HVV' gevolgd door een nummer. In dit arrest wordt ook verwezen naar producties die partijen tijdens de arbitrage in het geding hebben gebracht. Deze producties zijn voorzien van de aanduiding 'C' voor producties van 'Claimant' (HVV), 'R' voor producties in de jurisdictie fase, afkomstig van 'Respondent' (de Russische Federatie) of 'RME' voor producties in de merits fase, afkomstig van 'Respondent', telkens gevolgd door een nummer. Wanneer het nummer is voorzien van een 'D' betekent dit dat het gaat om een deskundigenrapport. Bijlagen bij de door partijen overgelegde deskundigenrapporten hebben soms een aparte lettercode, zoals 'S' (voor prof. Stephan), 'M' (voor prof. Mishina), 'ASA' (prof. Avtonomov), 'AVA' (prof. Asoskov) etc.

3. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht (art. 1065 lid 1 onder a Rv): opvattingen van partijen, Scheidsgerecht en rechtbank

3.1

Inleiding en juridische context

3.1.1

Aangezien de rechtbank heeft geoordeeld dat het Scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard van het geschil kennis te nemen en de grieven tegen dat oordeel zijn gericht, zal het hof eerst in grote lijnen beschrijven welke standpunten partijen omtrent de bevoegdheid van het Scheidsgerecht hebben ingenomen, alsmede wat het Scheidsgerecht en vervolgens de rechtbank naar aanleiding van die argumenten hebben beslist. Al deze argumenten en overwegingen komen later meer gedetailleerd aan de orde.

3.1.2

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 en dat een vordering tot vernietiging op de grond dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt door de rechter niet terughoudend wordt getoetst.¹ Het hof kan in het midden laten op wie van partijen de bewijslast rust van het al dan niet bestaan van een geldige overeenkomst tot arbitrage. De vraag of in het onderhavige geval een geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen hangt af van de uitleg van de artt. 26 en 45 ECT in het licht van het recht van de Russische Federatie, niet van feitelijke geschilpunten. Voor zover al tussen partijen in het kader van deze vernietigingsgrond feitelijke geschilpunten bestaan, doen deze – zoals hierna zal blijken – geen vragen rijzen ten aanzien van de bewijslastverdeling.

3.2

Standpunt Russische Federatie

3.2.1

De Russische Federatie heeft in de arbitrage en in de onderhavige vernietigingsprocedure een beroep gedaan op de onbevoegdheid van het Scheidsgerecht op de voet van art. 1065 lid 1 sub a Rv. Zij voert daartoe, samengevat, het volgende aan. De Russische Federatie heeft de ECT wel ondertekend maar nooit bekrachtigd. Weliswaar bepaalt art. 45 lid 1 ECT dat iedere staat die de ECT heeft ondertekend ('each signatory') het Verdrag voorlopig zal toepassen, maar dit geldt alleen 'to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations' (hierna: de Limitation Clause). Art. 26 ECT, voor zover daarin arbitrage is overeengekomen als een van de mogelijke vormen van geschilbeslechting onder het Verdrag, is strijdig ('inconsistent') met het recht van de Russische Federatie. Art. 26 ECT is in strijd met de Russische Grondwet (hierna: de Grondwet), meer in het bijzonder met het daarin verankerde beginsel van de scheiding der machten, en met de in meerdere wetsbepalingen tot uitdrukking gebrachte regel dat geschillen van publiekrechtelijke aard niet arbitabel zijn. Ook is de wet tot goedkeuring van de ECT niet binnen zes maanden na ondertekening van de ECT aan de Doema voorgelegd, zoals art. 23 lid 2 van de Russische Federal Law on International Treaties (hierna: FLIT) voorschrijft. Ten slotte kan onder Russisch recht een aandeelhouder niet de schade van de vennootschap vorderen.

3.2.2

De Russische Federatie voert verder aan dat niet is voldaan aan het door art. 26 ECT gestelde vereiste dat sprake is van een 'Investment' in de zin van art. 1 lid 6 ECT, en dat HVY ook geen 'Investors' zijn in de zin van art. 1 lid 7 ECT. Het gaat in wezen om een intern Russisch geschil tussen de 'oligarchen' (een aantal Russische zakenlieden die betrokken waren bij de privatisering van Yukos en die het hof hierna zal aanduiden als 'Khodorkovsky c.s.') en de Russische Federatie. Khodorkovsky c.s. zijn, aldus de Russische Federatie, de uiteindelijk belanghebbenden bij HVY, die zelf niet meer dan schijnvennootschappen zijn. Er is in dit geval ook geen buitenlands kapitaal in de Russische Federatie geïnvesteerd, terwijl de ECT alleen voor de bescherming van buitenlandse investeringen is bedoeld.

3.2.3

Verder staat volgens de Russische Federatie de illegaliteit van de investeringen van HVY in Yukos aan bescherming door de ECT in de weg. De investeringen van HVY zijn illegaal, omdat HVY uitsluitend zijn opgericht en in belastingparadijzen zijn gevestigd om Russische belastingen te ontduiken. Ook zijn de investeringen van HVY illegaal omdat hun investeringen in Yukos en daarmee de zeggenschap over Yukos, ten tijde van de privatisering van Yukos en nadien, met behulp van corruptie en fraude zijn verworven en geconsolideerd.

3.2.4

De Russische Federatie voert ten slotte aan dat het Scheidsgerecht niet bevoegd is omdat art. 21 lid 1 ECT (de zogenoemde 'carve-out') bepaalt dat belastingmaatregelen niet onder de bescherming van de ECT vallen ("... nothing in this Treaty shall create rights or impose obligations with respect to Taxation Measures of the Contracting Parties"). Weliswaar maakt art. 21 ECT hierop een uitzondering (de zogenoemde 'claw-back') in die zin dat lid 5(a) bepaalt dat 'Article 13 shall apply to taxes', maar volgens de Russische Federatie klagen HVY niet over 'taxes' maar over 'Taxation Measures'. Ten slotte voert de Russische Federatie aan dat het Scheidsgerecht ten onrechte heeft nagelaten advies in te winnen bij de nationale belastingautoriteiten (van de Russische Federatie, het Verenigd Koninkrijk en Cyprus), zoals art. 21 lid 5(b) ECT volgens haar voorschrijft.

3.3

Standpunt HVY

3.3.1

HVY zijn in de eerste plaats van mening dat de Russische Federatie haar recht heeft verwerkt, door estoppel dan wel acquiescence, om een beroep op de onbevoegdheid van het Scheidsgerecht te doen. De Russische Federatie heeft immers jarenlang de ECT voorlopig toegepast zonder ooit op kenbare wijze een beroep te doen op haar opvatting dat art. 26 ECT 'inconsistent' is met Russisch recht. Daarnaast brengt de regel uit het IMS/DIO arrest² mee dat de Russische Federatie geen beroep mag doen op in haar eigen wetgeving besloten liggende bevoegdheidsbeperkingen, om te betogen dat geen geldige arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen indien de wederpartij die

beperkingen niet kende en redelijkerwijze niet behoefde te kennen. HVY betogen verder dat de Russische Federatie geen beroep kan doen op een eventuele onverenigbaarheid van art. 26 ECT met haar nationale recht, nu de Russische Federatie heeft nagelaten op de voet van art. 45 lid 2(a) ECT een verklaring af te leggen dat zij voorlopige toepassing niet aanvaardt.

3.3.2

De Limitation Clause moet volgens HVY zo worden uitgelegd, dat deze alleen van toepassing is indien het recht van een verdragsstaat het beginsel van voorlopige toepassing van verdragen niet kent. De Limitation Clause betekent niet dat een verdragsstaat zich aan de voorlopige toepassing van de ECT kan onttrekken, telkens wanneer een bepaling uit het Verdrag in strijd is met een voorschrift van nationaal recht. In het hoger beroep van dit vernietigingsgeding hebben HVY hieraan als subsidiair standpunt toegevoegd dat, ook indien zou moeten worden aangenomen dat de Limitation Clause geen betrekking heeft op het beginsel van voorlopige toepassing, het toch in ieder geval gaat om de vraag of de voorlopige toepassing van enige bepaling van de ECT onverenigbaar is met een regel van nationaal recht, niet of enige bepaling van de ECT op zichzelf in strijd is met nationaal recht. Overigens is art. 26 ECT volgens HVY niet onverenigbaar met enige bepaling van Russisch recht. Integendeel, de Russische Laws on Foreign Investment van 1991 en 1999 (hierna: LFI 1991 respectievelijk LFI 1999) bepalen uitdrukkelijk dat investeringsgeschillen tussen een buitenlandse investeerder en de Russische Federatie aan internationale arbitrage kunnen worden onderworpen. De FLIT is in werking getreden na ondertekening van de ECT en art. 23 lid 2 van die wet, dat bepaalt dat een voorlopig toegepast verdrag binnen zes maanden ter goedkeuring aan de Doema moet worden voorgelegd, is dus reeds om die reden niet van toepassing op de ECT. Overigens heeft niet naleving van dit voorschrift geen gevolgen voor de voorlopige toepassing van de ECT. Bovendien heeft op grond van art. 15 lid 4 Grondwet ook een voorlopig toegepast verdrag voorrang boven een federale wet, zodat er reeds om die reden geen sprake van kan zijn dat art. 26 ECT onverenigbaar is met Russisch recht.

3.3.3

HVY zijn 'Investors' in de zin van art. 1 lid 7 ECT en hun aandelenbelangen in Yukos zijn ook 'Investments' in de zin van art. 1 lid 6 ECT. HVY zijn rechtsgeldig opgericht naar het recht van hun vestigingsplaatsen en gevestigd in staten die partij zijn bij de ECT, niet zijnde de Russische Federatie. De aandelen in Yukos die HVY hielden, vallen zonder meer onder de definitie van 'Investment'. De ECT stelt geen aanvullende eisen aan de begrippen 'Investor' of 'Investment', zoals de eis van legaliteit of de eis dat kapitaal van buiten de gaststaat is geïnvesteerd. HVY bestrijden dat Khodorkovsky c.s. de uiteindelijke zeggenschap hebben in HVY of dat HVY schijnvennootschappen zijn die zijn opgericht om de Russische belastingen te ontduiken. Ook ontkennen HVY dat hun investeringen in Yukos en daarmee de zeggenschap over Yukos door corruptie en fraude zijn verkregen of geconsolideerd.

3.3.4

HVY stellen zich ten slotte op het standpunt dat art. 21 ECT geen betrekking heeft op de bevoegdheid van een scheidsgerecht op grond van art. 26 ECT maar op de materiële beschermingsomvang van de ECT. De bepaling is ook niet van toepassing omdat deze alleen ziet op bona fide belastingmaatregelen en daarvan was in dit geval geen sprake. De jegens Yukos genomen belastingmaatregelen waren er uitsluitend op gericht Khodorkovsky als politieke rivaal van president Putin uit te schakelen en zich de activa van Yukos toe te eigenen. Art. 21 lid 5(a) ECT bepaalt bovendien dat art. 13 ECT wel van toepassing is op 'taxes'. Daarmee is niet iets anders bedoeld dan de 'Taxation Measures' bedoeld in art. 21 lid 1 ECT.

3.4

Het oordeel van het Scheidsgerecht

3.4.1

Het Scheidsgerecht heeft in de Interim Award, voor zover van belang, het volgende beslist:

- (i) de Russische Federatie heeft niet (als gevolg van estoppel) het recht verwerkt zich te beroepen op de Limitation Clause (Interim Award nrs. 286-288);
- (ii) de Russische Federatie kan een beroep doen op de Limitation Clause, ondanks dat zij geen verklaring heeft afgelegd op de voet van art. 45 lid 2(a) ECT, noch anderszins te kennen heeft gegeven dat zij art. 26 ECT niet voorlopig zou toepassen (Interim Award nrs. 260-269; nrs. 282-285);
- (iii) de Limitation Clause vormt slechts dan een uitzondering op de voorlopige toepassing van de ECT, indien het beginsel van voorlopige toepassing onverenigbaar is met Russisch recht, niet als een specifieke ECT-verdragsbepaling onverenigbaar is met Russisch recht (Interim Award nrs. 301-329);
- (iv) de vraag of sprake is van onverenigbaarheid met Russisch recht moet worden beoordeeld naar het moment van ondertekening van de ECT (Interim Award nr. 343);
- (v) het beginsel van voorlopige toepassing is niet onverenigbaar met Russisch recht (Interim Award nrs. 330-338);
- (vi) ten overvloede: art. 26 ECT is niet onverenigbaar met Russisch recht: art. 9 LFI 1991 en art. 10 LFI 1999 bepalen dat geschillen tussen een buitenlandse investeerder en de Russische Federatie arbitrabel zijn (Interim Award nr. 370); de definities van 'foreign investor' en 'foreign investment' in beide LFI-wetten zijn consistent met de definities van 'Investor' en 'Investment' in art. 1 ECT (Interim Award nr. 371); van een 'derivative action' is geen sprake, HVY eisen vergoeding van hun eigen schade (Interim Award nr. 372); op grond van de FLIT heeft de Russische Federatie erin toegestemd dat zij werd gebonden aan art. 26 ECT, zij het voorlopig; daarvoor was geen bekrachtiging vereist (Interim Award nrs. 382-384); het voorschrift van art. 23 lid 2 FLIT is slechts een intern vereiste waarvan de niet-nakoming de voorlopige toepassing niet doet eindigen (Final Award nr. 387);

(vii) de Russische Federatie heeft niet eerder dan op 20 augustus 2009 aan de depositaris van de ECT te kennen gegeven niet tot ratificatie van de ECT over te zullen gaan; voordien was zij lid van de 'Energy Charter Conference', was een persoon met de Russische nationaliteit plaatsvervangend secretaris-generaal van het 'Energy Charter Secretariat' en heeft de Russische Federatie deelgenomen aan de bijeenkomsten van de 'Energy Charter Conference'; de Russische Federatie kan in deze arbitrage geen beroep doen op de voordelen van de voorlopige toepassing van de ECT terwijl zij de verplichtingen die deze status meebrengt verwerpt (Interim Award nr. 390);

(viii) HVY voldoen aan de definitie van 'Investor' in art. 1 lid 7 ECT, omdat hiervoor voldoende is dat een vennootschap rechtsgeldig is opgericht naar het recht van een staat die partij is bij de ECT (Interim Award nrs. 411-417);

(ix) om te kwalificeren als 'Investment' in de zin van art. 1 lid 6 ECT is het voldoende dat HVY 'legal ownership' hebben van de door hen gehouden aandelen in Yukos; HVY hebben hun aandelen Yukos rechtmatig verworven en betaald; een 'injection of foreign capital' is niet vereist (Interim Award nrs. 429-434).

3.4.2

Het Scheidsgerecht heeft in de Final Award over art. 21 ECT, alsmede over het unclean hands argument, het volgende beslist:

(i) de 'claw-back' van art. 21 lid 5(a) ECT is van toepassing in die zin, dat de handelwijze van de Russische Federatie die in de arbitrages ter discussie staat niet aan de toets van art. 13 ECT is onttrokken (Final Award nr. 1410-1416);

(ii) verwijzing naar de bevoegde belastingautoriteiten op de voet van art. 21 lid 5(b) ECT zou nutteloos ("an exercise in futility") zijn (Final Award nr. 1417-1428);

(iii) de 'carve-out' is bovendien alleen van toepassing op bona fide belastingmaatregelen, dat wil zeggen maatregelen met als doel algemene inkomsten voor de staat te genereren, niet op maatregelen die, zoals met Yukos het geval was, een daarmee geheel ongerelateerd doel dienden, zoals de vernietiging van een bedrijf of de eliminatie van een politieke tegenstander (Final Award nr. 1430-1445);

(iv) het unclean hands argument staat niet aan de bevoegdheid van het Scheidsgerecht in de weg, noch heeft dit tot gevolg dat de vorderingen van HVY 'inadmissible' zijn (Final Award nrs. 1343-1373).

3.5

Het oordeel van de rechtbank

3.5.1

De rechtbank heeft, kort samengevat, het volgende overwogen:

(i) art. 45 lid 1 ECT moet zo worden uitgelegd dat de Russische Federatie uitsluitend gebonden is aan met het Russische recht verenigbare bepalingen van de ECT (rov. 5.23);

(ii) er lijkt geen ruimte te zijn om in deze procedure een oordeel te geven over de vraag of het Scheidsgerecht zijn bevoegdheid had kunnen aannemen op basis van een ander, door het Scheidsgerecht verworpen argument (rov. 5.25);

(iii) de Russische Federatie was niet gehouden een voorafgaande verklaring als bedoeld in art. 45 lid 2 ECT af te leggen om een succesvol beroep op de Limitation Clause te kunnen doen (rov. 5.31);

(iv) de voorlopige toepassing van het in art. 26 ECT neergelegde arbitraal beding komt niet alleen in strijd met Russisch recht indien deze bepaling in dat recht wordt verboden, maar ook indien een dergelijke wijze van geschilbeslechting geen wettelijke grondslag heeft, of niet past in het wettelijk systeem of niet verenigbaar is met de uitgangspunten en beginselen die zijn neergelegd in of kenbaar zijn uit de wetgeving (rov. 5.33);

(v) van onverenigbaarheid met Russisch recht kan ook sprake zijn als dat recht niet zelf voorziet in de mogelijkheid van arbitrage zoals geregeld in art. 26 ECT; Russisch recht laat geen arbitrage toe in geschillen waarin het publiekrechtelijk optreden van de Russische Federatie moet worden beoordeeld, want arbitrage is beperkt tot civielrechtelijke geschillen; in het onderhavige geval gaat het om de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden door de autoriteiten van de Russische Federatie (rov. 5.41); uit art. 9 lid 1 LFI 1991 en art. 10 LFI 1999 vloeit niet iets anders voort (rov. 5.51 en 5.58);

(vi) art. 9 lid 1 LFI 1991, dat in samenhang moet worden gelezen met art. 43 van de Russische Fundamentals of Legislation on Foreign Investments in the USSR van 5 juli 1991 (hierna: de Grondbeginselenwet), heeft betrekking op civielrechtelijke geschillen die voortvloeien uit rechtsbetrekkingen tussen buitenlandse investeerders en de Russische Federatie waarin het publiekrechtelijke karakter overheerst; deze bepaling stelt de rechtsgang naar de Russische rechter voorop en maakt een andere wijze van geschilbeslechting slechts mogelijk indien een verdrag daarin voorziet; dit betekent dat art. 9 LFI 1991 geen zelfstandige wettelijke basis biedt voor arbitrage tussen HVY en de Russische Federatie (rov. 5.43 en 5.51);

(vii) art. 10 LFI 1999 is een 'schakelbepaling' ('blanket provision') doordat het de mogelijkheid van arbitrage afhankelijk maakt van een daartoe strekkende voorziening in verdragen en federale wetten (rov. 5.56); art. 10 LFI 1999 biedt dan ook geen afzonderlijke wettelijke basis voor beslechting van geschillen tussen een investeerder en een Staat door middel van internationale arbitrage zoals is voorzien in art. 26 ECT (rov. 5.58);

(viii) aan de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot ratificatie van de ECT komt, als zijnde afkomstig van de uitvoerende macht die de Doema tot ratificatie beoogde te bewegen, onvoldoende gewicht toe ter ondersteuning van het standpunt van HVY; daarentegen geeft de wetsgeschiedenis van een groot aantal door de Russische

Federatie gesloten bilaterale investeringsverdragen steun aan het oordeel dat arbitrage voor geschillen als de onderhavige niet is voorzien in het Russische recht (rov. 5.59-5.64);

(ix) de arbitrageclausule van art. 26 ECT heeft aldus geen wettelijke basis in het Russische recht en verdraagt zich niet met de uitgangspunten die in dat recht zijn neergelegd (rov. 5.65);

(x) de rechtbank moet nog, net als het Scheidsgerecht, onderzoeken of de ondertekening van een verdrag dat een clausule met betrekking tot de voorlopige toepassing bevat, voldoende is om vast te stellen dat de Russische Federatie heeft ingestemd met internationale arbitrage;

(xi) noch de FLIT noch het WVV verschaffen een zelfstandige grondslag voor een ongelimiteerde voorlopige gebondenheid aan het Verdrag; of een ondertekenende Staat op basis van een voorlopige toepassing gebonden is aan een verdrag wordt bepaald door dat verdrag en niet door de FLIT of het WVV (rov. 5.71);

(xii) de Russische Federatie was door de ondertekening van de ECT uitsluitend (voorlopig) gebonden aan de arbitrageclausule van art. 26 voor zover deze clausule verenigbaar was met Russisch recht (rov. 5.72);

(xiii) op grond van art. 15 lid 4 Grondwet en het beginsel van de scheiding der machten kan een verdrag alleen daarmee strijdige wetgeving opzij zetten indien het verdrag door de wetgever is goedgekeurd, dat wil zeggen geratificeerd (rov. 5.91);

(xiv) de jurisprudentie van het Constitutionele Hof, die inhoudt dat ook verdragen die op voorlopige basis van toepassing zijn, deel uitmaken van het Russische rechtssysteem, laat onverlet dat een verdrag zoals de ECT de voorlopige toepassing kan beperken tot verdragsbepalingen die verenigbaar zijn met de Grondwet en overige wet- of regelgeving (rov. 5.92);

(xv) art. 26 ECT houdt ten opzichte van bestaand Russisch recht een nieuwe vorm van geschilbeslechting in, namelijk één waarbij een internationaal scheidsgerecht zou oordelen over de uitoefening van publiekrechtelijk overheidshandelen; de Grondwet en het daarin verankerde beginsel van machtscheiding verzetten zich er tegen dat een vertegenwoordiger van de uitvoerende macht de Russische Federatie aan art. 26 ECT zou kunnen binden (rov. 5.93);

(xvi) in ieder geval stond de Limitation Clause, bij gebreke van instemming van de wetgevende macht, in de weg aan een langere voorlopige toepassing van art. 26 ECT dan gedurende de zes maanden die art. 23 lid 2 FLIT voorschrijft als termijn waarbinnen een ondertekend verdrag dat voorlopig wordt toegepast ter goedkeuring aan de wetgever moet worden voorgelegd; het gaat bij die termijn niet om een intern vereiste, maar om een clausule die juist betrekking heeft op strijdigheid van de voorlopige toepassing van verdragsbepalingen met intern Russisch recht, waaronder de Grondwet (rov. 5.94);

(xvii) de conclusie is dat uit art. 45 lid 1 ECT volgt dat met de enkele ondertekening van de ECT de Russische Federatie zich niet heeft gebonden aan de voorlopige toepassing van (de arbitrageregeling van) art. 26 ECT; de Russische Federatie heeft dan ook nimmer een onvoorwaardelijk aanbod tot arbitrage gedaan, zoals besloten ligt in art. 26 ECT, met als gevolg dat met de 'notice of arbitration' van HVY geen geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen (rov. 5.95).

3.5.2

Aan de overige vernietigingsgronden die de Russische Federatie had aangevoerd ten betoge dat het Scheidsgerecht onbevoegd was, waaronder haar stelling dat HVY en hun investeringen in Yukos niet kwalificeren als 'Investors' respectievelijk 'Investments' in de zin van art. 1 lid 7 en art. 1 lid 6 ECT, het beroep van de Russische Federatie op art. 21 ECT en de stelling dat HVY als aandeelhouders geen vergoeding van de schade van Yukos kunnen vorderen, is de rechtbank niet toegekomen.

3.5.3

Op grond van deze overwegingen heeft de rechtbank op grond van art. 1065 lid 1 onder a Rv de tussen HVY en de Russische Federatie uitgesproken Yukos Awards vernietigd en HVY veroordeeld in de proceskosten.

4. De grieven

4.1

Inleiding

4.1.1

Het hof zal de grieven behandelen aan de hand van een thematische bespreking van de geschilpunten, waarbij achtereenvolgens de volgende onderwerpen aan de orde zullen komen:

(i) de normen die het hof dient toe te passen bij de uitleg van de ECT (rov. 4.2);

(ii) de voorlopige toepassing van verdragen (rov. 4.3);

(iii) de vraag of het hof de vernietigingsvordering voor zover deze gegrond is op onbevoegdheid van het Scheidsgerecht kan afwijzen, indien het van oordeel is dat de bevoegdheid van het Scheidsgerecht volgt uit argumenten die het Scheidsgerecht niet heeft behandeld (rov. 4.4);

(iv) de vraag of HVY in dit vernietigingsgeding argumenten ter ondersteuning van de bevoegdheid van het Scheidsgerecht naar voren kunnen brengen die zij niet in de arbitrage hebben aangevoerd (rov. 4.4);

(v) de uitleg van art. 45 lid 1 ECT, meer in het bijzonder van de Limitation Clause, en de uitleg van art. 45 lid 2(a) ECT (rov. 4.5);

(vi) is in de uitleg die het hof geeft aan de Limitation Clause, de voorlopige toepassing van art. 26 ECT strijdig ('inconsistent') met de 'constitution, laws or regulations' van de Russische Federatie (rov. 4.6);

(vii) is, uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie geeft aan de Limitation Clause, de voorlopige toepassing van art. 26 ECT strijdig ('inconsistent') met de 'constitution, laws or regulations' van de Russische Federatie (rov. 4.7);

(viii) het beroep van HVY op estoppel en acquiescence, de regel uit IMS/DIO (rov. 4.8).

4.2 (

i) De bij de uitleg van de ECT in acht te nemen normen

4.2.1

Tussen partijen is, terecht, niet in geschil dat de bepalingen van de ECT moeten worden uitgelegd aan de hand van de maatstaven van de artt. 31 en 32 WVV. Deze bepalingen luiden als volgt:

"Art. 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.

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.”

4.2.2

Bij de toepassing van de in deze bepalingen gegeven regels neemt het hof de volgende richtsnoeren tot uitgangspunt.³ Interpretatie van een verdrag is steeds gericht op het achterhalen van de intentie van verdragspartijen, voor zover deze intentie op adequate wijze is uitgedrukt in de tekst van het verdrag. De tekstuele uitleg heeft de belangrijkste rol in de interpretatie, omdat de bewoordingen geacht worden een authentieke uitdrukking te zijn van de intentie van partijen. Het Internationale Hof van Justitie ('International Court of Justice', hierna: ICJ) heeft dan ook overwogen dat de uitleg van een verdrag 'above all upon the text of the treaty' moet zijn gebaseerd.⁴

4.2.3

Dit betekent niet dat de uitleg van een verdrag louter een grammaticale exercitie is. De tekst van een verdrag moet worden begrepen in zijn context alsmede in het licht van het voorwerp en doel ('object and purpose') van het verdrag, waarbij art. 31 lid 2 WVV omschrijft wat (in ieder geval) onder de context van het verdrag moet worden begrepen. De interpretatie van een verdragsbepaling overeenkomstig het voorwerp en doel van het verdrag mag niet leiden tot een uitleg die ingaat tegen de duidelijke tekst van de desbetreffende bepaling. De bepaling van art. 31 lid 1 WVV bevat één regel van uitleg, waarvan de drie elementen van die bepaling (tekst, context en 'object and purpose') een integraal onderdeel vormen; de uitleg is een proces waarbij deze elementen – te goeder trouw ('in good faith') – in één gezamenlijke operatie worden toegepast. Dat de uitleg te goeder trouw moet plaatsvinden, betekent dat deze moet beantwoorden aan het fundamentele beginsel van redelijkheid en dat de uitleg niet mag leiden tot een betekenis die duidelijk ongerijmd of onredelijk is.

4.2.4

Wat de toepassing van art. 31 lid 3(b) WVV betreft, neemt het hof het volgende tot uitgangspunt.⁵ Art. 31 lid 3(b) WVV bepaalt dat behalve met de context, ook rekening dient te worden gehouden met ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging van het verdrag is ontstaan ('any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation'). Voor de 'subsequent practice' gelden geen vormvereisten, zodat in beginsel elk handelen (of niet handelen) relevant kan zijn. Het moet wel gaan om een gebruik dat meer omvat dan één

incident en dat toepassing geeft aan het verdrag. Voor het aannemen van relevant gebruik is niet vereist dat iedere verdragspartij aan dat gebruik heeft deelgenomen, maar wel dat aantoonbaar is dat de staten die in dat opzicht niet actief zijn geweest het gebruik van de andere verdragspartijen hebben aanvaard. Nodig is voorts dat de verdragspartijen zich bewust zijn van het desbetreffende gebruik, hetgeen betekent dat interne stukken of handelingen die niet ter kennis van de andere verdragspartijen zijn gekomen niet kunnen worden beschouwd als gebruik in de zin van art. 31 lid 3(b) WVV. Later gebruik, ten slotte, dat geen overeenstemming tussen partijen tot stand heeft gebracht en dat dus niet kwalificeert als gebruik onder art. 31 lid 3(b) WVV kan eventueel wel relevant zijn als aanvullend middel van interpretatie onder art. 32 WVV. Ingevolge art. 31 lid 3 onder (c) WVV dient voorts rekening te worden gehouden met iedere ter zake dienende regel van internationaal recht ('relevant rules of international law') die op de betrekkingen tussen de verdragspartijen kan worden toegepast. Tot de regels van internationaal recht als bedoeld in art. 31 lid 3 onder (c) WVV behoren (in ieder geval) het verdragsrecht, het internationaal gewoonterecht en internationaal erkende rechtsbeginselen.⁶

4.2.5

De interpretatieve hulpmiddelen die genoemd zijn in art. 32 WVV⁷ zijn aanvullend ten opzichte van de regels van art. 31 WVV en komen pas aan de orde nadat toepassing is gegeven aan art. 31 WVV. In de eerste plaats kunnen deze aanvullende hulpmiddelen worden gebruikt om de betekenis waarin toepassing van art. 31 WVV heeft geresulteerd, te bevestigen. In de tweede plaats kunnen de aanvullende interpretatieregels van art. 32 WVV worden ingezet als de uitleg overeenkomstig art. 31 WVV de betekenis dubbelzinnig of duister laat, of leidt tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is. Tot deze hulpmiddelen behoren de voorbereidende werkzaamheden van het verdrag ('preparatory work of the treaty', ook wel en hierna aangeduid als de 'travaux préparatoires' of 'travaux'). Daartoe mag alleen materiaal worden gerekend dat objectief kan worden beoordeeld, hetgeen betekent dat persoonlijke herinneringen of memoires niet tot de travaux préparatoires kunnen worden gerekend, evenmin als documenten of stukken, zoals interne notities of uiteenzettingen aan een wetgevend orgaan in het kader van een nationaal ratificatieproces, die niet op enig moment in de onderhandelingen zijn geïntroduceerd en als zodanig ter kennis van de andere deelnemers aan de verdragsonderhandelingen zijn gebracht.

4.3 (

ii) De voorlopige toepassing van verdragen

4.3.1

Art. 39 ECT bepaalt dat '[t]his Treaty shall be subject to ratification, acceptance or approval by signatories. (...)'. Art. 44 ECT bevat bepalingen omtrent de inwerkingtreding ('Entry into force') van het Verdrag, waaruit volgt dat het Verdrag voor een staat niet in werking treedt dan nadat die staat een daartoe strekkend 'instrument of ratification, acceptance or approval' heeft gedeponneerd.

4.3.2

Namens de Russische Federatie heeft de heer O.D. Davydov, destijds vicepremier ('Deputy Chairman') van de regering van de Russische Federatie, de ECT op 17 december 1994 ondertekend. Hij was hiertoe geïnstrueerd door een besluit van de regering van de Russische Federatie van 16 december 1994, ondertekend door de heer V. Chernomyrdin, premier ('Chairman of the Russian Federation Government').⁸ Op 26 augustus 1996 is het Verdrag ter goedkeuring aan de Doema voorgelegd. De Doema heeft de ECT niet goedgekeurd en de Russische Federatie heeft dan ook nooit een 'instrument of ratification, acceptance or approval' gedeponneerd. Op 20 augustus 2009 heeft de Russische Federatie de Depositaris van de ECT, Portugal, in kennis gesteld van haar voornemen geen partij bij het Verdrag te worden. De ECT is dus niet overeenkomstig art. 44 ECT voor de Russische Federatie in werking getreden.

4.3.3

Art. 45 lid 1 ECT voorziet er in dat het Verdrag door elke staat die het Verdrag heeft ondertekend ('each signatory') voorlopig zal worden toegepast in afwachting van de inwerkingtreding van het Verdrag voor die staat conform art. 44 ECT. De verplichting het Verdrag voorlopig toe te passen geldt voor een ondertekenende staat 'to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations'.

4.3.4

Voorlopige toepassing van verdragen is een in het internationale recht aanvaarde figuur en is gecodificeerd in art. 25 WVV. Voorlopige toepassing wordt in de praktijk onder meer overeengekomen in de situatie dat staten door middel van een verdrag willen reageren op dringende economische behoeften, zoals ook het geval was bij de ECT.⁹ Een voorlopig toegepast verdrag heeft dezelfde verbindende kracht als een verdrag dat na ratificatie in werking is getreden¹⁰, hetgeen niet wegneemt dat de verplichting om het verdrag voorlopig toe te passen in het verdrag aan bepaalde beperkingen kan zijn onderworpen (zoals in het geval van de ECT op grond van de Limitation Clause). Er gelden geen aanvullende eisen voor de voorlopige toepassing van een clause als art. 26 ECT waarin arbitrage is overeengekomen. Wat er verder ook zij van de stelling van de Russische Federatie dat een dergelijke arbitrageclause ondubbelzinnig moet zijn overeengekomen, aan dat vereiste is met art. 26 ECT in ieder geval voldaan. Dat verschil van inzicht mogelijk is over de strekking van de Limitation Clause en de toepassing daarvan in het licht van het recht van de Russische Federatie maakt dat niet anders.

4.3.5

Het feit dat de Russische Federatie de ECT niet heeft geratificeerd, betekent dus op zichzelf niet dat daarmee gegeven is dat art. 26 ECT de Russische Federatie niet bindt; dat kan immers wel degelijk het geval zijn op grond van de verplichting het Verdrag voorlopig toe te passen op grond van art. 45 ECT. De vraag is wel of die voorlopige toepassing niet in die zin is beperkt, dat de Limitation Clause aan de voorlopige toepassing van art. 26 ECT in de weg staat.

4.4 (

iii) en (iv) Nieuwe bevoegdheidsgronden en bevoegdheidsargumenten in het vernietigingsgeding

4.4.1

Het Scheidsgerecht heeft twee mogelijke interpretaties van de Limitation Clause onder ogen gezien: (a) het gaat erom of het beginsel van voorlopige toepassing in strijd is met Russisch recht (standpunt HVY) of (b) het gaat erom of een afzonderlijke bepaling van de ECT (in dit geval art. 26) in strijd is met Russisch recht (standpunt Russische Federatie). Het Scheidsgerecht heeft standpunt (a) als het juiste aanvaard.

4.4.2

HVY hebben in dit vernietigingsgeding – en voor het eerst in hoger beroep –verdedigd dat er nog een derde mogelijkheid is, die zij als subsidiair argument aanvoeren voor het geval hun primaire standpunt (het gaat om de vraag of het beginsel van voorlopige verdragstoepassing in strijd is met Russisch recht) niet zou worden aanvaard. Dit subsidiaire standpunt komt erop neer dat het bij de Limitation Clause gaat om de vraag of de voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT onverenigbaar is met het recht van een verdragsstaat, doordat de wetgeving van die staat voorlopige toepassing van een verdrag in beginsel wel toestaat, maar bepaalde (categorieën of soorten van) verdragsbepalingen van voorlopige toepassing uitsluit (memorie van grieven nrs. 232, 233, 301 en 321 e.v.; akte HVY 26 februari 2019 nrs. 141 en 174; pleitaantekeningen HVY zitting van 23 september 2019, deel I nr. 68 e.v.; pleitaantekeningen HVY zitting van 30 september 2019, deel V (replik) nr. 20). Aldus doet zich de vraag voor of HVY dit subsidiaire argument, dat zij in de arbitrage niet naar voren hebben gebracht, voor het eerst in dit vernietigingsgeding mogen aanvoeren, en of het hof als vernietigingsrechter zou mogen oordelen dat het Scheidsgerecht bevoegd was van de vorderingen van HVY kennis te nemen op grond van dit subsidiaire argument, hoewel het Scheidsgerecht zelf zijn bevoegdheid daarop niet heeft gebaseerd. Partijen nemen hierover tegengestelde standpunten in.

4.4.3

Art. 1065 lid 1 onder a Rv bepaalt dat vernietiging van een arbitraal vonnis kan plaatsvinden 'indien een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt'. De formulering van de wet knoopt dus niet aan bij het oordeel van het scheidsgerecht over zijn bevoegdheid, maar bij de vraag of er al dan niet een geldige arbitrageovereenkomst tussen partijen bestaat. Het is ook vaste rechtspraak dat de rechter uiteindelijk het laatste woord heeft over de vraag of een geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen en dat de rechter deze vraag in volle omvang toetst. Dit houdt onder meer hiermee verband dat partijen door middel van een arbitrageovereenkomst afstand doen van hun uit art. 17 (Nederlandse) Grondwet voortvloeiende recht op toegang tot de gewone rechter: door een geldige arbitrageovereenkomst wordt de gewone rechter onbevoegd van het geschil kennis te nemen, mits deze onbevoegdheid voor alle weren wordt ingeroepen (art. 1022 lid 1 Rv). Met dit systeem is niet verenigbaar dat de vernietigingsrechter slechts zou mogen toetsen of het scheidsgerecht zich op de juiste gronden bevoegd heeft verklaard en niet die bevoegdheid zou mogen aannemen op gronden die het scheidsgerecht (naar het oordeel van de rechter: ten onrechte) om welke reden dan ook niet heeft behandeld.¹¹ Dat zou immers tot het moeilijk aanvaardbare resultaat kunnen leiden dat een arbitraal vonnis moet worden vernietigd en de

bevoegdheid van de gewone rechter daarmee herleeft, alleen omdat het scheidsgerecht een onjuiste motivering aan zijn bevoegdheidsoordeel ten grondslag heeft gelegd, terwijl het één of meer doorslaggevende argumenten ten gunste van bevoegdheid onbehandeld heeft gelaten. In zo'n geval zou de overheidsrechter, hoewel er een geldige overeenkomst tot arbitrage is en de overheidsrechter dus eigenlijk onbevoegd is, alsnog over het geschil van partijen moeten oordelen alleen omdat het scheidsgerecht, dat ten aanzien van zijn bevoegdheid nu juist niet het laatste woord heeft, een onjuiste motivering heeft gebruikt.

4.4.4

Het valt niet in te zien dat aanvaarding van het standpunt van HVY zou leiden tot een minder effectieve arbitrale rechtspleging. Het is eerder in strijd met een effectieve arbitrale rechtspleging indien een arbitraal vonnis moet worden vernietigd omdat het scheidsgerecht een verkeerd argument voor het aannemen van zijn bevoegdheid heeft gebruikt terwijl die bevoegdheid in feite wel aanwezig is. Partijen moeten over hun geschil dan immers opnieuw en zonder noodzaak of rechtvaardiging bij de overheidsrechter procederen.

4.4.5

Het voorgaande betekent tevens dat er in beginsel geen bezwaar tegen bestaat indien de gedaagde in het vernietigingsgeding nieuwe argumenten aanvoert die het oordeel van het scheidsgerecht dat het bevoegd is kunnen ondersteunen. Die gedaagde kan immers niet worden tegengeworpen, zoals dat wel (met recht) kan indien de eiser een vernietigingsgrond aanvoert die hij niet in de arbitrage naar voren heeft gebracht, dat als dat argument eerder was aangevoerd het scheidsgerecht daarover in een vroeg stadium een beslissing had kunnen nemen waardoor zoveel mogelijk zou zijn voorkomen dat onnodige proceshandelingen worden verricht.¹² Het later aangevoerde argument strekt immers slechts tot een al door het Scheidsgerecht getrokken conclusie. Zoals bovendien uit het in de vorige voetnoot genoemde arrest Smit/Ruwa blijkt, is het zelfs in dat geval niet op voorhand uitgesloten dat in het vernietigingsgeding nieuwe argumenten voor het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage naar voren worden gebracht: daarover moet aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval worden beslist (rov. 3.4.2). Dat pleit er zeker niet voor om in de omgekeerde situatie (het aanvoeren van een nieuw bevoegdheidsondersteunend argument) een strengere maatstaf aan te leggen. De door de Russische Federatie in dit verband aangehaalde overwegingen uit het arrest van 2 april 2019 van het 'Cour d'Appel de Paris'¹³, hadden betrekking op een andere situatie dan de onderhavige. In die zaak had het scheidsgerecht zich gedeeltelijk onbevoegd verklaard. De Franse rechter oordeelde dat eisers in de arbitrage, die alsnog wilden bewerkstelligen dat het scheidsgerecht bevoegd werd verklaard, geen argumenten ten gunste van de bevoegdheid van het scheidsgerecht mochten aanvoeren die zij in de arbitrage niet hadden aangevoerd. De reden was dat het in strijd zou zijn met het doel van de desbetreffende wettelijke bepaling ("qui est d'éviter qu'une partie se réserve des armes pour le cas où la sentence lui serait défavorable") dat een partij zijn argumenten achter de hand zou kunnen houden voor het

geval het arbitrale vonnis onverhoopt nadelig zou uitpakken. In het onderhavige geval kan van een dergelijke ‘misbruik’ situatie geen sprake zijn nu HVY, anders dan eisers in de Franse procedure, de Yukos Awards juist in stand willen houden.

4.4.6

Ook indien moet worden aangenomen dat er omstandigheden zijn waarin in het vernietigingsgeding geen nieuwe argumenten kunnen worden toegelaten, bijvoorbeeld omdat dit in strijd is met de goede procesorde, is daarvoor in deze zaak toch in ieder geval geen aanleiding. In de eerste plaats gaat het in dit geval om een zuiver juridisch argument, te weten de uitleg van de Limitation Clause, dat HVY in deze procedure tijdig – want in de memorie van grieven – naar voren hebben gebracht en waarover de Russische Federatie zich heeft kunnen uitlaten. In de tweede plaats ligt het door HVY verdedigde subsidiaire standpunt in het verlengde van het standpunt dat HVY wél in de arbitrage naar voren hebben gebracht. HVY’s primaire standpunt houdt immers in dat het bij toepassing van de Limitation Clause gaat over de vraag of Russisch recht voorlopige toepassing van verdragsbepalingen volledig uitsluit, terwijl het er in het subsidiaire standpunt om gaat of Russisch recht voorlopige toepassing van bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit.

4.4.7

De conclusie is dat het hof het subsidiaire standpunt van HVY ten aanzien van de uitleg van de Limitation Clause in aanmerking zal nemen bij zijn oordeel of een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt in de zin van art. 1065 lid 1 onder a Rv.

4.5 (

v) De uitleg van art. 45 lid 1 ECT, meer in het bijzonder van de Limitation Clause, en de uitleg van art. 45 lid 2(a) ECT

a. Inleiding

4.5.1

Art. 45 leden 1 tot en met 3 ECT luiden als volgt:

“Article 45 Provisional application

1. Each signatory agrees to apply this Treaty provisionally pending its entry into force for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations.

2. (a) Notwithstanding paragraph 1 any signatory may, when signing, deliver to the Depository a declaration that it is not able to accept provisional application. The obligation contained in paragraph 1 shall not apply to a signatory making such a declaration. Any such signatory may at any time withdraw that declaration by written notification to the Depository.

(b) Neither a signatory which makes a declaration in accordance with subparagraph a nor Investors of that signatory may claim the benefits of provisional application under paragraph 1.

(c) Notwithstanding subparagraph a), any signatory making a declaration referred to in subparagraph a shall apply Part VII provisionally pending the entry into force of the Treaty for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its laws or regulations.

3. (a) Any signatory may terminate its provisional application of this Treaty by written notification to the Depository of its intention not to become a Contracting Party to the Treaty. Termination of provisional application for any signatory shall take effect upon the expiration of 60 days from the date on which such signatory's written notification is received by the Depository.

(b) In the event that a signatory terminates provisional application pursuant to subparagraph a), the obligation of the signatory under paragraph 1 to apply Parts III and V with respect to any investments made in its area during such provisional application by investors of other signatories shall nevertheless remain in effect with respect to those investments for twenty years following the effective date of termination, except as otherwise provided in subparagraph c).

(c) Subparagraph b) shall not apply to any signatory listed in Annex PA. A signatory shall be removed from the list in Annex PA effective upon delivery to the Depository of its request therefor."

4.5.2

Het gaat thans in de eerste plaats om de uitleg van de zinsnede 'to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations' (de Limitation Clause) in art. 45 lid 1 ECT. De standpunten die partijen daarover hebben ingenomen en de overwegingen van het Scheidsgerecht en de rechtbank zijn samengevat de volgende.

b. Het standpunt van de Russische Federatie

4.5.3

De Russische Federatie stelt zich op het standpunt dat het er om gaat of een afzonderlijke bepaling van de ECT (in dit geval art. 26) strijdig is met Russisch recht. Daarop wijst het gebruik van de term 'regulations', want dat het beginsel van voorlopige toepassing zou zijn geregeld in 'regulations', regelgeving van lagere orde dan een wet, is niet aannemelijk. Ook het gebruik van de woorden 'to the extent' wijst hierop, want deze woorden stroken niet met een uitleg waarin het er alleen maar om gaat of het beginsel van voorlopige toepassing wel of niet bekend is binnen de desbetreffende staat. In dit laatste geval zou 'if' in plaats van 'to the extent' zijn gebruikt, maar dat is niet gebeurd. Daarnaast beroept de Russische Federatie zich op de travaux préparatoires, waaruit naar haar mening blijkt dat de onderhandelende staten voorzagen dat de Limitation Clause zou kunnen leiden tot gedeeltelijke voorlopige toepassing van het Verdrag en ook dat

minder belangrijke nationale regels konden leiden tot het buiten toepassing laten van verdragsbepalingen die daarmee niet verenigbaar zijn. Voorts beroept de Russische Federatie zich op de statenpraktijk, onder meer de '1994 EU Joint Statement', die haar standpunt zou onderschrijven.

c. Het standpunt van HVY

4.5.4

HVY voeren primair aan dat het er om gaat of het beginsel van voorlopige toepassing strijdig is met Russisch recht. Volgens HVY negeert de Russische Federatie de woorden 'such provisional application' en wil zij de Limitation Clause als volgt herschrijven: "to the extent that such provisional application the Treaty's provisions are not inconsistent with its constitution, laws or regulations". Een dergelijke bepaling is tijdens de onderhandelingen over het Verdrag voorgesteld door de Japanse delegatie, maar die is niet geaccepteerd. Voor een investeerder die overweegt in een verdragsstaat te investeren, is het onmogelijk te beoordelen of er in de nationale wet- of regelgeving van die staat niet enig voorschrift te vinden is dat onverenigbaar is met een bepaling van de ECT. Of een staat het beginsel van voorlopige toepassing van verdragen kent is daarentegen vrij eenvoudig na te gaan. De situatie waarin zich strijdigheden voordoen tussen ECT-bepalingen en nationaal recht wordt bovendien in andere bepalingen dan art. 45 lid 1 ECT geregeld. Art. 32 ECT bevat namelijk bepalingen die bepaalde staten enige tijd geven om hun wettelijke regimes aan te passen aan de voorschriften van de ECT. In het hoger beroep van dit vernietigingsgeding hebben HVY hieraan toegevoegd dat, ook indien zou moeten worden aangenomen dat de Limitation Clause geen betrekking heeft op het beginsel van voorlopige toepassing, het toch in ieder geval gaat om de vraag of de voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT onverenigbaar is met nationaal recht, niet of enige bepaling van de ECT op zichzelf in strijd is met nationaal recht.

d. De overwegingen van het Scheidsgerecht

4.5.5

Het Scheidsgerecht heeft overwogen dat het (primaire) standpunt van HVY juist is. Cruciaal is volgens het Scheidsgerecht het woord 'such' in de zinsnede 'such provisional application'. Het woord 'such' verwijst naar wat voorafging, zodat bedoeld is 'the provisional application of this Treaty', hetgeen het Scheidsgerecht opvat als een verwijzing naar 'the entire Treaty'. Volgens het Scheidsgerecht behelst art. 45 lid 1 ECT daarmee een 'all or nothing' benadering: of het volledige Verdrag wordt voorlopig toegepast, of het wordt in het geheel niet voorlopig toegepast. Het gaat er dan ook om of het beginsel van voorlopige toepassing verenigbaar is met het nationale recht van een verdragsstaat. Een uitleg die voorlopige toepassing afhankelijk zou maken van de verenigbaarheid van iedere bepaling van de ECT met nationaal recht zou ingaan tegen 'object and purpose' van de ECT en indruisen tegen het wezen van internationaal recht. Indien de verdragsstaten dit laatste zouden hebben beoogd zouden zij dit duidelijk hebben moeten overeenkomen, maar dat is niet gebeurd.

e. De overwegingen van de rechtbank

4.5.6

De rechtbank heeft de uitleg van de Russische Federatie gevolgd. De rechtbank wijst erop dat de woorden 'to the extent' ook in een aantal andere authentieke taalversies van de ECT 'in dem Maße', 'dans la mesure où') en in de (niet authentieke) Nederlandse versie ('voor zover') voorkomen en een reikwijdte of differentiatie weergeven (rov. 5.11). Dit wijst meer op de juistheid van de door de Russische Federatie verdedigde uitleg. Het Scheidsgerecht heeft ten onrechte beslissende betekenis toegekend aan de term 'such'. Aan het gebruik van die term komt weinig betekenis toe, aangezien vanzelf spreekt dat deze term verwijst naar het Verdrag; een andere lezing is niet goed denkbaar. Daarmee is niets gezegd over de vraag of de voorlopige toepassing alleen betrekking heeft op het Verdrag als geheel, dus op het principe van voorlopige toepassing, of slechts op delen daarvan, en dus op afzonderlijke verdragsbepalingen (rov. 5.12). Daarentegen acht de rechtbank wel relevant dat art. 45 lid 1 ECT de onverenigbaarheid van voorlopige toepassing niet alleen in verband brengt met de 'constitution' en 'laws', maar ook met 'regulations'. Niet goed denkbaar is dat een verbod op voorlopige toepassing van een verdrag, gegeven het principiële karakter daarvan, is neergelegd in lagere wetgeving (rov. 5.13). De rechtbank hecht, anders dan het Scheidsgerecht, belang aan art. 45 lid 2(c) ECT dat, in vrijwel dezelfde terminologie als de Limitation Clause, de reikwijdte van de voorlopige toepassing afhankelijk maakt van de verenigbaarheid van deel VII van het Verdrag met (lagere) wetgeving ('laws and regulations'). Art. 45 lid 2(c) ECT heeft daarbij het oog op de specifieke verdragsbepalingen uit dat deel VII en niet op het beginsel van voorlopige toepassing (rov. 5.14-5.15). Het argument van het Scheidsgerecht dat de door hem verworpen uitleg van de Limitation Clause volledig zou indruisen tegen het voorwerp en het doel van de ECT en de aard van het internationale recht volgt de rechtbank niet. Het Scheidsgerecht heeft niet geëxpliciteerd in hoeverre een gelimiteerde toepassing van de verdragsbepalingen zou indruisen tegen dat doel. Het staat partijen vrij de voorlopige toepassing van een verdrag uitdrukkelijk te beperken door verwijzing naar bepalingen van nationaal recht (rov. 5.19). De statenpraktijk laat de rechtbank buiten beschouwing, aangezien geen van partijen heeft gesteld dat sprake is van een (brede) uitvoeringspraktijk die door alle betrokken staten wordt gedragen (rov. 5.21). Voor het gebruik van de travaux als aanvulling op de uitleg van de Limitation Clause bestaat geen grond, aangezien de daaraan door de rechtbank gegeven interpretatie niet tot een onduidelijke of duistere betekenis leidt, noch tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is (rov. 5.22). Ten overvloede wijst de rechtbank nog op de mening van de heer Bamberger, voorzitter van de juridische adviescommissie van de Conferentie over het Europese Energiehandvest (hierna: Bamberger), die in reactie op een vraag van de secretaris-generaal van de ECT Conferentie de volgende uitleg heeft gegeven aan de toevoeging van de term 'regulations':

"the effect is to suggest that relatively minor impediments in the form of regulations, no matter how insignificant they may be, can be the occasion for failing to apply the Treaty provisionally when in fact those regulations could be brought into conformity without serious effort."

4.5.7

Ten aanzien van de term ‘not inconsistent’ heeft de rechtbank overwogen dat de voorlopige toepassing van art. 26 ECT niet alleen in strijd met Russisch recht komt indien deze bepaling in dat recht wordt verboden, maar ook indien een dergelijke wijze van geschilbeslechting geen wettelijke grondslag heeft, of niet past in het wettelijk systeem of niet verenigbaar is met de uitgangspunten en beginselen die zijn neergelegd in of kenbaar zijn uit de wetgeving (rov. 5.33).

f. Het oordeel van het hof

4.5.8

In het navolgende zal het hof, om de uitleg van de Limitation Clause te kunnen vaststellen, deze aan de hand van de volgende elementen van art. 31 lid 1 WVV aan een onderzoek onderwerpen: (i) de gewone betekenis van de termen van de Limitation Clause, (ii) de context van deze termen en (iii) het voorwerp en doel van het Verdrag. Vervolgens zal het hof ingaan op (iv) de ‘statenpraktijk’ (art. 31 lid 3(b) WVV). Daarna (v) zal het hof aan de hand van deze elementen gezamenlijk de uitleg van de Limitation Clause conform de uitlegregels van art. 31 WVV vaststellen, waarbij het hof onder (vi) (ten overvloede) aandacht zal besteden aan de travaux préparatoires. Vervolgens zal het hof (onder vii) ingaan op de uitleg van ‘not inconsistent’ in de Limitation Clause. Onder (viii) volgt de conclusie.

(i) De gewone betekenis van de termen van de Limitation Clause

4.5.9

Bij het vaststellen van de betekenis van de Limitation Clause neemt het hof tot uitgangspunt dat de uitleg van die bepaling zoveel mogelijk recht moet doen aan de gewone betekenis van de daarin gebruikte termen, niet alleen in die zin dat die uitleg in beginsel niet tot gevolg mag hebben dat bepaalde bewoordingen anders moeten worden begrepen dan hun gewone betekenis aangeeft, maar ook dat die uitleg niet tot gevolg mag hebben dat bepaalde woorden overbodig zijn of zonder betekenis blijven. “(....) [W]ords must be given effect”.¹⁴ Het primaire standpunt van HVY (en het Scheidsgerecht), alsmede het standpunt van de Russische Federatie (en het daarop aansluitende oordeel van de rechtbank), voldoen niet aan dit criterium.

4.5.10

De rechtbank heeft er, wat het primaire standpunt van HVY en het oordeel van het Scheidsgerecht betreft, terecht op gewezen dat in die ‘alles-of-niets’ interpretatie de woorden ‘to the extent’ niet hun gewone betekenis hebben. De woorden ‘to the extent’ (‘in dem Maße’, ‘dans la mesure où’ in de eveneens authentieke Duitse en Franse verdragsteksten) duiden er immers op dat er gradaties mogelijk zijn in de mate waarin de voorlopige toepassing van de ECT buiten toepassing moet worden gelaten wegens onverenigbaarheid met nationaal recht, in die zin dat bepaalde onderdelen of bepalingen van het Verdrag wel en andere niet voorlopig moeten worden toegepast. Het gebruik van die woorden ligt niet voor de hand in de ‘alles of niets’ benadering, waarin het er alleen om gaat of het nationale recht wel of niet het beginsel van voorlopige toepassing erkent. In de uitleg van HVY en het Scheidsgerecht krijgen de woorden ‘to the extent’ in wezen

de betekenis van 'if', maar dat woord is niet gebruikt. Aan de opvatting van HVY en het Scheidsgerecht kan ook worden tegengeworpen dat in de Limitation Clause het woord 'beginsel' (van voorlopige toepassing) of woorden van gelijke strekking niet voorkomen. Indien de (primaire) opvatting van HVY en het Scheidsgerecht juist was, zou voor de hand hebben gelegen dat de Limitation Clause zou luiden: "if the principle of provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations", maar die formulering (of een daarmee vergelijkbare formulering) is niet gebruikt. De rechtbank heeft eveneens terecht overwogen dat de analyse door het Scheidsgerecht van het woord 'such' weinig toevoegt, omdat hoe dan ook duidelijk is dat daarmee wordt verwezen naar de voorlopige toepassing van de ECT. De conclusie van het Scheidsgerecht dat daarmee noodzakelijkerwijs bedoeld is op 'the entire Treaty' vindt geen steun in de bewoordingen van de Limitation Clause (en strookt niet met de woorden 'to the extent').

4.5.11

Daar staat tegenover dat de door de rechtbank aanvaarde interpretatie van de Russische Federatie evenmin strookt met de bewoordingen van de Limitation Clause. HVY wijzen er terecht op dat in de uitleg van de Russische Federatie en de rechtbank de woorden 'such provisional application' geen betekenis hebben, of een andere betekenis dan uit de gewone betekenis van deze woorden volgt. Volgens de Russische Federatie gaat het er immers om of een of meer verdragsbepalingen in strijd zijn met nationaal recht. Indien de verdragspartijen dat hadden bedoeld, zou het voor de hand hebben gelegen dat de Limitation Clause zou luiden: "to the extent that one or more provisions of this Treaty are not inconsistent with its constitution, laws or regulations", maar zo luidt de Limitation Clause niet. De bewoordingen van de Limitation Clause zoals deze wel luidt, wijzen er onmiskenbaar op dat het er om gaat of 'such provisional application' onverenigbaar is met het recht van een verdragsstaat.

4.5.12

De subsidiaire stelling van HVY aangaande de uitleg van de Limitation Clause is dat het gaat om de vraag of de voorlopige toepassing van enige bepaling van de ECT onverenigbaar is met een regel van nationaal recht, niet of enige bepaling van de ECT op zichzelf in strijd is met nationaal recht. Volgens HVY moet worden onderzocht of er bepalingen van nationaal recht zijn die de voorlopige toepassing van bepaalde (categorieën of soorten van) verdragsbepalingen uitsluiten. HVY verwijzen in dat verband naar de opinies van prof. Schrijver¹⁵, prof. Klabbers¹⁶ en prof. Pellet¹⁷, die opmerken dat sommige landen de voorlopige toepassing van verdragen geheel uitsluiten, maar dat het ook mogelijk is dat de uitsluiting van voorlopige toepassing alleen betrekking heeft op bepaalde soorten verdragsbepalingen.

4.5.13

Het hof constateert dat met deze subsidiaire interpretatie van HVY zowel aan de woorden 'to the extent' als 'such provisional application' recht wordt gedaan overeenkomstig hun gewone betekenis. Indien nationaal recht voorlopige toepassing van bepaalde soorten verdragsbepalingen onmogelijk maakt, leidt dit in zoverre tot een beperkte voorlopige

toepassing, namelijk voor zover de bepalingen van het verdrag niet onder dat verbod vallen. Deze uitleg is ook in overeenstemming met de woorden 'regulations' in 'constitution, laws or regulations'. Bij de ECT is een groot aantal staten aangesloten met diverse wettelijke regimes en juridische tradities. Het is zeker niet op voorhand uitgesloten dat regels die bepaalde (categorieën van) verdragsbepalingen van voorlopige toepassing uitsluiten (althans mede) te vinden zijn in regelgeving van lagere orde dan een door het parlement aangenomen wet, bijvoorbeeld in (lagere) regelgeving die is gebaseerd op een dergelijke wet. Een voorbeeld daarvan was tot voor kort te vinden in het Spaanse recht, waar de voorlopige toepassing van verdragen tot 2014 was geregeld in een Besluit van de minister van Buitenlandse Zaken.¹⁸

4.5.14

De conclusie is dat de subsidiaire interpretatie van HVY het meest in overeenstemming is met de gewone betekenis van de bewoordingen van de Limitation Clause.

(ii) en (iii) De context en het voorwerp en doel van het Verdrag

4.5.15

Overeenkomstig art. 31 lid 2 WVV bestaat de context van art. 45 lid 1 ECT in ieder geval uit de tekst van het Verdrag, met inbegrip van de preambule en bijlagen. Deze context wordt hierna besproken, mede aan de hand van de argumenten die partijen daaraan hebben ontleend. In dat kader zal het hof tevens aandacht besteden aan de uitleg van art. 45 lid 2(a) ECT, aangezien partijen ook over de strekking van deze bepaling van mening verschillen.

4.5.16

Partijen, het Scheidsgerecht en de rechtbank hebben aandacht besteed aan de betekenis van art. 45 lid 2(a) ECT. Art. 45 lid 2(a) bepaalt:

“Notwithstanding paragraph 1 any signatory may, when signing, deliver to the Depository a declaration that it is not able to accept provisional application. The obligation contained in paragraph 1 shall not apply to a signatory making such a declaration. Any such signatory may at any time withdraw that declaration by written notification to the Depository.”

HVY hebben aangevoerd dat deze bepaling in het verlengde ligt van art. 45 lid 1 ECT en dat een verdragsstaat die geen verklaring overeenkomstig lid 2(a) heeft afgelegd geen beroep op de Limitation Clause toekomt. Het hof onderschrijft deze uitleg niet. Noch de tekst van lid 1 noch die van lid 2 bevat een aanwijzing dat lid 2 een uitwerking vormt van of een nadere voorwaarde verbindt aan lid 1. Integendeel, de term 'notwithstanding' ('niettegenstaande') waarmee lid 2 begint, duidt erop dat met lid 2 een afwijking is bedoeld ten opzichte van lid 1, namelijk ten opzichte van de hoofdverplichting van lid 1, inhoudend dat het Verdrag voorlopig moet worden toegepast. Ook overigens strookt het niet met de bewoordingen van de Limitation Clause dat deze slechts toepassing zou kunnen vinden indien een staat de verklaring van lid 2(a) aflegt. Zoals hiervoor is overwogen, laten de woorden 'to the extent' in de Limitation Clause onmiskenbaar de

mogelijkheid open dat het Verdrag slechts gedeeltelijk voorlopig wordt toegepast, terwijl lid 2(a), waarin geen bewoordingen zijn gebruikt die wijzen op een gedeeltelijke voorlopige toepassing, bezwaarlijk anders kan worden begrepen dan dat met de daarin bedoelde verklaring voorlopige toepassing volledig wordt uitgesloten. De uitleg van HVY zou dan ook een discrepantie tussen lid 1 en lid 2(a) creëren, die wordt vermeden indien lid 1 en lid 2(a) los van elkaar worden gezien. Dit leidt tot de conclusie dat de onderlinge verhouding tussen lid 1 en lid 2(a) van art. 45 ECT als volgt moet worden begrepen: lid 1 bepaalt dat ondertekenende staten het Verdrag voorlopig toepassen, met uitzondering van de gevallen die onder het bereik van de Limitation Clause vallen, terwijl lid 2 aan staten – waarbij met name valt te denken aan staten die het beginsel van voorlopige toepassing niet kennen – de mogelijkheid biedt om elke discussie over het bereik van de Limitation Clause in een individueel geval uit te sluiten, door volledig van voorlopige toepassing af te zien.

4.5.17

Deze interpretatie is ook niet onverenigbaar met art. 45 lid 2(b) ECT, dat bepaalt dat een staat die een verklaring als bedoeld in art. 45 lid 2(a) ECT aflegt, niet kan profiteren van de voorlopige toepassing overeenkomstig lid 1 en dat datzelfde geldt voor de investeerders van die staat. HVY zien hierin een discrepantie ten opzichte van lid 1, omdat een staat die geen verklaring overeenkomstig lid 2(a) heeft afgelegd wel zou kunnen profiteren van de voorlopige toepassing door andere staten, maar desondanks op grond van een beroep op de Limitation Clause voorlopige toepassing van zijn kant geheel dan wel gedeeltelijk achterwege zou kunnen laten. Dit argument gaat niet op. De nadruk in lid 1 ligt onmiskenbaar op de verplichting om het Verdrag voorlopig toe te passen. Dat daarop in bepaalde gevallen een uitzondering kan worden gemaakt op grond van de Limitation Clause doet geen afbreuk aan die hoofdverplichting. Die situatie is niet vergelijkbaar met het geval van art. 45 lid 2(a) ECT, waarin een staat door het afleggen van een daartoe strekkende verklaring voorlopige toepassing categorisch uitsluit. Hoewel in theorie denkbaar is dat een staat die het beginsel van voorlopige toepassing niet kent geen verklaring overeenkomstig lid 2(a) aflegt, maar in voorkomend geval een beroep doet op de Limitation Clause met als doel te profiteren van de voorlopige toepassing door de andere verdragsstaten, zou dit niet in overeenstemming zijn met de in art. 26 WVV neergelegde verplichting van die staat om een verdrag te goeder trouw uit te voeren. Aan die eventualiteit kan dan ook geen doorslaggevend gewicht worden toegekend.

4.5.18

Voor de uitleg van de Limitation Clause brengt deze context mee dat de ‘alles of niets’ benadering (HVY's primaire standpunt, het oordeel van het Scheidsgerecht) ook gezien de verhouding tot art. 45 lid 2(a) en (b) ECT niet voor de hand ligt. Indien het nationale recht van een ondertekenende staat het beginsel van voorlopige toepassing niet kent, zal deze staat de verklaring van art. 45 lid 2(a) ECT kunnen afleggen en valt niet in te zien wat daarnaast nog de betekenis van de Limitation Clause is. Omdat in de (primaire) visie van HVY de Limitation Clause nauwelijks zelfstandige betekenis heeft, ligt die uitleg niet

voor de hand. Dit laatste zou mogelijk anders zijn indien de verklaring overeenkomstig lid 2(a) zou moeten worden beschouwd als een voorwaarde voor een beroep op de Limitation Clause, maar die uitleg moet, zoals overwogen, worden verworpen.

4.5.19

De rechtbank heeft ook aandacht besteed aan art. 45 lid 2(c) ECT. Art. 45 lid 2(c) luidt als volgt:

“Notwithstanding subparagraph (a), any signatory making a declaration referred to in subparagraph (a) shall apply Part VII provisionally pending the entry into force of the Treaty for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its laws or regulations.”

Part VII van het Verdrag bevat bepalingen over de bevoegdheden van de ‘Energy Charter Conference’, alsmede over het secretariaat van en de stemming tijdens een ‘Energy Charter Conference’ en de aan deze conferentie verbonden kosten. De rechtbank heeft aan deze bepaling een argument ontleend tegen het primaire standpunt van HVY (de ‘alles of niets’ benadering), door te overwegen dat art. 45 lid 2(c) ECT vrijwel dezelfde woorden (‘to the extent that such provisional application is not inconsistent with its laws or regulations’) gebruikt als de Limitation Clause terwijl, gezien de context, art. 45 lid 2(c) ECT niet het oog kan hebben op het beginsel van voorlopige toepassing. Het hof onderschrijft het oordeel van de rechtbank in dit opzicht. Inderdaad kan niet worden aangenomen dat art. 45 lid 2(c) ECT het oog heeft op het beginsel van voorlopige toepassing. Het feit dat in art. 45 lid 2(c) ECT desalniettemin vrijwel dezelfde bewoordingen zijn gebruikt als in de Limitation Clause pleit er dan inderdaad tegen dat in de Limitation Clause wel op dat beginsel zou worden gedoeld.

4.5.20

HVY hebben ook een beroep gedaan op art. 32 ECT. Art. 32 ECT (‘Transitional arrangements’) bepaalt dat, “in recognition of the need for time to adapt to the requirements of a market economy”, bepaalde verdragsstaten de naleving van hun verplichtingen onder specifieke (in art. 32 lid 1 genoemde) verdragsbepalingen tijdelijk mogen opschorten, mits bepaalde voorwaarden in acht worden genomen. HVY voeren aan dat de situatie waarin zich strijdigheden voordoen tussen de ECT-bepalingen en nationaal recht in art. 32 ECT is geregeld. Op grond van art. 32 ECT moet een staat kenbaar maken welke bepalingen van de ECT hij wil opschorten. Met het zorgvuldig uitonderhandelde mechanisme van art. 32 ECT is volgens HVY niet verenigbaar een uitleg van art. 45 lid 1 ECT die meebrengt dat een ondertekenende staat gedurende de periode van voorlopige toepassing een of meer verdragsbepalingen buiten toepassing zou kunnen laten zonder dat kenbaar te maken richting de andere staten en investeerders.

4.5.21

Dit argument gaat niet op. Art. 32 ECT ziet onmiskenbaar op een andere situatie dan art. 45 lid 1 ECT. Art. 32 ECT geeft staten die zich moeten aanpassen aan de eisen van een markteconomie, de mogelijkheid om tijdelijk (in beginsel niet langer dan tot 1 juli 2001) en

onder bepaalde voorwaarden hun verplichtingen onder een aantal specifieke verdragsbepalingen op te schorten. Art. 45 lid 1 ECT daarentegen geldt gedurende de termijn waarin een staat het verdrag voorlopig moet toepassen en laat op die verplichting alleen een uitzondering toe indien voorlopige toepassing van een verdragsbepaling onverenigbaar is met de interne wetgeving van die staat. Beide bepalingen zijn dan ook noch in hun toepassingsgebied noch in hun doeleinden vergelijkbaar met elkaar, hetgeen betekent dat aan art. 32 ECT geen conclusies kunnen worden verbonden met betrekking tot de uitleg van art. 45 lid 1 ECT.

4.5.22

HVY voeren aan dat, in de interpretatie van de Russische Federatie en de rechtbank, voor een potentiële investeerder, die overweegt te investeren in een staat die de ECT voorlopig toepast, onduidelijk is welke onderdelen van het Verdrag die staat, als zijnde onverenigbaar met zijn interne wetgeving, buiten toepassing laat. Het is volgens HVY voor een investeerder immers ondoenlijk om de volledige wet- en regelgeving van de beoogde gaststaat te onderzoeken op eventuele strijdigheden met bepalingen van het Verdrag. Volgens HVY is die onduidelijkheid in strijd met het doel van de ECT om investeringen aan te trekken door een stabiel en veilig investeringsklimaat en door het bevorderen van transparantie, rechtszekerheid en investeringsbescherming. Dat nadeel kleeft niet of in veel mindere mate aan hun eigen (primaire en subsidiaire) interpretatie, aldus HVY, aangezien zonder al te veel moeite valt na te gaan wat de wet- en regelgeving van het gastland inhoudt op het gebied van de voorlopige toepassing van verdragen.

4.5.23

Bij de beoordeling van dit argument neemt het hof de volgende context in aanmerking. In de 'Preamble' van de ECT is het volgende opgenomen:

"Wishing to implement the basic concept of the European Energy Charter initiative which is to catalyse economic growth by means of measures to liberalize investment and trade in energy."

Art. 2 ECT ('Purpose of the Treaty') luidt als volgt:

"This Treaty establishes a legal framework in order to promote long-term cooperation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Charter."

4.5.24

In de overwegingen van de European Energy Charter 1991, waarnaar in de 'Preamble' van de ECT en art. 2 ECT wordt verwezen, is onder meer opgenomen:

"Recognising the role of entrepreneurs, operating within a transparent and equitable legal framework, in promoting cooperation under the Charter."

In hoofdstuk II ('Implementation') van de European Energy Charter 1991 onder 4 ('Promotion and protection of investments') is bepaald:

“In order to promote the international flow of investments, the signatories will at national level provide for a stable, transparent legal framework for foreign investments, in conformity with the relevant international laws and rules on investment and trade.”

4.5.25

In Part III van het Verdrag, welk deel de titel ‘Investment Promotion and Protection’ draagt, komen bepalingen voor die investeerders en hun investeringen in een andere verdragsstaat beogen te beschermen, zoals art. 13 (‘Expropriation’) en art. 14 (‘Transfers related to investments’). Meer in het bijzonder bepaalt het in Part III voorkomende art. 10 ECT:

“Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its area. (....).”

4.5.26

Uit de hiervoor weergegeven context van art. 45 ECT blijkt dat een van de doeleinden van de ECT is het stimuleren van investeringen in de energiesector, onder meer door het verschaffen van stabiele en transparante investeringscondities. Uit het feit dat het Verdrag voorlopig moet worden toegepast, volgt dat de verdragspartijen hebben beoogd dat de verplichting om dergelijke investeringscondities in het leven te roepen terstond na ondertekening zou ontstaan. Tegen deze achtergrond verdraagt de interpretatie van de Limitation Clause die de Russische Federatie verdedigt zich minder goed met het doel van het Verdrag dan de (primaire of subsidiaire) uitleg van HVY. De uitleg van de Russische Federatie zou immers meebrengen dat een investeerder die overweegt te investeren in een staat die de ECT voorlopig toepast, er steeds rekening mee zou moeten houden dat aan de bepalingen van de ECT, ook de bepalingen die beogen zijn investering te beschermen, afbreuk wordt gedaan door nationale wet- en regelgeving, bijvoorbeeld door regelgeving van lagere of lokale overheden. Het is voor een dergelijke investeerder, zelfs indien hij juridisch advies inwint, praktisch ondoenlijk om te beoordelen of er in de staat waarin hij wil investeren regelgeving bestaat die in enig opzicht afwijkt van wat de ECT bepaalt. Dit strookt niet met de transparante investeringscondities die met het Verdrag worden nagestreefd. Dit zou er immers toe kunnen leiden dat de investeerder afziet van zijn voorgenomen investering, hetgeen in strijd zou zijn met het doel van de ECT om vanaf de ondertekening van het Verdrag het doen van investeringen te stimuleren. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat de termijn waarin het Verdrag door een staat voorlopig kan worden toegepast in beginsel onbeperkt is, zodat het Verdrag gedurende een aanzienlijke periode voorlopig van toepassing kan zijn, nog afgezien van de ‘nawerking’ van twintig jaar van bepaalde delen van de ECT voor staten die daarvan niet hebben afgezien (art. 45 lid 3(b) ECT). De hiervoor gesignaleerde onduidelijkheid zou dus ook gedurende langere tijd kunnen voortduren.

4.5.27

De primaire en de subsidiaire stelling van HVY over de uitleg van de Limitation Clause kennen het nadeel van onduidelijkheid niet. Aangenomen mag worden dat een potentiële investeerder zich met behulp van deskundig juridisch advies relatief eenvoudig ervan kan

vergewissen wat de nationale regels omtrent voorlopige toepassing van verdragen zijn in het land waarin hij overweegt te investeren en in hoeverre deze aan voorlopige toepassing van de regels van de ECT in de weg staan. Anders dan de Russische Federatie aanvoert, is het voor de uitleg van art. 45 lid 1 ECT niet relevant of HVY in dit concrete geval op eenvoudige wijze hadden kunnen vaststellen of arbitrage op de voet van art. 26 ECT al dan niet in strijd is met Russische wet- en regelgeving. Het gaat er om dat zich talloze situaties laten denken waarin een eventuele strijdigheid tussen de bepalingen van de ECT en nationaal recht niet op relatief eenvoudige wijze kan worden vastgesteld. Dat pleit dus tegen de uitleg van de Russische Federatie.

(iv) 'Statenpraktijk' (art. 31 lid 3 WVV)

4.5.28

Op grond van art. 31 lid 3 WVV moet bij de uitleg van een verdragsbepaling rekening worden gehouden met:

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

(hierna kortheidshalve: de 'statenpraktijk'). Beide partijen hebben zich ter ondersteuning van hun stellingen op de statenpraktijk beroepen. De rechtbank heeft deze buiten beschouwing gelaten, omdat voor toekenning van betekenis aan de statenpraktijk de voorwaarde geldt dat door dit latere gebruik overeenstemming van de partijen over de uitleg van het Verdrag is ontstaan, maar niet is gesteld of gebleken dat er een (brede) uitvoeringspraktijk is die door alle betrokken staten wordt gedragen (rov. 5.21). HVY hebben tegen dit oordeel geen grief gericht. De Russische Federatie meent echter dat de statenpraktijk wel degelijk steun biedt voor de uitleg van de rechtbank, omdat een brede, door alle betrokken staten gedragen, consensus zou bestaan over de uitleg van art. 45 lid 1 ECT. De Russische Federatie verwijst in dit verband naar de vele verklaringen die staten op de voet van art. 45 lid 2 ECT hebben afgelegd, en naar de memorie van antwoord nrs. 108-121, de dagvaarding nrs. 155-170 en de conclusie van repliek nr. 92.

4.5.29

In de dagvaarding (nr. 160) heeft de Russische Federatie concreet gewezen op het standpunt van Finland (blijkend uit het wetsvoorstel tot ratificatie van de ECT alsmede een memorandum van november 1994) en de Europese Unie (in een gezamenlijke verklaring van de EU en haar lidstaten van 15 en 16 december 1994, de '1994 EU Joint Statement'), een verklaring van de Europese Commissie van 21 september 1994, alsmede een verklaring van de 'Raad van Europa' (kennelijk is bedoeld: de Europese Raad) van 13 juli 1998. Dat het hier gaat om verklaringen van partijen (of ondertekenaars) die zijn aanvaard door de andere partijen bij de ECT blijkt echter niet en dat onderbouwt de Russische Federatie ook verder niet. Daarbij komt dat deze verklaringen weliswaar enige steun geven aan de stelling dat de 'alles of niets' benadering (het primaire standpunt van HVY) niet door deze landen of instellingen werd gedeeld, maar daaruit valt niet af te leiden dat ook het subsidiaire standpunt van HVY onjuist werd geacht. De in de 1994 EU Joint Statement voorkomende passage:

“(a) it [Article 45(1) ECT, hof] does not create any commitment beyond what is compatible with the existing internal legal order of the Signatories”

is zowel verenigbaar met het standpunt van de Russische Federatie als met het subsidiaire standpunt van HVY. Dit geldt ook voor de verklaring van Italië genoemd in de dagvaarding onder nr. 169. Alleen het voorstel van de regering van Finland aan haar parlement¹⁹ onderschrijft de interpretatie van de Russische Federatie, maar daaruit volgt nog niet dat deze opvatting ook door andere verdragspartijen werd aanvaard.

4.5.30

Hetzelfde geldt voor de door de Russische Federatie aangehaalde verklaringen van de Europese Commissie en de Europese Raad. Voor zover de Russische Federatie nog aanvoert dat verschillende ondertekenaars van het Verdrag geen verklaring op de voet van art. 45 lid 2 (a) ECT hebben afgelegd dat zij voorlopige toepassing niet aanvaardden, maar zich desalniettemin gerechtigd achten om alleen die bepalingen van de ECT toe te passen die in overeenstemming zijn met hun interne wet- en regelgeving, hoeft het hof daarop niet in te gaan. Zoals hiervoor is overwogen en zoals – naar hierna zal blijken – bevestigd wordt door de travaux préparatoires is het voor een beroep op de Limitation Clause niet noodzakelijk dat een ondertekenende staat een verklaring heeft afgelegd op de voet van art. 45 lid 2(a) ECT. Dit strookt met het standpunt van de Russische Federatie, dat in dit opzicht wordt gedeeld door het hof. Hetzelfde geldt voor de daarop betrekking hebbende passage uit de gezamenlijke verklaring van de Europese Unie.

4.5.31

In de memorie van antwoord heeft de Russische Federatie in de eerste plaats een beroep gedaan op een deskundigenbericht van prof. Heringa²⁰, die aan de hand van destijds opgestelde stukken van Nederlandse ambtenaren tot de conclusie komt dat (i) Nederland vertrouwde op de Limitation Clause, (ii) veronderstelde dat het slechts een gedeelte van het Verdrag voorlopig zou toepassen en (iii) van oordeel was dat voor een beroep op art. 45 lid 1 ECT geen voorafgaande verklaring vereist was. In de memorie van antwoord wordt een aantal passages uit deze stukken geciteerd. Ook hiervoor geldt echter dat de opvatting van de Nederlandse ambtenaren, daargelaten dat daaruit geen door de andere verdragsstaten aanvaarde verdragspraktijk volgt, wellicht ingaat tegen het primaire standpunt van HVY, maar geen uitsluitel geeft over de vraag of het subsidiaire standpunt van HVY of het standpunt van de Russische Federatie werd gedeeld. Ook de conclusie van prof. Heringa in § 34:

“Mijn conclusie is dat zowel naar Nederlands recht, als vanuit het perspectief van de Nederlandse onderhandelaars en vanuit het EU perspectief, de reikwijdte van artikel 45 ECT als instrument van voorlopige toepassing wordt gelimiteerd door de mate waarin er strijd is met nationaal recht. Zowel art. 45 ECT als het Nederlandse constitutionele recht doet hetzelfde, namelijk gaat ervan uit dat voorlopige toepassing alleen daar zal zijn toegepast waar dat naar nationaal constitutioneel recht is toegestaan, zodat daarmee voor Nederland dit verdrag met deze bepaling geheel conform nationaal recht was.”

is met beide opvattingen verenigbaar.

4.5.32

De Russische Federatie verwijst vervolgens naar opmerkingen die enkele landen (de Verenigde Staten, Italië, het Verenigd Koninkrijk, Finland en Japan) tijdens de onderhandelingen over de ECT hebben gemaakt. Dergelijke opmerkingen vallen echter niet onder de statenpraktijk maar onder de travaux préparatoires, waarvoor art. 32 WVV een afzonderlijke regeling bevat en waarop het hof hierna terugkomt. Deze opmerkingen horen dan ook niet thuis bij een bespreking van de uitlegregels van art. 31 lid 3 WVV. Ook voor deze opmerkingen geldt overigens dat zij er in wezen op neerkomen dat voorlopige toepassing van gedeelten van het Verdrag onder ogen werd gezien, een visie die zowel verenigbaar is met het standpunt van de Russische Federatie als met het subsidiaire standpunt van HVY.

(v) De uitleg van de Limitation Clause conform de interpretatieregels van art. 31 WVV

4.5.33

Op grond van de voorgaande overwegingen komt het hof tot de conclusie dat het subsidiaire standpunt van HVY ten aanzien van de uitleg van art. 45 lid 1 ECT, van de drie mogelijkheden die partijen in dit geding naar voren hebben gebracht, op grond van de hiervoor uiteengezette argumenten het meest in overeenstemming is met zowel de gewone betekenis van de termen van de Limitation Clause, als met de context en het voorwerp en doel van het Verdrag. Van een gevestigde statenpraktijk in de zin van art. 31 lid 3 WVV is onvoldoende gebleken, maar voor zover daarvan al sprake zou zijn verzet deze zich hoogstens tegen het primaire maar niet tegen het subsidiaire standpunt van HVY. Dit betekent dat de Limitation Clause zo moet worden begrepen, dat een ondertekenende staat die niet de verklaring bedoeld in art. 45 lid 2(a) ECT heeft afgelegd, gehouden is het Verdrag voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht in die zin, dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van het Verdrag voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. De Limitation Clause kan dus niet worden ingeroepen indien een bepaling van de ECT op zichzelf in strijd is met enige regel van nationaal recht.

(vi) Art. 32 WVV; de travaux préparatoires

4.5.34

De uitleg die het hof aldus overeenkomstig art. 31 WVV heeft vastgesteld, laat de betekenis van art. 45 lid 1 ECT respectievelijk van de Limitation Clause niet dubbelzinnig of duister. Evenmin kan worden gezegd dat deze interpretatie leidt tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is. Voor toepassing van de aanvullende interpretatieregels van art. 32 WVV, bijvoorbeeld door raadpleging van de travaux préparatoires, is in zoverre dan ook geen aanleiding.

4.5.35

Ten overvloede is het hof van oordeel dat de travaux préparatoires zijn oordeel omtrent de uitleg van art. 45 lid 1 ECT bevestigen. Daarbij acht het hof met name relevant dat de Limitation Clause, die aanvankelijk ontbrak in de clause die bepaalde dat het Verdrag

(toen nog aangeduid als de 'Basic Protocol') voorlopig moest worden toegepast, op instigatie van de Verenigde Staten daaraan is toegevoegd. Blijkens een document gedateerd 2 augustus 1991 van het 'ECT Conference Secretariat'²¹ is namens de Verenigde Staten naar voren gebracht:

“ “Provisional” application of the Protocol is not possible in the U.S., where a treaty or legislation is required before such a document can come into force.

This could be fixed with: “to the extent that their laws allow or some similar language.” ”

Tijdens een bijeenkomst op 14 december 1993²² merkte een vertegenwoordiger van de Verenigde Staten op:

“Mr Chairman, my delegation does not have quite the same difficulty as some other delegations do with the concept of provisional application. We have no a priori opposition in principle to the concept in appropriate cases.

(....)

Quite apart from the question of the ultimate resolution of whether there should be institutions, the difficulty of participating of the financing of a provisional organization is particularly acute for the United States. We cannot under our law do it for more than a certain period and so, certainly, we could not provisionally apply the Treaty in respect to the United States in that connection.”

In een (fax)brief van 24 februari 1994 aan de ECT Conferentie²³ merkte een vertegenwoordiger van de Verenigde Staten verder nog op naar aanleiding van een op dat moment circulerend concept voor een aparte overeenkomst over de voorlopige toepassing van de ECT:

“As I noted during the last plenary, we do not have any legal difficulty with provisional application per se, so long as it is carefully qualified to ensure that no party is obliged to do, or refrain from doing, anything for which that party's constitution or law requires an appropriately ratified treaty. Our law, for example, generally speaking prohibits expenditure of funds to pay the U.S. share of the expenses of an international organization absent the express approval of the Congress. For such reasons language along the lines of “to the extent permitted by its constitution or laws” is essential to any provisional application obligation; such language is conspicuously absent from the draft text.”

4.5.36

Italië heeft op 27 juli 1994 aan de European Energy Charter Conference²⁴ bericht:

“Italy cannot consent to the provisional application of the Treaty since Article 80 of the Italian Constitution lays down, inter alia, that international treaties which provide for arbitration, confer judicial powers or impose financial burdens must be ratified by Parliament.”

Japan heeft naar aanleiding van een document van het ECT Secretariaat van 8 maart 1994 de volgende opmerking gemaakt²⁵:

“We have a constitutional problem in relation to paragraph (2) of CONF 91, which lacks the phrase “in accordance with their laws and regulations”. We cannot apply Article 37 of Part VII unconditionally after signature, because our domestic legislation prohibits the Japanese Government from committing itself beyond its competence to make payments regarding treaties which have not yet been concluded.”

4.5.37

Uit dit overzicht blijkt dat de bepaling, die uiteindelijk de Limitation Clause is geworden, is opgenomen omdat de ‘constitution’ van sommige staten niet toestond dat deze staten voorlopige toepassing zouden geven aan bepaalde verplichtingen uit de ECT (verplichtingen van financiële aard, arbitrage). Deze staten zouden aan dergelijke bepalingen uitsluitend gebonden kunnen worden door middel van een geratificeerd verdrag. Deze staten hebben niet gesuggereerd dat verplichtingen om financieel bij te dragen aan een internationale organisatie, of om zich te binden aan geschillenbeslechting door arbitrage, op zichzelf in strijd zouden zijn met hun interne wet- en regelgeving, zij konden zich daartoe alleen niet door middel van een voorlopig toepasbaar verdrag verbinden. Met name springt in het oog dat de Verenigde Staten erop wezen dat zij, zonder een geratificeerd verdrag, slechts gedurende een beperkte periode konden bijdragen aan de financiering van een (nieuwe) internationale organisatie. Dit onderstreept dat, in ieder geval voor de Verenigde Staten, Japan en Italië, het probleem zat in de voorlopige toepassing, die in hun nationale recht aan bepaalde beperkingen was onderworpen. Ook overigens zijn in de travaux onvoldoende duidelijke aanwijzingen te vinden dat de aan de onderhandelingen deelnemende staten de Limitation Clause hebben betrokken op de strijdigheid van bepaalde verplichtingen uit het Verdrag met hun nationale recht. Dat geldt ook voor de hierna te bespreken opmerkingen van Bamberger.

4.5.38

De rechtbank heeft in haar vonnis (rov. 5.22) belang gehecht aan het antwoord dat Bamberger op 7 maart 1994 gaf op een vraag van de voorzitter van de conferentie. De voorzitter vroeg Bamberger of het nodig was het woord ‘regulations’ op te nemen in art. 45 lid 1 ECT. Bamberger antwoordde:

“Chairman, we’ve heard this question arise in a number of contexts. In one context, the Legal Sub-Group suggested that “in accordance with its law”, in the singular, was sufficiently broad to cover the constitutional, statutory and regulatory laws of a country, but of course it does depend on the context. It seems that this desire, however, to specify “regulations” does arise often, and apparently it is because it is not, because some negotiating Parties are, do not consider that it is clear from the reference, so I am hesitant to try to give overly authoritative advice on something that really is probably very dependent on context.

Chairman Jones: May I put the question the other way around? Is there any harm in including the word “regulations”? I mean, for clarity, if a number of people are unsure, let's include it I suppose?

Mr Bamberger: Well of course, Chairman, the effect is to suggest that relatively minor impediments in the form of regulations, no matter how insignificant they may be, can be the occasion for failing to apply the Treaty provisionally when in fact those regulations could be brought into conformity without serious effort. On the other hand, one can argue that the word “laws” would cover regulations, but it simply doesn't put as much stress on the regulatory aspect, and so it is less likely to be viewed that way.”²⁶

Uit deze discussie blijkt allereerst dat de discussie in de ‘Legal Sub-Group’ over het opnemen van het woord ‘regulations’ niet tot een heldere uitkomst had geleid en dat er uiteindelijk voor is gekozen dat woord volledigheidshalve in de tekst van de Limitation Clause op te nemen, echter zonder dat daar een dwingende noodzaak voor werd gezien. Verder blijkt dat Bamberger, toen hij zei dat de term ‘regulations’ de suggestie wekt dat ‘relatively minor impediments’ aanleiding zouden kunnen zijn om het Verdrag niet voorlopig toe te passen, dit zijn deskundige visie was op wat dat woord suggereert. Wat niet blijkt is dat het woord ‘regulations’ in de tekst van het Verdrag is opgenomen omdat het wenselijk werd geacht dat ook minder belangrijke strijdigheden met nationaal recht voorlopige toepassing zouden verhinderen. Bovendien is duidelijk dat Bamberger namens zichzelf als deskundig jurist sprak en niet namens de leden van de ‘Legal Sub-Group’. Tegen deze achtergrond is de opmerking van Bamberger niet van doorslaggevend belang bij de interpretatie van de Limitation Clause. Resumerend bevestigt de geciteerde passage dat aan de toevoeging van het woord ‘regulations’ de wens ten grondslag heeft gelegen zo volledig mogelijk te zijn in de verwijzing naar nationaal recht, maar dat daaraan geen diepere gedachten ten grondslag hebben gelegen.

4.5.39

De travaux préparatoires bevestigen voorts dat het er bij de Limitation Clause niet om gaat of een verdragsstaat het beginsel van voorlopige toepassing kent. De travaux bevatten geen aanwijzingen dat de onderhandelaars daaraan hebben gedacht. Integendeel, de Verenigde Staten, die de eerste aanzet tot de Limitation Clause hebben gegeven, hebben juist verklaard dat zij geen problemen hadden met het beginsel van voorlopige toepassing. Er waren wel staten die problemen hadden met het beginsel van voorlopige toepassing, maar zij hebben aangedrongen op het opnemen van art. 45 lid 2(a) ECT (zie hierna).

4.5.40

Ten slotte bevestigen de travaux préparatoires dat het afleggen van een verklaring op de voet van art. 45 lid 2(a) ECT geen voorwaarde is voor een beroep op de Limitation Clause. Uit de travaux (zoals onder meer weergegeven in de opinie van prof. Schrijver van 8 maart 2017²⁷) blijkt immers dat de in art. 45 lid 2(a) ECT vervatte ‘opt-out’ mogelijkheid eerst in een betrekkelijk laat stadium, nadat concepten voor art. 45 lid 1 ECT reeds langere tijd circuleerden, werd toegevoegd teneinde een aantal staten, dat ondanks

de Limitation Clause problemen bleef houden met voorlopige toepassing van het Verdrag, in staat te stellen door middel van het afleggen van een verklaring bij de Depositaris geheel van voorlopige toepassing af te zien. Dit bevestigt dat art. 45 lid 2(a) ECT als extra mogelijkheid werd beschouwd om voorlopige toepassing te voorkomen en niet als een voorwaarde voor het invoeren van de Limitation Clause.

(vii) De betekenis van 'not inconsistent'

4.5.41

De betekenis van de woorden 'not inconsistent' volgt uit de uitleg die het hof geeft aan de Limitation Clause. Het gaat er in die interpretatie om of er nationale wet- of regelgeving is die voorlopige toepassing voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. Is dat laatste het geval, dan is voorlopige toepassing van die (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen 'inconsistent' met nationaal recht.

4.5.42

Partijen hebben daarnaast gedebatteerd over de vraag hoe 'inconsistent' moet worden uitgelegd indien de interpretatie van de Limitation Clause van de Russische Federatie zou moeten worden gevolgd, volgens welke interpretatie het er om gaat of een bepaling van de ECT op zichzelf in strijd is met enige regel van nationaal recht. De rechtbank is van die interpretatie uitgegaan en heeft in dat kader overwegingen gewijd aan de uitleg van de term 'inconsistent', die door HVY in hoger beroep zijn bestreden. Omdat het hof hierna – ten overvloede – zal nagaan of, uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie geeft aan de Limitation Clause, de voorlopige toepassing van art. 26 ECT strijdig ('inconsistent') is met de 'constitution, laws or regulations' van de Russische Federatie, zal het hof thans ingaan op de uitleg die de rechtbank heeft gegeven aan de term 'inconsistent' en de daartegen gerichte grieven van HVY, dit tegen de achtergrond van de interpretatie van de Limitation Clause conform het standpunt van de Russische Federatie.

4.5.43

De rechtbank heeft (in rov. 5.33) beoordeeld of de voorlopige toepassing van het arbitraal beding van art. 26 ECT 'in overeenstemming is met de Russische constitutie, wetten of andere regelgeving'. Zij heeft de opvatting van HVY, dat art. 26 ECT alleen dan onverenigbaar is met Russisch recht indien die verdragsbepaling in het nationale recht wordt verboden en dat van inconsistentie geen sprake is indien het Russische recht niet uitdrukkelijk in die verdragsbepaling voorziet, verworpen. De rechtbank is van oordeel dat van strijdigheid ook sprake is indien een dergelijke wijze van geschilbeslechting geen wettelijke grondslag heeft, of niet past in het wettelijk systeem of niet verenigbaar is met de uitgangspunten en beginselen die zijn neergelegd in of kenbaar zijn uit de wetgeving van de Russische Federatie. Daarbij heeft de rechtbank belang gehecht aan de omstandigheid dat de voorlopige toepassing haar legitimiteit vindt in de ondertekening van het Verdrag en dat bij een aantal bepalingen de soevereiniteit van de ondertekenende partijen in het geding is. In rov. 5.41 heeft de rechtbank overwogen dat van strijdigheid met Russisch recht ook sprake kan zijn indien dat recht zelf niet voorziet in de mogelijkheid van arbitrage zoals geregeld in art. 26 ECT. In rov. 5.51 heeft de

rechtbank overwogen dat art. 9 lid 1 LFI 1991 geen ‘zelfstandige wettelijke basis’ biedt voor beslechting van geschillen tussen een investeerder en een staat door internationale arbitrage als voorzien in art. 26 ECT. In rov. 5.58 komt de rechtbank tot dezelfde conclusie ten aanzien van art. 10 LFI 1999.

4.5.44

HVY vechten dit oordeel in hoger beroep aan. Volgens HVY brengt ‘inconsistent’ mee dat sprake is van ‘onmiskkenbare strijdigheid’ (memorie van grieven nr. 407) en heeft de rechtbank ten onrechte gezocht naar een ‘zelfstandige wettelijke basis’. Volgens HVY zijn twee bepalingen ‘inconsistent’ indien deze niet tegelijkertijd toepassing kunnen vinden (memorie van grieven nr. 385), dat wil zeggen wanneer de toepassing van de ene bepaling leidt tot schending van de andere bepaling (memorie van grieven nr. 389), ook aangeduid als de ‘impossibility of joint compliance’ (memorie van grieven nr. 393). In de akte van 26 februari 2019 hebben HVY dit verduidelijkt door te stellen dat niet noodzakelijkerwijs een uitdrukkelijk verbod op grond van nationaal recht vereist is (nr. 151).

4.5.45

De Russische Federatie stelt zich op het standpunt dat de vraag of ‘inconsistent’ betekent dat sprake moet zijn van onmiskkenbare stijdigheid in dit geding niet aan de orde kan komen, nu HVY een dergelijk argument in de arbitrage niet naar voren hebben gebracht (memorie van antwoord nr. 374). Van onmiskkenbare strijdigheid van art. 26 ECT met Russisch recht is overigens zonder meer sprake (memorie van antwoord nr. 375). De rechtbank heeft gereageerd op het standpunt dat HVY in eerste aanleg hadden aangevoerd (en dat zij kennelijk in hoger beroep weer hebben verlaten), inhoudende dat art. 26 ECT alleen ‘inconsistent’ is met nationale wetgeving indien een bepaling van nationaal recht dergelijke arbitrage expliciet verbiedt. Dat standpunt heeft de rechtbank terecht verworpen (memorie van antwoord nr. 377). Dat ‘inconsistent’ strijdigheid vereist met nationaal recht is juist, niet dat sprake moet zijn van onmiskkenbare strijdigheid (memorie van antwoord nr. 378). Van strijdigheid met nationaal recht is ook sprake als een concrete wettelijke bepaling ontbreekt maar er strijdigheid is met het wettelijke systeem, waarbij ook betekenis toekomt aan algemene constitutionele uitgangspunten zoals dat van de scheiding der machten en het primaat van de federale wetgeving (memorie van antwoord nr. 381). Overigens is de Russische Federatie van mening dat de discussie over de woorden ‘not inconsistent with’ zinloos is, omdat uit allerlei expliciete wetsbepalingen blijkt dat arbitrage over de vorderingen van HVY onmiskkenbaar in strijd is met Russisch recht (akte van 25 juni 2019 nr. 120).

4.5.46

Het hof constateert dat partijen het er in wezen over eens zijn dat de toets die in het kader van de Limitation Clause (uitgelegd conform het standpunt van de Russische Federatie) moet worden aangelegd, is of een bepaalde verdragsbepaling strijdig is met een bepaling van nationaal recht. Het hof onderschrijft dit uitgangspunt. Het standpunt van HVY in de memorie van grieven dat die strijdigheid onmiskkenbaar moet zijn, handhaven zij niet langer; dat standpunt is ook onjuist, nu de Limitation Clause die eis

niet stelt en deze ook niet besloten ligt in het gebruik van een dubbele ontkenning ('not inconsistent'). Het hof is van oordeel dat de vraag wanneer van 'strijdigheid' sprake is niet in algemene zin kan worden beantwoord, maar dat dit afhangt van de specifieke context van de relevante ECT-bepaling en het nationale recht. Van 'strijdigheid' zal in ieder geval sprake indien een ECT-verdragsbepaling en een bepaalde regel van nationaal recht niet tegelijkertijd toepassing kunnen vinden omdat toepassing van de ene regel schending van de andere regel meebrengt. Op grond van de opinies van prof. Schrijver en prof. Klabbers²⁸ en de daarin aangehaalde jurisprudentie, waarvan de deskundigen van de Russische Federatie geen afstand hebben genomen, en overeenkomstig het oordeel van het scheidsgerecht in de Yukos Capital-zaak²⁹, is het hof van oordeel dat dit criterium in overeenstemming is met algemeen aanvaarde normen van internationaal recht voor situaties waarin het gaat om voorrang tussen twee conflicterende verdragsbepalingen.³⁰ Dat deze jurisprudentie betrekking heeft op andere verdragen dan de ECT en op conflicten tussen verschillende verdragsnormen en niet op conflicten tussen een verdragsnorm en nationaal recht, neemt niet weg dat daaraan belang toekomt bij de uitleg van het begrip 'inconsistent' in art. 45 lid 1 ECT. Dit sluit niet uit dat, zoals hiervoor (rov. 4.5.45) is overwogen, er ook buiten het geval dat een verdragsnorm en een regel van nationaal recht niet tegelijkertijd kunnen worden toegepast zonder dat toepassing van de ene regel schending van de andere meebrengt, sprake kan zijn van strijdigheid in de zin van art. 45 lid 1 ECT, bijvoorbeeld indien een ECT-bepaling niet verenigbaar is met een algemene rechtsovertuiging in de desbetreffende staat.

4.5.47

Zoals opgemerkt, heeft de rechtbank overwogen dat art. 26 ECT ook dan 'inconsistent' is met nationaal recht indien een dergelijke wijze van geschilbeslechting geen wettelijke grondslag heeft in Russisch recht. Verder heeft de rechtbank overwogen dat van onverenigbaarheid met Russisch recht ook sprake kan zijn indien dat recht zelf niet voorziet in de mogelijkheid van arbitrage zoals geregeld in art. 26 ECT. Met toepassing van dit criterium heeft de rechtbank vervolgens overwogen dat art. 9 lid 1 LFI 1991 geen 'zelfstandige wettelijke basis' biedt voor arbitrage tussen HVY en de Russische Federatie en in rov. 5.58 dat hetzelfde geldt voor art. 10 LFI 1999 (rov. 4.5.43 hiervoor). HVY komen tegen dit oordeel van de rechtbank terecht op. De tekst van art. 45 lid 1 ECT geeft geen aanknopingspunten voor deze uitleg, terwijl deze ook niet voortvloeit uit de context van het Verdrag. Integendeel, het oordeel van de rechtbank komt erop neer dat de bepalingen van de ECT alleen dan voorlopig kunnen worden toegepast, indien daarvoor reeds een wettelijke grondslag in het nationale recht aanwezig is. Dat zou de voorlopige toepassing van art. 45 lid 1 ECT van veel van zijn praktische betekenis beroven en niet in overeenstemming zijn met de in die bepaling tot uitdrukking gebrachte wens van de verdragspartijen om de ECT zoveel mogelijk voorlopig toe te passen. Voorzover de rechtbank voor haar oordeel belang heeft gehecht aan de omstandigheid dat bij een aantal bepalingen van de ECT de soevereiniteit van de ondertekenende partijen in het geding is (rov. 5.33), is dat onjuist. Niet valt in te zien waarom die omstandigheid van invloed zou zijn op de uitleg van de term 'inconsistent' in de Limitation Clause. Het is immers inherent aan een verdrag dat een staat daarmee zijn soevereiniteit tot op zekere hoogte beperkt en dit geldt ook wanneer een staat een verdrag voorlopig toepast.

(viii) Conclusie ten aanzien van de interpretatie van de Limitation Clause van art. 45 lid 1 ECT en van art. 45 lid 2(a) ECT

4.5.48

De conclusie luidt dat de Limitation Clause aldus moet worden uitgelegd, dat een ondertekenende staat die niet de verklaring bedoeld in art. 45 lid 2(a) ECT heeft afgelegd, gehouden is het Verdrag voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht in die zin, dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van een verdrag voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. Deze uitleg stemt overeen met die van het scheidsgerecht in de Yukos Capital-zaak.³¹ Uitgaande van de interpretatie die de Russische Federatie aan de Limitation Clause geeft, is van 'strijdigheid' in de zin van art. 45 lid 1 ECT in ieder geval sprake indien een verdragsbepaling en een bepaalde regel van nationaal recht niet tegelijkertijd toepassing kunnen vinden omdat toepassing van de ene regel schending van de andere regel meebrengt. Of daarnaast sprake is van 'strijdigheid' hangt af van de specifieke context van de in het geding zijnde regelgeving. Van 'strijdigheid' is in ieder geval niet reeds sprake indien het nationale recht geen grondslag biedt voor, of niet voorziet in, de desbetreffende bepaling van de ECT.

4.6 (

vi) Toepassing Limitation Clause in deze zaak (uitgaande van de uitleg die het hof aan die bepaling geeft)

4.6.1

Uitgaande van de hiervoor rov. 4.5.48 aanvaarde uitleg van art. 45 lid 1 ECT, is het hof van oordeel dat de voorlopige toepassing van art. 26 ECT niet strijdig is met de 'constitution, laws or regulations' van de Russische Federatie. Niet is gesteld of gebleken dat het Russische recht een regel kent die uitsluit dat art. 26 ECT voorlopig wordt toegepast. Art. 23 lid 1 FLIT luidt:

"An international treaty or a part thereof may, prior to its entry into force, be applied by the Russian Federation provisionally, if the treaty itself so provides or if an agreement to such effect has been reached with the parties that have signed the treaty."

Daaruit blijkt geen enkele beperking ten aanzien van de (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen die voorlopig kunnen worden toegepast. De Russische rechtsgeleerden Osminin³² en Karzov³³ bevestigen dat er geen beperkingen gelden voor de voorlopige toepassing van verdragen die moeten worden geratificeerd. Uit art. 23 lid 2 FLIT, waarop het hof hierna in ander verband terugkomt, volgt niet iets anders, want hierin is niet een beperking opgenomen ten aanzien van de aard van de bepalingen die wel en niet voorlopig kunnen worden toegepast. Dit betekent dat de Russische Federatie gehouden was art. 26 ECT voorlopig toe te passen en dat de rechtbank ten onrechte anders heeft beslist. De grieven van HVY slagen in zoverre.

4.6.2

Het hof zal desalniettemin, ten overvloede, onderzoeken of, uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie en de rechtbank aan de Limitation Clause geven, art. 26 ECT in strijd is met enige bepaling van het recht van de Russische Federatie.

4.7 (

vii) Toepassing Limitation Clause in deze zaak (uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie aan die bepaling geeft)

4.7.1

De Russische Federatie heeft de volgende drie zelfstandige gronden aangevoerd waaruit naar haar mening volgt dat arbitrage over de vorderingen van HVY strijdig is met Russisch recht (memorie van antwoord nr. 153):

(a) het is in strijd met het Russische (grond)wettelijk verankerde beginsel van de scheiding der machten, indien de regering eenzijdig namens de Russische Federatie zou instemmen met voorlopige toepassing van art. 26 ECT; immers verdragen met arbitragebepalingen moeten worden bekrachtigd;

(b) naar Russisch recht zijn geschillen omtrent publiekrechtelijke bevoegdheden, zoals belasting- en onteigeningsgeschillen, niet arbitabel;

(c) naar Russisch recht komt aan aandeelhouders geen vordering toe voor waardevermindering van hun aandelen wegens aan de vennootschap toegebrachte schade.

4.7.2.1 Het hof begrijpt het betoog van de Russische Federatie zo dat zij bepleit dat, op deze gronden, art. 26 ECT ‘inconsistent’ is met haar ‘constitution, laws or regulations’ in de zin van art. 45 lid 1 ECT (memorie van antwoord nr. 184), en dat zij niet aanvoert dat degene die namens haar het Verdrag heeft ondertekend, ook los van art. 45 lid 1 ECT, zijn bevoegdheid te buiten is gegaan door een verdrag te ondertekenen dat voorlopig moet worden toegepast. Dat zou overigens ook niet stroken met het onbetwiste feit dat de Russische Federatie de ECT jarenlang, in ieder geval deels, voorlopig heeft toegepast.

4.7.2.2 De Russische Federatie heeft in eerste aanleg nog het volgende aangevoerd. Art. 2 onder c FLIT bepaalt expliciet dat ondertekening van een verdrag alleen geldt als toestemming van de Russische Federatie om door een verdrag gebonden te worden “if the treaty provides that signature shall have that effect.” Volgens de Russische Federatie bevat de ECT geen bepaling van die strekking.³⁴ Dit betoog faalt, omdat art. 45 lid 1 ECT een dergelijke bepaling wel degelijk bevat. Het bepaalt immers dat ‘[e]ach signatory’, dat wil zeggen iedere staat die het Verdrag heeft ondertekend, ermee instemt het Verdrag voorlopig toe te passen.

4.7.3

Hoewel de rechtbank aan grond (c) niet is toegekomen, maar het hof daarop wel moet beslissen in verband met de devolutieve werking van het hoger beroep, zal het hof gezien de samenhang deze grond in dit hoofdstuk over strijd met Russisch recht behandelen.

(a) De scheiding der machten

4.7.4

Het standpunt van de Russische Federatie (zoals onder meer uiteengezet in de memorie van antwoord nrs. 154-184) op dit punt kan als volgt worden samengevat. De Grondwet gaat uitdrukkelijk uit van het principe van de scheiding der machten. De bevoegdheden van de uitvoerende macht worden beperkt door de Grondwet en federale wetgeving, en de bevoegdheden van de regering bij het aangaan van verdragsverplichtingen zijn beperkt. Verdragen die afwijken van de wet moeten worden bekrachtigd door middel van een federale wet en zonder bekrachtiging heeft een verdrag geen voorrang op federale wetten. Dit volgt uit art. 12 van de Wet van 1978 'Inzake de procedure voor het sluiten, implementeren en opzeggen van internationale verdragen van de USSR', alsmede uit de artt. 6 lid 2 en 15 FLIT. De Russische regering kan dan ook alleen een algemene arbitrageregeling invoeren als daarvoor een afdoende (grond)wettelijke basis bestaat. Voorlopige toepassing van een verdrag dat afwijkt van federale wetgeving behoeft parlementaire instemming. De regering kan niet zelfstandig bevoegdheden van de rechterlijke macht afnemen en deze toekennen aan derden. De bevoegdheid van de regering om in te stemmen met de voorlopige toepassing van een verdrag is expliciet beperkt, doordat art. 23 lid 2 FLIT bepaalt dat een besluit om verdragen die afwijken van federale wetten langer dan zes maanden voorlopig toe te passen, de instemming van het parlement nodig heeft. Overigens hebben alleen bekrachtigde verdragen voorrang boven federale wetten, aldus de Russische Federatie.

4.7.5

Het betoog van de Russische Federatie berust op het uitgangspunt dat art. 26 ECT een vorm van geschilbeslechting vormt die afwijkt van de federale wetten van de Russische Federatie of deze aanvult. Uit hetgeen hierna ten aanzien van de tweede (hiervoor in rov. 4.7.1 onder (b) genoemde) grondslag zal worden overwogen, blijkt dat dit uitgangspunt onjuist is. Met name blijkt daaruit dat art. 9 LFI 1991 en art. 10 LFI 1999 internationale arbitrage over investeringsgeschillen met zoveel woorden mogelijk maken. Dit betekent dat grondslag (a) reeds om deze reden faalt. Het hof zal echter ook nagaan of grondslag (a) slaagt, indien ervan uit wordt gegaan dat art. 26 ECT een vorm van geschilbeslechting vormt die inderdaad afwijkt van de federale wetten van de Russische Federatie of deze aanvult.

4.7.6

Het standpunt van de Russische Federatie komt er op neer dat de mogelijkheid om een verdrag voorlopig toe te passen in die zin beperkt is, dat verdragen die afwijken van federale wetgeving of deze aanvullen, althans de bepalingen daaruit die een dergelijke afwijking of aanvulling inhouden, niet voorlopig kunnen worden toegepast.

4.7.7

Met betrekking tot de voorlopige toepassing en de ratificatie van verdragen van de Russische Federatie is het volgende in de Grondwet en de FLIT bepaald. Daarbij is van belang dat het Russische parlement twee kamers heeft: de Doema en de 'Council of Federation' (ook wel de 'Federation Council').

Art. 15 lid 4 Grondwet luidt:

“Universally recognized principles and norms of international law as well as international agreements of the Russian Federation shall be an integral part of its legal system. If an international agreement of the Russian Federation establishes rules, which differ from those stipulated by law, then the rules of the international agreement shall be applied.”

Art. 106 Grondwet bepaalt:

“Federal laws adopted by the State Duma on the following issues must compulsorily be examined by the Council of Federation:

(...)

d) ratification and denunciation of international treaties of the Russian Federation.”

Art. 15 FLIT bepaalt onder meer:

“1. The following international treaties of the Russian Federation shall be subject to ratification:

a) international treaties whose implementation requires modification of existing legislation or the enactment of new federal laws, or that set out rules different from those provided for by law;

2. An international treaty shall likewise be subject to ratification if the parties have agreed to subsequent ratification when concluding the international treaty.”

Art. 17 FLIT (‘Decisions to ratify international treaties of the Russian Federation’) bepaalt onder meer:

“1. The State Duma shall consider proposals for the ratification of international treaties and, after preliminary discussion in committees and commissions of the State Duma, make relevant decisions.

Federal laws adopted by the State Duma for the ratification of international treaties of the Russian federation shall be subject, in accordance with the Constitution of the Russian Federation, to mandatory consideration in the Federation Council.”

Art. 23 FLIT (‘Provisional application of international treaties by the Russian Federation’) luidt:

“1. An international treaty or a part thereof may, prior to its entry into force, be applied by the Russian Federation provisionally, if the treaty itself so provides or if an agreement to such effect has been reached with the parties that have signed the treaty.

2. Decisions on the provisional application of a treaty or a part of a treaty by the Russian Federation shall be made by the body that has taken the decision to sign the international treaty according to the procedure set out in Article 11 of this Federal Law.

If an international treaty - the decision on the acceptance of the binding character of which in respect of the Russian Federation is, under this Federal Law, to be passed in the form of a Federal Law - provides for the provisional application of a treaty or a part thereof, or if an agreement as to such provisional application was reached among the parties in some other manner, then this treaty shall be submitted to the State Duma within six months from the start of its provisional application. The term of provisional application may be prolonged by way of a decision taken in a form of a federal law according to the procedure set out in Article 17 of this law for the ratification of international treaties.

3. Unless the international treaty otherwise provides, or the respective States otherwise agree, the provisional application of a treaty by the Russian Federation or a part thereof shall be terminated upon notification to the other States that apply the treaty provisionally of the intention of the Russian Federation not to become a party to the treaty.”

4.7.8

Dat de ECT moet worden geratificeerd om in werking te treden is niet in geschil, dit volgt reeds uit art. 39 ECT. Dat de Russische Federatie de ECT niet heeft geratificeerd staat eveneens vast. De ECT is aan de Doema voorgelegd op 26 augustus 1996 maar niet geratificeerd.

4.7.9

De FLIT is op 21 juli 1995 in werking getreden, dus nadat de Russische Federatie de ECT heeft ondertekend. Overgangsbepalingen zijn in deze wet niet opgenomen. De Russische Federatie stelt zich op het standpunt dat (alleen) aan art. 23 lid 2 FLIT terugwerkende kracht is verleend. De Russische Federatie heeft verder gesteld dat op het moment van ondertekening van de ECT geen specifieke (grond)wettelijke regeling over de voorlopige toepassing van verdragen bestond en dat, voordat de FLIT in werking trad, aan de hand van algemene (grond)wettelijke bepalingen moest worden nagegaan of de regering bevoegd was eenzijdig namens de Russische Federatie ermee in te stemmen een verdrag voorlopig toe te passen (memorie van antwoord nr. 171).

4.7.10

Het hof neemt tot uitgangspunt dat ten tijde van de ondertekening van de ECT door de Russische Federatie, voor zover in dezen relevant, en met uitzondering van art. 23 lid 2 FLIT, geen wezenlijk andere regels golden dan die thans in de FLIT zijn neergelegd. Er zijn geen aanwijzingen dat deze wet op het gebied van de voorlopige toepassing van verdragen nieuwe regels heeft geïntroduceerd. Veeleer is aannemelijk dat de FLIT op het gebied van de voorlopige toepassing wilde aansluiten bij de voorheen bestaande praktijk. Die praktijk hield in dat verdragen op ruime schaal voorlopig werden toegepast en dat dit ook gebeurde met verdragen die afwijkingen inhielden van bestaande wetgeving (zie hierna rov. 4.7.15-4.7.16). De Russische Federatie is partij bij het WVV sinds 1986.³⁵ In art. 25 WVV is de voorlopige toepassing van verdragen geregeld; de leden 1 en 2 van dat art. 25 zijn inhoudelijk gelijklopend aan art. 23 lid 1 respectievelijk lid 3 FLIT. Ingevolge art. 15 lid 4 Grondwet zijn de verdragen van de Russische Federatie een integraal onderdeel van haar rechtssysteem. Art. 25 WVV maakte dus ook al vóór de inwerkingtreding van de FLIT onderdeel uit van de Russische rechtsorde.

4.7.11

Daar komt bij dat de FLIT in werking is getreden voordat de ECT op 26 augustus 1996 aan de Doema werd voorgelegd en dus ook voordat het ratificatieproces goed en wel was begonnen. Het tijdstip van inwerkingtreding van de FLIT valt ook vóór het tijdstip waarop HVY haar verzoek tot arbitrage tot de Russische Federatie heeft gericht en daarmee te kennen gaf dat zij het in art. 26 ECT besloten liggende aanbod tot arbitrage aanvaardde. Tegen die achtergrond valt niet in te zien waarom de FLIT niet van toepassing zou zijn op de vraag die hier voorligt, te weten of de voorlopige toepassing van de ECT, ondanks het feit dat deze niet door de Russische Federatie is geratificeerd, meebrengt dat de Russische Federatie is gebonden aan de arbitrageclausule van art. 26 ECT.

4.7.12

Bovendien moet de FLIT, voor zover deze wet al minder beperkingen ten aanzien van de voorlopige toepassing van verdragen kent dan vóór haar inwerkingtreding golden, worden toegepast op grond van het beginsel dat het een staat vrijstaat om nationale belemmeringen die op het moment van ondertekening van een verdrag aan voorlopige toepassing in de weg staan of beperken, weg te nemen, maar niet om nieuwe belemmeringen te introduceren.³⁶ Uitvoering te goeder trouw van het desbetreffende verdrag brengt dan mee dat de oude beperking niet aan de andere staten, of zoals in dit geval aan investeerders waaraan het Verdrag bepaalde rechten (zoals art. 26 ECT) heeft toegekend, wordt tegengeworpen maar dat het nieuwe gunstiger regime wordt toegepast. Het is in overeenstemming met dit beginsel dat de vraag, of een geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen doordat HVY in 2004 een verzoek tot arbitrage tot de Russische Federatie hebben gericht, wordt beoordeeld aan de hand van de op dat moment bestaande situatie (voor zover deze gunstiger voor HVY is dan op het tijdstip dat de ECT door de Russische Federatie werd ondertekend). Voor zover dus al zou moeten worden geoordeeld dat tussen het tijdstip van ondertekening van de ECT en de inwerkingtreding van de FLIT een periode ligt waarin art. 26 ECT niet voorlopig kon worden toegepast, staat dit er niet aan in de weg dat dit in beginsel wel zou kunnen sinds 1995 als gevolg van de door de FLIT geïntroduceerde regels.

4.7.13

Wat betreft de toepasselijkheid van art. 23 lid 2 FLIT is het volgende van belang. De Russische Federatie voert aan dat aan dit artikellid terugwerkende kracht is verleend bij Presidentiële Besluit van 7 augustus 1995 (geciteerd in de memorie van antwoord nr. 174 voetnoot 237). Of aan deze bepaling inderdaad 'terugwerkende kracht' is verleend, hetgeen HVY betwisten, kan in het midden blijven. Nu de FLIT geen overgangsbepalingen kent, ligt het voor de hand dat deze wet op het moment van zijn inwerkingtreding van toepassing werd op verdragen die op tijdstip al wel voorlopig werden toegepast maar nog niet waren geratificeerd. Dat lijkt ook de meest aannemelijke strekking van het Presidentiële Besluit van 7 augustus 1995. Dit betekent dat de ECT binnen zes maanden na 21 juli 1995 aan de Doema voorgelegd had moeten worden, hetgeen niet is gebeurd.

4.7.14

Het standpunt van de Russische Federatie dat art. 26 ECT niet voorlopig kan worden toegepast omdat de ECT een verdrag is dat naar Russisch recht geratificeerd moet worden, acht het hof onjuist. Het Russische recht kent niet de regel dat de bevoegdheid van de regering om voorlopige toepassing van verdragen overeen te komen, beperkt is in die zin, dat voorlopige toepassing geen betrekking kan hebben op verdragen die moeten worden bekrachtigd omdat daarin bepalingen voorkomen die afwijken van federale wetgeving of deze aanvullen. Een dergelijke beperking is niet te lezen in de Grondwet of de FLIT. Meer in het bijzonder maakt art. 23 lid 1 FLIT in dat opzicht geen enkel voorbehoud, door aan voorlopige toepassing als enige voorwaarde te verbinden dat voorlopige toepassing door de verdragspartijen is overeengekomen. Ook art. 23 lid 2 FLIT stelt geen inhoudelijke beperking aan de besluitvorming aangaande voorlopige toepassing, waar het zonder voorbehoud bepaalt dat het lichaam dat heeft besloten om het desbetreffende verdrag te ondertekenen ook beslist of dat verdrag voorlopig zal worden toegepast.

4.7.15

Dat vóór de inwerkingtreding van de FLIT beperkingen golden ten aanzien van de mogelijkheid om een verdrag voorlopig toe te passen, blijkt overigens niet. De Wet van 1978 'Inzake de procedure voor het sluiten, implementeren en opzeggen van internationale verdragen van de USSR' bevatte geen bepalingen over voorlopige toepassing en dus ook geen bepalingen die de voorlopige toepassing beperkten. Ook de Russische Federatie kan kennelijk geen specifieke beperkingen op voorlopige toepassing aanwijzen, nu zij stelt dat vóór de inwerkingtreding van de FLIT aan de hand van algemene (grond)wettelijke bepalingen moest worden bepaald of de regering bevoegd was eenzijdig namens de Russische Federatie ermee in te stemmen om een verdrag voorlopig toe te passen (memorie van antwoord nr. 171). Voorlopige toepassing van verdragen die bepalingen bevatten die afwijken van bestaande wetgeving kwamen ook reeds vóór de inwerkingtreding van de FLIT voor. Het hof volstaat er hier mee te verwijzen naar de volgende verdragen.

4.7.16

De 'Maritime Boundary Agreement' van 1 juni 1990, door middel waarvan de grens in de Beringzee tussen de Russische Federatie en de Verenigde Staten werd vastgelegd, wordt sinds 15 juni 1990 voorlopig toegepast³⁷, hoewel het een verdrag betreft dat geratificeerd dient te worden. Ratificatie is vereist op grond van art. 12 van de Wet van 1978 'Inzake de procedure voor het sluiten, implementeren en opzeggen van internationale verdragen van de USSR', nu de 'Maritime Boundary Agreement' dit in art. 6 bepaalt en omdat dat verdrag betrekking heeft op de 'territorial demarcation of the U.S.S.R.'³⁸ Een ander voorbeeld is de 'Agreement establishing an International Science and Technology Centre' ondertekend op 27 november 1992 en voorlopig van toepassing verklaard door middel van een aanvullend Protocol van 27 december 1993.³⁹ Aangezien dit verdrag in de artt. XI en XII bepaalde immuniteiten verleende aan het 'Centre', waarvan het hoofdkwartier in de Russische Federatie was gevestigd (zie art. IX A), en zijn medewerkers, week het in zoverre af van geldende Russische wetgeving en moest

het geratificeerd worden op grond van art. 12 van de Wet van 1978 'Inzake de procedure voor het sluiten, implementeren en opzeggen van internationale verdragen van de USSR'.

4.7.17

De Russische Federatie heeft hierop een reactie gegeven die er op neerkomt dat het voorstelbaar is dat er 'per ongeluk' af en toe een verdrag voorlopig werd toegepast dat van de wet afwijkt, dat dit niet betekent dat dit in overeenstemming met de Grondwet is en, bovendien, dat de Russische Federatie nooit instemt met de voorlopige toepassing van arbitrage. Het hof acht het echter onaannemelijk dat de (jarenlange) voorlopige toepassing van verdragen die afwijken van de wet een gevolg van onoplettendheid is. Aannemelijk is dat indien, zoals de Russische Federatie stelt, de voorlopige toepassing van dergelijke verdragen onconstitutioneel was, dat zou zijn opgemerkt, maar daarvan blijkt niet. Meer in het bijzonder is niet gebleken dat de Russische Federatie de voorlopige toepassing van het 'Maritime Boundary Agreement' heeft beëindigd of dat verdrag later alsnog heeft bekrachtigd. Dat de Russische Federatie in haar verdragspraktijk nooit instemt met de voorlopige toepassing van internationale arbitrage is, indien juist, niet relevant. Waar het hier om gaat is dat verdragen die afweken van Russische wetgeving voorlopig werden toegepast. Op welk punt er een afwijking van het Russische recht bestaat is in dit verband niet van belang.

4.7.18

Dat in het onderhavige geval rechtsgeldig door de regering van de Russische Federatie is besloten de ECT te ondertekenen, is niet in geschil (zie hiervoor rov. 4.3.2 en 4.7.2.1). In de resolutie van de regering van 16 december 1994 blijkt niet van enige beperking ten aanzien van de voorlopige toepassing van (specifieke bepalingen van) de ECT.

4.7.19

Dat de FLIT van een ander systeem uitgaat dan thans verdedigd door de Russische Federatie, blijkt ook uit art. 23 lid 2 FLIT. Art. 23 lid 2 FLIT bepaalt immers niet dat voorlopige toepassing niet mogelijk is indien het verdrag moet worden geratificeerd (omdat het bepalingen bevat die afwijken van bestaande federale wetten of deze aanvullen, vgl. art. 15 FLIT), maar slechts dat in dat geval het verdrag binnen zes maanden aan de Doema ter goedkeuring moet worden voorgelegd en dat verlenging van de termijn van voorlopige toepassing bij federale wet moet plaatsvinden. Art. 23 lid 2 FLIT maakt het dus mogelijk dat verdragsbepalingen die afwijken van federale wetten of deze aanvullen, voorlopig worden toegepast gedurende zes maanden na ondertekening van het verdrag zonder voorlegging aan de Doema. Overigens zijn partijen het erover eens dat ook indien het verdrag niet binnen zes maanden aan de Doema wordt voorgelegd, de voorlopige toepassing van kracht blijft totdat de Russische Federatie aan de andere verdragsstaten heeft laten weten niet over te zullen gaan tot bekrachtiging. Dit is ook in overeenstemming met art. 25 lid 2 WVV. De voorlopige toepassing van een verdrag dat bepalingen bevat die afwijken van of een aanvulling zijn op federale wetgeving kan dus

onder omstandigheden aanmerkelijk langer duren dan zes maanden. Dat is moeilijk in overeenstemming te brengen met het standpunt met betrekking tot de strikte scheiding der machten dat de Russische Federatie in deze procedure bepleit.

4.7.20

De Russische rechtsgeleerden Osminin⁴⁰ en Karzov⁴¹ bevestigen dat er geen beperkingen gelden voor de voorlopige toepassing van verdragen die moeten worden geratificeerd. Karzov stelt:

“The Russian Federation belongs to a third group of State, which also includes, among others, Spain and Switzerland. In these States, the relevant authorized bodies of State power are not limited in their right to make independent decisions with respect to provisional application of international treaties, including those that require adoption of a law in order to be entered into.”

(onderstreping hof)

In dezelfde zin Zvekov en Osminin⁴²:

“From this it follows that exception(s) to the federal law on the basis of provisional application are possible.”

4.7.21

De Russische Federatie heeft overigens zelf in een nota⁴³ aan de International Law Commission van de VN bevestigd dat naar Russisch recht voorlopig toegepaste verdragen dezelfde status hebben als verdragen die in werking zijn getreden:

“The Russian Federation’s consent to the provisional application of a treaty means that the treaty becomes part of the legal system of the Russian Federation and is subject to application on an equal basis with treaties that have entered into force.”

terwijl in deze nota tegelijkertijd werd gesteld:

“Under the above-mentioned federal law [de FLIT, hof], the decision on the provisional application by the Russian Federation of a treaty is taken by the Government of the Russian Federation or the President of the Russian federation (depending on within whose competence the questions constituting the subject of the treaty reside).”

4.7.22

De citaten die de Russische Federatie uit de voorbereiding van de Grondwet en de FLIT (memorie van antwoord nrs. 426-432) opvoert hebben geen betrekking op een voorlopig toegepast verdrag. Voor zover uit de door de Russische Federatie (memorie van antwoord nrs. 433-434) aangehaalde publicaties van rechtsgeleerden al de opvatting naar voren komt dat een voorlopig toegepast verdrag geen voorrang kan hebben boven een federale wet, is dat standpunt achterhaald door verschillende uitspraken van het Constitutionele Hof van de Russische Federatie. De vraag of in art. 15 lid 4 Grondwet

onder ‘international agreement’ ook een voorlopig toegepast verdrag moet worden begrepen, heeft het Constitutionele Hof immers bevestigend beantwoord in zijn ‘Resolution 8-P’ van 27 maart 2012.⁴⁴ Het Constitutionele Hof overwoog onder 4 en 4.1:

“Agreement to provisional application of an international treaty means that it becomes part of the legal system of the Russian Federation and must be applied on the same basis as international treaties that have entered into force (unless otherwise expressly stated by the Russian Federation), since otherwise provisional application would be meaningless.

(...)

Being guided by the Vienna Convention on the Law of Treaties and provisions of the Federal Law “On International Treaties of the Russian Federation” in their literal interpretation, public authorities and officials of the Russian Federation consistently pursue the legal policy which provides that provisions of a provisionally applied international treaty become part of the legal system of the Russian Federation and, like international treaties of the Russian Federation that have entered into force, have priority over Russian laws in the absence of the officially published text, including instances when they alter the regulatory content of rights, freedoms and duties of man and citizen.

(...)

From the point of view of the requirements set forth in Article 15 (part 4) of the Constitution of the Russian Federation in conjunction with its Articles 2, 17 (part 1) and 19 (part 1), provisionally applied international treaties of the Russian Federation by their legal consequences, effect on rights, freedoms and duties of man and citizen in the Russian Federation are essentially equivalent to international treaties that have entered into force, ratified and officially published in accordance with the procedure established by federal legislation.”

4.7.23

De Russische Federatie en haar experts hebben onder meer betoogd dat de aan het Constitutionele Hof voorgelegde vraag was of een voorlopig toegepast verdrag aan een burger kon worden tegengeworpen hoewel het niet was gepubliceerd, zoals met een geratificeerd verdrag wel gebeurt. Op zichzelf is dat juist, maar daarbij wordt uit het oog verloren dat het Constitutionele Hof besliste dat een voorlopig toegepast verdrag “affecting the rights and freedoms of man and citizen and establishing rules other than those provided by law” gepubliceerd moet worden, omdat het dezelfde werking heeft als een verdrag dat van kracht is geworden. De stelling van de Russische Federatie dat uit deze uitspraak niet meer blijkt dan dat een voorlopig toegepast verdrag wat betreft de publicatievereisten op gelijke hoogte staat als een geratificeerd verdrag, miskent dat de uitspraak van het Constitutionele Hof onmiskenbaar een meer algemene strekking heeft. Zijn oordeel, dat voorlopig toegepaste verdragen moeten worden gepubliceerd, heeft het immers gemotiveerd met de overweging dat dergelijke verdragen “have priority over Russian laws”. In dat verband wijst het Hof erop dat indien een voorlopig toegepast

verdrag niet op gelijke voet als een van kracht geworden verdrag zou worden toegepast, “provisional application would be meaningless”. Uit deze uitspraak valt ten slotte niet af te leiden dat een rol heeft gespeeld dat de oude tarieven (die door het verdrag waren vervangen door nieuwe tarieven, hetgeen de inzet van het geschil was) waren vastgelegd in een regeringsbesluit. Er is niets in de motivering van het Constitutionele Hof dat daarop wijst. Zie in dit verband het commentaar van Kurdyukov, waarin de enge lezing van de Russische Federatie van deze uitspraak niet wordt onderschreven.⁴⁵ Ten slotte kan er in dit verband op worden gewezen dat Vyatkin, die namens de Doema het woord voerde tijdens de hoorzitting die het Constitutionele Hof in deze zaak hield, precies hetzelfde systeem verdedigde waar hij opmerkte⁴⁶:

“In case of a discrepancy between a federal law and a provisionally applicable treaty, we nevertheless consider that the international treaty shall apply, as the meaning of provisional application is, precisely, to apply the treaty immediately.”

4.7.24

In Resolutie 6-P van 19 maart 2014⁴⁷ heeft het Constitutionele Hof deze rechtspraak bevestigd. In die zaak ging het om een door het Constitutionele Hof verrichte constitutionele toetsing van het verdrag dat voorzag in de associatie van de Krim. In art. 1 van dat verdrag is bepaald dat de republiek van de Krim geacht zal worden deel uit te maken van de Russische Federatie vanaf de dag van ondertekening van het verdrag; in art. 10 van het verdrag is bepaald dat het verdrag voorlopig zal worden toegepast vanaf de dag van de ondertekening. Hoewel het hierbij ongetwijfeld ging om een verdrag dat geratificeerd moest worden – en dat vervolgens ook inderdaad geratificeerd is – omdat de bepalingen van het verdrag afweken van bestaande wetgeving, bijvoorbeeld omdat het verdrag nieuwe grenzen vaststelde, overwoog het Constitutionele Hof, onder verwijzing naar haar Resolutie 8-P van 27 maart 2012, dat deze bepaling in overeenstemming is met de Grondwet en dat, op grond van de voorlopige toepassing van dat verdrag, zowel de republiek van de Krim als de stad Sevastopol deel uitmaakten van de Russische Federatie vanaf de dag van ondertekening van het verdrag (rov. 3). De omstandigheid dat ratificatie slechts drie dagen later volgde doet uiteraard niet af aan de principiële betekenis van het oordeel van het Constitutionele Hof.

4.7.25

De Russische Federatie en haar experts trachten tevergeefs afbreuk te doen aan deze duidelijke uitspraken van het Constitutionele Hof. Waar zij zich op het standpunt stellen dat niet bekrachtigde verdragen die voorlopig worden toegepast geen voorrang hebben boven federale wetgeving is dat standpunt onmiskenbaar weerlegd door de rechtspraak van het Constitutionele Hof. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor het beroep van de Russische Federatie op de citaten ontleend aan de behandeling van de FLIT, onder meer van staatssecretaris Krylov (memorie van antwoord nrs. 429-430). In deze citaten wordt bovendien niet gesproken over voorlopig toegepaste verdragen en hun eventuele voorrang op federale wetten. Dat is van belang omdat het rechtssysteem van de Russische Federatie ook verdragen kent die van kracht zijn zonder dat deze hoeven te worden geratificeerd. Dergelijke onbekrachtigde verdragen hebben inderdaad geen

voorrang op federale wetten. Dat zegt niets over de werking van een verdrag dat voorlopig wordt toegepast in afwachting van ratificatie. Ook de uitspraken van het Hooggerechtshof en het Constitutionele Hof waarop de Russische Federatie een beroep doet, enkele waarvan de rechtbank in rov. 5.91 noemt, hebben geen betrekking op de voorlopig toepassing van verdragen (of 'interstate treaties') als de ECT. Zoals prof. Stephan uiteenzet in zijn eerste Expert Report⁴⁸ en tweede Expert Report⁴⁹ en zoals ook blijkt uit de hieronder te bespreken uitspraak van het Hooggerechtshof in de 'Chinese grens-zaak', kent de Russische Federatie drie typen internationale (publiekrechtelijke) overeenkomsten: 'interstate treaties' die namens de Russische Federatie worden gesloten met andere staten, 'intergovernmental treaties' die gesloten worden door de regering van de Russische Federatie met de regering van een andere staat, en 'interagency treaties' die worden gesloten tussen federale organen van de Russische Federatie. Art. 15 lid 4 Grondwet heeft slechts betrekking op 'international agreements of the Russian Federation', dat wil zeggen de eerste categorie ('interstate treaties'). Daarover zegt het Constitutionele Hof in de Chinese grens-zaak⁵⁰:

"By virtue of the hierarchy of legal acts, priority over the laws of the Russian Federation is accorded to international treaties of the Russian Federation concluded on behalf of the Russian Federation (interstate treaties), consent to be bound by which was given in the form of a federal law."

Verdragen waarvoor ratificatie niet is voorgeschreven kunnen in werking treden door ondertekening van de President, de regering of een staatsorgaan, maar hun status is lager dan die van een geratificeerd verdrag, in die zin dat zij na inwerkingtreding geen voorrang hebben op wetgeving. In de onderhavige zaak gaat het om een verdrag dat bekrachtigd moet worden om in werking te treden en om de vraag of dat verdrag voorlopig kan worden toegepast in afwachting van inwerkingtreding ('prior to its entry into force', zie art. 23 lid 1 FLIT). De rechterlijke uitspraken waarop de Russische Federatie zich beroept hebben geen betrekking op deze laatste categorie verdragen, maar de hiervoor genoemde uitspraken van het Constitutionele Hof 8-P en 6-P wel. Het hof zal enkele van de uitspraken waarop de Russische Federatie zich beroept in meer detail bespreken.

4.7.26

De 'Chinese grens-zaak'⁵¹ heeft betrekking op een zogenoemde 'intergovernmental treaty', een verdrag gesloten tussen de regering van de Russische Federatie en de Chinese regering. Het verdrag was in werking getreden door een uitwisseling van nota's en behoefde dus niet te worden geratificeerd. Zoals hiervoor is opgemerkt, heeft een dergelijk verdrag een lagere status dan een verdrag dat is gesloten namens de Russische Federatie ('interstate treaty') zoals de ECT. Het Hooggerechtshof oordeelde dat een dergelijk verdrag geen voorrang heeft op de federale wetten van de Russische Federatie. Voor de onderhavige zaak heeft deze uitspraak geen betekenis. Niet alleen ging het om een ander type verdrag, ook voorzag het verdrag (vanzelfsprekend, het behoefde immers niet te worden geratificeerd) niet in voorlopige toepassing. Ook Resolutions No. 8 en No. 5 van 31 oktober 1995 respectievelijk 10 oktober 2003 van het

Hooggerechtshof⁵² gaan, voor zover valt na te gaan aan de hand van de door de Russische Federatie overgelegde onderdelen van deze uitspraken, niet over de vraag of een voorlopig toegepast 'interstate treaty' voorrang heeft op federale wetgeving. Overigens heeft het Constitutionele Hof en niet het Hooggerechtshof het laatste woord waar het gaat om de uitleg van de Grondwet (art. 125 Grondwet).

4.7.27

De Russische Federatie heeft ook nog een beroep gedaan op Ruling No. 2531-O van het Constitutionele Hof van 6 november 2014.⁵³ In die zaak ging het echter om de verenigbaarheid van een bepaling van Russisch recht met het WTO verdrag, dat is geratificeerd door de Russische Federatie. Die beslissing ging dus niet over de voorlopige toepassing van een verdrag in afwachting van ratificatie en de uitspraak bevat niets wat in tegenspraak is met de hiervoor aangehaalde uitspraken 8-P en 6-P van het Constitutionele Hof.

4.7.28

De Russische Federatie voert aan dat art. 15 lid 4 Grondwet niet relevant is (memorie van antwoord nr. 420). Volgens de Russische Federatie is art. 15 lid 4 Grondwet een conflictregel die voorschrijft dat verplichtingen die voortvloeien uit verdragen voorrang hebben boven conflicterende federale wetten. Deze conflictregel vindt geen toepassing indien een verdragsbepaling, zoals in dit geval de Limitation Clause, er voor zorgt dat een dergelijk conflict niet kan ontstaan, aldus de Russische Federatie. De rechtbank gebruikt een vergelijkbaar argument om de jurisprudentie van het Constitutionele Hof terzijde te schuiven. De rechtbank overweegt namelijk dat deze jurisprudentie, inhoudende dat ook verdragen die op voorlopige basis toepasselijk zijn integraal onderdeel uitmaken van het Russische rechtssysteem, niet wegneemt dat een verdrag zoals de ECT de reikwijdte van de voorlopige toepassing kan beperken (rov. 5.92).

4.7.29

Deze argumenten van de Russische Federatie en de rechtbank zijn niet overtuigend. Art. 15 lid 4 Grondwet is duidelijk meer dan alleen een 'conflictregel', omdat het voorop stelt dat een verdrag een integraal onderdeel van de Russische rechtsorde vormt. Overigens houdt dit oordeel van het hof niet in dat een voorlopig toegepast verdrag reeds vanwege de daaraan door art. 15 lid 4 Grondwet toegekende voorrang niet strijdig kán zijn met het recht van de Russische Federatie in de zin van de Limitation Clause, omdat die voorrangsregel enig bestaand conflict met nationale wetgeving reeds oplost en er dus per definitie geen strijdigheid met nationaal recht kan bestaan. Wel toont naar het oordeel van het hof de jurisprudentie van het Constitutionele Hof aan dat het betoog van de Russische Federatie over de scheiding der machten niet juist is. Het Constitutionele Hof acht het immers toelaatbaar dat de regering de Russische Federatie verplicht verdragsbepalingen voorlopig toe te passen in afwachting van bekrachtiging, ook indien deze verdragsbepalingen afwijken van federale wetgeving, en dat die verdragsbepalingen dan voorrang hebben. Dat is onverenigbaar met hetgeen de Russische Federatie betoogt en het toont aan dat de scheiding der machten niet de consequenties heeft die de Russische Federatie daaraan verbindt.

4.7.30

Zoals hiervoor overwogen gaat het hof ervan uit dat de termijn van zes maanden waarbinnen een voorlopig toegepast verdrag aan de Doema moet worden voorgelegd, is gaan lopen op de dag dat de FLIT in werking trad (21 juli 1995). In dezelfde zin Zvekov en Osminin.⁵⁴ Hoewel de ECT niet binnen de termijn van zes maanden aan de Doema is voorgelegd, heeft dat geen gevolgen voor de voorlopige toepassing van de ECT. Indien de voorschriften van art. 23 lid 2 FLIT niet worden nageleefd is daarmee, zoals de Russische Federatie erkent (memorie van antwoord nr. 174 voetnoot 239), de voorlopige toepassing niet geëindigd, want deze neemt – conform de regeling van art. 25 lid 2 WVV en art. 23 lid 3 FLIT – slechts een einde nadat de Russische Federatie aan de overige verdragspartijen heeft laten weten dat zij niet voornemens is partij bij het desbetreffende verdrag te worden. Noch de bevoegdheid om voorlopige toepassing overeen te komen, noch de voorlopige toepassing zelf wordt derhalve beïnvloed door niet-inachtneming van de termijn voorgeschreven in art. 23 lid 2 FLIT. Dit betekent dat de voorlopige toepassing van de ECT niet beperkt wordt door de werking van de Limitation Clause van art. 45 lid 1 ECT in combinatie met art. 23 lid 2 FLIT. Niet kan immers worden volgehouden dat de enkele omstandigheid dat niet aan de termijn van art. 23 lid 2 FLIT is voldaan, betekent dat een bepaling van de ECT (zoals art. 26 ECT) strijdig is met Russisch recht in de zin van art. 45 lid 1 ECT. Nu naar Russisch recht de voorlopige toepassing doorloopt tot het moment waarop de Russische Federatie aan de overige verdragspartijen heeft laten weten dat zij niet voornemens is partij bij het desbetreffende verdrag te worden, hetgeen in dit geval in augustus 2009 is gebeurd, kan dat in redelijkheid niet anders betekenen dan dat voorlopige toepassing van de ECT vóór dat tijdstip niet ‘inconsistent’ is met Russisch recht in de zin van art. 45 lid 1 ECT. Het is ook niet in geschil dat de Russische Federatie in de periode van 17 december 1994 tot 19 oktober 2009 de ECT, althans onderdelen daarvan, voorlopig heeft toegepast. Tijdens de ‘Energy Charter Conference’ op 17-18 december 2002, heeft de Russische delegatie nog bevestigd dat, hoewel de Russische Federatie de ECT nog niet had geratificeerd, zij ‘as a Signatory Country’ de ECT uitvoert vanaf de dag dat het Verdrag in werking trad (‘entered into force’), hetgeen gezien de context niet anders kan worden begrepen dan dat de Russische Federatie de ECT voorlopig toepaste vanaf de dag van ondertekening.⁵⁵ De overschrijding van de termijn van zes maanden stond daar naar haar mening dus kennelijk niet aan in de weg. Onder die omstandigheden staat het de Russische Federatie, die op grond van art. 26 WVV de ECT te goeder trouw moet uitvoeren, niet vrij om, teneinde haar gebondenheid aan één bepaling uit de ECT (art. 26) te ontgaan, te betogen dat niet aan die termijn is voldaan en dat zij daarom niet gehouden is om juist deze bepaling voorlopig toe te passen. Het Scheidsgerecht heeft het daartoe strekkende betoog van de Russische Federatie terecht verworpen (Interim Award nr. 390).

4.7.31

Voor zover er desalniettemin van uit zou moeten worden gegaan dat art. 23 lid 2 FLIT door het invoeren van de termijn van zes maanden de voorlopige toepassing van de ECT verder beperkt dan ten tijde van de ondertekening van de ECT door de Russische Federatie het geval was, kan de Russische Federatie zich daar niet op beroepen. De goede trouw die de staten in acht moeten nemen bij de uitvoering van een verdrag staat

er immers aan in de weg dat een staat, na ondertekening van een verdrag waarin voorlopige toepassing is overeengekomen, nieuwe obstakels voor voorlopige toepassing invoert (zie hiervoor rov. 4.7.12).

4.7.32

Het voorgaande betekent dat het beroep van de Russische Federatie op de scheiding der machten niet opgaat. Het is ongetwijfeld juist dat de haar Grondwet het beginsel van de machtenscheiding kent, maar dat beginsel zegt op zichzelf onvoldoende over de vraag welke bevoegdheden aan welk staatsorgaan zijn toebedeeld. In dit geval heeft de federale wetgever de in de FLIT tot uitdrukking gebrachte bevoegdheid van de President, of van de regering onder toezicht van de President, om overeen te komen dat een verdrag voorlopig zal worden toegepast niet beperkt, hoewel de wetgever daartoe wel had kunnen overgaan. Dan kan ook niet met succes betoogd worden dat de regering die voorlopige toepassing overeenkomt haar bevoegdheden te buiten is gegaan.

(b) Zijn geschillen omtrent publiekrechtelijke bevoegdheden arbitabel?

4.7.33

De Russische Federatie stelt zich op het standpunt dat art. 26 ECT het mogelijk maakt om investeringssgeschillen die zien op belastingen, executie en onteigening aan arbiters voor te leggen, terwijl dergelijke geschillen naar Russisch recht niet arbitabel zijn. Dit zou aan voorlopige toepassing van art. 26 ECT in de weg staan. Bij de beoordeling van deze stelling neemt het hof tot uitgangspunt dat de betekenis van het begrip 'strijdig' ('inconsistent') aldus moet worden opgevat, dat daarvan in ieder geval sprake is indien een verdragsbepaling en een bepaalde regel van nationaal recht niet tegelijkertijd toepassing kunnen vinden omdat toepassing van de ene regel schending van de andere regel meebrengt en dat een eventuele andere strijdigheid van de context afhangt (zie rov. 4.5.48).

4.7.34

De Russische Federatie voert aan dat de vordering van HVY betrekking heeft op publiekrechtelijke bevoegdheden. Dat is het geval ongeacht de juridische grondslag die HVY aan hun vordering ten grondslag leggen, in dit geval schending van de ECT. Publiekrechtelijke geschillen zijn naar Russisch recht niet arbitabel. De Russische Federatie wijst op een aantal wetsbepalingen die de overheidsrechter als exclusieve geschilbeslechter aanwijzen (geschillen over handelingen van gerechtsdeurwaarders, belasting- en executiegeschillen) en op wetsbepalingen waaruit zou blijken dat alleen civielrechtelijke geschillen arbitabel zijn (art. 27 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1 lid 2 Wet inzake Internationale Handelsarbitrage, de artt. 21 en 23 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in Handelszaken (Arbitrazh) en art. 1 lid 2 Arbitragewet).

4.7.35

De vraag of arbitrage overeenkomstig art. 26 ECT strijdig is met Russisch recht beantwoordt het hof ontkennend. Het is niet juist dat een geschil tussen een buitenlandse investeerder en het gastland publiekrechtelijk van aard is. De heersende opinie in

doctrine en rechtspraak is volgens Krupko dat dergelijke geschillen civielrechtelijk van aard zijn, ook al bestaat daarover geen unanimititeit.⁵⁶ Veliaminov en Volova onderschrijven dit standpunt⁵⁷ en het hof sluit zich daarbij aan als zijnde de heersende leer in de Russische Federatie.

4.7.36

Ook echter indien het hof er veronderstellenderwijs van uitgaat dat naar Russisch recht arbitrage slechts voor civielrechtelijke geschillen open is gesteld en dat het onderhavige geschil niet een dergelijk civielrechtelijk geschil is, is internationale arbitrage op de voet van art. 26 ECT nog niet 'inconsistent' met Russisch recht.

4.7.37

Art. 26 ECT voorziet in internationale arbitrage overeenkomstig de UNCITRAL-regels voor investeringsgeschillen die betrekking hebben op de schending van de regels van de ECT. Een op grond van art. 26 ECT benoemd scheidsgerecht moet een aan hem voorgelegd geschil beslissen "in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law". Het valt niet in te zien, en dat volgt ook niet uit de stellingen van de Russische Federatie, dat een dergelijke vorm van internationale arbitrage niet zou kunnen bestaan naast de door de Russische Federatie aangehaalde wettelijke bepalingen. Dat Russisch recht voor nationale situaties de mogelijkheid van arbitrage slechts openstelt voor civielrechtelijke geschillen is niet in strijd met de omstandigheid dat de ECT, voor de daarin geregelde gevallen, daarnaast en in aanvulling op de bestaande mogelijkheden naar nationaal Russisch recht, internationale arbitrage openstelt. Dat Russisch recht heel goed kan leven met internationale investeringsarbitrage wordt bovendien bevestigd doordat de Russische Federatie partij is bij een groot aantal bilaterale investeringsverdragen ('bilateral investment treaties' of 'BITs') waarin internationale arbitrage als (mogelijke) vorm van geschilbeslechting is overeengekomen.⁵⁸ In de door de Russische Federatie opgestelde model BITs uit 1992 en 2001/2002 die zij als uitgangspunt hanteert bij de onderhandelingen met andere staten over bilaterale investeringsverdragen⁵⁹ is internationale arbitrage overeenkomstig de UNCITRAL-regels of de ICSID-regels als een van de mogelijkheden opgenomen voor geschillen tussen een investeerder en de gaststaat (art. 6 respectievelijk art. 8 van deze model-BITs). In de hiervoor aangehaalde BITs en in deze model-BITs zijn geen beperkingen opgenomen ten aanzien van de aard (civielrechtelijk of publiekrechtelijk) van het geschil dat aan arbiters kan worden voorgelegd, noch is daarin een beperking te lezen in die zin dat arbiters alleen over de omvang van de schadevergoeding zouden mogen beslissen. Uit de verdragspraktijk van de Russische Federatie blijkt derhalve geen enkele terughoudendheid ten aanzien van internationale arbitrage van geschillen over investeringsverdragen. Het argument van de Russische Federatie dat de bedoelde BITs zijn bekrachtigd en dat daarmee aldus bij federale wet is afgeweken van het veronderstelde verbod op arbitrage van publiekrechtelijke geschillen, is gekunsteld en mist het punt waar het om gaat. Een staat die zo regelmatig internationale arbitrage over investeringsgeschillen overeenkomt en in zijn onderhandelingen met andere staten een dergelijke vorm van geschilbeslechting uitdrukkelijk als uitgangspunt neemt, kan in

redelijkheid niet volhouden dat deze vorm van arbitrage niet kan bestaan naast de bepalingen van nationaal recht die arbitrage tot civielrechtelijke geschillen beperken of anderszins in strijd is met Russisch recht.

4.7.38

Ook uit de Explanatory Note die de regering op 26 augustus 1996 als toelichting bij het wetsvoorstel tot ratificatie van de ECT bij de Doema heeft ingediend⁶⁰ en waarin op grond van art. 16 lid 4 FLIT moest zijn opgenomen “a report on its conformity with the legislation of the Russian Federation”, blijkt niet van enig probleem met de arbitrageclausule van art. 26 ECT of met voorlopige toepassing van die bepaling. De Explanatory Note luidt voor zover hier van belang:

“At the time of the signing of the ECT, its provisions on provisional application were in conformity with the Russian legal acts. For that reason, the Russian side did not make declarations as to its ability to accept provisional application (such declarations were made by 12 of the 49 signatories).

(...)

The provisions of the ECT are consistent with Russian legislation.”

De eerste zin uit dit citaat luidt in de volgens de Russische Federatie correcte vertaling:

“At the time of signing of the Energy Charter Treaty, the provision regarding provisional application was not in contravention of the Russian legal acts.”⁶¹

Deze passages laten geen andere uitleg toe dan dat de regering de opvatting was toegedaan dat de bepalingen van de ECT, waaronder noodzakelijkerwijs de bepalingen omtrent internationale investeringsarbitrage van art. 26 ECT, ‘consistent’ waren met Russisch recht en dat er geen aanleiding was de voorlopige toepassing van de ECT in enig opzicht te beperken door het afleggen van een verklaring. Hoewel deze opvatting van de regering de Doema uiteraard niet bindt, vormt deze wel een sterke aanwijzing dat het huidige standpunt van de Russische Federatie over de onverenigbaarheid van dergelijke arbitrage met Russisch recht niet juist is. Hoewel in de Explanatory Note niet met zoveel woorden wordt gezegd dat art. 26 ECT ‘consistent’ is met Russisch recht, is het nauwelijks voorstelbaar dat een dergelijke tekst in de Explanatory Note zou zijn opgenomen indien de regering van mening was dat art. 26 ECT daarmee wel in strijd was. Het argument van de Russische Federatie dat deze passage uit de Explanatory Note zou zien op de situatie na ratificatie wordt gelogenstraft door de duidelijke tekst van deze passage, die als ijkpunt neemt ‘the time of the signing’ (van het Verdrag).

4.7.39

Reeds op grond van het voorgaande kan niet worden geoordeeld dat art. 26 ECT in strijd is met Russisch recht in de zin van de Limitation Clause van art. 45 lid 1 ECT, ook niet als wordt uitgegaan van de uitleg die de Russische Federatie daaraan geeft. Wat betreft de specifieke bepalingen van nationaal recht waarop de Russische Federatie zich meer in het bijzonder beroept, overweegt het hof nog het volgende.

4.7.40

De Russische Federatie wijst op art. 27 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, dat bepaalt dat geschillen die voortvloeien uit civielrechtelijke betrekkingen met instemming van partijen kunnen worden voorgelegd aan een scheidsgerecht. Art. 25 van dat wetboek bepaalt echter⁶²:

“Courts shall also review cases with foreign citizens, stateless persons, foreign enterprises, and organizations participating in them, provided that no alternative is stated in interstate agreements, international agreements or agreements between the parties.”

En art. 1 lid 2 luidt⁶³:

“If an international treaty of the Russian Federation has established the rules for the civil court procedures different from those stipulated by the law, the rules of the international treaty shall be applied.”

Deze bepalingen laten geen andere conclusie toe dan dat verdragen regels kunnen inhouden die tot gevolg hebben dat andere dan civielrechtelijke geschillen aan arbitrage kunnen worden onderworpen.

4.7.41

De Russische Federatie beroept zich ook op art. 1 lid 2 van de Wet over Internationale Handelsarbitrage, dat bepaalt dat geschillen voortvloeiend uit contractuele of andere civielrechtelijke betrekkingen voortvloeiend uit het onderhouden van buitenlandse handels- en overige internationale economische betrekkingen aan internationale handelsarbitrage kunnen worden voorgelegd indien de commerciële onderneming van ten minste één van de partijen in het buitenland gevestigd is. Afgezien van het feit dat deze wet, blijkens art. 1 lid 1 daarvan, alleen van toepassing is indien de arbitrage plaatsvindt in de Russische Federatie, en de Russische Federatie ook zelf toegeeft dat deze wet niet van toepassing is op de onderhavige internationale investeringsarbitrage (pleitnota mr. Van den Berg dupliek nr. 37), luidt art. 1 lid 5 van deze wet als volgt⁶⁴:

“If an international treaty of the Russian Federation establishes rules other than those which are contained in the Russian legislation relating to arbitration (third-party tribunal), the rules of the international treaty shall be applied.”

Ook in dit geval is dus expliciet een uitzondering gemaakt voor arbitrage op grond van een verdrag.

4.7.42

Hetzelfde geldt voor de artt. 21 en 23 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in Handelszaken (Arbitrazh), waarop de Russische Federatie een beroep doet om te betogen dat slechts civielrechtelijke geschillen kunnen worden onderworpen aan arbitrage. Ook hier miskent de Russische Federatie dat diezelfde wet in art. 3 lid 3 bepaalt⁶⁵:

“If the rules of the court proceedings, established by an international treaty of the Russian Federation, differ from those stipulated by the legislation of the Russian Federation, the rules of the international treaty shall be applied.”

Ook hieruit blijkt dat de nationale regels over de vraag welke geschillen arbitabel zijn, er niet aan in de weg staan dat een verdrag een ruimere mogelijkheid voor geschilbeslechting door middel van arbitrage biedt.

4.7.43

De Russische Federatie en haar deskundige prof. Asoskov hebben ook nog een beroep gedaan op art. 1 lid 1 van de ‘Provisional Regulation on Arbitral Tribunal for Resolving Economic Disputes’ en op art. 1 lid 2 van de ‘Law on Arbitral Tribunals’, die de ‘Provisional Regulation’ opvolgde, maar beide regelingen hebben alleen betrekking op ‘domestic arbitration’⁶⁶ en zijn dus voor dit geschil niet relevant. Ook het beroep van de Russische Federatie op art. 17 van de Wet van 27 december 1991 over de beginselen van het belastingsysteem van de Russische Federatie (No. 2118-1), art. 138 lid 1 van de Belastingwet (1998), art. 90 van de Federale Wet inzake Procedures tot Tenuitvoerlegging (1997, No. 119-FZ) en art. 428 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (1964) (pleitnota mr. Van den Berg re artikel 45 ECT, deel II nr. 125) faalt. Deze bepalingen zeggen niets over de vraag of een internationaal investeringsgeschil aan internationale arbitrage kan worden onderworpen indien een verdrag daarin voorziet.

4.7.44

Voor zover de Russische Federatie betoogt dat waar in de hiervoor bedoelde wetten een verdrag wordt genoemd, daarmee alleen wordt bedoeld op een bekrachtigd verdrag, volgt het hof haar daarin niet. Zoals blijkt uit hetgeen hiervoor is overwogen heeft een voorlopig toegepast verdrag hetzelfde effect in de Russische rechtsorde als een bekrachtigd verdrag. Prof. Asoskov merkt op dat de bepalingen waarin een uitzondering wordt gemaakt op grond van een toepasselijk verdrag, niet meer dan een herhaling vormen van de regel van art. 15 lid 4 Grondwet. Wat hier verder ook van zij, deze uitzonderingsbepalingen maken op zijn minst duidelijk dat internationale arbitrage van niet puur civielrechtelijke geschillen op grond van een verdrag niet in strijd is met de hiervoor genoemde bepalingen van Russisch recht.

4.7.45

De Russische Federatie beroept zich voorts nog op de uitspraak van het Constitutionele Hof van 26 mei 2011 nr. 10-P.⁶⁷ Deze zaak heeft echter betrekking op een geschil aangaande in de Russische Federatie gelegen onroerend goed, waarin niet de vraag speelde of internationale investeringsarbitrage op grond van een verdrag toelaatbaar is. De uitspraak van het Constitutionele Hof is derhalve niet relevant voor de hier aan de orde zijnde vraag. Datzelfde geldt voor de uitspraak van het Constitutionele Hof van 15 januari 2015 Nr. 5-O⁶⁸, waarin dat Hof (in een nationale context) opmerkt dat ‘the current legal system does not permit the arbitration of disputes arising out of administrative and other public law relations’ (rov. 2.2). Uit deze uitspraak volgt niet dat internationale investeringsarbitrage op grond van een verdrag in strijd met Russisch recht is.

4.7.46

HVY hebben bovendien aangevoerd dat Russisch recht niet alleen niet in de weg staat aan internationale investeringsarbitrage op grond van een verdrag, maar dat de LFI 1991 en de LFI 1999 dergelijke arbitrage expliciet mogelijk maken.

De artt. 5, 9 en 10 LFI 1991 luiden:

LFI 1991

“Article 5

Legal Protection of Foreign Investments in the RSFSR

Relations linked with foreign investments in the Russian Federation are regulated by the present Law, as well as by other legislative acts and international agreements in force on the territory of the Russian Federation. Should international agreements, in force on the territory of the Russian Federation, determine other rules than those, contained in the RSFSR legislation, the rules of an international agreement shall apply.

Article 9

Procedures for Settling Disputes

Investment disputes, including disputes over the size, terms or procedure for paying compensation shall be settled by the Supreme Court of the Russian Federation or in the RSFSR Supreme Court of Arbitration, if no other procedure is envisaged by some international agreement in force on the territory of the Russian Federation.

Disputes of foreign investors and enterprises with foreign investment with state bodies of the Russian Federation, enterprises, public organizations and other juridical persons of the RSFSR, disputes among investors and enterprises with foreign investment on matters linked with their economic activities, as well as disputes between participants of an enterprise with foreign investment and the enterprise itself are subject to settlement in courts of the Russian Federation or, on agreement between sides, in a Court of Arbitration.

(...)

An international agreement in force on the territory of the Russian Federation may envisage the use of international means for settling disputes, arising from foreign investments on the territory of the Russian Federation.

LFI 1999

Article 10

Guarantee of Proper Settlement of Disputes Related to Investment and Business Activities of Foreign Investors in the Russian Federation

Any dispute involving a foreign investor and related to the investment and business activities of such investor in the Russian Federation shall be settled in compliance with the international treaties of the Russian Federation and federal laws in court, an arbitration court or international arbitration (arbitration tribunal).”

(onderstreping telkens van het hof)

De LFI 1999 is de opvolger van de LFI 1991. Volgens de Russische Federatie heeft de wetgever met de LFI 1999 niet beoogd inhoudelijke wijzigingen tot stand te brengen die zien op geschilbeslechting door middel van arbitrage. Het hof zal dit ook tot uitgangspunt nemen.

4.7.47

De rechtbank heeft overwogen dat, nu art. 9 lid 1 LFI 1991 een andere wijze van geschilbeslechting (dan de daarin voorziene rechtsgang naar de ‘Supreme Court of the Russian Federation’ of de ‘RSFSR Supreme Court of Arbitration’) slechts mogelijk maakt indien een verdrag daarin voorziet, deze bepaling geen zelfstandige wettelijke basis biedt voor arbitrage tussen HVY en de Russische Federatie (rov. 5.51). De rechtbank besliste hetzelfde ten aanzien van art. 10 LFI 1999 (rov. 5.56 en 5.58). Zoals hiervoor is overwogen, is het oordeel van de rechtbank onjuist (rov. 4.5.47). Het is niet relevant of de arbitrage tussen HVY en de Russische Federatie een grondslag had in de LFI 1991 of de LFI 1999. De grondslag voor de arbitrage is immers te vinden in art. 26 ECT. Waar het om gaat, is of een dergelijke vorm van arbitrage strijdig is met Russisch recht. Zowel de LFI 1991 als de LFI 1999 laten zien dat dit niet het geval is, want beide wetten laten uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat een geschil tussen een buitenlandse investeerder en de Russische Federatie op een andere wijze wordt beslecht dan door een Russisch gerecht. Art. 9 LFI 1991 wijst in dat verband op de mogelijkheid van “international means for settling disputes” en art. 10 LFI 1999 op “international arbitration (arbitration tribunal)”. Er kan geen misverstand over bestaan dat arbitrage op de voet van art. 26 ECT en conform de UNCITRAL-rules onder beide omschrijvingen moet worden begrepen.

4.7.48

De Russische Federatie heeft tegen de toepasselijkheid van art. 9 LFI 1991 en art. 10 LFI 1999 een aantal argumenten aangevoerd die niet overtuigen. Voor zover de Russische Federatie aanvoert dat de geciteerde artikelen niet van toepassing zijn omdat deze de eis stellen van een bekrachtigd verdrag (‘international agreement in force’) en de ECT niet door de Russische Federatie is bekrachtigd, verwijst het hof naar hetgeen hiervoor (rov. 4.7.22 e.v.) is overwogen: een voorlopig toegepast verdrag heeft in de Russische rechtsorde dezelfde rechtskracht als een bekrachtigd verdrag. De Russische Federatie wijst voorts op art. 7 lid 3 LFI 1991, waarin is bepaald dat “decisions of state bodies to confiscate foreign investments may be appealed against in RSFSR courts”. Volgens haar betekent dit dat geschillen over onteigening niet aan internationale arbitrage kunnen worden onderworpen. Het hof volgt dit betoog niet. Niet valt in te zien hoe de mogelijkheid van investeerders om een besluit tot onteigening aan te vechten voor de nationale gerechten, afbreuk kan doen aan de zeer ruime mogelijkheden die art. 9 LFI 1991 (zowel in het eerste als in het laatste lid) en art. 10 LFI 1999 bieden om

investeringsgeschillen aan internationale arbitrage te onderwerpen indien een verdrag daarin voorziet. Voor de grondslagen en reikwijdte van een dergelijke arbitrage verwijst de wet immers naar wat het desbetreffende verdrag daarover bepaalt, onafhankelijk van wat art. 7 LFI 1991 inhoudt. Overigens hebben HVY in de arbitrageprocedure geen beroep ('appeal') ingesteld tegen een 'besluit tot onteigening', maar hebben zij schadevergoeding gevorderd op grond van de stelling dat de Russische Federatie in strijd met de ECT hun investeringen in Yukos heeft onteigend zonder schadeloosstelling aan te bieden en heeft nagelaten deze investeringen te beschermen. Uit de Yukos Awards blijkt ook dat er nimmer een formele 'onteygning' van (de aandelen in) Yukos heeft plaatsgevonden. Het Scheidsgerecht overwoog immers dat de Russische Federatie Yukos of de aandelen van haar aandeelhouders niet expliciet heeft onteigend, maar dat de maatregelen die de Russische Federatie jegens Yukos had genomen "an effect equivalent to nationalization or expropriation" hadden (Final Award nr. 1580).

4.7.49

De Russische Federatie voert voorts aan dat de LFI 1991 en de LFI 1999 geen betrekking hebben op investeringen zoals de onderhavige, waarbij – naar de Russische Federatie meent – geen buitenlands kapitaal in de Russische Federatie is geïnjecteerd en die in feite door Russische onderdanen (de Russische Federatie doelt op Khodorkovsky c.s.) zijn verricht. Dit betoog gaat reeds hierom niet op, nu de bevoegdheid van het Scheidsgerecht moet worden beoordeeld aan de hand van de vraag of art. 26 ECT daarvoor een grondslag biedt, niet aan de hand van de vraag of de LFI 1991 en de LFI 1999 daarvoor een grondslag bieden. Waar het hier om gaat, is dat beide wetten bevestigen dat een geschil als het onderhavige arbitabel is. De vraag of in een bepaald geval arbitrage van een internationaal investeringsgeschil op grond van een verdrag is overeengekomen, moet worden beantwoord aan de hand van de voorwaarden die een dergelijk verdrag aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht stelt. De door de Russische Federatie naar voren gebrachte argumenten over de aard van de investering en de investeerders horen dan ook thuis in een discussie over art. 1 lid 6 en 7 ECT en zullen daar besproken worden. Hetzelfde geldt voor de stelling dat geen sprake is van een 'investering' indien aandelen worden overgedragen om belasting te ontduiken. Overigens is voor de stelling van de Russische Federatie geen steun te vinden in de tekst van de beide wetten. Een beperking tot een 'buitenlandse investeerder' of tot 'buitenlands kapitaal' is daarin niet te lezen en, afgezien van de opinie van prof. Yarkov, die toegeeft dat zijn uitleg van de beide investeringswetten niet wordt ondersteund door rechtspraak of literatuur, ontbreekt het aan gezaghebbende bronnen om deze interpretatie te staven. Prof. Stephan wijst er bovendien terecht op dat de beperkingen die de Russische Federatie in beide wetten wil lezen in 2018 alsnog zijn ingevoerd en dat dit een sterke aanwijzing is dat die beperkingen voordien niet bestonden.⁶⁹

4.7.50

De Russische Federatie voert aan dat op grond van de LFI 1991 en de LFI 1999 alleen privaatrechtelijke geschillen aan arbiters kunnen worden voorgelegd. Ook hier geldt echter dat deze wetten, voor de vraag welke investeringsgeschillen tussen de Russische Federatie en een buitenlandse investeerder aan arbitrage kunnen worden onderworpen,

verwijzen naar een toepasselijk verdrag. Op grond van de LFI 1991 en de LFI 1999 bepaalt het desbetreffende verdrag dus welke investeringsgeschillen tussen de Russische Federatie en een buitenlandse investeerder wel en niet voor arbitrage in aanmerking komen. De artt. 9 LFI 1991 en 10 LFI 1999 beperken die mogelijkheid zelf niet tot privaatrechtelijke geschillen. Het hof merkt nog op dat zoals hiervoor (rov. 4.7.35) is vastgesteld, naar heersende Russische opvatting een internationaal investeringsgeschil als een civielrechtelijk geschil moet worden beschouwd.

4.7.51

De artt. 9 LFI 1991 en 10 LFI 1999 gaan bovendien uit van een ruime opvatting van wat als een investeringsgeschil onder deze wetten kan worden beschouwd en enige beperking tot privaatrechtelijke geschillen of onderwerpen valt daarin niet te lezen. Art. 9 LFI 1991 spreekt van “investment disputes, including disputes over the size, terms or procedure for paying compensation” (onderstreping hof) en maakt zo duidelijk dat investeringsgeschillen niet beperkt zijn tot geschillen over de modaliteiten van een te betalen schadevergoeding. De model-BIT die in 1992 werd vastgesteld, kent in de arbitrageclausule dan ook geen beperkingen in dat opzicht.⁷⁰ Dit wordt bevestigd door art. 10 LFI 1999, dat een ruime omschrijving geeft van de geschillen die arbitabel zijn en waarin enige verwijzing naar de modaliteiten van een te betalen schadevergoeding geheel ontbreekt: “Any dispute involving a foreign investor and related to the investment and business activities of such investor in the Russian Federation” (onderstreping hof). Dit is ook in overeenstemming met het doel van de LFI 1991 en de LFI 1999, dat blijkens hun considerans immers is “to attract (...) foreign material and financial resources, advanced foreign technology and managerial experience”. In dit verband is ook van belang dat in het opschrift van art. 10 LFI 1999 de woorden ‘Guarantee of Proper Settlement of Disputes Related to Investments’ (onderstreping hof) bevat. Vaak zal een buitenlandse investeerder niet afhankelijk willen zijn van de rechterlijke instanties van het gastland en de voorkeur geven aan internationale arbitrage, althans de mogelijkheid willen hebben om daarvoor te kiezen. Het ligt dan ook voor de hand dat de LFI 1991 en de LFI 1999, teneinde investeringen in de Russische Federatie te stimuleren, daaraan tegemoet willen komen. De enge interpretatie die de Russische Federatie bepleit en die zou meebrengen dat een geschil als dat van HVY met de Russische Federatie niet arbitabel zou zijn, of alleen ten aanzien van de modaliteiten van een te betalen schadevergoeding, zou dan ook niet wezenlijk bijdragen aan het aantrekken van investeringen. Daarbij moet bedacht worden dat het bij investeringsgeschillen tussen een buitenlandse investeerder en een gaststaat, in veel gevallen zal gaan om geschillen als de onderhavige waarbij (vormen van) onteigening, nationalisatie en belastingheffing een rol spelen. Volgens de Russische Federatie zouden de beide investeringswetten juist voor die situaties geen arbitrage toelaten, omdat daarbij publiekrechtelijk handelen van de Russische Federatie in het geding is. Dat staat haaks op het doel van deze beide wetten en de ‘garantie’ die art. 10 LFI 1999 onmiskenbaar beoogt te bieden.

4.7.52

De Russische Federatie heeft gewezen op rechtsgeleerde auteurs die zouden onderschrijven dat beide investeringswetten alleen arbitrage openstellen voor civielrechtelijke geschillen.⁷¹ De door prof. Asoskov aangehaalde auteurs ondersteunen het standpunt van de Russische Federatie echter niet. Zowel het commentaar van Boguslavsky en Orlov als dat van Doronina en Semilutina schrijven over het tweede lid van art. 9 LFI 1991, dat niet verwijst naar enig verdrag en dat in dit verband niet relevant is. De leden 1 en 3 van dat artikel verwijzen wel naar een toepasselijk verdrag en daar gaat het in dit geval dan ook om. Prof. Asoskov schrijft nog ten aanzien van art. 9 lid 3 LFI 1991 dat de woorden 'international means of resolution of disputes' in de wet werden opgenomen om de Russische Federatie te kunnen laten toetreden tot het EVRM en om in verband daarmee de rechtsmacht van het EHRM te kunnen erkennen. Hij noemt echter geen bronnen die deze stelling ondersteunen en overigens is ook onaannemelijk dat een dergelijk onderwerp zou zijn geregeld in een wet die betrekking heeft op buitenlandse investeringen. Voor zover de Russische Federatie ook hier wil betogen dat de verwijzing naar internationale verdragen niet meer is dan een herhaling van art. 15 lid 4 Grondwet zonder bijzondere betekenis, volgt het hof haar daarin niet. Zowel in de LFI 1991 als in de LFI 1999 wordt met zoveel woorden verwezen naar 'international means for settling disputes' (art. 9 LFI 1991) en 'international arbitration' (art. 10 LFI 1999), hetgeen er op wijst dat een dergelijke (op een verdrag gebaseerde) vorm van geschilbeslechting voor internationale investeringsgeschillen onder ogen is gezien en zonder meer mogelijk wordt geacht.

4.7.53

Prof. Asoskov heeft nog gewezen op commentaren van R. Nagapetyants⁷² en van Dolgov en Perskaya⁷³, die stellen dat arbitrage in investeringsverdragen beperkt bleef tot het vaststellen van de modaliteiten van schadevergoeding. Het commentaar van Nagapetyants heeft uitdrukkelijk betrekking op de verdragspraktijk van de Sovjet-Unie en is dus niet doorslaggevend voor de juridische situatie toen de Russische Federatie de ECT ondertekende. Dolgov en Perskaya stellen in hun commentaar van 1993 dat als de Russische Federatie met andere staten verdragen over investeringsbescherming afsluit, de daarin overeengekomen arbitrage beperkt blijft tot 'civil law matters only', meer in het bijzonder de modaliteiten van een te betalen schadevergoeding. Dolgov en Perskaya laten zich niet uit over de strekking van de LFI 1991 of over de vraag of arbitrage over investeringsgeschillen, indien een verdrag arbitrage niet tot privaatrechtelijke geschillen beperkt (zoals de ECT), in strijd is met het recht van de Russische Federatie. Overigens geeft prof. Asoskov toe dat halverwege 1992 de praktijk voor het afsluiten van BITs wijzigde en hij verwijst naar Regulation no. 395 waarbij een nieuwe model-BIT werd vastgesteld.⁷⁴ In deze model-BIT is in art. 6 voor geschillen tussen een investeerder en een gaststaat onder meer voorzien in UNCITRAL-arbitrage voor "disputes (...) arising in connection with capital investments, including disputes over the size, terms or order of the payment of compensation". Prof. Asoskovs stelling dat deze ontwikkeling uit 1992 niet kan afdoen aan de interpretatie van de LFI 1991 is niet aannemelijk. Het is veeleer aannemelijk dat de LFI 1991 de weg heeft vrijgemaakt voor arbitrage van investeringsgeschillen zoals verwoord in de model-BIT van 1992. Voor zover prof.

Asoskov ook hier bedoelt dat 'including' eigenlijk betekent 'limited to' is dat niet alleen in strijd met de duidelijke bewoordingen van art. 6 model-BIT (en art. 9 LFI 1991), maar ook met zijn eigen stelling dat in 1992 een beleidswijziging plaatsvond.⁷⁵

4.7.54

De Russische Federatie heeft ook een beroep gedaan op de Grondbeginselenwet, die door de toenmalige Russische Federale Socialistische Sovjetrepubliek zou zijn geïmplementeerd door middel van de LFI 1991. Daarom zou bij de uitleg van de LFI 1991 rekening moeten worden gehouden met hetgeen art. 43 Grondbeginselenwet⁷⁶ bepaalt. In hoeverre de Grondbeginselenwet inderdaad de uitleg van de LFI 1991 beïnvloedt kan in het midden blijven, aangezien lid 1 van art. 43 van die wet bepaalt:

"Disputes between foreign investors and the State are subject to consideration in the USSR in courts, unless otherwise provided by international treaties of the USSR."

Ook de Grondbeginselenwet bepaalt dus dat een internationaal verdrag kan voorschrijven dat investeringsgeschillen tussen een investeerders en de USSR langs andere weg kunnen worden opgelost dan door de Russische rechter. Enige beperking tot privaatrechtelijke geschillen is hierin bovendien niet te lezen. Het standpunt van de Russische Federatie dat art. 43 lid 1 Grondbeginselenwet alleen verwijst naar een bekrachtigd verdrag moet, op grond van de overwegingen die hiervoor zijn aangevoerd, worden verworpen: een voorlopig toegepast verdrag heeft binnen het Russische rechtssysteem dezelfde werking als een bekrachtigd verdrag.

4.7.55

De Russische Federatie beroept zich ten slotte op de memories van toelichting bij een aantal BITs (memorie van antwoord nr. 223), waarin tot uitdrukking is gebracht dat de desbetreffende verdragen, die een arbitrageclausule bevatten, vanwege (onder meer) die omstandigheid moesten worden geratificeerd. De rechtbank heeft overwogen dat deze toelichtingen zich niet anders laten begrijpen dan dat de LFI 1991 en de LFI 1999 geen grondslag bevatten voor investeringsarbitrage. De door de Russische Federatie (in de memorie van antwoord nr. 223 en voetnoot 319) geciteerde passage uit de toelichting op de wet tot goedkeuring van de BIT met Argentinië luidt als volgt:

"Considering that the Agreement contains provisions different from those provided by the Russian legislation, it is subject to ratification in accordance with clause 15(1)(a) of the Federal Law (...) 'on International Treaties of the Russian Federation' (...) The key issues by virtue of which the above Agreement is subject to ratification are as follows (...) the settlement in an international arbitration court of investment disputes between one Party and an investor of the Other Party, as well as disputes between the Parties concerning the interpretation and application of the Agreement (...) the federal Law No. 1545-1 of July 4, 1991 'On Foreign Investment in the RSFSR' does not provide for a mechanism of settlement of such type of dispute by international arbitration."

Volgens de Russische Federatie bevatten de toelichtingen bij andere BITs vergelijkbare passages (memorie van antwoord nr. 224), deze zijn deels geciteerd door prof. Asoskov in zijn Expert Report van 10 november 2017.⁷⁷ De toelichting op de wet tot goedkeuring van de BIT met Yemen gebruikt iets andere bewoordingen en luidt als volgt:

“Pursuant to Article 15 of the Federal Law ‘On International Treaties of the Russian Federation’, the Agreement is subject to ratification because it contains provisions which are not provided for by Russian legislation.”⁷⁸

4.7.56

Het hof stelt voorop dat het niet voor de hand ligt om, zoals de Russische Federatie kennelijk bepleit, geen betekenis toe te kennen aan de uitdrukkelijke mededeling in de ‘Explanatory Note’ bij de ECT dat de bepalingen van de ECT ‘consistent’ zijn met Russisch recht, maar wel aan mededelingen in de toelichtende stukken bij andere (bilaterale) investeringsverdragen, die niet voorlopig van toepassing zijn verklaard. Het hof volgt de Russische Federatie ook overigens niet in haar betoog. Op grond van art. 15 lid 1 onder a FLIT, naar welk artikel de geciteerde toelichtingen met zoveel woorden verwijzen, is ratificatie (onder meer) vereist indien het verdrag “(...) sets out rules different from those provided by law” (hetgeen niet hetzelfde is als ‘in strijd met’ Russisch recht). Vervolgens zeggen de toelichtingen dat de LFI 1991 “does not provide for a mechanism of settlement of such type of dispute by international arbitration” of – in een iets andere formulering – dat het verdrag ‘contains provisions which are not provided for by Russian law’. Kennelijk zag de regering in de omstandigheid dat de LFI 1991 zelf niet voorziet in (een bepaald mechanisme van) arbitrage maar de desbetreffende BITs wel, aanleiding om die BIT ter ratificatie voor te dragen aangezien in zoverre sprake was van ‘rules different from those provided by law’. Dat is in overeenstemming met het standpunt van HVY (en het oordeel van het hof), dat inhoudt dat de LFI 1991 en de LFI 1999 weliswaar de mogelijkheid openen voor internationale investeringsarbitrage (en aldus bevestigen dat internationale investeringsarbitrage niet strijdig is met Russisch recht), maar dat zij daarvoor niet zelf de grondslag bieden, die nu eenmaal moet worden gevonden in het desbetreffende investeringsverdrag, in dit geval art. 26 ECT. Kortom, de omstandigheid dat de BITs bekrachtigd moesten worden omdat daarin internationale investeringsarbitrage was overeengekomen, betekent niet dat hieruit de opvatting naar voren komt dat dergelijke arbitrage in strijd is met Russisch recht. De stelling van prof. Asoskov, dat een van de redenen voor ratificatie was “inconsistency with the Russian legislation of the dispute resolution provided for in the BITs” (onderstreping hof) vindt dan ook geen steun in deze toelichtingen.

4.7.57

Het hof merkt ter afsluiting op dat, ook indien zou moeten worden geoordeeld dat de LFI 1991 en de LFI 1999 geen grondslag bieden om een geschil als dat van HVY en de Russische Federatie in een verdrag aan internationale investeringsarbitrage te onderwerpen, uit deze wetten toch in ieder geval niet valt af te leiden dat een dergelijke vorm van arbitrage ‘inconsistent’ is met Russisch recht. Zoals hiervoor is overwogen, volgt dat ook niet uit andere bronnen van Russisch recht. Niet is komen vast te staan dat

art. 26 ECT niet kan worden toegepast zonder in strijd te komen met enige regel van Russisch recht. Van een algemeen in de Russische Federatie levende rechtsovertuiging dat internationale arbitrage van internationale investeringsgeschillen ongeoorloofd is, is evenmin gebleken.

4.7.58

De conclusie luidt dat art. 26 ECT niet in strijd is met Russisch recht in de zin van de Limitation Clause.

(c) Komt naar Russisch recht aan aandeelhouders een vordering toe voor waardevermindering van hun aandelen?

4.7.59

In het kader van de vraag of het Scheidsgerecht bevoegd was om van de vordering van HVY kennis te nemen, voert de Russische Federatie aan dat HVY als (voormalige) aandeelhouders van Yukos naar Russisch recht geen rechtsvordering kunnen instellen wegens waardevermindering of verlies van hun aandelen die het gevolg is van schade die is toegebracht aan de vennootschap (Yukos); de voorlopige toepassing van de artt. 1 en 26 is strijdig met deze rechtsregel. Volgens de Russische Federatie brengt art. 45 ECT niet mee dat HVY een beroep kunnen doen op de ruime bevoegdheden die artt. 1 en 26 ECT aan aandeelhouders toekennen om vorderingen in te stellen wegens waardevermindering of verlies van aandelen (memorie van antwoord nr. 250). Als gevolg hiervan is er dus geen geldige overeenkomst tot arbitrage totstandgekomen (memorie van antwoord nr. 251).

4.7.60

Het Scheidsgerecht heeft dit verweer verworpen. Het Scheidsgerecht overwoog dat HVY een vordering instellen wegens schending van hun eigen rechten op grond van de ECT, niet op grond van de rechten van Yukos, en dat de vordering van HVY geen afgeleide vordering is maar een vordering voor een direct verlies door HVY van hun aandelen en hun waarde.⁷⁹ HVY hebben aangevoerd dat van een afgeleide vordering geen sprake is en dat het argument van de Russische Federatie dan ook niet in de weg kan staan aan de bevoegdheid van het Scheidsgerecht.

4.7.61

De rechtbank is aan deze vernietigingsgrond niet toegekomen, maar omdat de grieven (in ieder geval deels) slagen zal het hof daarop thans in verband met de devolutieve werking van het hoger beroep ingaan.

4.7.62

Deze grond (c) kan niet tot vernietiging van de Yukos Awards leiden. De stelling dat HVY als (voormalige) aandeelhouders van Yukos naar Russisch recht geen rechtsvordering kunnen instellen in verband met schade toegebracht aan de vennootschap (memorie van antwoord nr. 242), heeft niets van doen met de vraag of art. 26 ECT voorlopig moet worden toegepast en of een geldige arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen in de

zin van art. 1065 lid 1 onder a Rv. Voor de beantwoording van de vraag of het Scheidsgerecht op grond van art. 26 ECT bevoegd was om over het geschil tussen partijen te oordelen is de bedoelde stelling dus niet van belang.

4.7.63

In de tweede plaats is de beslissing van het Scheidsgerecht juist. Het Scheidsgerecht heeft de vordering van HVY immers aldus begrepen dat zij aanvoeren dat de Russische Federatie hun aandelen (niet expliciet maar wel de facto) heeft onteigend.⁸⁰ Het Scheidsgerecht heeft de vorderingen van HVY ook op deze grond toegewezen. Het hof onderschrijft deze lezing van de stellingen van HVY, die door de Russische Federatie overigens niet wordt aangevochten. Daarvan uitgaande heeft het Scheidsgerecht terecht beslist dat HVY geen rechtsvordering hebben ingesteld voor schade toegebracht aan de vennootschap (Yukos).

4.7.64

Voor zover overigens al zou moeten worden geoordeeld dat de ECT vorderingen van aandeelhouders mogelijk maakt die aandeelhouders naar Russisch recht niet kunnen instellen, volgt daaruit nog niet dat de ECT op dit punt strijdig (in de zin van de Limitation Clause) is met Russisch recht. Niet valt in te zien waarom het feit dat de ECT aan aandeelhouders een mogelijkheid biedt in een internationaal investeringsgeschil een rechtsvordering in te stellen die zij in de nationale context wellicht niet zouden hebben, in strijd zou zijn met het recht van de Russische Federatie. De Russische Federatie heeft ook niet onderbouwd waarom dat zo zou zijn.

4.7.65

De conclusie luidt dat ook grond (c) niet tot vernietiging van de Yukos Awards kan leiden.

4.8 (

viii) Het beroep van HVY op 'estoppel' en 'acquiescence', de regel uit IMS/DIO

4.8.1

Aan het beroep van HVY op het IMS/DIO-arrest⁸¹ en op estoppel en acquiescence komt het hof gezien het voorgaande niet toe.

4.9

Conclusie ten aanzien van de grieven

4.9.1

De conclusie luidt dat de grieven in ieder geval deels slagen. De door de rechtbank gegeven motivering kan haar oordeel dat geen geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen niet dragen.

4.9.2

Dit betekent dat het hof thans in verband met de devolutieve werking van het hoger beroep zal nagaan of de andere stellingen die de Russische Federatie heeft aangevoerd om te betogen dat het Scheidsgerecht onbevoegd was gegrond zijn. Het hof zal daartoe

achtereenvolgens de argumenten van de Russische Federatie bespreken die zijn ontleend aan art. 1 leden 6 en 7 ECT en art. 21 ECT.

5. Overige gronden inzake de bevoegdheid van het Scheidsgerecht

5.1

Investering/investeerder, art. 1 leden 6 en 7 ECT

a. Inleiding

5.1.1

De volgende door de Russische Federatie aangevoerde grond waarom het Scheidsgerecht zich onbevoegd had dienen te verklaren, ziet op de uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT. Deze bepalingen geven een definitie van de begrippen 'Investment' (investering) en 'Investor' (investeerder). Volgens de Russische Federatie heeft het Scheidsgerecht een onjuiste uitleg aan deze termen gegeven met als gevolg dat het zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard om kennis te nemen van de vordering van HVY. Art. 1 lid 6 ECT definieert het begrip 'Investment' als volgt:

"(...) every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

(a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens and pledges;

(b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;

(c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment;

(d) Intellectual Property;

(e) Returns;

(f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

(...)"

Art. 1 lid 7 ECT definieert het begrip 'Investor' als volgt:

"(a) with respect to a Contracting Party:

(i) a natural person having the citizenship or nationality of or who is permanently residing in that Contracting Party in accordance with its applicable law;

(ii) a company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party;

(b) with respect to a “third state,” a natural person, company or other organization which fulfils, mutatis mutandis, the conditions specified in subparagraph (a) for a Contracting Party.”

b. Het Scheidsgerecht

5.1.2

Het Scheidsgerecht is zowel in de Interim Award als in de Final Award ingegaan op de vraag of HVY zijn aan te merken als investeerders in de zin van art. 1 lid 7 ECT en of HVY een investering hebben gedaan in de zin van art. 1 lid 6 ECT.

5.1.2.1 In de Interim Award heeft het Scheidsgerecht art. 1 lid 7 ECT uitgelegd op basis van de ‘gewone betekenis’ als bedoeld in art. 31 lid 1 WVV en heeft het geoordeeld dat HVY kwalificeren als investeerders in de zin van art. 1 lid 7 ECT, omdat HVY vennootschappen zijn die zijn opgericht conform het recht van Cyprus (Hulley en VPL) en Isle of Man (YUL). Het Scheidsgerecht heeft de stelling van de Russische Federatie verworpen inhoudend dat voor de kwalificatie als investeerder in de zin van de ECT niet enkel de feiten rondom de formele oprichting van HVY bepalend zijn, maar dat van doorslaggevende betekenis is dat de zeggenschap over HVY uitsluitend berust bij Russische onderdanen, dat HVY lege vennootschappen zijn en dat de door hen gedreven ondernemingen economisch eigendom zijn van en gecontroleerd worden door Russische onderdanen, zodat HVY niet moeten worden aangemerkt als onderdanen van Cyprus, respectievelijk Isle of Man, maar van de Russische Federatie, het ‘gastland’. In dat verband overweegt het Scheidsgerecht dat het geen beginselen van internationaal recht kent die vereisen dat wordt onderzocht hoe een vennootschap opereert, wanneer het toepasselijke verdrag alleen vereist dat zij is opgericht conform het recht van een verdragsluitende partij. De beginselen van internationaal recht staan niet toe dat een scheidsgerecht nieuwe, aanvullende vereisten toevoegt, die de opstellers van het verdrag niet in het verdrag hebben opgenomen.⁸²

5.1.2.2 Het Scheidsgerecht heeft in de Interim Award verder vastgesteld dat HVY’s juridische eigendom van de aandelen in Yukos kwalificeert als investering in de zin van art. 1 lid 6 ECT. Het memoreert dat ingevolge art. 31 WVV een verdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd in overeenstemming met de gewone betekenis van de termen ervan. Het Scheidsgerecht leest in art. 1 lid 6 ECT de breedst mogelijke definitie van een belang in een onderneming, zonder enige aanwijzing dat de verdragsopstellers bedoeld hebben om eigendom te beperken tot ‘economisch’ eigendom (‘beneficial ownership’). Het Scheidsgerecht heeft dus de stelling van de Russische Federatie verworpen dat de enkele juridische eigendom van aandelen onvoldoende is om te kunnen kwalificeren als investering in de zin van de ECT. Naar het oordeel van het Scheidsgerecht geldt, anders dan de Russische Federatie betoogt, ook niet als vereiste dat er een injectie van buitenlands kapitaal moet plaatsvinden om te kwalificeren als investering. Verder heeft het Scheidsgerecht de stelling van de Russische Federatie verworpen dat de ECT niet is

bedoeld om bescherming te bieden aan investeringen in een verdragsluitende staat die zijn gedaan door onderdanen van diezelfde verdragsluitende staat met kapitaal dat is gegenereerd in die staat.83

5.1.2.3 Het Scheidsgerecht heeft in de Interim Award de bespreking van het door de Russische Federatie opgeworpen *unclean hands* verweer achterwege gelaten, een verweer dat mede ziet op art. 1 leden 6 en 7 ECT. Datzelfde geldt voor de stelling van de Russische Federatie dat de rechtspersoonlijkheid van HVY buiten beschouwing moet blijven omdat het een instrument is van een criminele onderneming.84 Deze kwesties heeft het Scheidsgerecht naar de merits fase verwezen.

5.1.2.4 In de Final Award heeft het Scheidsgerecht over het *unclean hands* verweer als volgt geoordeeld. In de internationale arbitrale rechtspraak wordt ervan uitgegaan dat in investeringsverdragen een zogenoemde legaliteitseis geldt, die inhoudt dat de desbetreffende investering moet zijn gedaan in overeenstemming met het recht van het gastland, ook als die eis niet uitdrukkelijk in het verdrag is vermeld. Het Scheidsgerecht onderschrijft dit beginsel en oordeelt:

“1352 (...) An investor who has obtained an investment in the host State only by acting in bad faith or in violation of the laws of the host state, has brought itself within the scope of application of the ECT through wrongful acts. Such an investor should not be allowed to benefit from the Treaty.”

Het Scheidsgerecht laat uitdrukkelijk in het midden of het niet voldoen aan deze legaliteitseis tot de onbevoegdheid van het Scheidsgerecht moet leiden of tot gevolg moet hebben dat een investeerder geen bescherming aan een investeringsverdrag kan ontfangen.85

5.1.2.5 Het Scheidsgerecht heeft verder geoordeeld dat het recht om de bescherming van de ECT in te roepen alleen kan komen te vervallen indien sprake is van ‘illegality’ bij het doen van de investering, maar niet bij ‘illegality’ in de fase van uitvoering van de investering. In dat laatste geval dient de vordering van de investeerder inhoudelijk te worden behandeld, aldus het Scheidsgerecht.86

5.1.2.6 Ook is het Scheidsgerecht ingegaan op de meer algemene stelling van de Russische Federatie dat een eiser “who comes before an international tribunal with *unclean hands* is barred from claiming on the basis of a general principle of law.” Het Scheidsgerecht is van oordeel dat een dergelijk rechtsbeginsel niet bestaat en dat HVY dus niet op die grond worden verhinderd om een vordering voor het Scheidsgerecht te brengen.87

5.1.2.7 In de arbitrale procedure heeft de Russische Federatie betoogd dat er 28 gevallen zijn waarin HVY illegaal en te kwader trouw hebben gehandeld. Het Scheidsgerecht heeft deze gerubriceerd in vier categorieën88:

1. Gedragingen van HVY die zijn gerelateerd aan de verwerving van Yukos en die betrekking hebben op de wijze waarop de zeggenschap over Yukos en haar dochterondernemingen is geconsolideerd.
2. Gedragingen van HVY die zijn gerelateerd aan het Belastingverdrag tussen Cyprus en Rusland.
3. Gedragingen van HVY die zijn gerelateerd aan het gebruik door HVY/Yukos van Russische regio's met lage belastingen.
4. Gedragingen van HVY waarmee de tenuitvoerlegging van Russische belastingmaatregelen werd gefrustreerd.

5.1.2.8 Het Scheidsgerecht is van oordeel dat de gedragingen uit de eerste categorie, indien deze komen vast te staan, tot gevolg kunnen hebben dat HVY geen vordering onder de ECT kunnen instellen. Dat geldt niet voor de gedragingen uit de categorieën 2-4 die, naar het oordeel van het Scheidsgerecht, alle zien op gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden nadat HVY hun investering al hadden gedaan.89

5.1.2.9 Het Scheidsgerecht is vervolgens ingegaan op de gedragingen uit de eerste categorie. Het heeft overwogen dat de verweten gedragingen hebben plaatsgevonden vóór 1999, terwijl HVY de aandelen Yukos in de jaren 1999-2001 hebben verworven. De verweten gedragingen zijn gedragingen van derden, zoals Bank Menatep en Khodorkovsky c.s. Het Scheidsgerecht is met de Russische Federatie van oordeel dat bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een investering het niet enkel aankomt op de laatste transactie, omdat het doen van een investering vaak een keten van handelingen omvat. Alle handelingen in deze keten moeten legaal en bona fide zijn. Het Scheidsgerecht komt echter tot het oordeel dat de Russische Federatie in dit geval niet heeft aangetoond dat de illegale gedragingen voldoende verbonden zijn ('sufficiently connected') met de koop van de aandelen door HVY.90

5.1.2.10 De slotconclusie van het Scheidsgerecht is dat het unclean hands verwijt van de Russische Federatie niet leidt tot de onbevoegdheid van het Scheidsgerecht of de niet-ontvankelijkheid van HVY, en evenmin tot gevolg heeft dat HVY niet gerechtigd zijn de materiële bescherming van het Verdrag in te roepen.91

c. Standpunt Russische Federatie en vooropstellingen van het hof

5.1.3

Het standpunt van de Russische Federatie in deze vernietigingsprocedure luidt – in de kern genomen – dat het Scheidsgerecht niet bevoegd was omdat HVY en hun aandelen in Yukos niet onder de bescherming van de ECT vallen, zodat de Yukos Awards moeten worden vernietigd op grond van art. 1065 lid 1 onder a Rv. HVY zijn, aldus de Russische Federatie, nep buitenlandse investeerders met een nep buitenlandse investering. Daartoe voert de Russische Federatie, samengevat weergegeven, het volgende aan.

1. De ECT is gericht op buitenlandse investeringen en beschermt geen investeringsgeschillen tussen de staat en zijn eigen burgers.

a. HVY zijn schijnvennootschappen die economisch eigendom zijn en onder zeggenschap staan van Russische staatsburgers.

b. HVY zijn geen investeerders en deden geen investeringen in de zin van art. 1 leden 6 en 7 omdat de ECT geen bescherming biedt aan 'U-bocht' investeringen. Dit volgt uit het voorwerp en doel van de ECT, de context, de beginselen van internationaal recht en wordt bevestigd door de latere statenpraktijk.

c. HVY hebben geen investering in de zin van de ECT gedaan omdat zij geen buitenlandse economische bijdrage hebben geleverd in de Russische Federatie.

d. De onder a bedoelde Russische staatsburgers maakten misbruik van de vennootschapsstructuur van HVY voor illegale doeleinden, waaronder belastingontduiking. Dit rechtvaardigt doorbraak van aansprakelijkheid om deze Russische staatsburgers achter HVY te onthullen.

2. De ECT biedt geen bescherming aan HVY en hun aandelen in Yukos vanwege de criminele en onrechtmatige achtergrond en handelwijzen van HVY en de Russische staatsburgers.

5.1.4

Deze kernstellingen worden door de Russische Federatie verder uitgewerkt in de memorie van antwoord nrs. 654-780, alsmede in de door de Russische Federatie overgelegde stukken van eerste aanleg en de overige stukken in hoger beroep. Volgens de Russische Federatie moeten de termen 'investering' en 'investeerder' niet enkel worden uitgelegd overeenkomstig de letterlijke betekenis die de verdragsluitende staten daaraan hebben toegekend. Er dient volgens haar ook acht te worden geslagen op de context waarin deze bepalingen in het Verdrag zijn opgenomen, het voorwerp en doel van het Verdrag, op latere rechtspraak, op de statenpraktijk en op (de beginselen van) internationaal recht. Als deze uitlegmaatstaven in aanmerking worden genomen, moet de conclusie luiden dat geen sprake is van een investering of investeerder in de zin van de ECT en dat niet is voldaan aan de in art. 26 ECT genoemde voorwaarden waaronder arbitrage is toegestaan, aldus de Russische Federatie.

5.1.5

Voor de regels die ingevolge het WVV bij de uitleg van de onderhavige verdragsbepalingen in acht moeten worden genomen verwijst het hof naar de rov. 4.2.2 - 4.2.5 hiervoor.

5.1.6

Zoals aldaar overwogen, vormt het uitgangspunt voor de uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT de tekst van deze bepalingen en de gewone betekenis die aan de bewoordingen toekomt. Het hof stelt vast dat niet in geschil is dat HVY vennootschappen zijn die zijn "organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party" (de

incorporatieleer). Daarmee is – tekstueel gezien – voldaan aan de eisen die art. 1 lid 7 stelt aan een investeerder in de zin van de ECT. Ook is – tekstueel gezien – aan de definitie van investering als bedoeld in art. 1 lid 6 ECT voldaan. Onder investering wordt immers verstaan: “every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor”. Het artikellid geeft een niet-limitatieve opsomming van ‘assets’, waartoe ook aandelen (‘shares’; art. 1 lid 6 onder (b) ECT) behoren. De aandelen Yukos, die HVY in eigendom hebben, kwalificeren derhalve als ‘Investment’ in de zin van de ECT. Tot slot is – tekstueel gezien – voldaan aan de eis als bedoeld in art. 26 ECT dat sprake is van een geschil tussen een ‘Contracting Party’ (de Russische Federatie) en investeerders uit ‘another Contracting Party’ (HVY, vennootschappen naar het recht van Cyprus en de Isle of Man) “relating to an Investment of the latter in the Area of the Former”. Het geschil houdt immers verband met een investering (aandelen in Yukos) van HVY op het grondgebied van de Russische Federatie, omdat Yukos een vennootschap naar Russisch recht is.

5.1.7

Het hof zal hieronder ingaan op de diverse argumenten die de Russische Federatie heeft aangevoerd voor haar stelling dat het Scheidsgerecht onvoldoende oog heeft gehad voor de andere in art. 31 WVV genoemde uitlegregels en dat bij toepassing van die uitlegregels moet worden geconcludeerd dat het Scheidsgerecht niet bevoegd was.

d. Buitenlandse investering, buitenlandse investeerder

5.1.7.1 De Russische Federatie neemt het standpunt in dat HVY ‘schijnvennootschappen’ zijn die geen substantiële bedrijfsactiviteiten verrichten op Cyprus respectievelijk Isle of Man en die (uiteindelijk) onder zeggenschap staan van Russische onderdanen (Khodorkovsky c.s). Zij zijn opgericht en worden gecontroleerd door Russische staatsburgers, die HVY gebruiken om geld uit de Russische Federatie weg te sluizen. HVY zijn uiteindelijk (economisch) eigendom van Russische onderdanen en moeten dan ook worden beschouwd als Russische investeerders die investeren op het grondgebied van de Russische Federatie, aldus de Russische Federatie.⁹² Volgens de Russische Federatie, die in dit verband verwijst naar één van de deskundigenrapporten van prof. Pellet⁹³, is het onbetwistbaar de bedoeling van de ECT om uitsluitend buitenlandse investeringen te bevorderen. De Russische Federatie heeft in dit verband onder meer een beroep gedaan op het doel van de ECT, zoals verwoord in art. 2 van het Verdrag:

“This Treaty establishes a legal framework in order to promote long-term cooperation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Charter.”

Verder heeft de Russische Federatie gewezen op de doelstellingen van het Energiehandvest (Energy Charter), waarin is bepaald dat wordt beoogd de internationale stroom van investeringen te bevorderen en een stabiel, transparant juridisch kader te verschaffen voor buitenlandse investeringen.⁹⁴ Als art. 1 leden 6 en 7 ECT worden geplaatst in de context van de overige verdragsbepalingen, wordt volgens de Russische Federatie ook duidelijk dat de ECT slechts betrekking heeft op buitenlandse

investeerders en buitenlandse investeringen.⁹⁵ De Russische Federatie wijst met name op art. 26 ECT, dat bepaalt dat de bevoegdheid van een scheidsgerecht beperkt is tot geschillen tussen een verdragsluitende staat en een investeerder van een andere verdragsluitende staat.⁹⁶ Ook andere ECT-bepalingen maken volgens haar duidelijk dat het moet gaan om investeringen van buitenlanders en niet van staatsburgers die hun investeringen via schijnvennootschappen wegsluizen. Dit volgt bijvoorbeeld uit de woorden “investeerders van andere Verdragsluitende Partijen” (artt. 10, 11, 14, 24, 45 en 47 ECT) en “investering op het grondgebied van een andere Verdragsluitende Partij” (artt. 12, 13 en 15 ECT), aldus de Russische Federatie.⁹⁷

5.1.7.2 Bij de beoordeling van deze stellingen stelt het hof het volgende voorop. Zoals hiervoor reeds overwogen, is in de ECT gekozen voor ‘het recht van het land volgens de wetten waarvan de investeerder is georganiseerd’ om de nationaliteit van een investeerder te bepalen. Dit is in investeringsverdragen een veel voorkomend criterium, dat eenvoudig is toe te passen en voorspelbaar is. Een nadeel van dit criterium is dat de plaats van incorporatie niet garandeert dat de investeerder een werkelijke band heeft met het land volgens welks recht de vennootschap is opgericht. Er zijn dan ook investeringsverdragen waarin de *siège social*, dus de plaats waar de activiteiten plaatsvinden, wordt gebruikt als aanknopingspunt voor het bepalen van de nationaliteit van vennootschappen. En er zijn investeringsverdragen die voor het bepalen van de nationaliteit van een vennootschap gebruik maken van aanvullende criteria of voorwaarden, zoals het criterium wie de zeggenschap heeft over de vennootschap of het vereiste dat een vennootschap daadwerkelijk bedrijfsactiviteiten verricht in het land waarvan zij de nationaliteit heeft. In combinatie met de incorporatieleer en de *siège social* kunnen deze criteria uiteindelijk ertoe bijdragen dat het toepassingsgebied van het verdrag beperkt is tot vennootschappen die een werkelijke band hebben met het land waar zij zijn gevestigd.⁹⁸ De opstellers van de ECT hadden ervoor kunnen kiezen dergelijke aanvullende voorwaarden in art. 1 lid 7 ECT op te nemen aan de hand waarvan had kunnen worden vastgesteld of HVY een werkelijke band met Cyprus respectievelijk Isle of Man hebben. Dit hebben zij niet gedaan.

5.1.7.3 Wat betreft het beroep van de Russische Federatie op het doel van het Verdrag overweegt het hof als volgt. Het doel van de ECT omvat inderdaad (mede) – zoals de Russische Federatie terecht aanvoert – (kort gezegd) de bevordering van de internationale samenwerking op het terrein van energie en de bescherming van internationale investeringen. Anders dan de Russische Federatie veronderstelt, bepaalt de ECT echter precies wanneer sprake is van een investeerder en een investering en wanneer een investeringsgeschil een internationaal karakter heeft dat valt onder het bereik van art. 26 ECT. Uit de bewoordingen van art. 26 ECT volgt dat dit het geval is indien de rechtspersoon die de investering doet, is opgericht volgens het recht van de ene (verdragsluitende) staat en de investering als bedoeld in art. 1 lid 6 ECT plaatsvindt in een andere (verdragsluitende) staat. Noch uit de context van de artt. 1 en 26 ECT, noch uit het doel van het Verdrag volgt dat de verdragsopstellers het oogmerk hadden nadere eisen te stellen aan het buitenlandse karakter van de investering of investeerder, of het internationale karakter van het geschil. De Russische Federatie heeft zich ook nog

beroepen op het arbitraal vonnis in de zaak Cem Cengiz Uzan v. Turkije, een zaak die is gewezen onder de ECT.⁹⁹ Het ging in die zaak echter om een zeer specifieke situatie die zich ten aanzien van HVY niet voordoet: de investeerder was een Turkse onderdaan die ten tijde van zijn investering in Turkije woonde (en op dat moment dus niet onder de ECT viel), maar die op een later tijdstip naar een ander land verhuisde (en daarmee mogelijk wel onder de werkingssfeer van de ECT kwam te vallen). Het hof acht deze uitspraak in dit verband dan ook niet relevant.

5.1.7.4 De Russische Federatie heeft ook een beroep gedaan op de 'Understanding' bij art. 1 lid 6 ECT, waarin nader is bepaald hoe moet worden vastgesteld of sprake is van een investering in de ene verdragsluitende staat die direct of indirect onder zeggenschap staat van (is 'controlled by') een investeerder uit een andere verdragsluitende staat.¹⁰⁰ Volgens de Russische Federatie volgt uit deze 'Understanding' dat de verdragsopstellers de bedoeling hadden geen formele benadering aan te houden, maar om de mogelijkheid te scheppen te controleren of de werkelijke zeggenschap wordt uitgeoefend door een investeerder van een andere verdragsstaat. Het beroep op deze 'Understanding' is echter misplaatst. Art. 1 lid 6 ECT bepaalt dat onder investering wordt verstaan iedere vorm van activa die eigendom is of wordt gecontroleerd door een investeerder. Vaststaat dat de aandelen Yukos eigendom zijn van HVY. Er hoeft dus niet te worden vastgesteld wie de zeggenschap over de aandelen heeft. De 'Understanding' waar de Russische Federatie zich op beroept en die betrekking heeft op het criterium 'zeggenschap', is hier dan ook niet relevant.

e. Zeggenschap over de investerende vennootschap (U-bocht)

5.1.8.1 De Russische Federatie heeft zich beroepen op de zogenoemde 'denial of benefits clause' in art. 17 ECT. Deze bepaling luidt (voor zover relevant) als volgt:

"Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to:

(1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized. (...)"

5.1.8.2 Investeringsverdragen met een brede definitie van de term 'investeerder' bevatten vaak een 'denial of benefits clause', waarmee de bescherming van het verdrag wordt onthouden aan bepaalde categorieën investeerders, bijvoorbeeld aan investeerders die geen noemenswaardige bedrijfsactiviteiten ontplooiën in het land waarvan zij de nationaliteit hebben. Staten kunnen door middel van een dergelijke clause misbruik aanpakken; treaty shopping door middel van schijnvennootschappen kan worden tegengegaan.¹⁰¹

5.1.8.3 Volgens de Russische Federatie biedt art. 17 ECT extra context voor een goed begrip van art. 1 ECT. Art. 17 ECT ontzegt de bescherming van een deel van het Verdrag aan een investeerder die wordt gecontroleerd door onderdanen van een niet-verdragsstaat en die geen bedrijfsactiviteiten ontwikkelt in de staat waarin hij is opgericht. Volgens de Russische Federatie blijkt uit art. 17 ECT dat de verdragsopstellers de

bedoeling hadden schijnvennootschappen van de bescherming van de ECT uit te sluiten, ook als deze vennootschappen formeel gezien wel voldoen aan de definitie van art. 1 ECT. Als investeringen waarover staatsburgers van derde staten zeggenschap hebben niet beschermenswaardig zijn, dan moeten investeringen die onder de zeggenschap vallen van staatsburgers van het gastland (aangeduid als de U-bocht constructie) a fortiori buiten het toepassingsgebied van de bescherming van de ECT vallen, aldus de Russische Federatie.¹⁰²

5.1.8.4 Naar het oordeel van het hof gaat deze stelling niet op. Uit de tekst van art. 17 ECT volgt niet dat investeringen via de U-bocht constructie (waaronder volgens de Russische Federatie de investeringen van HVY vallen) buiten de bescherming van de ECT vallen. Art. 17 ECT geeft verdragstaten het recht aan een nauwkeurig omschreven categorie investeerders de bescherming van een deel van het Verdrag te ontzeggen, te weten aan investeerders die enkel op formele gronden zijn gevestigd in een verdragsstaat, maar materieel in overwegende mate zijn verbonden met een niet-verdragsstaat. Deze omstandigheid brengt niet mee dat art. 1 ECT aldus moet worden begrepen dat daarin een uitzondering moet worden gelezen voor een andere categorie investeerders, te weten schijnvennootschappen en/of investeerders die worden gecontroleerd door onderdanen van de verdragsstaat waarin zij investeringen doen.

5.1.8.5 De Russische Federatie heeft zich verder beroepen op een regel van internationaal gewoonterecht die volgens haar inhoudt dat het een onderdaan niet is toegestaan een internationaalrechtelijke vordering tegen zijn eigen staat in te stellen. Dit geldt volgens de Russische Federatie ook voor ondernemingen waarin onderdanen van de gedaagde staat een controlerend belang hebben.¹⁰³ Deze regel is volgens de Russische Federatie bevestigd door verschillende scheidsgerichten.¹⁰⁴

5.1.8.6 Het hof verwierpt de stelling dat er een regel van internationaal gewoonterecht bestaat in de door de Russische Federatie bedoelde zin. De arbitrale uitspraken die de Russische Federatie aanhaalt, ondersteunen die stelling in onvoldoende mate. De door de Russische Federatie genoemde uitspraken zien op situaties waarin de eiser in de internationale arbitrageprocedure een buitenlandse investering heeft verworven met als (voornaamste) doel toegang te krijgen tot internationale arbitrage, of daarmee op één lijn te zetten situaties waarbij een binnenlandse investering een internationaal karakter krijgt nadat het conflict met de staat waar de investering is gedaan, al is ontstaan. Zo was in de zaak Phoenix v. Tsjechië het volgende aan de orde. Phoenix had in 2002 een tweetal Tsjechische vennootschappen verworven die op dat moment verwikkeld waren in rechtszaken met de Tsjechische overheid. Phoenix, een vennootschap naar Israëlijs recht, maakte op grond van de BIT tussen Israël en Tsjechië een internationale arbitrageprocedure aanhangig tegen Tsjechië. Nadat de arbiters bij partijen informatie hadden ingewonnen over de verwerving van de twee Tsjechische vennootschappen en de modaliteiten van de koopovereenkomst, oordeelden zij dat “the whole operation was not an economic investment, based on the actual or future value of the companies, but indeed, simply a rearrangement of assets within a family, to gain access to ICSID [International Centre for Settlement of Investment Disputes, hof] jurisdiction to which the

initial investor was not entitled”. Deze gang van zaken betekent volgens het scheidsgerecht dat de eiseres misbruik maakt van het stelsel van internationale investeringsarbitrage en dat het Scheidsgerecht om die reden geen bevoegdheid toekomt.

Gesteld noch gebleken is dat HVY hun investeringen hebben verworven met als voornaamste doel het aanhangig maken van internationale arbitrage onder de ECT. De regel als bedoeld in Phoenix is hier niet van toepassing.

5.1.8.7 De Russische Federatie voert verder aan dat het een leidend beginsel van internationaal recht is dat, wanneer er een scheiding bestaat tussen een formele of juridische eigenaar enerzijds en een materiële of economische eigenaar anderzijds, internationaal recht uitsluitend aan laatstgenoemde procesbevoegdheid verleent. Als de verdragsopstellers hadden beoogd van dit beginsel af te wijken, hadden zij dat expliciet moeten doen, aldus de Russische Federatie. De Russische Federatie wijst in dit verband onder meer op de uitspraak in de zaak *Occidental v. Ecuador*¹⁰⁵, waarin de desbetreffende beroepscommissie heeft geoordeeld:

“259. In cases where legal title is split between a nominee and a beneficial owner international law is uncontroversial: (...) the dominant position in international law grants standing and relief to the owner of the beneficial interest - not to the nominee. (...)

262. The position as regards beneficial ownership is a reflection of a more general principle of international investment law: claimants are only permitted to submit their own claims, held for their own benefit, not those held (be it as nominees, agents or otherwise) on behalf of third parties not protected by the relevant treaty. And tribunals exceed their jurisdiction if they grant compensation to third parties whose investments are not entitled to protection under the relevant instrument.”

5.1.8.8 Het hof is van oordeel dat de hiervoor genoemde regel uit *Occidental v. Ecuador* (zoals uitgelegd door de Russische Federatie), reeds niet van toepassing is op de zaak van HVY omdat gesteld noch gebleken is dat er sprake is van een ‘split’ van de ‘legal title’ en onvoldoende concreet is toegelicht waarom Khodorkovsky c.s. zijn te beschouwen als ‘beneficial owners’, of waarom HVY de aandelen Yukos houden ‘on behalf of’ Khodorkovsky c.s., in de in *Occidental v. Ecuador* bedoelde zin. Uit door HVY overgelegde arbitrale rechtspraak (die betrekking heeft op de ECT) volgt ook niet dat er een algemeen rechtsbeginsel bestaat op grond waarvan – heel in het algemeen – een scheidsgerecht zich onbevoegd moet verklaren als niet de materiële (economische) eigenaar, maar de formele (papieren) eigenaar de vordering instelt. Zo werd in de zaak *Charanne v. Spanje*¹⁰⁶ door Spanje betoogd dat het scheidsgerecht onbevoegd was omdat de eiseressen (een Nederlandse en een Luxemburgse vennootschap) lege hulzen waren en de uiteindelijk begunstigden van de door eisers gedreven onderneming twee Spaanse onderdanen waren. Het scheidsgerecht overwoog echter dat de ECT aan de hoedanigheid van eiser geen andere eis stelt dan dat deze is opgericht volgens het recht van een land dat is aangesloten bij de ECT. Het Scheidsgerecht vervolgt:

“415. While it is perfectly conceivable to lift the corporate veil and ignore the legal personality of an investor in the case of fraud directed at jurisdiction, as could be an instrumental transfer of the assets of the investment after the emergence of the dispute, there is no basis for importing to the ECT a general rule according to which the nationality of the investor should be analysed according to an economic criterion, when the ECT itself refers to the legal criterion of incorporation of the company under the law of a Contracting Party. (...)

416. To adopt the argument of Spain would amount to denial of benefits whenever an investor, legal entity incorporated under the applicable law of a Contracting Party in accordance with Article 1(7)(a)(ii), was controlled by citizens or nationals of the State receiving the investment. However, the drafters of the ECT did not intend to include this hypothesis in the denial of benefits clause of Article 17, which relates to the situation of a legal entity controlled by shareholders of a third country (a third country being a country not party to the ECT). Regardless of whether a denial of benefits under Article 17 is a matter of merits or jurisdiction – question that the Tribunal does not have to assess in this award – is an illustration of the fact that the drafters of the ECT did not want to exclude from the scope of its application the investors as legal entities controlled by nationals of the Contracting State receiving the investment.”

5.1.8.9 Dit alles neemt niet weg dat er arbitrale vonnissen bestaan die (tot op zekere hoogte) bevestigen dat U-bocht constructies geen bescherming verdienen. De Russische Federatie wijst in dit verband op het arbitrale vonnis in de zaak *Alapli v. Turkije*.¹⁰⁷ In die zaak – die mede zag op schending van de ECT – was de meerderheid van de arbiters van oordeel dat het scheidsgerecht niet bevoegd was. Een van de arbiters achtte doorslaggevend dat Alapli (een Nederlandse rechtspersoon) geen “meaningful contribution to Turkey” had geleverd; “[s]tatus as a national of the other contracting state is not in itself enough”. Een tweede arbiter was daarentegen van oordeel dat doorslaggevend was dat Alapli’s investering “had as its main purpose to gain access to ICSID arbitration at a time when there were already important disagreements between the Turkish company and the Turkish authorities”. Reeds gezien de verdeeldheid van de arbiters is het hof van oordeel dat *Alapli v. Turkije* onvoldoende aanknopingspunten biedt om aan te nemen er een internationaal rechtsbeginsel bestaat inhoudend dat investeringsverdragen U-bocht constructies niet (behoren te) beschermen. De door de Russische Federatie aangehaalde uitspraak *TSA Spectrum v. Argentinië*¹⁰⁸ biedt daartoe evenmin aanknopingspunten. De Russische Federatie beroept zich op de volgende overweging uit dat arbitrale vonnis:

“145. This text may be interpreted in a strict constructionist manner to mean that a tribunal has to go always by the formal nationality. On the other hand, such a strict literal interpretation may appear to go against common sense in some circumstances, especially when the formal nationality covers a corporate entity controlled directly or indirectly by persons of the same nationality as the host State.”

De Russische Federatie ziet evenwel voorbij aan de context van deze overweging: het scheidsgerecht onderzocht of eiser was aan te merken als onderdaan van een verdragsstaat in de zin van art. 25 lid 2 sub b ICSID, meer in het bijzonder of eiser – een rechtspersoon naar het recht van Argentinië – was te beschouwen als onderdaan van een andere verdragsluitende staat in de zin van deze verdragsbepaling. Er is dus geen sprake van dat het scheidsgerecht hier een algemeen rechtsbeginsel in de door de Russische Federatie bedoelde zin formuleert.

5.1.8.10 Uit de door HVY aangehaalde arbitrale rechtspraak kan worden afgeleid dat er geen algemeen aanvaard rechtsbeginsel bestaat in de door de Russische Federatie bedoelde zin. In bijvoorbeeld het arbitrale vonnis in de zaak *Saluka/Tsjechië*¹⁰⁹ neemt het scheidsgerecht aan dat voor de vraag of een vennootschap een investeerder is als bedoeld in een investeringsverdrag (in dit geval de BIT tussen Nederland en Tsjechië), behoudens “where corporate structures have been utilised to perpetrate fraud or other malfeasance” (para 230), niet relevant is wie deze vennootschap controleert wanneer er geen “clear language in the Treaty” is waaruit volgt dat dit van belang is voor de kwalificatie als investeerder onder het verdrag. Het scheidsgerecht overweegt:

“The parties to the Treaty could have included in their agreed definition of “investor” some words which would have served, for example, to exclude wholly-owned subsidiaries of companies constituted under the laws of third States, but they did not do so. The parties having agreed that any legal person constituted under their laws is entitled to invoke the protection of the Treaty, and having so agreed without reference to any question of their relationship to some other third State corporation, it is beyond the powers of this Tribunal to import into the definition of “investor” some requirement relating to such a relationship having the effect of excluding from the Treaty’s protection a company which the language agreed by the parties included within it.”

HVY hebben ook gewezen op een aantal ECT-zaken. In het arbitrale vonnis in de zaak *Plama v. Bulgarije*¹¹⁰ heeft het scheidsgerecht geoordeeld dat het voor de kwalificatie van “investeerder” in de zin van art. 1 lid 7 ECT irrelevant is wie de eigenaar van de investerende vennootschap is en/of door wie deze wordt gecontroleerd. In *Isolux v. Spanje*¹¹¹ werd door Spanje aangevoerd dat Isolux (een vennootschap naar Nederlands recht) een schijnvennootschap is die feitelijk werd gecontroleerd door haar Spaanse aandeelhouders en daarom geen investeerder in de zin van art. 1 lid 7 ECT was. Het scheidsgerecht verwierp die stelling en overwoog dat, afgezien van “fraud in the adjudication of justice”:

“670. (...) the Arbitral Tribunal notes that the ECT does not contain, as some Treaties do, a carve-out clause to exclude application of the requirement to be organised pursuant to the laws of other Contracting Party where a legal person is controlled by nationals of the other Contracting State. (...)”

Kortom, het hof is met HVY van oordeel dat er geen algemeen rechtsbeginsel bestaat dat inhoudt dat investeringsverdragen geen bescherming verlenen aan vennootschappen die volledig onder zeggenschap staan van onderdanen van het gastland.

5.1.8.11 Tot slot heeft de Russische Federatie, ‘ter bevestiging’ van al haar hiervoor besproken stellingen, een beroep gedaan op art. 31 lid 3(b) WV, inhoudend dat bij de uitleg van een verdragstekst rekening moet worden gehouden met ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de verdragspartijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan. Volgens de Russische Federatie heeft een groot aantal verdragsluitende partijen bij de ECT in latere investeringsverdragen investeringen via de U-bocht constructie van de werkingssfeer uitgesloten. De Russische Federatie betoogt dat dit in overeenstemming is met de uitsluiting van U-bocht investeringen uit de werkingssfeer van de ECT en deze uitsluiting versterkt.¹¹² Aan de door de Russische Federatie bedoelde statenpraktijk komt echter weinig gewicht toe, nu het hof hiervoor tot het oordeel is gekomen dat de juiste uitleg van de ECT niet inhoudt dat U-bocht investeringen worden uitgesloten. Reeds om die reden faalt de stelling van de Russische Federatie. Daar komt nog bij dat de omstandigheden waaraan de Russische Federatie refereert niet voldoen aan het bepaalde in art. 31 lid 3(b) WV omdat zij niet zien op de statenpraktijk in de toepassing van het Verdrag (de ECT), maar op keuzes die de staten hebben gemaakt bij het sluiten van nieuwe verdragen.¹¹³

f. Economische bijdrage aan gastland

5.1.9.1 De Russische Federatie is van mening dat uit diverse ECT-bepalingen volgt dat een buitenlandse investeerder actief een investering moet doen binnen het gebied van een verdragsstaat. Zij wijst onder meer op de woorden “de investeerder die een investering doet” en “de investering wordt gedaan.” Hieruit leidt zij af dat van een investering in de zin van de ECT alleen sprake is als een investeerder middelen van buitenlandse oorsprong inbrengt op het grondgebied van een verdragsstaat, althans een economische bijdrage levert aan het gastland.¹¹⁴

5.1.9.2 De Russische Federatie heeft in dit verband ook een beroep gedaan op internationale arbitrale rechtspraak, meer in het bijzonder op de zogenoemde ‘Salini-criteria’. Deze criteria zijn ontleend aan het arbitrale vonnis van 23 juli 2001 inzake Salini v. Marokko.¹¹⁵ Het scheidsgerecht zag zich in die zaak voor de vraag gesteld of sprake was van een ‘investment’ in de zin van de ICSID. Opmerking verdient dat de ICSID – anders dan de ECT – geen definitie van de term investering bevatte, zodat het scheidsgerecht de betekenis van die term zelf moest vaststellen. Het scheidsgerecht overwoog als volgt:

“The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (...) In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.

In reality, these various elements may be interdependent. Thus, the risks of the transaction may depend on the contributions and the duration of performance of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here.”

5.1.9.3 Het scheidsgerecht heeft in Salini dus vier criteria vastgesteld waaraan moet zijn voldaan voor de kwalificatie ‘investment’ als bedoeld onder de ICSID. Eén van deze criteria is dat sprake moet zijn van een “contribution to the economic development of the host State”. In latere arbitrale rechtspraak zijn de ‘Salini-criteria’, althans de eis dat met de investering een bijdrage wordt geleverd aan de economische ontwikkeling van het gastland, regelmatig herhaald.¹¹⁶ Deze rechtspraak had (vrijwel) steeds betrekking op het begrip investering in de zin van de ICSID. Er zijn echter ook scheidsgerechten die hebben geoordeeld dat een bijdrage aan de economische ontwikkeling van het gastland geen vereiste is. Zo heeft het scheidsgerecht in de zaak Saba Fakes v. Turkije¹¹⁷ over de term ‘investment’ in de zin van de ICSID overwogen:

“111. The Tribunal is not convinced (...) that a contribution to the host State’s economic development constitutes a criterion of an investment within the framework of the ICSID Convention. Those tribunals that have considered this element as a separate requirement for the definition of an investment, such as the Salini Tribunal, have mainly relied on the preamble to the ICSID Convention to support their conclusions. The present Tribunal observes that while the preamble refers to the “need for international cooperation for economic development,” it would be excessive to attribute to this reference a meaning and function that is not obviously apparent from its wording. In the Tribunal’s opinion, while the economic development of a host State is one of the proclaimed objectives of the ICSID Convention, this objective is not in and of itself an independent criterion for the definition of an investment. The promotion and protection of investments in host States is expected to contribute to their economic development. Such development is an expected consequence, not a separate requirement, of the investment projects carried out by a number of investors in the aggregate.”

5.1.9.4 Het hof stelt vast dat er wellicht een regel van ongeschreven recht bestaat dat van een investering in de zin van de ICSID slechts sprake kan zijn indien de investeerder een economische bijdrage aan het gastland levert. Dat impliceert geenszins het bestaan van een internationaal erkend rechtsbeginsel van investeringsrecht dat inhoudt dat elk investeringsverdrag slechts bescherming verleent aan investeringen waarmee een economische bijdrage wordt geleverd aan het gastland, ongeacht of het verdrag een definitie van de term investering bevat. De Russische Federatie heeft het bestaan van een dergelijk rechtsbeginsel niet aangetoond. Zij heeft weliswaar verwezen naar een enkele arbitrale uitspraak waarin het bestaan van een dergelijk rechtsbeginsel is aangenomen,¹¹⁸ maar het hof acht dat niet voldoende om het bestaan van een rechtsbeginsel in de door haar bedoelde zin aannemelijk te maken. De Russische Federatie stelt verder dat er arbitrale rechtspraak en recente verdragen bestaan waarin aan de hand van objectieve criteria, zoals: bijdrage, duur en risico, wordt vastgesteld of sprake is van een internationale investering.¹¹⁹ Zij heeft echter niet aannemelijk gemaakt dat dergelijke criteria ook gelden voor een investering in de zin van art. 1 lid 6 ECT.

5.1.9.5 De verdragsopstellers hadden in art. 1 lid 6 ECT de term ‘investering’ beperkter kunnen definiëren dan zij hebben gedaan, bijvoorbeeld door de voorwaarde te stellen dat er kapitaal vanuit de ene verdragsstaat naar de andere verdragsstaat vloeit, of de eis dat

de buitenlandse investeerder een economische bijdrage levert aan het gastland. Uit de bewoordingen van het Verdrag blijkt echter dat enkel aan de hand van een 'asset based' definitie, dat wil zeggen aan de hand van een niet-limitatieve lijst van activa wordt bepaald of sprake is van een investering in de zin van de ECT. Tegen deze achtergrond biedt de omstandigheid dat in art. 1 lid 6 ECT wordt gesproken van een investeerder die een investering "doet" en (in de 'Understanding') van een investering die "wordt gedaan", onvoldoende houvast om in dit artikellid de eis te lezen dat de buitenlandse investeerder een economische bijdrage moet leveren aan het gastland.

g. Doorbraak van aansprakelijkheid

5.1.10.1 De Russische Federatie heeft aangevoerd dat Khodorkovsky c.s. zich op grond van beginselen van doorbraak van aansprakelijkheid niet kunnen verschuilen achter de vennootschapsstructuur van HVY die zij zelf hebben misbruikt om fraude, omkoping, en andere misdaden te plegen. Volgens de Russische Federatie is het een fundamenteel beginsel van internationaal recht dat misbruik van de vennootschapsstructuur doorbraak van aansprakelijkheid rechtvaardigt. Zij beroept zich daarbij onder meer op een uitspraak van het ICJ in de zaak Barcelona Traction.¹²⁰ Het ICJ overwoog in die zaak onder meer:

"56 (...) Here, then, as elsewhere, the law, confronted with economic realities, has had to provide protective measures and remedies in the interests of those within the corporate entity as well as of those outside who have dealings with it: the law has recognized that the independent existence of the legal entity cannot be treated as absolute. It is in this context that the process of "lifting the corporate veil" or "disregarding the legal entity" has been found justified and equitable in certain circumstances or for certain purposes. The wealth of practice already accumulated on the subject in municipal law indicates that the veil is lifted, for instance, to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance, to protect third persons such as a creditor or purchaser, or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations."

Deze overwegingen hadden evenwel geen betrekking op de bevoegdheid van het ICJ, maar op de vraag of eiser (België) een vordering kon instellen tegen Spanje ten behoeve van de (Belgische) aandeelhouders van Barcelona Traction, een vennootschap naar Canadees recht. Het hof is van oordeel dat uit Barcelona Traction niet een fundamenteel rechtsbeginsel in de door de Russische Federatie bedoelde zin valt af te leiden.

5.1.10.2 De Russische Federatie heeft ook gewezen op de zaak Cementownia v. Turkey.¹²¹ In die zaak stond de vraag centraal of Cementownia, een vennootschap naar Pools recht, de aandelen in een tweetal Turkse vennootschappen had verkregen, en zo ja, of het doel van die verkrijging was om toegang te krijgen tot internationale arbitrage. Het scheidsgerecht overwoog in die zaak:

"156. Here the Claimant's conduct is not even close to proper conduct. Had Cementownia actually proven that on May 30, 2003 it legally acquired the shares of CEAS and Kepez, there would still be the question of whether this was treaty shopping of the wrong kind (...)."

Naar het oordeel van het hof ondersteunt deze zaak evenmin de stelling van de Russische Federatie dat er een internationaal rechtsbeginsel bestaat dat tot doorbraak van aansprakelijkheid moet worden overgegaan omdat de rechtsvorm is misbruikt voor fraude. Datzelfde geldt voor de zaken Phoenix Action v. Tsjechië en Alapli v. Turkey, die het hof hiervoor (rov. 5.1.8.6 en 5.1.8.9) al heeft besproken.¹²² Deze zaken zien niet op “doorbraak van aansprakelijkheid”, maar op de situatie dat de eiser in de arbitrageprocedure de aandelen in een vennootschap heeft verworven met als voornaamste doel toegang te verkrijgen tot internationale arbitrage.

5.1.10.3 De Russische Federatie heeft verder aangevoerd dat als overeenkomstig art. 1 lid 7 ECT de nationaliteit van een investeerder wordt bepaald naar zijn nationale recht, de toepassing van beginselen van doorbraak van aansprakelijkheid naar nationaal recht leiden tot hetzelfde resultaat als onder het internationaal recht. Zij voert aan dat de volgens het op Cyprus en Isle of Man geldende recht doorbraak van aansprakelijkheid mogelijk is indien (kort gezegd) de rechtspersoonlijkheid voor een oneigenlijk doel wordt gebruikt.¹²³

5.1.10.4 Naar het oordeel van het hof biedt art. 1 lid 7 ECT geen grondslag voor toepassing van regels van nationaal recht ter zake van doorbraak van aansprakelijkheid. De verdragsbepaling bevat daarvoor geen enkel aanknopingspunt. Daar komt nog bij dat het leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid hier niet eens relevant is, omdat niet de aansprakelijkheid van HVY in het geding is (maar die van de Russische Federatie). Klaarblijkelijk is het de Russische Federatie erom te doen dat HVY als het ware worden ‘weggedacht’ omdat de aandeelhouders/feitelijke beleidsbepalers/begunstigden van HVY de vennootschappen misbruiken voor criminele activiteiten. Het gaat hier kennelijk om de vraag of het leerstuk van piercing the corporate veil kan worden ingezet om de bevoegdheid van het Scheidsgerecht aan te vechten in de situatie dat – naar de Russische Federatie stelt – de aandeelhouders van HVY zich hebben schuldig gemaakt aan criminele activiteiten. In hoeverre de door de Russische Federatie gestelde criminele activiteiten in de weg staan aan de bevoegdheid van het Scheidsgerecht, zal het hof hieronder behandelen.

h. Legaliteit van de investering

5.1.11.1 De Russische Federatie heeft aangevoerd dat het een fundamenteel beginsel van investeringsarbitrage is dat een investering legaal en bona fide moet zijn. Dit beginsel omvat volgens haar het leerstuk van unclean hands, dat een gevestigd beginsel van internationaal recht en openbare orde is. In investeringsarbitrages wordt algemeen aanvaard dat de verdragsbescherming zich niet uitstrekt tot investeringen die in strijd met het recht van de gaststaat zijn gedaan, ook al bevat het desbetreffende verdrag geen bepaling die dergelijke investeringen uitdrukkelijk uitsluit van de werkingssfeer van het verdrag.¹²⁴ De Russische Federatie is van mening dat zij uitvoerig bewijs heeft geleverd voor het illegale karakter van zowel het doen van de investering door HVY als de uitvoering ervan. Het Scheidsgerecht had zich dan ook onbevoegd moeten verklaren.¹²⁵

5.1.11.2 Naar het oordeel van het hof kan uit de internationale arbitragerechtspraak worden afgeleid dat er een internationaal rechtsbeginsel bestaat dat inhoudt dat internationale investeringen die zijn gedaan in strijd met het recht van het gastland geen bescherming verdienen. Dit geldt ook indien het desbetreffende investeringsverdrag dit niet met zoveel woorden bepaalt. Zo overwoog het scheidsgerecht in de zaak Phoenix v. Tsjechië¹²⁶:

“101. In the Tribunal’s view, States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments made in violation of their laws. If a State, for example, restricts foreign investment in a sector of its economy and a foreign investor disregards such restriction, the investment concerned cannot be protected under the ICSID/BIT system. These are illegal investments according to the national law of the host State and cannot be protected through an ICSID arbitral process. And it is the Tribunal’s view that this condition – the conformity of the establishment of the investment with the national laws – is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT.”

En in de zaak Fraport v. Filipijnen¹²⁷ oordeelde het scheidsgerecht:

“332. The Tribunal is also of the view that, even absent the sort of explicit legality requirement that exists here, it would (...) still be appropriate to consider the legality of the investment. As other tribunals have recognized, there is an increasingly well-established international principle which makes international legal remedies unavailable with respect to illegal investments, at least when such illegality goes to the essence of the investment.”

Om de bescherming van een investeringsverdrag te verliezen, moet het wel gaan om gevallen waarin – zoals bijvoorbeeld is overwogen in Oxus Gold v. Oezbekistan¹²⁸ – “the illegality affects the “making”, i.e. arises when initiating the investment itself and not just when implementing and/or operating it.” Of in Hamester v. Ghana¹²⁹ waarin het scheidsgerecht onderscheidt tussen “(1) legality as at the initiation of the investment (“made”) and (2) legality during the performance of the investment”. Voor zover de Russische Federatie een beroep doet op illegaal handelen van HVY in de periode nadat HVY hun investering in Yukos hebben gedaan, kan dit dus niet leiden tot onbevoegdheid van het Scheidsgerecht. Meer concreet betreft dit gedragingen van HVY die zijn gerelateerd aan het Belastingverdrag tussen Cyprus en Rusland, gedragingen van HVY die zijn gerelateerd aan de belastingontwijking door Yukos en gedragingen van HVY die de inning van belastingen verhinderden (Final Award, nrs. 1291-1310). Geen van deze gedragingen heeft invloed op de bevoegdheid van het Scheidsgerecht.

5.1.11.3 Wanneer komt vast te staan dat sprake is van illegaliteit bij het doen van de investering, moet er voor wat betreft de gevolgen een onderscheid worden gemaakt tussen (a) investeringsverdragen waarin in de definitie van de term ‘investering’ een zinsnede is opgenomen inhoudend dat de investering moet zijn gedaan ‘in accordance with the law’, of woorden van soortgelijke strekking en (b) investeringsverdragen waarin dat niet het geval is. Bij verdragen van de eerstbedoelde categorie lijkt de heersende leer aldus gevestigd dat illegaliteit ertoe leidt dat geen investering is gedaan in de zin van het

investeringsverdrag, zodat het scheidsgerecht niet bevoegd is van de vordering van de investeerder kennis te nemen.¹³⁰ De ECT valt echter niet in de eerste categorie verdragen, zodat het hof in het midden kan laten wat er ter zake van die verdragen heeft te geleden.

5.1.11.4 Wanneer een verdrag geen legaliteitseis bevat (de tweede categorie verdragen), is de arbitrale rechtspraak verdeeld over de vraag wat de consequentie moet zijn wanneer een investeerder 'illegaal' handelt bij het doen van de investering. In *Phoenix v. Tsjechië* overwoog het scheidsgerecht bijvoorbeeld:

"102. The core lesson is that the purpose of the international protection through ICSID arbitration cannot be granted to investments that are made contrary to law. The fact that an investment is in violation of the laws of the host State can be manifest and will therefore allow the tribunal to deny its jurisdiction. Or, the fact that the investment is in violation of the laws of the host State can only appear when dealing with the merits, whether it was not known before that stage or whether the tribunal considered it best to be analysed as the merits stage, like in the case of *Plama*.

(...)

104. There is no doubt that the requirement of the conformity with law is important in respect of the access to the substantive provisions on the protection of the investor under the BIT. This access can be denied through a decision on the merits. However, if it is manifest that the investment has been performed in violation of the law, it is in line with judicial economy not to assert jurisdiction."

Het scheidsgerecht hanteert in deze zaak een vrij pragmatische vuistregel: om proceseconomische redenen leidt alleen evidente illegaliteit tot onbevoegdheid.¹³¹ In de zaak *Plama v. Bulgarije*¹³² heeft het scheidsgerecht geoordeeld dat eisers 'misrepresentation' ten tijde van het doen van de investering ertoe leidt dat:

"146 (...) this Tribunal cannot lend its support to Claimant's request and cannot, therefore, grant the substantive protections of the ECT."

Het scheidsgerecht heeft in die zaak dus beslist dat eiseres geen materiële bescherming kan ontlenen aan de ECT vanwege de malversaties die zij had gepleegd bij het doen van de investering. Het scheidsgerecht was in ieder geval van oordeel dat deze misdragingen (in dit geval) geen invloed konden hebben op zijn bevoegdheid:

"112. Contrary to Respondent's argument, the matter of the alleged misrepresentation by Claimant does not pertain to the Tribunal's jurisdiction: that was already decided in the Decision on Jurisdiction. Rather, the matter concerns the question as to whether Claimant is entitled to the substantive protections offered by the ECT."

In de zaak *Blusun v. Italië*¹³³ heeft het scheidsgerecht in het midden gelaten of het feit dat de investeringen in strijd zijn met de wet zou moeten leiden tot onbevoegdheid van het scheidsgerecht. Het scheidsgerecht bevestigt slechts dat de ECT geen bescherming

biedt aan investeringen die zijn gedaan in strijd met de wet. Onder het kopje 'issues of jurisdiction and admissibility' overweegt het scheidsgerecht:

"264. As to the lawfulness of the Project, it is true that the ECT does not lay down an explicit requirement of legality, but the Tribunal concludes that it does not cover investments which are actually unlawful under the law of the host state at the time they were made because protection of such investments would be contrary to the international public order. This conclusion is consistent with numerous other decisions and awards. In particular, the Plama tribunal found that because: '...the ECT should be interpreted in a manner consistent with the aim of encouraging respect for the rule of law ... the substantive protections of the ECT cannot apply to investments that are made contrary to law'."

Daarentegen overweegt het scheidsgerecht in *Ampal v. Egypte*¹³⁴:

"301. It is a well-established principle of international law that a tribunal constituted on the basis of an investment treaty has no jurisdiction over a claimant's investment which was made illegally in violation of the laws and regulations of the Contracting State."

5.1.11.5 Het hof is op grond van het voorafgaande van oordeel dat de Russische Federatie onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er een algemeen aanvaard rechtsbeginsel bestaat dat inhoudt dat een scheidsgerecht zich (steeds) onbevoegd dient te verklaren indien sprake is van het doen van een 'illegale' investering. Als gezegd, is in art. 1 lid 6 ECT geen legaliteitseis opgenomen; niet vereist is dat een investering moet zijn gedaan in overeenstemming met het recht van het gastland. Ook voor de toegang tot arbitrage als bedoeld in art. 26 ECT bevat de tekst van de ECT op dit punt geen beperkingen. Het hof is van oordeel dat in dit geval de gewone betekenis van de bewoordingen van art. 1 lid 7 ECT prevaleert. Dit leidt ertoe dat het Scheidsgerecht niet onbevoegd is indien zou worden aangetoond dat sprake is van 'illegaal handelen' ten tijde van of bij het doen van de investering. Dat een dergelijke illegaliteit eventueel wel kan leiden tot ontzegging van de vorderingen aan de eiser is in het kader van de onderhavige vernietigingsgrond (art. 1065 lid 1 onder a Rv) niet relevant.

5.1.11.6 Ten overvloede overweegt het hof nog het volgende. Ook wanneer zou moeten worden aangenomen dat een 'illegaal handelen' ten tijde van het doen van de investering onder de ECT wél leidt tot onbevoegdheid van het Scheidsgerecht, is het hof van oordeel dat dit de Russische Federatie niet kan baten. Met betrekking tot de verwijten van de Russische Federatie die het Scheidsgerecht in nr. 1283 van de Final Award heeft samengevat heeft het overwogen:

"1370. In the present case (...) Respondent has failed to demonstrate that the alleged illegalities to which it refers are sufficiently connected with the final transaction by which the investment was made by Claimants. The transactions by which each Claimant acquired its investment were their purchases of Yukos shares. As established in the Interim Award, these purchases were legal and occurred starting in 1999. On the other hand, the alleged illegalities connected to the acquisition of Yukos through the loans-for-

shares program occurred in 1995 and 1996, at the time of Yukos' privatization. They involved Bank Menatep and the Oligarchs, an entity and persons separate from Claimants, one of which – Veteran – had not even come into existence. With respect to Respondent's other allegations, regarding profit skimming and the oppression of minority shareholders, it is also clear to the Tribunal that they are not part of the transaction or transactions by which each Claimant acquired their interest in Yukos."

5.1.11.7 Het hof is van oordeel dat het Scheidsgerecht aldus terecht heeft geoordeeld dat de verweten gedragingen in een te ver verwijderd verband staan tot de transacties waarmee HVY zelf hun aandelen in Yukos hebben verworven. Het hof verwerpt dus de stelling van de Russische Federatie dat aan de bevoegdheid van het Scheidsgerecht in de weg staat dat HVY in 1995/1996 direct waren betrokken bij de illegale verwerving van de Yukos aandelen. De Russische Federatie voert in dat verband aan dat (i) YUL namens Khodorkovsky c.s. steekpenningen aan de Red Directors (de bestuurders van Yukos voordat zij werd geprivatiseerd) betaalde, dat (ii) Khodorkovsky c.s. hebben toegegeven dat zij verantwoordelijk waren voor deze betalingen door YUL en dat (iii) de aan HVY toebehorende Yukos-aandelen afkomstig zijn uit illegale activiteiten van Khodorkovsky c.s.¹³⁵ Het onder (iii) genoemde verwijt heeft de Russische Federatie voornamelijk gebaseerd op een rapport van prof. Kothari. Prof. Kothari heeft geanalyseerd hoe de aandelen Yukos in de periode 1995-2000 uiteindelijk in handen kwamen van HVY, waarbij hij tot uitgangspunt heeft genomen dat alle aandelen Yukos die afkomstig waren uit de veilingen van 1995/1996 'tainted shares' waren.¹³⁶ In zijn rapport uit 2015 analyseert hij via welke tussenschakels HVY hun aandelen hebben verworven en concludeert dat er "a substantial link [is] connecting the shares obtained during the 1995-96 auctions, and the shares on which Claimants based their claim in the ECT arbitration."¹³⁷

5.1.11.8 Het hof neemt veronderstellenderwijs aan dat de aandelen die HVY in 1999-2001 in eigendom hebben verkregen, in 1995/1996 door andere personen/vennootschappen zijn verworven door middel van illegale handelingen. Daarmee is echter nog niet gegeven dat ook sprake is van illegaal handelen door HVY zelf ten tijde van hun investering. Er is onvoldoende verband tussen de (gestelde) illegaliteiten in 1995/1996 en het doen van de investering door HVY. Dat wordt niet anders als daarbij acht wordt geslagen op de – mogelijke – betrokkenheid van HVY bij de betaling van steekpenningen aan Red Directors. Ook deze omstandigheid houdt onvoldoende verband met de investering door HVY zelf. De Russische Federatie stelt¹³⁸ dat de gewraakte afspraken met de Red Directors voorafgaand aan de privatisering zijn gemaakt door Khodorkovsky c.s., dat de daarvan opgestelde (volgens de Russische Federatie: 'nep') contracten werden ondertekend door GML (de moedervernootschap van YUL) en dat Khodorkovsky c.s. de bankrekeningen van YUL hebben gebruikt om tenminste USD 613,5 miljoen aan de Red Directors te betalen. Uit deze stellingen, voor zover van de juistheid daarvan zou moeten worden uitgegaan, blijkt niet van voldoende verband tussen de investering van HVY (meer in het bijzonder van YUL) en de gestelde omkoping van de 'Red Directors'. In ieder geval is geen sprake van een zodanig evidente illegaliteit dat deze tot onbevoegdheid van het Scheidsgerecht moet leiden.

5.1.11.9 Het hof verwerpt ook de stelling van de Russische Federatie dat het voor de bevoegdheid van het Scheidsgerecht van belang is dat – naar de Russische Federatie aanvoert – (i) destijds bepaalde (onrechtmatige) aspecten van de privatisering door Khodorkovsky c.s. verborgen werden gehouden, dat – naar het hof begrijpt – (ii) de Russische Federatie om die reden aanvankelijk niet is opgetreden tegen de ‘illegale manipulatie van de privatisering van Yukos’ en dat (iii) het feit dat er hiervoor geen strafrechtelijke vervolging in Rusland heeft plaatsgevonden, niet betekent dat Khodorkovsky c.s. onschuldig zijn.¹³⁹ Het kan in het kader van het beroep op onbevoegdheid in het midden blijven of deze stellingen juist zijn en of er sprake is geweest van (ernstige) wetsovertredingen bij de privatisering van Yukos, omdat mogelijk illegaal handelen door Khodorkovsky c.s. ten tijde van de privatisering van Yukos in een te ver verwijderd verband staat tot de investering door HVY.

i. Conclusie

5.1.12

De conclusie is dat het beroep van de Russische Federatie op art. 1 leden 6 en 7 ECT faalt. Het Scheidsgerecht heeft terecht geoordeeld dat deze bepalingen niet in de weg staan aan zijn bevoegdheid.

5.2

Belastingmaatregelen, art. 21 ECT

a. Inleiding

5.2.1

De Russische Federatie heeft zich op art. 21 ECT beroepen ter onderbouwing van de door haar aangevoerde vernietigingsgronden ‘onbevoegdheid van het Scheidsgerecht’ enerzijds en ‘schending van de opdracht’ anderzijds. De schending van de opdracht leidt volgens de Russische Federatie bovendien tot de conclusie dat sprake is van strijd met de openbare orde. Deze laatste twee onderwerpen zullen worden behandeld in de rov. 6.3.1-6.3.5 en in rov. 9.3.2. In dit onderdeel van het arrest zal het hof art. 21 ECT uitsluitend in het kader van de bevoegdheid bespreken.

5.2.2

Art. 21 lid 1 ECT luidt:

“Except as otherwise provided in this Article, nothing in this Treaty shall create rights or impose obligations with respect to Taxation Measures of the Contracting Parties. In the event of any inconsistency between this Article and any other provision of the Treaty, this Article shall prevail to the extent of the inconsistency.”

Lid 5 van hetzelfde artikel luidt, voor zover van belang:

“a. Article 13 shall apply to taxes.

b. Whenever an issue arises under Article 13, to the extent it pertains to whether a tax constitutes an expropriation or whether a tax alleged to constitute an expropriation is discriminatory, the following provisions shall apply:

(i) The Investor or the Contracting Party alleging expropriation shall refer the issue of whether the tax is an expropriation or whether the tax is discriminatory to the relevant Competent Tax Authority. Failing such referral by the Investor or the Contracting Party, bodies called upon to settle disputes pursuant to Article 26(2)(c) shall make a referral to the relevant Competent Tax Authorities.”

b. Standpunt Russische Federatie

5.2.3

In het kader van de vernietigingsgrond ‘onbevoegdheid’ voert de Russische Federatie, op hoofdlijnen, het volgende aan. Art. 21 lid 1 ECT bevat een uitzondering voor belastingmaatregelen (de ‘carve-out’) en bepaalt dat geen enkele bepaling in het Verdrag rechten verleent of verplichtingen oplegt met betrekking tot belastingmaatregelen. Dit is een alomvattende uitzondering. Omdat de door HVY bestreden maatregelen kwalificeren als belastingmaatregelen is de ECT niet van toepassing en bestaat er dus geen geldige arbitrageovereenkomst. De door de Russische Federatie genomen belastingmaatregelen waren een legitieme uitoefening van de bevoegdheid van de Russische Federatie en vallen dus buiten het bereik van art. 26 ECT. De belastingmaatregelen komen niet door de ‘claw-back’ van art. 21 lid 5 ECT weer onder het bereik van de ECT, omdat het begrip ‘tax’ in lid 5 beperkter is dan het begrip ‘Taxation Measures’ in lid 1.

c. Raakt art. 21 ECT aan de bevoegdheid van het Scheidsgerecht?

5.2.4

In de arbitrale procedure heeft de Russische Federatie een beroep gedaan op art. 21 ECT in het kader van de vraag of het Scheidsgerecht jurisdictie had met betrekking tot het geschil.¹⁴⁰ Het Scheidsgerecht heeft de beslissing over dat verweer uitgesteld tot de inhoudelijke fase van de arbitrage. Het Scheidsgerecht oordeelde vervolgens dat het om twee afzonderlijke redenen jurisdictie had om te beslissen over de op art. 13 ECT gebaseerde vordering van HVY.¹⁴¹ In de eerste plaats oordeelde het Scheidsgerecht dat elke maatregel die wordt bestreken door de ‘carve-out’ van art. 21 lid 1 ECT ook door de ‘claw-back’ van art. 21 lid 5 ECT wordt bestreken. In de tweede plaats oordeelde het Scheidsgerecht dat art. 21 lid 1 ECT slechts betrekking heeft op bona fide belastingmaatregelen. Of art. 21 lid 1 ECT de bevoegdheid van het Scheidsgerecht raakt, heeft het Scheidsgerecht in het midden gelaten. Dat volgt ook uit het eindoordeel, voor zover dat luidt: “dismisses the objections to jurisdiction and/or admissibility, based on Article 21 of the Energy Charter Treaty.”¹⁴² Voor zover het Scheidsgerecht oordeelde over de jurisdictie ging het over de jurisdictie “over claims under Article 13.”¹⁴³

5.2.5

Bij beoordeling van de vraag of het bepaalde in art. 21 ECT de bevoegdheid van het Scheidsgerecht raakt, stelt het hof het volgende voorop. Art. 21 lid 1 ECT bevat geen verwijzingen naar de bevoegdheid van arbiters, maar bepaalt enkel dat het Verdrag geen rechten verleent of verplichtingen oplegt met betrekking tot belastingmaatregelen. De stelling van de Russische Federatie “dat niets in de ECT (...) van toepassing [is] op belastingmaatregelen” (memorie van antwoord nr. 788), is dan ook niet juist. Art. 21 lid 1 ECT raakt niet aan de bevoegdheid van het Scheidsgerecht, omdat deze bevoegdheid (uitsluitend) wordt bepaald door de voorwaarden van art. 26 ECT. Reeds omdat in dit geding moet worden aangenomen dat aan die voorwaarden is voldaan, leidt het bepaalde in art. 21 lid 1 ECT niet tot de conclusie dat het Scheidsgerecht onbevoegd zou zijn indien zich een situatie voordoet die door art. 21 lid 1 ECT wordt bestreken.

5.2.6

Het hof vindt verder steun voor dat oordeel in de volgende omstandigheden. In de eerste plaats is art. 21 ECT opgenomen in ‘Part IV: Miscellaneous Provisions’ van de ECT. Dat deel van het Verdrag bevat verschillende meer algemene bepalingen, maar gaat niet over de beslechting van (investerings)geschillen. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht wordt, zoals zojuist overwogen, bepaald door art. 26 ECT, dat onderdeel uitmaakt van ‘Part V: Dispute Settlement’. Mede gelet op het feit dat art. 21 ECT geen deel uitmaakt van Part V van het Verdrag kan de Russische Federatie niet worden gevolgd in haar betoog dat de ‘ondubbelzinnige betekenis’ van de bewoordingen van art. 21 lid 1 ECT meebrengt dat een scheidsgerecht niet bevoegd is te oordelen over belastingmaatregelen. Uit die tekst zelf kan dat niet worden afgeleid en ook kan daaruit niet worden afgeleid dat de uitzondering van art. 21 lid 1 ECT prevaleert boven het bepaalde in art. 26 ECT.

5.2.7

Tussen partijen is verder niet in geschil dat het bepaalde in de leden 2-5 van art. 21 ECT betrekking heeft op materiële rechten (memorie van antwoord nr. 788). Die artikelleden maken met betrekking tot die materiële rechten een uitzondering op art. 21 lid 1 ECT, dat op zichzelf ook een uitzondering bevat. Dat blijkt ook uit het bepaalde in lid 5(b)(i), dat voorschrijft onder welke omstandigheden een scheidsgerecht advies bij de bevoegde belastingautoriteiten moet inwinnen. Het is niet goed denkbaar dat een scheidsgerecht dat op grond van art. 21 lid 1 ECT onbevoegd zou zijn, dergelijk advies zou moeten inwinnen, of dat de bevoegdheid van een scheidsgerecht zou afhangen van de uitkomst van een dergelijk inhoudelijk onderzoek. Ook daaruit volgt dat art. 21 ECT niet de bevoegdheid van het Scheidsgerecht raakt.

5.2.8

Het hof onderschrijft dus ook niet het betoog van de Russische Federatie dat uit de woorden van art. 21 lid 1 ECT duidelijk volgt dat een scheidsgerecht onbevoegd is indien een vordering verband houdt met belastingmaatregelen en dat er dus geen ruimte is voor verdere interpretatie. Juist de context van de bepaling duidt erop dat geen sprake is van een bepaling die de bevoegdheid van een scheidsgerecht raakt. Evenmin deelt het hof de conclusie van de Russische Federatie dat art. 26 ECT en andere bepalingen van de ECT

alleen van toepassing worden wanneer en op voorwaarde dat naar de belastingautoriteiten wordt verwezen (memorie van antwoord nr. 789). Die stelling impliceert immers dat een dergelijke verwijzing vooraf gaat aan het vaststellen van de bevoegdheid van een scheidsgerecht, met andere woorden dat pas na en door een dergelijke verwijzing de bevoegdheid vaststaat of niet. Zoals hierboven al is overwogen, ligt het niet voor de hand dat een dergelijke verwijzing geschiedt door een scheidsgerecht waarvan de bevoegdheid nog niet vaststaat. Die stelling van de Russische Federatie strookt dan ook niet met een uitleg te goeder trouw van art. 21 lid 1 ECT.

5.2.9

Het gegeven dat de ‘carve-out’ bedoeld is om conflicten met bestaande verdragen ter voorkoming van dubbele belasting te voorkomen (memorie van antwoord nr. 790) dwingt evenmin tot de conclusie dat art. 21 lid 1 ECT betrekking heeft op de bevoegdheid van een scheidsgerecht. Een dergelijk conflict wordt immers ook voorkomen indien een bevoegd scheidsgerecht vorderingen met betrekking tot belastingmaatregelen in de inhoudelijke fase buiten beschouwing laat.

5.2.10

De stelling dat in beslissingen met betrekking tot bepaalde BITs juist in het kader van de bevoegdheid ook anders is geoordeeld, acht het hof niet doorslaggevend omdat het hof de tekst en de context van art. 21 ECT dient te beoordelen en niet die van andere verdragen. Om die reden faalt het beroep dat de Russische Federatie doet op het arbitraal vonnis van 3 februari 2006 inzake *EnCana v. Ecuador*.¹⁴⁴ Die arbitrage was gebaseerd op het ‘Canada-Ecuador Agreement for the Promotion and Reciprocal protection of Investments of 29 April 1996’. Art. XII van die BIT bepaalt in lid 1: “Except as set out in this Article, nothing in this Agreement shall apply to taxation measures.” Het artikel kent verder een opbouw die verschilt van art. 21 ECT, in het bijzonder kent het niet de door art. 21 leden 2-5 ECT opgenomen materiële uitzonderingen. In het arbitraal vonnis inzake *Plama v. Bulgarije* van 27 augustus 2008¹⁴⁵ overwoog het scheidsgerecht: “Article 21 of the ECT specifically excludes from the scope of the ECT’s protection taxation measures of a Contracting State, with certain exceptions (...)”. Het scheidsgerecht in die zaak verklaarde zich evenwel niet onbevoegd, maar oordeelde dat geen aanspraak op de bescherming van het Verdrag bestond. Ook het beroep op die uitspraak faalt dus. De conclusie van het bovenstaande is dat art. 21 lid 1 ECT niet de bevoegdheid van het Scheidsgerecht raakt.

d. Art. 21 ECT van toepassing?

5.2.11

Voor zover zou moeten worden aangenomen dat art. 21 ECT toch de bevoegdheid van het Scheidsgerecht raakt, rijst de vraag of het artikel überhaupt van toepassing is. HVY hebben aangevoerd dat art. 21 ECT in zijn geheel toepassing mist omdat de ‘carve-out’ van art. 21 ECT slechts betrekking heeft op bona fide belastingmaatregelen. De door de Russische Federatie opgelegde belastingmaatregelen hadden echter volgens HVY niet

als doel om algemene inkomsten voor de staat te genereren, maar dienden een daarmee geheel ongerelateerd doel, te weten de vernietiging Yukos en de eliminatie van een politieke tegenstander.

5.2.12

Het Scheidsgerecht heeft geoordeeld dat de door de Russische Federatie opgelegde belastingmaatregelen niet bona fide waren. Omdat het hof hierboven heeft geconcludeerd dat art. 21 lid 1 ECT geen betrekking heeft op de bevoegdheid van het Scheidsgerecht kan de vraag of art. 21 ECT überhaupt van toepassing is op de vordering van HVY evenmin betrekking hebben op de bevoegdheid van het Scheidsgerecht. Ten overvloede wordt het volgende overwogen.

5.2.13

Het hof is met HVY van oordeel dat het enkele feit dat een maatregel als belastingmaatregel wordt aangeduid of zelfs een belastingmaatregel is, niet meebrengt dat art. 21 lid 1 ECT van toepassing is. Dat zou immers de mogelijkheid openen de werking van het Verdrag te omzeilen door een maatregel als belastingmaatregel aan te merken of een belastingmaatregel op mala fide gronden in te zetten voor een ander doel, en daarmee de bescherming die het Verdrag aan investeerders biedt, uit te hollen. Een dergelijke uitleg zou niet stroken met de verplichting van het hof om het Verdrag te goeder trouw uit te leggen. Dat betekent dat de rechter aan wie een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis wordt voorgelegd, moet onderzoeken of de maatregelen waarover een oordeel wordt gevraagd bona fide belastingmaatregelen zijn die daadwerkelijk en uitsluitend gericht zijn op het op normale, zorgvuldige en voorzienbare wijze incasseren van verschuldigde belasting en niet mede gericht zijn op een ander doel.

5.2.14

Met het bovenstaande is, anders dan de Russische Federatie aanvoert (conclusie van repliek nr. 302), niet gezegd dat een belastingaanslag niet meer een 'Taxation Measure' zou kunnen zijn, maar is tot uitdrukking gebracht dat de verdragsbescherming niet wegvalt wanneer een dergelijke belastingmaatregel (ook) voor een ander doel wordt genomen dan bona fide belastingheffing. Of er een onderscheid kan bestaan tussen de bedoelingen van een individuele belastingambtenaar enerzijds en de belastingheffende staat anderzijds, kan in het midden blijven omdat de Russische Federatie niet aanvoert dat er in dit geval een dergelijk onderscheid heeft bestaan (conclusie van repliek nr. 303). Eveneens kan in het midden blijven of onder internationaal recht in het algemeen de bedoeling of beweegredenen van een staat irrelevant zijn (conclusie van repliek nr. 304). Waar het om gaat, is dat het in een voorkomend geval bij een uitleg te goeder trouw van art. 21 ECT niet is toegestaan dergelijke beweegredenen buiten beschouwing te laten. Dat zou immers kunnen leiden tot een uitholling van de bescherming van het Verdrag.

5.2.15

Het hof sluit zich met zijn oordeel dat art. 21 lid 1 ECT uitsluitend ziet op bona fide belastingmaatregelen aan bij verschillende oordelen van ook andere arbitrale colleges dan het Scheidsgerecht.¹⁴⁶ Het hof verwierpt dan ook de door de Russische Federatie

voorgestelde ruimere maatstaf die inhoudt dat een maatregel onder de uitsluiting voor 'taxation' valt indien deze "sufficiently clearly connected to a taxation law or regulation (or to a procedure, requirement or practice of the taxation authorities in apparent reliance on such law or regulation)" is (onder meer dagvaarding nr. 297). Het enkele feit dat er in de Russische wetgeving een grondslag voor de belastingmaatregelen is te vinden, of dat er in de internationale praktijk anti-misbruikbepalingen bestaan vergelijkbaar aan die, die de Russische autoriteiten hebben ingeroepen, is dus niet voldoende om die belastingmaatregelen bona fide te achten (memorie van antwoord nr. 836). Waar het om gaat, is de toepassing van dergelijke (antimisbruik)bepalingen in het concrete geval, waaronder de vraag of die maatregelen niet zijn genomen met een ander doel dan het incasseren van belastingen. Het gegeven dat het Scheidsgerecht ook concludeerde dat een basis voor de belastingheffing was te vinden in het Russisch recht is als zodanig dus niet redengevend en doet ook niet af aan de conclusie van het Scheidsgerecht dat van een bona fide belastingheffing geen sprake was. Het hof onderschrijft niet de stelling van de Russische Federatie dat deze uitleg van art. 21 lid 1 ECT indruist tegen het doel van een verwijzing naar de betrokken belastingautoriteiten (memorie van antwoord nr. 818). Een scheidsgerecht moet in staat worden geacht over het bona fide of mala fide karakter van een belastingmaatregel te oordelen zonder een verwijzing naar de betrokken belastingautoriteiten. Het ligt in algemene zin ook weinig voor de hand te verwachten dat betrokken belastingautoriteiten van oordeel zullen zijn dat een door hen genomen belastingmaatregel niet bona fide is geweest.

5.2.16

Bij de beoordeling van de vraag of in dit geval sprake was van bona fide belastingmaatregelen neemt het hof tot uitgangspunt dat het Scheidsgerecht na uitvoerig onderzoek tot de conclusie is gekomen dat de door de Russische Federatie genomen maatregelen niet uitsluitend bedoeld waren om belasting te innen, maar veeleer om het faillissement van Yukos uit te lokken en Khodorkovsky uit de politieke arena te verwijderen.¹⁴⁷ In Part VIII van de Final Award heeft het Scheidsgerecht tamelijk uitvoerig uiteengezet hoe Yukos was georganiseerd, wat de achtergronden van die organisatie waren, welke belastingmaatregelen zijn genomen en welke boetes zijn opgelegd. Het Scheidsgerecht concludeert in zijn "concluding observation" dat "the primary objective of the Russian Federation was not to collect taxes but rather to bankrupt Yukos and appropriate its valuable assets".¹⁴⁸ Daarmee heeft het Scheidsgerecht niet de ogen gesloten voor de mogelijkheid dat aan Yukos de nodige fiscaalrechtelijke verwijten konden worden gemaakt, maar heeft het niettemin geoordeeld dat de belastingmaatregelen niet bona fide waren. Het Scheidsgerecht heeft die conclusie gebaseerd op de volgende feiten¹⁴⁹:

- -
Het aan Yukos toerekenen van de opbrengsten die door haar handelsmaatschappijen waren gegenereerd (ook al bestond daarvoor in Rusland geen precedent op basis van de theorie van de “werkelijke eigenaar”) en de gelijktijdige weigering om Yukos in enige mate te laten profiteren van de BTW-aangiften door de handelsmaatschappijen, met als resultaat dat Yukos werd aangeslagen voor USD 13,5 miljard of 56 procent van de totale aan Yukos opgelegde belastingvorderingen;
- -
Het aan Yukos opleggen van de boetes voor “opzettelijke overtredingen” in elk geval voor zover deze verband hielden met de BTW;
- -
De weigering van de belastingautoriteiten om Yukos te laten profiteren van art. 3 lid 7 van de Russische belastingwet om de twijfels weg te nemen over de interpretatie van art. 112 lid 2 van de Russische belastingwet ten gunste van de belastingplichtige, met als gevolg dat boetes zijn opgelegd van bijna USD 4 miljard wegens “herhaalde overtredingen”; en
- -
Het aan Yukos opleggen van boetes wegens “herhaalde overtredingen” wanneer het gedrag dat bestraft werd, plaatsvond voorafgaand aan de vaststelling door de rechtbank dat het gedrag onrechtmatig was; de boete voor “herhaalde overtredingen” tegen Yukos voor het belastingjaar 2001 is bijvoorbeeld gebaseerd op de conclusie van de rechtbank in 2004 dat het gedrag in 2000 onrechtmatig was.

5.2.17

Voor zover de Russische Federatie deze conclusies van het Scheidsgerecht in dit vernietigingsgeding heeft aangevallen, is daarop elders in dit arrest ingegaan en zijn de stellingen van de Russische Federatie verworpen. Dat betekent ook in dit verband dat de stellingen van de Russische Federatie falen en dat het Scheidsgerecht terecht heeft beslist dat van bona fide belastingmaatregelen geen sprake was.

5.2.18

Het feit dat het EHRM tot de conclusie is gekomen dat bij het opleggen van de naheffingen van schending van het EVRM geen sprake is, acht het hof niet voldoende om te kunnen concluderen dat sprake was van bona fide belastingmaatregelen. Niet alleen heeft het EHRM een andere vraag beoordeeld dan het hof heeft te beoordelen, maar ook heeft het EHRM een beoordelingskader gehanteerd waarbij aan de betreffende staat een ruime beoordelingsmarge wordt toegestaan.

5.2.19

HVY hebben zich in deze procedure nadrukkelijk op de door het Scheidsgerecht vastgestelde omstandigheden beroepen en de conclusies van het Scheidsgerecht op dit punt onderschreven. Het hof is van oordeel dat tegenover die feiten en de conclusies die

het Scheidsgerecht daarop heeft gebaseerd, onvoldoende door de Russische Federatie is aangevoerd om de conclusie te kunnen dragen dat het oordeel van het Scheidsgerecht onjuist is. Dat zal ten aanzien van de verschillende door de Russische Federatie aangevoerde omstandigheden elders in dit arrest nader worden uitgewerkt.

5.2.20

De conclusie luidt dat art. 21 lid 1 ECT niet van toepassing is op de maatregelen die HVY aan hun vorderingen in de arbitrage ten grondslag hebben gelegd. Ten overvloede overweegt het hof nog als volgt.

e. Art. 21 lid 5(a) ECT

5.2.21

Het Scheidsgerecht heeft overwogen dat maatregelen die op grond van de ‘carve-out’ van art. 21 lid 1 ECT buiten de verdragsbescherming vallen, op grond van de ‘claw-back’ van lid 5 weer onder het bereik van die verdragsbescherming worden gebracht. De Russische Federatie betoogt dat dit oordeel onjuist is. Het hof verwerpt dat betoog.

Het begrip ‘Taxation Measures’ dat in lid 1 wordt gebruikt, is gedefinieerd in art. 21 lid 7(a) ECT, in die zin dat in dit artikellid (niet limitatief) wordt omschreven wat onder dat begrip valt. Het begrip ‘taxes’ is niet afzonderlijk gedefinieerd, maar ‘provisions relating to taxes’ maken in ieder geval deel uit van het begrip ‘Taxation Measures’. De tekst van het Verdrag sluit op dit punt dus niet uit dat ‘taxes’ en ‘Taxation Measures’ op dezelfde maatregelen betrekking hebben. Dat volgt ook uit het feit dat, zoals HVY ook naar voren hebben gebracht, de begrippen ‘belastingmaatregelen’ en ‘belasting’ in andere taalversies van de ECT door elkaar heen worden gebruikt (memorie van grieven nr. 754 en memorie van antwoord nr. 809). Zo spreekt de Franse tekst in art. 21 lid 1 ECT van ‘mesures fiscales’, in lid 5(a) van ‘impôts’ en in art. 5(b) weer van ‘mesure fiscale’ waar in de Engelse tekst sprake is van een ‘tax’. In de Duitse tekst is in lid 1 sprake van ‘steuerliche Maßnahmen’, in lid 5(a) van ‘Steuern’, in lid 5(b) van ‘Steuer’, maar in lid 5(b) (i) weer van ‘Maßnahme’. De Italiaanse versie spreekt zowel in art. 21 lid 1 ECT als in art. 21 lid 5(a) en (b) van ‘misura(a) fiscale’. Indien er een onderscheid zou zijn beoogd tussen ‘Taxation Measures’ in art. 21 lid 1 ECT en ‘taxes’ in lid 5 had verwacht mogen worden dat dat onderscheid in alle taalversies naar voren zou komen. Het gegeven dat ten aanzien van andere artikelen en artikelleden in andere taalversies wel een onderscheid tussen ‘Taxation Measures’ en ‘tax’ wordt gemaakt, doet hier niet aan af omdat het erom gaat dat een ‘inconsistent’ (conclusie van repliek nr. 295) gebruik niet voor de hand zou liggen als een daadwerkelijk onderscheid zou worden beoogd. De omschrijving van het begrip ‘Taxation Measures’ in art. 21 lid 7 ECT maakt dit niet anders. Ook als met de Russische Federatie wordt aangenomen dat het begrip ‘Taxation Measures’ een ruim bereik heeft, en alle wetgevende, uitvoerende en gerechtelijke maatregelen omvat, sluit dat niet uit dat voor het begrip ‘taxes’ in art. 21 lid 5 ECT hetzelfde geldt.

5.2.22

Het gegeven dat in andere investeringsverdragen geen 'claw-back'-bepalingen voorkomen, leidt vanzelfsprekend niet tot een andere conclusie aangezien het in dit geding gaat om de uitleg van de 'claw-back' in art. 21 lid 5 ECT.

Het doel van art. 21 lid 5(a) ECT is te bewerkstelligen dat, indien belastingmaatregelen het karakter van een onteigening krijgen, de verdragsbescherming door de onteigende partij kan worden ingeroepen. Met dat doel verdraagt zich ook niet goed een onderscheid te maken tussen het begrip 'Taxation Measures' van lid 1 en het begrip 'taxes' in lid 5. Ook het enkele feit dat in de Engelse taalversie een verschil in bewoordingen bestaat, rechtvaardigt in dit geval in het licht van het doel van het Verdrag, niet een andere conclusie. Daar komt bij dat de travaux préparatoires geen aanwijzing bevatten dat door de opstellers van de ECT is beoogd art. 21 lid 5 ECT een ander toepassingsgebied te laten hebben dan art. 21 lid 1 ECT. Het Scheidsgerecht is dus op goede gronden tot de conclusie gekomen dat maatregelen die door de 'carve-out' buiten het beschermingsbereik van het Verdrag vallen, er door de 'claw-back' weer onder vallen. Ook om die reden kon het Scheidsgerecht oordelen over de maatregelen die hebben geleid tot de door HVY gevorderde schade.

5.3

Conclusie ten aanzien van de bevoegdheid van het Scheidsgerecht (art. 1065 lid 1 onder a Rv)

5.3.1

De conclusie luidt dat alle gronden die de Russische Federatie heeft aangevoerd om te betogen dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, die gevolgtrekking niet kunnen dragen. Er bestaat geen aanleiding de Yukos Awards te vernietigen op de voet van art. 1065 lid 1 onder a Rv.

5.3.2

Het hof zal thans de overige door de Russische Federatie aangevoerde vernietigingsgronden bespreken. Het houdt daarbij de door de Russische Federatie gevolgde volgorde aan.

6. Schending van de opdracht (art. 1065 lid 1 onder c Rv)

6.1

Juridische context

6.1.1

De Russische Federatie heeft als tweede vernietigingsgrond aangevoerd dat het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden in de zin van art. 1065 lid 1 onder c Rv. Deze vernietigingsgrond houdt ten eerste in dat een scheidsgerecht zowel de wettelijke regels inzake de gedingvoering als de door partijen overeengekomen procedureregels in acht moet nemen, evenals de aan partijen bekendgemaakte regels

van het scheidsgerecht. Bij de beoordeling van de vraag of de procedureregels zijn nageleefd, moet terughoudendheid worden betracht. Binnen deze grenzen is het immers aan het beleid van de arbiters overgelaten de procesvoering te bepalen.150

6.1.2

De burgerlijke rechter moet de overeengekomen procedureregels uitleggen en aan de hand daarvan onderzoeken of een scheidsgerecht die regels al dan niet juist heeft toegepast. Wanneer de overeengekomen regels zijn neergelegd in een van toepassing verklaard reglement dat internationaal wordt toegepast, zoals de UNCITRAL Arbitration Rules, moet bij de uitleg daarvan worden uitgegaan van de tekst, zoals deze in zijn samenhang naar objectieve maatstaven moet worden verstaan en moet mede rekening worden gehouden met de internationale praktijk.151

6.1.3

Een scheidsgerecht kan verder buiten de opdracht treden doordat het zich buiten de grenzen van de rechtsstrijd begeeft – in de zin dat meer of anders wordt toegewezen dan verzocht of op een of meer (tegen)vordering niet is beslist – of niet de juiste beslissingsmaatstaf aanlegt. De rechter is, voor zover het gaat om de beslissingsmaatstaf, alleen bevoegd om te controleren of de arbiters de juiste maatstaf hebben aangelegd. Het staat de burgerlijke rechter niet vrij om inhoudelijk te toetsen of de arbiters de aangelegde maatstaf op de juiste wijze hebben toegepast. Dat zou immers neerkomen op een verkapt hoger beroep, waartoe de vernietigingsprocedure niet mag worden gebruikt.152

6.1.4

Deze vernietigingsgrond houdt ook in dat het Scheidsgerecht niet mag nalaten in te gaan op een essentiële stelling of verweer, dat wil zeggen een stelling of verweer dat direct van invloed is op de arbitrale beslissing. Als niet alle aangevoerde argumenten in de Yukos Awards zijn besproken, betekent dat dus nog niet dat het Scheidsgerecht zich niet aan de opdracht heeft gehouden. De vraag hoe expliciet het Scheidsgerecht een stelling of verweer moet adresseren opdat de Yukos Awards niet aan vernietiging blootstaan, hangt af van de aard van de stelling of het verweer, gezien in het geheel van de aan arbiters voorgelegde rechtsstrijd.153 Bij de beoordeling daarvan past de rechter terughoudendheid.154 Daarbij maakt het op zichzelf geen verschil of de rechter toetst aan de grond van art. 1065 lid 1 onder c of d.

6.1.5

In art. 1065 Rv ligt besloten dat geen vernietiging plaatsvindt op de grond dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden, indien het schenden van de opdracht niet van ernstige aard is. Het bestaan van deze, thans in art. 1065 lid 4 Rv tot uitdrukking gebrachte uitzondering, werd ook reeds aanvaard onder oude, op dit geding toepasselijke recht.155

6.2

Standpunt Russische Federatie

6.2.1

De stellingen die de Russische Federatie in verband met de gestelde schending van de opdracht heeft aangevoerd, hebben betrekking op de volgende onderwerpen:

- (i) Niet naleving van art. 21 lid 5(b) ECT (rov. 6.3);
- (ii) Vaststelling van de schadevergoeding (rov. 6.4);
- (iii) Beslissen door te gissen en treden buiten de rechtsstrijd (rov. 6.5)¹⁵⁶;
- (iv) Rol van de assistent van het Scheidsgerecht (rov. 6.6).

6.3 (

i) Art. 21 lid 5(b) ECT

6.3.1

Met betrekking tot de verplichting van het Scheidsgerecht om de relevante bevoegde belastingautoriteiten het geschil voor te leggen over de vraag of de belastingmaatregelen een onteigening zijn, overweegt het hof als volgt. De Russische Federatie stelt zich op het standpunt dat het Scheidsgerecht ten onrechte geen gevolg heeft gegeven aan het dwingende voorschrift van art. 21 lid 5 ECT, dat bepaalt dat indien zich de vraag voordoet of een belastingmaatregel een onteigening is het scheidsgerecht deze vraag voorlegt aan de desbetreffende belastingautoriteiten. Het Verdrag voorziet niet in de door het Scheidsgerecht gemaakte 'futiliteits-uitzondering'. De Russische Federatie heeft het Scheidsgerecht uitdrukkelijk en tijdig gewezen op de noodzaak en de zin van het inwinnen van advies en dat inwinnen was gedurende de arbitrage ook goed mogelijk geweest. Nu het Scheidsgerecht dat niettemin achterwege heeft gelaten, is aan partijen de kans ontnomen een beroep te doen op de adviezen van de belastingautoriteiten of om zich anderszins daarover uit te laten. Dat komt ook in strijd met de openbare orde. HVY weerspreken deze stellingen van de Russische Federatie. Het hof oordeelt als volgt.

6.3.2

De Russische Federatie wijst er op zichzelf terecht op dat de verplichting om de bedoelde vraag aan de desbetreffende belastingautoriteiten voor te leggen voor het Scheidsgerecht dwingend in art. 21 lid 5 ECT is neergelegd en dat een 'futility-uitzondering' niet is opgenomen. Het Scheidsgerecht was daarom in principe gehouden het geschil over de in Rusland opgelegde belastingmaatregelen in ieder geval aan de Russische belastingautoriteiten voor te leggen. Het hof acht het verzuim om dat te doen evenwel niet voldoende ernstig om vernietiging van het arbitraal vonnis te rechtvaardigen. Daaraan ligt ten grondslag dat niet aannemelijk is geworden dat de Russische Federatie door dit nalaten enig nadeel heeft ondervonden. Aangenomen moet worden dat de Russische Federatie tijdens de uitvoerige behandeling van het geschil door het Scheidsgerecht alle relevante informatie naar voren heeft gebracht of heeft kunnen brengen die het Scheidsgerecht ook zou hebben kunnen verkrijgen door de Russische belastingautoriteiten om advies te vragen. De Russische Federatie heeft in ieder geval niet aangevoerd dat zij die mogelijkheid niet heeft gehad.

6.3.3

De Russische Federatie heeft in haar pleitnota in hoger beroep (nr. 20 van de pleitnota van 24 september 2019) aangevoerd dat het Scheidsgerecht meerdere 'blunders' heeft gemaakt die zijn veroorzaakt door na te laten het geschil aan de betrokken belastingautoriteiten voor te leggen. In haar dagvaarding (nr. 379 e.v.) heeft de Russische Federatie in de eerste plaats verwezen naar het oordeel van het Scheidsgerecht over de "toerekening van de inkomsten van de lege handelsmaatschappijen in Lesnoy en Trekhgorny aan Yukos". Blijkens de Final Award is de discussie daarover echter in volle omvang bij het Scheidsgerecht gevoerd en zijn de standpunten van de Russische Federatie beoordeeld, in het bijzonder ook het standpunt dat de belastingheffing in verband met de 'schijnvennootschappen' legitiem was¹⁵⁷ en in lijn met de internationale standaarden en gebruiken.¹⁵⁸ Het is echter juist die laatste informatie die het Scheidsgerecht volgens de Russische Federatie ook van haar belastingautoriteiten zou hebben kunnen verkrijgen. Onder die omstandigheden kan niet worden aangenomen dat het verzuim om het geschil aan de Russische belastingautoriteiten voor te leggen, enig wezenlijk gevolg heeft gehad. Ook ten aanzien van de 'tweede duidelijke fout' die de Russische Federatie aanwijst, moet uit de Final Award worden afgeleid dat de standpunten van de Russische Federatie naar voren zijn gebracht en zijn gewogen.¹⁵⁹ Niet goed valt in te zien – de Russische Federatie geeft dat ook niet aan – welke aanvullende informatie het Scheidsgerecht van de Russische belastingautoriteiten had kunnen verkrijgen die tot een ander oordeel zou hebben geleid. Er kan dan ook niet worden geconcludeerd dat er enige materiële benadeling voor de Russische Federatie heeft plaatsgevonden door het feit dat het Scheidsgerecht de vraag, of de in Rusland getroffen belastingmaatregelen een onteigening zijn, niet aan de Russische belastingautoriteiten heeft voorgelegd.

6.3.4

De Russische Federatie heeft ook aangevoerd dat het geschil aan de belastingautoriteiten van Cyprus en het Verenigd Koninkrijk had moeten worden voorgelegd. Die stelling gaat niet op, nu art. 21 lid 5(b) ECT slechts voorschrijft dat advies aan de 'relevant competent tax authority' moet worden gevraagd indien het gaat om de vraag 'whether a tax constitutes an expropriation'. HVY hebben echter niet aangevoerd dat belastingmaatregelen van Cyprus of het Verenigd Koninkrijk een onteigening inhouden.

6.3.5

De Russische Federatie betoogt verder dat de handelwijze van het Scheidsgerecht in strijd is met het zogenaamde prognoseverbod. Het prognoseverbod is een Nederlands procesrechtelijk begrip dat inhoudt dat de rechter niet vooruit mag lopen op de uitkomst van een eventueel getuigenverhoor. Ook als moet worden aangenomen dat arbiters in een internationale arbitrage aan dit verbod gebonden zijn, heeft te gelden dat van een prognose op een getuigenverklaring geen sprake is geweest. Art. 21 lid 5(b)(iii) ECT bepaalt dat een scheidsgerecht rekening kan houden met de conclusies ("any conclusions") van de nationale belastingautoriteiten. Die bepaling heeft een geheel ander karakter dan de verplichting om niet op grond van een prognose af te zien van het horen

van getuigen. Dat laatste is gericht op waarheidsvinding, het eerste op advisering over belastingmaatregelen. Een relevante parallel met het arrest van dit hof van 14 oktober 2004, waarop de Russische Federatie zich beroept, is dan ook niet te trekken.¹⁶⁰ Dat geldt ook voor de uitspraken waarop de Russische Federatie zich beroept met betrekking tot schending van het beginsel van hoor en wederhoor (conclusie van repliek nr. 350). Het beginsel van hoor en wederhoor is een fundamenteel beginsel van procesrecht dat niet op één lijn is te stellen met de plicht van het Scheidsgerecht om het geschil aan de bevoegde belastingautoriteiten voor te leggen en de (discretionaire) bevoegdheid rekening te houden met door de belastingautoriteiten getrokken conclusies. Van een schending van de opdracht die de vernietiging van het arbitraal vonnis rechtvaardigt, is dus geen sprake.

6.4 (

ii) Vaststelling van de schadevergoeding

6.4.1

De Russische Federatie voert aan dat het Scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden doordat het schadevergoeding heeft toegekend op basis van een eigen nieuwe en uiterst gebrekkige berekeningsmethode, die afweek van het partijdebat en waarover partijen niet zijn gehoord zodat sprake was van een verrassingsbeslissing. Dit resulteerde in toekenning van tientallen miljarden dollars schadevergoeding zonder enige economische grondslag. Het Scheidsgerecht (a) heeft nagelaten zijn correcties van de dividenden ook door te voeren in de vermogenswaarde en (b) heeft schade dubbel geteld, namelijk als dividend en als vermogenswaarde. Volgens de Russische Federatie heeft het Scheidsgerecht aldus tevens in strijd gehandeld met art. 1039 lid 1 Rv en art. 24 lid 1 van de UNCITRAL Rules. Bovendien heeft het Scheidsgerecht zijn opdracht geschonden doordat het een andere peildatum voor de berekening van de schade heeft gehanteerd dan art. 13 ECT voorschrijft.

6.4.2

Het hof zal eerst een samenvatting geven van de wijze waarop het Scheidsgerecht tot zijn beslissing omtrent de hoogte van de schadevergoeding is gekomen. Vervolgens zal het hof de bezwaren van de Russische Federatie daartegen bespreken, mede aan de hand van het daartegen door HVY gevoerde verweer.

6.4.3

In verband met de discussie over de schadevergoeding is van belang dat het Scheidsgerecht het volgende over de aansprakelijkheid van de Russische Federatie onder de ECT heeft beslist. Het Scheidsgerecht was allereerst van oordeel dat “the primary object of the Russian Federation was not to collect taxes but rather to bankrupt Yukos and appropriate its valuable assets” (Final Award nrs. 756 en 1579). Volgens het Scheidsgerecht springen twee misdragingen van de Russische Federatie eruit: het aansprakelijk stellen van Yukos voor de betaling van meer dan USD 13 miljard aan BTW voor olie die was geëxporteerd en die van BTW vrijgesteld zou moeten zijn, en de veiling van Yugansneftgaz (hierna: ‘YNG’) voor een prijs ver onder de waarde. Zonder deze acties had Yukos de belastingvorderingen van de Russische Federatie kunnen betalen en

was zij niet failliet verklaard en geliquideerd (Final Award nr. 1579). Volgens het Scheidsgerecht heeft de Russische Federatie Yukos of de aandelen van haar aandeelhouders niet expliciet onteigend, maar hadden de maatregelen die de Russische Federatie jegens Yukos had genomen “an effect equivalent to nationalization or expropriation” (Final Award nr. 1580). Het hof zal hierna korthedshalve over ‘onteigening’ spreken waar bedoeld is: maatregelen ‘equivalent to nationalization or expropriation’, zoals het Scheidsgerecht kennelijk ook heeft gedaan. Het Scheidsgerecht oordeelde dat de Russische Federatie aansprakelijk is onder internationaal recht wegens schending van art. 13 ECT, zodat het niet behoefde te beslissen op de vraag of de Russische Federatie ook aansprakelijk is op grond van art. 10 ECT (Final Award nr. 1585). Ten slotte heeft het Scheidsgerecht beslist dat HVY voor 25% hebben bijgedragen aan het nadeel dat zij hebben geleden als gevolg van de destructie van Yukos door de Russische Federatie, zodat 25% van de schade voor hun rekening moet blijven (Final Award nr. 1637).

6.4.4

In zijn redenering die tot de vaststelling van de aan HVY toekomende schadevergoeding heeft geleid heeft het Scheidsgerecht, voor zover thans van belang, de volgende stappen gevolgd:

a. De datum waarop de investering van HVY werd onteigend (“the date of the expropriation of Claimants’ investment”) is 19 december 2004, de datum waarop YNG werd geveild en waarop als gevolg daarvan een substantiële en onomkeerbare ontneming van de eigendommen van HVY plaatsvond (Final Award nrs. 1761-1762).

b. Indien, zoals in dit geval, een onrechtmatige onteigening heeft plaatsgevonden, is de door art. 13 ECT voorgescheven peildatum (“the date of the taking”) niet van toepassing. In geval van een onrechtmatige onteigening mag de investeerder kiezen tussen de dag van de onteigening (19 december 2004) of de dag van het arbitrale (eind)vonnis als peildatum voor de berekening van de schade (Final Award nrs. 1765 en 1769). Het Scheidsgerecht gaat er daarbij in het kader van de schadevaststelling van uit dat de datum van de Final Award 30 juni 2014 is. Het Scheidsgerecht dient dus de totale schade op beide in aanmerking komende data vast te stellen, waarbij HVY recht hebben op het hoogste bedrag, verminderd met 25% wegens ‘contributory fault’ (Final Award nr. 1777).

(Aangezien het Scheidsgerecht uiteindelijk tot de conclusie komt dat de berekening per 30 juni 2014 de hoogste schadevergoeding oplevert en het deze ook toekent, zullen hierna alleen de overwegingen en berekeningen met betrekking tot deze laatste peildatum worden weergegeven, hof.)

c. HVY hebben recht op de volgende schadecomponenten: (1) de waarde van de aandelen in Yukos op de peildatum, (2) de waarde van de dividenden die Yukos, indien de onteigening niet zou hebben plaatsgevonden (“but for the expropriation of Yukos”), aan HVY zou hebben betaald tot aan de peildatum, en (3) “pre-award simple interest on these amounts” (Final Award nr. 1778). Bij de schadebegroting moeten een mogelijke notering van de aandelen Yukos aan de New York Stock Exchange en een mogelijke fusie tussen Yukos en Sibneft buiten beschouwing blijven (Final Award nrs. 1779-1780).

d. In de nrs. 1782-1790 bespreekt het Scheidsgerecht de eerste schadecomponent, de waarde van de aandelen Yukos. HVY hadden drie verschillende methoden van waardering voorgesteld, de 'DCF (Discounted Cash Flow) method', de 'comparable companies method' en de 'comparable transactions method'. Daarnaast hadden HVY en haar expert (de heer Kaczmarek van Navigant, hierna: 'Kaczmarek') een aantal secundaire berekeningen gemaakt ter ondersteuning van haar drie belangrijkste methoden. Deze verschillende waarderingen zijn weergegeven in een schema in de Final Award (nr. 1782).

e. De expert van de Russische Federatie, prof. Dow (hierna: 'Dow'), heeft niet een eigen methode voor de waardering van Yukos ontwikkeld, maar hij heeft wel een gecorrigeerde ('corrected') versie gegeven van de 'comparable companies method'. De aldus gecorrigeerde berekening van Dow komt uit op USD 67,862 miljard per 21 november 2007. Dow heeft hierover verklaard dat dit "could be a useful evaluation". Uitgaande van een "90/10 equity/debt capital structure of Yukos" komt dit overeen met een 'equity value' van Yukos per 21 november 2007 van ongeveer USD 61,076 miljard (Final Award nr. 1783).

f. "The "corrected" comparable companies figure is the best available estimate for what Yukos would have been worth on 21 November 2007 but for the expropriation" (Final Award nr. 1784). De andere door HVY naar voren gebrachte methoden, waaronder de DCF-methode en de secundaire berekeningen, acht het Scheidsgerecht om diverse redenen onvoldoende betrouwbaar (Final Award nr. 1785-1786).

g. Het Scheidsgerecht heeft vervolgens overwogen (Final Award nr. 1787):

"By contrast to all of the other methods canvassed above, the Tribunal does have a measure of confidence in the comparable companies method as a means of determining Yukos' value. While Professor Dow stated at the Hearing that he had not performed an analysis sufficient to fully endorse the figure resulting from his corrections to Claimants' comparable companies approach, he agreed that it "could be a useful valuation." The Tribunal for its part finds that the comparable companies method is, in the circumstances, the most tenable approach to determine Yukos' value as of 21 November 2007, and therefore the starting point for the Tribunal's further analysis."

h. Om de waarde van Yukos in november 2007 te brengen naar de relevante peildatum, gebruikt het Scheidsgerecht de 'RTS Oil and Gas index'. Deze index is gebaseerd op aandelen die verhandeld worden op de Moscow Stock Exchange, waaronder de aandelen van negen olie- en gasmaatschappijen. Beide partijen hebben verwezen naar de RTS Oil and Gas index als een betrouwbare indicator van veranderingen in de waarde van Russische olie- en gasmaatschappijen (Final Award nr. 1788).

i. De waarde van Yukos per 21 november 2007 (USD 61,076 miljard) moet dus worden geïndexeerd per de peildatum (30 juni 2014) aan de hand van de RTS Oil and Gas index (Final Award nr. 1789).

j. Voor de berekening van de schade die bestaat uit misgelopen dividenden neemt het Scheidsgerecht tot uitgangspunt de 'Yukos lost cash flows (i.e., free cash flow to equity)' die zijn berekend door Kaczmarek per 21 november 2007. De 'lost cash flows' tussen 2004 en 21 November 2007 zijn in Kaczmareks eerste rapport gepresenteerd als zijnde gebaseerd op 'actual historical information', dit in tegenstelling tot de cash flows die zijn opgenomen in Kaczmareks DCF-model voor de periode van 21 november 2007 tot eind 2015, die zijn gebaseerd op 'forecasts and projections' aan de hand van informatie van vóór die periode (Final Award nr. 1793). In zijn tweede rapport heeft Kaczmarek 'lost cash flows' opgenomen over de periode 2004-2011 die zijn gepresenteerd als gebaseerd op 'actual historical information', dit in tegenstelling tot de cash flows die zijn opgenomen in Kaczmareks DCF-model voor de periode 2012 tot eind 2019 die zijn gebaseerd op 'forecasts and projections' aan de hand van informatie van vóór die periode (Final Award nr. 1794).

k. Voor de periode 2012 tot 2014 kan het Scheidsgerecht de relevante getallen vaststellen aan de hand van de methodologie van Kaczmarek door gegevens te gebruiken die elders in Kaczmareks rapporten voorkomen. Aan de hand van deze gegevens en methode, die nader zijn uiteengezet in nr. 1796 Final Award en die zijn gespecificeerd in de aan de Final Award gehechte tabellen T4-T6, komt het totale bedrag aan gemiste dividenden van 2004 tot 30 juni 2014 volgens het model van Kaczmarek op USD 67,213 miljard (Final Award nr. 1795-1797). Voor het Scheidsgerecht is dit het uitgangspunt voor de berekening van de dividenden die HVY zouden hebben ontvangen in de (hypothetische) situatie dat de onteigening niet zou hebben plaatsgevonden (Final Award nr. 1798).

l. Hoewel de cijfers van Kaczmarek voor een deel gebaseerd zijn op historische gegevens ("and thus are not plagued by some of the errors associated with forecasts and projections"), zijn sommige kritiekpunten die Dow naar aanleiding van het DCF-model van Kaczmarek naar voren heeft gebracht óók van toepassing op de berekening van de dividenden, zoals het verwijt dat HVY de transportkosten en 'operating expenses' van Yukos hebben onderschat (Final Award nrs. 1799-1801).

m. Aan de hand van de spreadsheets die Dow bij zijn tweede rapport heeft overgelegd, kan de gecorrigeerde 'free cash flow to equity' voor de relevante jaren worden berekend. Hoewel Dow deze gecorrigeerde versie niet expliciet heeft onderschreven als zijnde zijn opvatting over Yukos' 'free cash flow to equity', is het duidelijk dat het hierin tot uitdrukking gebrachte cijfer meer in lijn is met zijn opvatting. Op basis van deze gecorrigeerde methode bedraagt het totaal van Yukos' dividenden over de periode van 2004 tot en met het eerste halfjaar van 2014 USD 49,293 miljard (zie tabel T3 bij de Final Award, het totaal van de tweede kolom) (Final Award nr. 1802).

n. In aanvulling op de correcties van Dow moet nog een aantal aanvullende correcties worden aangebracht, omdat Dows correcties niet alle risico's hebben verdisconteerd die Yukos ten aanzien van haar cash flow zou lopen indien het haar bedrijf had kunnen voortzetten. Correcties moeten worden aangebracht voor: het risico op substantieel hogere belastingen, het risico ten aanzien van het dividendbeleid van Yukos, alsmede de

risico's verband houdend met de complexe en ondoorzichtige offshore structuur die was opgezet om geld dat Yukos verdiende naar het buitenland te sluizen. In verband met deze correcties bedraagt het totaal van Yukos' dividenden over de periode van 2004 tot en met het eerste halfjaar van 2014 USD 45 miljard (Final Award nrs. 1803-1812).

o. De waarde van Yukos per 21 november 2007 (USD 61,076 miljard) geïndexeerd met de RTS Oil and Gas index is per 30 juni 2014 USD 42,625 miljard. De waarde van het 70,5% aandeel van HVY daarin is USD 30,049 miljard (Final Award nrs. 1821 en 1822).

p. De dividenden van Yukos over de periode van 2004 tot en met het eerste halfjaar van 2014 bedragen USD 45 miljard, vermeerderd met rente USD 51,981 miljard. Het 70,5% aandeel van HVY hierin bedraagt USD 36,645 miljard (Final Award nrs. 1823 en 1824).

q. De totale schade van HVY als gevolg van de schending van art. 13 ECT per 30 juni 2014 bedraagt aldus (USD 30,049 miljard + USD 36,645 =) USD 66,694 miljard (Final Award nr. 1825). Verminderd met 25% wegens 'contributory fault' komt de schade uit op USD 50,020.867.798 (Final Award nr. 1827).

6.4.5

Bij de beoordeling van de klachten van de Russische Federatie stelt het hof het volgende voorop. Arbiters hebben naar internationaal recht een ruime beoordelingsruimte als het gaat om de begroting van schade. Indien arbiters eenmaal bewezen achten dat de eisende partij schade heeft geleden, hetgeen volgens het Scheidsgerecht hier het geval was (Final Award nr. 1772), hebben zij een grote mate van vrijheid om de exacte hoogte van de schade te begroten. Het hof verwijst in dit verband naar rov. 9.1.4. Daarbij komt dat het Scheidsgerecht in deze zaak bij de begroting van de schade van een hypothetische situatie moest uitgaan. Het gaat immers om de begroting van schade door de huidige situatie van HVY te vergelijken met de hypothetische situatie dat Yukos niet zou zijn onteigend en dat zij haar onderneming had kunnen voortzetten en dividend had kunnen uitkeren. Het spreekt voor zich dat het vaststellen van die hypothetische situatie noodzakelijkerwijs een inschatting is waarbij aan het Scheidsgerecht de nodige vrijheid toekomt.

6.4.6

In dit geval is verder van belang dat de Russische Federatie wel uitvoerige kritiek heeft uitgeoefend op de schadeberekeningen van HVY, maar zelf geen alternatieve waardering van Yukos heeft voorgesteld (Final Award nr. 1783). Het is dan voorzienbaar dat het Scheidsgerecht, dat veel kritiekpunten van de Russische Federatie op de berekeningen van HVY overnam, aan de hand van de uitgangspunten van HVY die het aanvaardbaar achtte en met toepassing van de kritiekpunten van de Russische Federatie, zelf een schadeberekening zou maken, zoals in dit geval ook is gebeurd. De stelling van de Russische Federatie dat zij twee alternatieve schademodelen heeft voorgesteld (memorie van antwoord nr. 900; conclusie van repliek annex 1 nrs. 25-27) maken het voorgaande niet anders. Het ging hier om het voorstel (i) om HVY te behandelen alsof zij hadden geïnvesteerd in Lukoil, volgens de Russische Federatie een vergelijkbare onderneming als Yukos, en (ii) om als uitgangspunt te nemen dat HVY op legale wijze

hadden voorkomen dat zij meer dan driekwart van de opgelegde belastingen, boetes en kosten moesten betalen. In beide methoden wordt dus geen eigen waardering van Yukos voorgesteld, zoals het Scheidsgerecht dan ook terecht heeft overwogen. Daarbij moet worden opgemerkt dat, wat er ook van de twee alternatieve benaderingen zij, deze niet aansloten bij de methode die HVY hadden voorgesteld en waarvoor het Scheidsgerecht uiteindelijk heeft gekozen. Deze methode hield in dat HVY recht hadden op (1) de waarde van de aandelen in Yukos op de peildatum, (2) de waarde van de dividenden die Yukos, indien de onteigening niet zou hebben plaatsgevonden (“but for the expropriation of Yukos”), aan HVY zou hebben betaald tot aan de peildatum (vermeerderd met ‘pre-award interest’). Nu HVY deze methode aan hun schadebegroting ten grondslag hadden gelegd, had de Russische Federatie erop bedacht moeten zijn dat het Scheidsgerecht HVY hierin zou volgen en had de Russische Federatie alle gelegenheid om aan de hand van die methodiek eigen berekeningen over te leggen. Dat heeft zij echter niet gedaan.

6.4.7

De Russische Federatie voert aan dat het Scheidsgerecht een peildatum heeft gekozen die door geen van partijen was bepleit (30 juni 2014) en dat beide partijen hadden aangevoerd dat voor de berekening van de schadevergoeding vanaf een andere datum dan 21 november 2007 een nadere analyse door een deskundige nodig was. Dit verwijt snijdt geen hout. HVY hebben wel degelijk bepleit dat zij het recht hadden te kiezen tussen de datum van de onteigening (volgens hen 21 november 2007) en de datum van de Final Award, afhankelijk van welke de hoogste schadevergoeding zou opleveren. De Russische Federatie had er dus rekening mee kunnen houden dat het Scheidsgerecht op deze laatste peildatum zou uitkomen en, aan de hand van een schatting van de datum van de Final Award, daarop met haar eigen berekeningen kunnen anticiperen. Ook indien, zoals de Russische Federatie stelt, partijen van mening waren dat voor het berekenen van de schade per een andere datum dan 21 november 2007 een deskundige nodig was, hoefde dat het Scheidsgerecht er niet van te weerhouden de noodzakelijke berekeningen zelf uit te voeren indien het zich daartoe in staat achtte.

6.4.8

De Russische Federatie voert aan dat het Scheidsgerecht oordeelde dat HVY verzuimd hadden de omvang van hun schade te onderbouwen en dat de bewijslast op HVY rust. Bij gebrek aan dergelijk bewijs had het Scheidsgerecht de vordering tot schadevergoeding moeten afwijzen. De Russische Federatie verwijst daarbij naar de uitspraak van het ‘Permanent Court of International Justice’ (PCIJ) van 13 september 1928 inzake *Factory at Chorzow*¹⁶¹. Het Scheidsgerecht had tenminste nadere uittalingen van partijen moeten vragen. Door dit na te laten, is de Russische Federatie het recht ontnomen om te worden gehoord, met als gevolg een verrassingsbeslissing. Het Scheidsgerecht heeft zijn opdracht geschonden door de Russische Federatie geen mogelijkheid te bieden om haar rechten te verdedigen en haar argumenten te presenteren (art. 1039 lid 1 Rv), door art. 24 lid 1 UNCITRAL Rules (inhoudend dat iedere partij de bewijslast heeft ten aanzien van de feiten ter ondersteuning van zijn vordering) te negeren en door het fundamentele recht van de Russische Federatie om te worden gehoord te schenden (art. 1056 lid 1 Rv), aldus de Russische Federatie. De

Russische Federatie heeft in verband met haar bezwaren tegen de schadeberekening ook een beroep gedaan op de vernietigingsgronden in art. 1065 lid 1 onder d Rv (gebrekkige motivering) en op art. 1065 lid 1 onder e Rv (openbare orde). Het hof zal in deze paragraaf ook op deze vernietigingsgronden ingaan, omdat de argumenten die de Russische Federatie in verband met die gronden aanvoert, in hoge mate verweven zijn met de argumenten die zij aanvoert in het kader van art. 1065 lid 1 onder c Rv (schending opdracht). Voor het overige verwijst het hof naar rov. 8.3 en 9.3.1.

6.4.9

Het betoog van de Russische Federatie faalt. Het hof verwijst naar hetgeen hiervoor is overwogen, waar is opgemerkt dat het het Scheidsgerecht vrijstond de omvang van de schade zelf te begroten indien het bestaan van schade is aangetoond en het Scheidsgerecht van oordeel was dat het daartoe over voldoende gegevens beschikte. Het is onmiskenbaar dat het Scheidsgerecht van oordeel was dat in het onderhavige geval aan beide voorwaarden was voldaan. In dit opzicht verschilt deze zaak ook van de door de Russische Federatie aangehaalde Factory at Chorzow uitspraak, waarin het PCIJ overwoog dat het niet beschikte over de gegevens die nodig waren om het in staat te stellen om te beslissen over het bestaan en de omvang van de gestelde schade en dat die schade daarom niet was bewezen.¹⁶² Het is ook niet juist dat het Scheidsgerecht heeft overwogen dat HVY hadden verzuimd de omvang van hun schade te onderbouwen. Het Scheidsgerecht heeft de schadeberekeningen van HVY niet in alle opzichten gevolgd, maar bepaalde elementen daaruit juist wel tot uitgangspunt genomen, zoals de ‘comparable companies methode’.

6.4.10

De stelling van de Russische Federatie dat zij gehoord had moeten worden omdat het Scheidsgerecht bij het vaststellen van de omvang van de schade een ‘eigen, nieuw ontwikkelde methodiek’ hanteerde, faalt. De Russische Federatie maakt in de eerste plaats onvoldoende duidelijk waaruit die ‘nieuw ontworpen methode’ van het Scheidsgerecht zou bestaan. De beslissing van het Scheidsgerecht dat de geleden schade bestaat uit (i) de (proportionele) waarde van Yukos, (ii) de gemiste dividenden en (iii) de rente daarover, is geheel in overeenstemming met het standpunt van HVY (zoals de Russische Federatie ook erkent, dagvaarding nr. 391 en pleitnota mr. Koppenol-Laforce nr. 7; zie ook Final Award nr. 1711; Eerste Rapport Kaczmarek in de arbitrage nr. 14). De ‘comparable companies methode’, die het Scheidsgerecht als uitgangspunt voor de vaststelling van de waarde van Yukos heeft genomen, was als een van de alternatieve berekeningsmethoden door Kaczmarek voorgesteld en Dow heeft verklaard dat hij het met die methode (door hem aangeduid als de ‘multiples analysis of Mr Kaczmarek’) bereikte resultaat, na toepassing van zekere correcties, in beginsel kon onderschrijven als “a result that I would be prepared to consider useful” (Transcript Hearings day 12 p. 45-46). Ook uit hetgeen hierna ten aanzien van verdere kritiek van de Russische Federatie zal worden overwogen, blijkt dat geenszins sprake was van een ‘nieuwe methodiek’. De Russische Federatie verwijst nog naar een bij dagvaarding overgelegd (derde) rapport van 8 november 2014 van Dow¹⁶³, waarvan de Russische Federatie (naar zij stelt) in de dagvaarding een eigen samenvatting heeft gegeven (dagvaarding nr.

409). Het hof beschouwt dit rapport, waarin Dow een oordeel geeft over de door het Scheidsgerecht gebruikte methodologie voor het vaststellen van de schade, als een onderbouwing van de stellingen in de dagvaarding en zal het als zodanig, waar nodig, in zijn oordeel meenemen.

6.4.11

De Russische Federatie stelt (dagvaarding nrs. 408 en 409) dat er gaten in het procesdossier zaten die het Scheidsgerecht niet zonder raadpleging van partijen had mogen opvullen. Ook dit argument gaat niet op. Het feit dat geen van partijen een waardering van Yukos op de waarderingsdata van het Scheidsgerecht heeft aangeboden en dat het Scheidsgerecht alle door HVY voorgestelde waarderungen voor andere data had afgewezen, hoefde het Scheidsgerecht er niet van te weerhouden deze waardering, met gebruikmaking van de gegevens die partijen zelf hadden aangeleverd, zelfstandig vast te stellen op de datum die het juist achtte. Als mogelijke peildatum hadden HVY overigens wel degelijk de datum van de Final Award bepleit (Final Award nr. 1694) en de Russische Federatie heeft die opvatting bestreden (Final Award nrs. 1739, 1740 en 1764).

6.4.12

De Russische Federatie verwijt het Scheidsgerecht vervolgens dat het Scheidsgerecht voor de bepaling van de waarde van Yukos per 21 november 2007 is uitgegaan van een bedrag van USD 67,862 miljard. Dow had dit bedrag berekend als de resultante van het 'comparable companies model' van Kaczmarek, nadat Dow daarop een aantal correcties op had toegepast, maar hij beschouwde dit niet als een correcte waarde van Yukos en heeft dat ook niet als zodanig gepresenteerd. Ook dit betoog is ongegrond. Ook indien het zo was dat Dow bedenkingen bleef houden bij het door hem gecorrigeerde bedrag, betekende dat niet dat het Scheidsgerecht die bedenkingen ook moest hebben en dat het dat bedrag dus niet tot uitgangspunt mocht nemen. Kennelijk heeft het Scheidsgerecht die bedenkingen niet gehad, en heeft het ook niet begrepen dat de voorbehouden die Dow nog maakte een merkbare invloed op de waarde zouden hebben. Dat is, gezien de inhoud van het tweede Expert Report van Dow (dat in de arbitrageprocedure is overgelegd) en het procesverloop, niet onbegrijpelijk.

6.4.13

In zijn tweede Expert Report heeft Dow de uitkomst van de 'comparable companies methode' zoals toegepast door Kaczmarek op vier punten gecorrigeerd, waarna het resultaat van die correcties is samengevat in paragraaf 417, tabel 67 (het Scheidsgerecht verwijst daarnaar in de Final Award nr. 1783). De waarde van Yukos in 2007 staat daarin vermeld als USD 67,862 miljard. Dit bedrag is door Dow in datzelfde rapport herhaald op p. 195 in tabel 73.

6.4.14

Blijkens het transcript van de 'hearing' van dag 12 heeft Dow, die ondervraagd werd door een van de raadslieden van HVY, het volgende verklaard¹⁶⁴:

“Q. If we go back to [page] 195 [van het tweede rapport van Dow, hof], the Yukos and YukosSibneft valuation in 2007, there we also have a figure for the comparable analysis. For Yukos, in figure 73, you have \$67.8 billion; and for YukosSibneft you have \$93.7 billion. Would those figures constitute a valid result in terms of valuation in the same manner as for YNG?

A. They are not presented in that context, but I think I'd have to agree that they could be a useful valuation, yes.

Q. How useful, in your view? (Pause)

A. Well, the thing is I don't like to provide a valuation on the hoof, as it were. So the numbers in those tables are not numbers I've thought about in that context. I guess looking at them on the hoof, as that's what we're doing here, I am a bit concerned that the YukosSibneft number is very different to the Yukos number, since the theory of Mr Kaczmarek's analysis of how YukosSibneft created value is limited to some synergies which he doesn't think are very big. In addition I would have to do a bit more analysis, I think, to try and study, if we look at figure 73, the 67 billion for Yukos, how that relates to what it was in 2004, how oil prices have changed over that period. So I haven't done enough analysis on these to endorse them in that sense, and I don't think it would be responsible of me to endorse them for a purpose that they weren't reported in that figure as being useful for.”

6.4.15

Uit deze passages komt naar voren dat, hoewel Dow benadrukte dat de door hem gecorrigeerde 'comparable companies methode' van Kaczmarek niet resulteerde in een waardering die hij voor zijn rekening wilde nemen (hetgeen het Scheidsgerecht in de Final Award nr. 1787 heeft onderkend), hij het resultaat tegelijkertijd een 'useful valuation' achtte. Uit het hierboven geciteerde antwoord van Dow tijdens de hearing blijkt ook niet dat hij nog concrete punten van kritiek had; daaruit blijkt slechts dat hij ten aanzien van de waarde van Yukos op één of twee punten een nadere analyse zou willen verrichten. Onder deze omstandigheden kon het Scheidsgerecht oordelen dat het die door Dow berekende waarde tot uitgangspunt zou nemen. Indien Dow van mening was geweest dat er nog meer correcties op de door Kaczmarek berekende waarde moesten worden toegepast, of indien hij een waardering van Yukos had willen vaststellen die hij wel volledig voor zijn rekening kon nemen, stond niets er aan in de weg dat hij dit in zijn rapport had gedaan. Nu Dow dat niet heeft gedaan, kan de Russische Federatie niet aan het Scheidsgerecht tegenwerpen dat het van de door Dow gecorrigeerde Kaczmarek-waarde is uitgegaan. In ieder geval is geen sprake van een verrassingsbeslissing. De USD 67,862 miljard als waarde van Yukos per 21 november 2007 is aan de orde geweest tijdens de 'hearing' op dag 12 en de Russische Federatie kan bezwaarlijk verrast zijn door het feit dat het Scheidsgerecht een resultaat uit het rapport van haar eigen deskundige mede tot uitgangspunt nam.

6.4.16

De Russische Federatie is voorts van mening dat het Scheidsgerecht niet, althans niet zonder raadpleging van partijen, aan de hand van de waarde per november 2007 de waarde van Yukos per 30 juni 2014 had mogen uitrekenen met toepassing van de RTS Oil and Gas index. Deze benadering had geen van beide partijen voorgesteld of onderschreven, dus het Scheidsgerecht had partijen in de gelegenheid moeten stellen zich hierover uit te laten, aldus de Russische Federatie. Het hof volgt de Russische Federatie hierin niet. Het Scheidsgerecht heeft overwogen dat beide partijen hebben verwezen naar de RTS Oil and Gas index als een betrouwbare graadmeter voor de veranderingen in de waarde van Russische olie- en gasmaatschappijen en dat zij die index ook in hun berekeningen hebben gebruikt om bepaalde waarderingen van de ene naar de andere datum te brengen (Final Award nr. 1788). Tijdens de ‘hearing’ heeft Dow ook bevestigd dat de RTS Oil and Gas index een betrouwbare index was van de wijzigingen in de waarde van de aandelen van Russische ondernemingen en dat hij deze zelf had gebruikt (Transcript Hearings day 12 p. 67-68). Voor zover de Russische Federatie nog aanvoert dat het Scheidsgerecht de toepassing van deze index heeft verworpen omdat HVY daarop te laat in het geding een beroep hebben gedaan¹⁶⁵, volgt het hof haar daarin niet. In de door de Russische Federatie aangehaalde passage (Final Award nr. 1786), waarin het Scheidsgerecht om die reden enkele ‘secondary evaluations’ verwerpt, valt een dergelijk oordeel niet te lezen. Evenmin volgt het hof de stelling van de Russische Federatie (memorie van antwoord nr. 911) dat het Scheidsgerecht een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven door te oordelen dat beide partijen de RTS Oil and Gas index als een betrouwbare graadmeter hebben aangeduid. Uit de ook door de Russische Federatie geciteerde uitlatingen van haar deskundige Dow tijdens de zitting van het Scheidsgerecht volgt immers dat hij van oordeel was dat die Index “by definition” een betrouwbare index van “Russian share companies’ changes” is. Ook als juist is dat hij niet kon voorzien hoe het Scheidsgerecht vervolgens deze index zou toepassen, doet dat aan deze uitlating over het karakter van de index als zodanig niet af. Tegen deze achtergrond stond het het Scheidsgerecht vrij om de waarde van Yukos in 2007 naar 30 juni 2014 te brengen en om daarvoor de RTS Oil and Gas index te gebruiken.

6.4.17

Ook ten aanzien van de berekening van de gemiste dividenden heeft het Scheidsgerecht volgens de Russische Federatie een ‘eigen methodiek’ ontwikkeld om gaten op te vullen in het procesdossier. De Russische Federatie heeft in de eerste plaats kritiek op het feit dat het Scheidsgerecht voor deze berekening gebruik heeft gemaakt van de cijfers uit het DCF-model van Kaczmarek. Die kritiek is ongegrond. Dat het Scheidsgerecht de DCF-modellen van Kaczmarek heeft afgewezen omdat deze onbetrouwbaar waren om de waarde van Yukos vast te stellen, betekent niet dat het Scheidsgerecht bepaalde gegevens daaruit niet mocht gebruiken voor de berekening van de gemiste dividenden. Het Scheidsgerecht wijst er uitdrukkelijk op dat het voor het berekenen van de dividenden over de periode 2004-2011 gebruik heeft gemaakt van gegevens uit de rapporten van Kaczmarek die waren gebaseerd op historische gegevens en die dus niet berustten op voorspellingen en projecties. Dat het Scheidsgerecht de DCF-modellen had afgewezen omdat deze wel berustten op voorspellingen en projecties, hoefde het er dus niet van te weerhouden de historische data te gebruiken voor de berekening van de gemiste

dividenden. De Russische Federatie stelt ook dat de gegevens in één van de modellen van Kaczmarek te hoog zijn weergegeven. De Russische Federatie verliest echter uit het oog dat het Scheidsgerecht de volgens het model van Kaczmarek berekende dividenden slechts als uitgangspunt heeft genomen voor verdere berekeningen en dat het, juist omdat het de historische gegevens niet volledig los kon zien van de volgens het Scheidsgerecht terecht door Dow bekritiseerde DCF-methode, op die cijfers – naar aanleiding van de kritiek van Dow en na toepassing van nog enkele eigen correcties – uiteindelijk een korting van ruim USD 22 miljard heeft toegepast (zie Final Award nrs. 1799-1802 en 1811). Het feit dat Dow te kennen had gegeven dat hij de methode van Kaczmarek niet onderschreef, verhinderde het Scheidsgerecht uiteraard niet om deze methode toch toe te passen en om daarop de door Dow voorgestelde correcties toe te passen. Anders dan de Russische Federatie veronderstelt¹⁶⁶, heeft het Scheidsgerecht op basis van zijn eigen oordeel de gemiste dividenden vastgesteld en is het daarbij niet afgegaan op een ‘waardering’ van de waarde van Yukos door Dow.

6.4.18

De Russische Federatie voert vervolgens aan dat de historische informatie geen informatie van Yukos was, want Yukos bestond niet meer, maar informatie ontleend aan de resultaten van de belangrijkste dochtermaatschappijen van Yukos die inmiddels een nieuwe eigenaar hadden. Kaczmarek zou deze cijfers aan verschillende bronnen hebben ontleend, vervolgens ‘aan elkaar hebben geregen’ en zelf hebben toegegeven dat deze achteraf zijn geconstrueerd. Dit argument snijdt geen hout, omdat het Scheidsgerecht kennelijk heeft geoordeeld dat de aan de voormalige dochtermaatschappijen ontleende (historische) gegevens betrouwbaar genoeg waren om tot uitgangspunt te nemen voor de begroting van de gemiste dividenden. Gezien de vrijheid die het Scheidsgerecht toekomt bij het begroten van de omvang van de schade stond dit het Scheidsgerecht vrij. Voor het overige is het een inhoudelijk oordeel over het voorhanden bewijsmateriaal dat in deze vernietigingsprocedure niet kan worden getoetst.

6.4.19

De Russische Federatie is ook van mening dat het Scheidsgerecht partijen had moeten vragen om informatie te verstrekken over de hypothetische resultaten over de periode 2012 tot 30 juni 2014, omdat over die periode geen historische informatie voorhanden was. Dit verwijt gaat niet op. Partijen hadden er rekening mee kunnen en moeten houden dat het Scheidsgerecht de omvang van de gemiste dividenden tot aan de Final Award zou willen berekenen, omdat HVY hadden bepleit dat de schade per die datum diende te worden berekend voor zover deze hoger zou zijn dan de schade per de datum van de onteigening. De Russische Federatie had dus haar eigen visie op de berekening van de dividenden over de periode 2012 tot 30 juni 2014 kunnen geven. Dat zij dat niet heeft gedaan hoefde het Scheidsgerecht er niet van te weerhouden de noodzakelijke berekeningen zelfstandig uit te voeren aan de hand van de in het dossier aanwezige gegevens, iets waartoe het Scheidsgerecht zich kennelijk goed in staat achtte.

6.4.20

In de dagvaarding (nrs. 425-428) levert de Russische Federatie inhoudelijke kritiek op de wijze waarop het Scheidsgerecht de omvang van de gemiste dividenden heeft berekend. De kritiek van de Russische Federatie komt er op neer dat het Scheidsgerecht gegevens aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd die niet door Dow waren onderschreven, terwijl de cijfers van Kaczmarek tal van fouten bevatten en tot onaannemelijke resultaten leidden. Deze kritiek miskent in de eerste plaats dat het er in dit vernietigingsgeding niet om gaat of het oordeel van het Scheidsgerecht over de schade voor kritiek vatbaar is of dat het de schade juist heeft berekend. Het gaat erom of zich één of meer van de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv voordoen. Dit laatste wordt door dit betoog van de Russische Federatie niet aangetoond. In de tweede plaats miskent de Russische Federatie de vrijheid die het Scheidsgerecht had om de schade te begroten. In het onderhavige geval ging het er om vast te stellen welke dividenden Yukos zou hebben uitgekeerd, in de hypothetische situatie dat Yukos niet zou zijn onteigend en ontbonden maar haar onderneming had kunnen voortzetten en dividend had kunnen uitkeren. Het vaststellen van die schade kan alleen maar een benadering zijn en dat daarbij gebruik moet worden gemaakt van gegevens die, hoewel niet optimaal, daartoe wel bruikbaar zijn is onvermijdelijk. Kennelijk was het Scheidsgerecht van oordeel dat nader debat niet aan zijn oordeel zou hebben bijgedragen en dat het de schade op dit punt kon begroten aan de hand van de gegevens die voorhanden waren.

6.4.21

De Russische Federatie verwijt het Scheidsgerecht ook dat het de dividenden naar beneden heeft bijgesteld vanwege drie aanvullende risicofactoren (vgl. hiervoor rov. 6.4.4 onder n). Volgens de Russische Federatie betreft het hier ongemotiveerde verrassingsbeslissingen. Wat daar verder ook van zij, nu deze aanvullende risico's onmiskenbaar hebben geleid tot een vermindering van het bedrag aan gemiste dividenden, heeft de Russische Federatie bij deze klacht geen belang. Afgezien daarvan heeft het Scheidsgerecht deze risico's in aanmerking genomen naar aanleiding van de kritiek van de Russische Federatie, dat een onteigening de eigenaar niet alleen de waarde van zijn bezit ontnemt, maar ook het risico wegneemt dat met de eigendom samenhangt (Final Award nr. 1803). Voor zover de Russische Federatie erover klaagt dat het Scheidsgerecht niet gemotiveerd heeft waarom het voor de jaren 2012, 2013 en 2014 tot een hoger dividend komt dan Dow, wijst het hof erop dat de in de kolom 'Dow' opgenomen cijfers de getallen van Kaczmarek zijn waarin alle correcties van Dow zijn verwerkt (zie bijlage T3 onderaan), terwijl het Scheidsgerecht niet alle correcties van Dow heeft aanvaard (Final Award nr. 1802).

6.4.22

De Russische Federatie voert voorts aan dat de 'nieuwe schadevergoedings-methodiek' van het Scheidsgerecht heeft geresulteerd in de toewijzing van miljarden dollars aan ongegronde schadevergoeding, doordat het de gemiste dividenden aanzienlijk heeft overschat. Samengevat komt de stelling van de Russische Federatie op het volgende neer. De waarde van Yukos heeft het Scheidsgerecht geïndexeerd aan de hand van de RTS Oil and Gas index en deze waarde volgt daarmee de veranderingen in de vermogenswaarde van de ondernemingen die in deze index zijn opgenomen. De gemiste

dividenden die het Scheidsgerecht heeft berekend, zijn evenwel aanzienlijk hoger dan de dividenden die in dezelfde periode door de in die index opgenomen bedrijven zijn uitgekeerd. De groei van de vermogenswaarde van een onderneming is echter omgekeerd evenredig aan de mate waarin zij dividend uitkeert: hoe meer dividend wordt uitgekeerd, hoe minder de vermogensgroei en omgekeerd. Dit heeft tot gevolg dat als alle andere factoren gelijk zijn, een onderneming waarvan de vermogenswaarde met hetzelfde percentage groeit als dat van de (in dezelfde index opgenomen) 'peer' ondernemingen, geen hoger percentage dividenden kan betalen dan die 'peer' ondernemingen. Kaczmarek heeft het verband tussen uitgekeerd dividend en vermogenswaarde ook erkend. Het Scheidsgerecht heeft een fundamentele fout gemaakt, door in feite een deel van de (hypothetische) dividenden van Yukos dubbel te tellen, namelijk niet alleen als dividend maar ook als onderdeel van het belang van HVY in de (hypothetische) vermogenswaarde van Yukos. Dit heeft erin geresulteerd dat het Scheidsgerecht meer dan USD 20 miljard aan gemiste dividenden en ruim USD 1,4 miljard aan vermogenswaarde heeft toegekend zonder enige economische basis. De beslissing van het Scheidsgerecht om dividend en vermogenswaarde onafhankelijk van elkaar te bepalen, kon niet worden voorzien en werd genomen zonder partijen de gelegenheid te bieden om te worden gehoord. Dit resulteerde in een verrassingsbeslissing, hetgeen een schending van de opdracht oplevert in de zin van art. 1065 lid 1 onder c Rv, alsmede een schending van de openbare orde krachtens art. 1065 lid 1 onder e Rv, aldus de Russische Federatie.

6.4.23

Het hof is van oordeel dat van een verrassingsbeslissing geen sprake is. Zoals hiervoor is overwogen, hadden HVY schadevergoeding gevorderd die uit twee componenten bestond: (i) de waarde van Yukos (per de datum van onteigening of de datum van de Final Award, afhankelijk van welke het hoogste resultaat geeft) en (ii) de gemiste dividenden tot die datum. Indien de Russische Federatie of haar deskundige Dow van mening waren dat deze getallen elkaar noodzakelijkerwijs onderling beïnvloeden, met name in de situatie dat de RTS Oil and Gas index op de waarde van Yukos wordt toegepast, hadden zij alle gelegenheid dat onder de aandacht van het Scheidsgerecht te brengen. Zij hadden er immers rekening mee moeten houden dat het Scheidsgerecht de schade op de door HVY gevorderde basis zou toewijzen en dat de RTS Oil and Gas index daarbij zou worden toegepast om de waarde op de relevante peildatum uit te rekenen (zie hiervoor onder rov. 6.4.16). Indien het al zo zou zijn dat het Scheidsgerecht een dergelijk verband ten onrechte over het hoofd heeft gezien, is dat hoogstens een inhoudelijke fout in de (motivering van de) schadeberekening, die op zichzelf niet tot vernietiging van de Yukos Awards kan leiden, maar niet een verrassingsbeslissing.

6.4.24

De overige argumenten die de Russische Federatie in dit verband naar voren heeft gebracht, betreffen inhoudelijke kritiek op de beslissing van het Scheidsgerecht. Dergelijke kritiek, ook indien deze gegrond is, levert geen vernietigingsgrond op.¹⁶⁷ Daarbij komt dat de kritiek van de Russische Federatie vooral een hoog theoretisch gehalte heeft, waar zij er in haar betoog van uitgaat dat 'alle andere factoren gelijk zijn'.

Het is onduidelijk waarom daarvan zou moeten worden uitgegaan. Eveneens is onduidelijk waarom ervan zou moeten worden uitgegaan dat de vermogenswaarde van de in de RTS Oil and Gas index opgenomen ondernemingen met hetzelfde percentage groeit als die van Yukos. Anders dan de Russische Federatie kennelijk aanneemt, ligt een dergelijk oordeel niet besloten in de beslissing van het Scheidsgerecht om de RTS Oil and Gas index op de waarde van Yukos toe te passen. Het Scheidsgerecht heeft deze index slechts gebruikt om de waarde van Yukos per 21 november 2007 te 'vertalen' naar de waarde per 30 juni 2014 – waarbij die waarde overigens naar beneden is aangepast van USD 61,076 miljard per 21 november 2007 naar USD 42,625 miljard per 30 juni 2014 (Final Award nr. 1821). Aan de toepassing van deze index, die naar de vaststelling van het Scheidsgerecht is gebaseerd op de prijzen van op de beurs van Moskou verhandelde aandelen, kunnen niet de vergaande conclusies ten aanzien van de verhouding tussen vermogenswaarde en dividend worden verbonden die de Russische Federatie thans verdedigt.

6.4.25

De Russische Federatie voert ten slotte aan dat het Scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door schadevergoeding toe te kennen op basis van de waarde van Yukos op de datum van de Final Award, hoewel art. 13 ECT bepaalt dat de compensatie voor de onteigening van een investering gelijk is aan de "fair market value of the Investment expropriated at the time immediately before the Expropriation". Bovendien is de keuze van het Scheidsgerecht voor de datum van de Final Awards willekeurig en bestraffend, zodat de Yukos Awards ook op grond van art. 1065 lid 1 onder e Rv moeten worden vernietigd, aldus de Russische Federatie.

6.4.26

Dit betoog faalt. Het Scheidsgerecht heeft overwogen dat art. 13 ECT weliswaar voorschrijft dat ingeval van onteigening de compensatie voor een onteigende investering de waarde 'immediately before the expropriation' is, maar dat dit voorschrift geen betrekking heeft op een onrechtmatige onteigening zoals de onteigening van Yukos, in welk geval de investeerder mag kiezen tussen de dag van de onteigening (19 december 2004) of de dag van het arbitrale (eind)vonnis als peildatum voor de berekening van de schade (Final Award nrs. 1765 en 1769). Dit is een juridisch (inhoudelijk) oordeel over de wijze waarop in het onderhavige geval de omvang van de schade moet worden bepaald. Dit oordeel, of het nu juist of onjuist is, zegt niets over de vraag of het Scheidsgerecht zich aan zijn opdracht heeft gehouden of zijn oordeel naar behoren heeft gemotiveerd. De omstandigheid dat dit oordeel meebrengt dat de hoogte van de schadevergoeding fluctueert naar gelang de datum waarop het Scheidsgerecht uitspraak doet, betekent op zichzelf nog niet dat het oordeel van het Scheidsgerecht blijk geeft van willekeur of 'bestraffend' is.

6.4.27

De wijze waarop het Scheidsgerecht de schadevergoeding heeft bepaald, vormt geen schending van zijn opdracht en kan dus niet tot vernietiging van de Yukos Awards leiden. Het Scheidsgerecht heeft ook niet in strijd gehandeld met art. 1039 lid 1 Rv en art. 24 lid

6.5 (

iii) Beslissen door te gissen en treden buiten de rechtsstrijd

6.5.1

De Russische Federatie betoogt dat het Scheidsgerecht voor zijn beslissing dragende overwegingen heeft gebaseerd op eigen speculaties over wat de Russische Federatie in een fictief scenario mogelijk zou hebben gedaan in plaats van op wat zij daadwerkelijk heeft gedaan. De Russische Federatie voert in dat verband vier beslissingen aan van het Scheidsgerecht, te weten:

- a) De Russische Federatie zou de boetes en BTW-aanslagen aan Yukos sowieso hebben opgelegd, ook als Yukos tijdig correcte, voor een 0%-tarief toereikende, BTW-aangiftes had ingediend;
- b) Het faillissement van Yukos was onafwendbaar: (i) als Yukos de 'A Loan' tijdig aan het bankenconsortium had afgelost, zou de Russische Federatie een andere reden hebben gevonden om het faillissement van Yukos uit te lokken, en (ii) als Yukos voorafgaand aan de YNG-veiling geen dreigementen aan potentiële kopers had geuit, zou de veilingopbrengst niet hoger zijn geworden;
- c) De Russische Federatie zou achter de schermen aan Rosneft instructies hebben gegeven met betrekking tot de aanvang van Yukos' faillissement en de biedingen van Rosneft op de activa van Yukos in de daarop volgende faillissementsveilingen;
- d) Het Scheidsgerecht heeft gespeculeerd ten aanzien van het toerekenen van de inkomsten van Yukos' schijnvennootschappen aan Yukos zelf.

Door deze beslissingen te nemen heeft het Scheidsgerecht volgens de Russische Federatie niet alleen (a) zijn opdracht geschonden (art. 1065 lid 1 onder c Rv), maar heeft het ook (b) verzuimd een steekhoudende motivering te geven voor zijn beslissingen (art. 1065 lid 1 onder d Rv) en (c) in strijd gehandeld met het recht van de Russische Federatie om te worden gehoord, haar recht op een gelijke behandeling en haar recht op een onpartijdig en onafhankelijk scheidsgerecht, en dus de openbare orde geschonden (art. 1065 lid 1 onder e Rv). Het hof zal in deze paragraaf de hiervoor genoemde oordelen in het kader van alle drie de vernietigingsgronden bespreken. Voor het overige verwijst het hof naar rov. 8.5.1 en rov. 9.4.1-9.5.2 van dit arrest.

a. De BTW-aanslagen en boetes

6.5.2

Het Scheidsgerecht oordeelde in nr. 694 van de Final Award, "having considered the evidence and arguments canvassed above" dat de Russische Federatie vastbesloten was om te doen wat nodig was om Yukos aan te slaan voor BTW. Ten aanzien van de boetes oordeelde het Scheidsgerecht in nr. 750 van de Final Award in vergelijkbare zin. Volgens de Russische Federatie heeft het Scheidsgerecht in beide gevallen

gespeculeerd op een situatie die zich niet heeft voorgedaan. Naar het oordeel van het hof berust die stelling op een onjuiste lezing van de beslissing van het Scheidsgerecht. Het Scheidsgerecht is slechts voor de vraag gesteld wat er gebeurd zou zijn als Yukos bepaalde maatregelen met betrekking tot de BTW-aangiften (wel) zou hebben genomen, te weten correcte (tijdige en gedocumenteerde) belastingaangiften indienen dan wel onder protest de belastingvordering voldoen. Het Scheidsgerecht oordeelde dat de Russische Federatie in dat hypothetische geval toch de boetes en de BTW-aanslagen zou hebben opgelegd. Het beantwoorden van een dergelijke 'wat als'-vraag is niet in strijd met een regel waaraan het Scheidsgerecht gebonden was, maar het is een schakel in de noodzakelijke causaliteitsredenering waartoe het Scheidsgerecht gehouden was om te responderen op het verwijt dat de Russische Federatie HVY maakte ("Yukos acted self-destructively in relation to VAT") (Final Award nr. 679). Het oordeel van het Scheidsgerecht is gebaseerd op een weging van de standpunten van partijen en de opinies van deskundigen op basis waarvan het Scheidsgerecht uiteindelijk tot de conclusie is gekomen dat het opleggen van de BTW-aanslagen aan Yukos oneigenlijk was. Dat oordeel sluit aan bij de door het Scheidsgerecht in nrs. 755-759 van de Final Award neergelegde 'afsluitende opmerkingen' waarin het Scheidsgerecht de gronden voor zijn conclusies nog eens samenvat en welke gronden elders in de Final Award zijn uitgewerkt. Nu het Scheidsgerecht op een aantal gronden had geconcludeerd dat de belastingheffing van Yukos en de het opleggen van boetes oneigenlijk waren, kon het op basis van "the evidence and arguments canvassed above" ook concluderen dat het geen verschil zou hebben gemaakt als Yukos de juiste BTW-bescheiden zou hebben ingediend.

6.5.3

De Russische Federatie heeft voorts aangevoerd dat het Scheidsgerecht zich heeft gebaseerd op een eigen oordeel over hoe de Russische wetgeving zou moeten luiden (dagvaarding nrs. 566-568). Dat betoog is gebaseerd op hetgeen het Scheidsgerecht overwoog in nr. 686 van de Final Award. In die paragraaf accepteert het Scheidsgerecht de door de deskundige Konnov gegeven praktische rechtvaardiging voor het voorschrift van een maand-/kwartaalaangifte, maar stelt het ook vast dat die rechtvaardiging ontbreekt in de situatie waarin de BTW-teruggaven al door de autoriteiten waren onderzocht en goedgekeurd op het moment dat ze (voor de eerste keer) door de handelsvennootschappen werden geclaimd. Anders dan de Russische Federatie aanvoert, geeft het Scheidsgerecht hiermee geen oordeel over hoe de Russische wetgeving zou moeten luiden, maar plaatst het slechts een kanttekening bij de door de deskundige naar voren gebrachte verklaring over die wetgeving. Daaruit kan niet worden geconcludeerd dat het Scheidsgerecht partijdig of vooringenomen was. Van strijd met de openbare orde of goede zeden is dus geen sprake. De eindconclusie in nr. 694 van de Final Award is bovendien op meerdere omstandigheden gebaseerd, zodat ook niet kan worden aangenomen dat de passage die de Russische Federatie uit de motivering van het Scheidsgerecht licht, zelfstandig dragend voor die conclusie is geweest. In haar conclusie van repliek (nr. 718) heeft de Russische Federatie aangevoerd dat ook de laatste zin van nr. 668 van de Final Award is gebaseerd op speculatie. In die laatste zin herformuleert het Scheidsgerecht de voorgaande zin van die overweging ("Put another

way ...”). Het Scheidsgerecht concludeert dat weliswaar inkomsten steeds werden aangemerkt als inkomsten van Yukos, maar dat dit niet gebeurde als het aankwam op het toerekenen van voordelen en dat dan kennelijk de ‘substance over form-doctrine’ niet strikt werd toegepast. Dat dit oordeel is gebaseerd op speculatie kan in het licht van de daarop volgende paragrafen niet worden volgehouden, terwijl de Russische Federatie ook niet (voldoende gemotiveerd) uitlegt waarom, in het licht van die paragrafen, de Final Award op dit punt niet met redenen omkleed is als bedoeld in art. 1065 lid 1 onder d Rv.

b. De (on)afwendbaarheid van het faillissement van Yukos

6.5.4

In nr. 1631 van de Final Award oordeelde het Scheidsgerecht dat de ‘A-loan’ “represented only a fraction of the claims against Yukos which could have been used to petition the company into bankruptcy”. Het Scheidsgerecht oordeelde daarom dat het moeilijk is om te concluderen dat, zelfs als de ‘A-loan’ betaald zou zijn, een andere grond voor het faillissement van Yukos niet gevonden had kunnen worden. Ook ten aanzien van deze beslissing geldt dat het een reactie is op het verweer van de Russische Federatie dat Yukos zelf verantwoordelijk was voor haar eigen faillissement. Bij beoordeling van een dergelijk verweer ligt het voor de hand te onderzoeken of het waarschijnlijk zou zijn geweest dat, wanneer het aan Yukos verweten handelen wordt weggedacht, de schadeveroorzakende gebeurtenis toch zou zijn ingetreden. Een inschatting van de waarschijnlijkheid van mogelijke andere scenario’s is daarbij onvermijdelijk en (dus) geenszins ongeoorloofd. In de situatie waarin er meerdere andere schuldeisers aanwezig zijn, is het ook niet ongeoorloofd of in strijd met enig algemeen beginsel van procesrecht om te concluderen dat een alternatief scenario voor het faillissement evenzeer waarschijnlijk was.

6.5.5

In nr. 732 van de conclusie van repliek heeft de Russische Federatie aangevoerd dat het Scheidsgerecht ook in nr. 1625 van de Final Award (abusievelijk is in voetnoot 1003 verwezen naar nr. 1023-1065) heeft gespeculeerd door te overwegen dat, de publieke dreigementen (‘a lifetime of litigation’) van Yukos weggedacht, een ondergang van Yukos niet had kunnen worden voorkomen. Ook dat betoog gaat uit van een verkeerde lezing van de beoordeling door het Scheidsgerecht. Het Scheidsgerecht heeft de ondergang van Yukos in de Final Award uitvoerig beschreven en beoordeeld (zie nader rov. 8.6.3) en is tot de conclusie gekomen dat de handelingen van de Russische Federatie erop gericht waren die ondergang van Yukos te bewerkstelligen. In nr. 1627-1628 somt het Scheidsgerecht vervolgens een aantal activiteiten op van de Russische autoriteiten die de veilingprijs van de YNG-aandelen ‘significantly’ hebben gedrukt. In het licht van al die activiteiten concludeert het Scheidsgerecht vervolgens in nr. 1629 van de Final Award dat de eigen activiteiten van Yukos niet ‘in a material way’ aan de ondergang van Yukos hebben bijgedragen. Opnieuw is hier geen sprake van speculatie, maar van het onderzoeken van een alternatief scenario en het maken van een inschatting van wat er in dat alternatieve scenario zou zijn gebeurd. Gezien het verweer van de Russische

Federatie behoorde dit tot de taak van het Scheidsgerecht. Het Scheidsgerecht heeft daarbij zijn inschattingen gebaseerd op feiten die in de arbitrages uitvoerig aan de orde zijn geweest.

c. De rol van Rosneft

6.5.6

De rol van Rosneft is in de arbitrages aan de orde gesteld door HVY en door het Scheidsgerecht onder meer behandeld in het kader van de vraag of het handelen waarop de vordering van HVY was gebaseerd, kon worden toegerekend aan de Russische Federatie. Daarbij hebben HVY zich op het standpunt gesteld dat de Russische Federatie onder meer handelde door “State-owned entities, first and foremost State-owned company Rosneft” (Final Award nr. 1451). In nr. 1454 van de Final Award zijn specifiek drie gedragingen van Rosneft weergegeven die volgens HVY aan de Russische Federatie moeten worden toegerekend. HVY hebben zich daarbij op het standpunt gesteld (Final Award nr. 1455) dat de activiteiten van Rosneft aan de Russische Federatie zijn toe te rekenen vanwege het feit dat de Russische Federatie eigenaar was van Rosneft en Rosneft controleerde en dat er personele banden waren tussen Rosneft en de Russische Federatie.

6.5.7

Het Scheidsgerecht heeft bij zijn beoordeling van de stellingen van partijen het bepaalde in art. 8 van de ICL Articles on State Responsibility tot uitgangspunt genomen. Het Scheidsgerecht heeft daarbij verwezen naar het commentaar op art. 8 van prof. Crawford, waarin is opgenomen dat het enkele feit dat een entiteit oorspronkelijk is opgericht door een staat, niet voldoende is voor toerekening van het handelen van die entiteit aan de staat. Voor een dergelijke toerekening is nodig dat die entiteiten “are exercising elements of governmental authority [and] the instructions, direction or control [of the State] must relate to the conduct which is said to have amounted to an internationally wrongful act.”

Het Scheidsgerecht heeft vervolgens vastgesteld dat meer dan 70% van de aandelen in Rosneft wordt gehouden door de Russische Federatie, dat de leidinggevenden van Rosneft door de Russische Federatie worden benoemd en dat veel van de leden van Rosnefts Board of Directors ‘senior executive positions’ in de regering bezetten, waarvan sommigen ‘close to President Putin’. Dat alles is door het Scheidsgerecht evenwel niet voldoende geacht om het handelen van Rosneft aan de Russische Federatie toe te rekenen (Final Award nr. 1468).

In nr. 1472 van de Final Award oordeelde het Scheidsgerecht echter ‘critical’ dat president Putin tijdens de persconferentie van 23 december 2004 met betrekking tot de verwerving van de YNG-aandelen van Baikal heeft verklaard dat “the state (...) is looking after its own interests.” Daarmee heeft president Putin volgens het Scheidsgerecht geaccepteerd en bevestigd dat de verwerving van de aandelen door Rosneft, waarin de Russische Federatie destijds 100% van de aandelen hield, “an action in the State’s interest” was en het heeft daaraan de gevolgtrekking verbonden dat die verwerving door

Rosneft door de staat werd aangestuurd. Daaraan verbond het Scheidsgerecht de conclusie dat die verwerving, net als de veiling van de aandelen YNG, aan de Russische staat kan worden toegerekend. Die conclusie is naar het oordeel van het hof niet van een onvoldoende motivering voorzien. Anders dan de Russische Federatie stelt, is dit niet een ontoelaatbare gevolgtrekking op basis van de door het Scheidsgerecht vastgestelde feiten. Tot die feiten behoorden de uitslatingen van president Putin op een persconferentie die mede de verkoop van de YNG-aandelen tot onderwerp had. Onder die omstandigheden kan niet worden geconcludeerd dat de conclusie van het Scheidsgerecht van een onvoldoende motivering is voorzien.

6.5.8

Ten aanzien van de activiteiten van Rosneft “in contracting with the SocGen bank creditors of Yukos, and in bidding at the bankruptcy auction of Yukos itself” overwoog het Scheidsgerecht in nr. 1474 van de Final Award dat uit hetgeen het eerder had overwogen niet noodzakelijkerwijs volgt dat die activiteiten ook aan de Russische Federatie kunnen worden toegerekend. Het Scheidsgerecht achtte het echter mogelijk dat die activiteiten ook zijn uitgevoerd op grond van sub rosa aanwijzingen van de Russische Federatie onder leiding van hoog gepositioneerden uit de entourage van president Putin, die destijds leiding gaven aan Rosneft. Het Scheidsgerecht oordeelde dat dit redelijkerwijs het geval moet zijn geweest of, als dat niet zo was, dit niet nodig was omdat Rosneft uit zichzelf het beleid van president Putin uitvoerde.

6.5.9

Anders dan de Russische Federatie aanvoert, is het Scheidsgerecht hier niet aan het gissen, maar geeft het een aannemelijkheidsoordeel bij de afwezigheid van hard bewijs. Het geven van een dergelijk aannemelijkheidsoordeel is niet in strijd met enig fundamenteel beginsel van procesrecht, mits het maar is gebaseerd op feiten waarover partijen zich hebben kunnen uitslatingen. Dat dit niet het geval is geweest, heeft de Russische Federatie niet voldoende onderbouwd gesteld. Het is niet aan het hof om zijn oordeel in de plaats te stellen van het aannemelijkheidsoordeel van het Scheidsgerecht. Het Scheidsgerecht heeft in dit oordeel ook niet het eerder door zijn gegeven criterium los gelaten. Het heeft geconcludeerd dat het voldoende aannemelijk is dat er een ‘direction of the Russian State’ was, hetgeen in lijn is met het hierboven geciteerde door het Scheidsgerecht gegeven criterium. Het hof kan dan ook niet tot de conclusie komen dat het aannemelijkheidsoordeel van het Scheidsgerecht van een onvoldoende motivering in de zin van art. 1065 lid 1 onder d Rv is voorzien. Het volgt uit de feiten die het Scheidsgerecht in zijn motivering heeft opgenomen en uit de redenering die het op die feiten heeft gebaseerd.

d. De toerekening van de inkomsten van de schijnvennootschappen

6.5.10

De Russische Federatie leest in de Yukos Awards dat het Scheidsgerecht de door de Russische belastingautoriteiten toegepaste toerekening van de inkomsten van de schijnvennootschappen aan Yukos, heeft verworpen (Final Award nr. 615 e.v.) omdat de uitspraak in de zaak Korus Holding, de toerekeningszaak waarop de Russische Federatie

een beroep deed, werd gewezen kort nadat de Russische rechtbanken hun uitspraken deden waarbij zij de belastingaanslagen tegen Yukos in stand hadden gelaten. De Russische Federatie voert aan dat die beslissing niet van een voldoende motivering is voorzien en is gebaseerd op speculatie (conclusie van repliek nr. 707 e.v.; memorie van antwoord nr. 1144 e.v.).

6.5.11

In de arbitrale procedure hebben HVY het standpunt ingenomen dat het opnieuw toerekenen van de inkomsten van al de werkmaatschappijen aan Yukos geen basis had in de Russische wetgeving.

6.5.12

Het Scheidsgerecht concludeerde dat er voor de handelwijze van de Russische belastingautoriteiten geen precedent was en oordeelde dat de door de Russische Federatie ingeroepen eerdere beslissingen niet van toepassing waren (Final Award nr. 620). Ten aanzien van de vergelijking met de Korus Holding-zaak overwoog het Scheidsgerecht dat deze dateert uit 2006, ruim nadat de aanslagen aan Yukos waren opgelegd. Daarnaast vond het Scheidsgerecht steun voor het standpunt van HVY in het contrast tussen de eerste en de tweede uitspraak met betrekking tot Investproekt (Final Award nr. 622). Het Scheidsgerecht overwoog vervolgens dat het wel enige grond zag in het argument van de Russische Federatie dat de “anti-misbruik” doctrine zou worden uitgehold als de belastingautoriteiten inkomsten niet zouden kunnen toerekenen aan “the person responsible for the wrongdoing” (Final Award nr. 625) en dat het met belangstelling kennis had genomen van anti-misbruik bepalingen in andere landen, maar dat er niettemin ten tijde van de aanslagen aan Yukos geen precedent was in de Russische context voor het toerekenen van inkomsten aan Yukos. Tot slot overwoog het Scheidsgerecht dat het “could have been persuaded” door de argumenten van de Russische Federatie als de belastingautoriteiten er mee hadden volstaan om uitsluitend de op inkomsten gebaseerde belastingen aan Yukos toe te rekenen. De belastingautoriteiten rekenden echter aan Yukos de inkomsten van de werkmaatschappijen toe, terwijl ze tegelijkertijd weigerden om de BTW-teruggaaf aan de werkmaatschappijen aan Yukos toe te rekenen. Het Scheidsgerecht concludeerde dat er geen sprake was van een bona fide uitoefening van bevoegdheden door de belastingautoriteiten (Final Award nrs. 626 en 627).

6.5.13

De stelling van de Russische Federatie dat het Scheidsgerecht de toerekening van de inkomsten van de schijnvennootschappen aan Yukos verwierp omdat de Korus Holding-uitspraak werd gewezen nadat de Russische rechtbanken de belastingaanslagen tegen Yukos in stand lieten, getuigt van een onvolledige lezing van de argumentatie van het Scheidsgerecht. In die argumentatie is de verwerping van het beroep op de Korus Holding-uitspraak slechts een beperkt onderdeel voor de conclusie dat de toerekening zonder precedent in de Russische context was. Het Scheidsgerecht heeft daarbij doel en achtergrond van de anti-misbruik wetgeving onder ogen gezien, maar niettemin geoordeeld dat er voor de toerekening aan Yukos in de gegeven omstandigheden geen

grond was. Dat oordeel van het Scheidsgerecht was mede gebaseerd op het feit dat de belastingautoriteiten aan Yukos enerzijds de omzet van de werkmaatschappijen toerekenden en tegelijkertijd weigerden om de BTW-teruggaaf van de werkmaatschappijen aan Yukos toe te rekenen. Uit de argumentatie van het Scheidsgerecht volgt dus dat zij ook onder ogen heeft gezien dat de Korus Holding-uitspraak overeenkomsten vertoont met de Yukos-zaak, maar dat zij niettemin op grond van de overige omstandigheden, tot een andere conclusie is gekomen. Onder die omstandigheden kan niet worden geconcludeerd dat de beslissing in het geheel niet steekhoudend is (nr. 709 conclusie van repliek).

6.5.14

Ook de stelling van de Russische Federatie dat sprake is van ontoelaatbare speculatie en “resultaatsgerichte besluitvorming” wordt verworpen. Die stelling, die in vier onderdelen uiteen valt, is feitelijk een inhoudelijke betwisting van de juistheid van het oordeel van het Scheidsgerecht. Het is echter, zoals al vaker opgemerkt, niet de taak van het hof zijn oordeel in de plaats te stellen van het oordeel van het Scheidsgerecht, terwijl ook niet kan worden geconcludeerd dat elke steekhoudende motivering van het oordeel ontbreekt.

e. Conclusie

6.5.15

Het hof is gelet op het bovenstaande van oordeel dat de argumenten die de Russische Federatie in het kader van haar verwijt ‘beslissen door te gissen’ heeft aangevoerd geen hout snijden. Het Scheidsgerecht heeft in dit opzicht zijn opdracht niet geschonden (art. 1065 lid 1 onder c Rv), noch verzuimd om een steekhoudende motivering voor zijn oordeel te geven (art. 1065 lid 1 onder d Rv) of de openbare orde geschonden (art. 1065 lid 1 onder e Rv). Meer in het bijzonder is geen sprake van strijd met het bepaalde in art. 1033 lid 1 Rv, art. 1039 lid 1 Rv, art. 10 lid 1 UNCITRAL Rules of art. 15 lid 1 UNCITRAL Rules. Uit hetgeen de Russische Federatie naar voren heeft gebracht, kan immers niet worden afgeleid dat de arbiters niet onpartijdig of niet onafhankelijk zijn geweest en evenmin kan worden geconcludeerd dat sprake is van een beslissing die is gebaseerd op eigen speculaties of verdenkingen. Evenmin kan worden geconcludeerd dat het Scheidsgerecht buiten de rechtsstrijd is getreden of art. 24 lid 1 UNCITRAL heeft geschonden. De Russische Federatie heeft aangevoerd dat HVY door ‘het beslissen door gissen’ zijn ontslagen van de krachtens art. 24 UNCITRAL Rules op hen rustende bewijslast. Daarmee miskent de Russische Federatie dat het Scheidsgerecht wel degelijk een bewijsoordeel heeft gegeven op basis van de door HVY aangevoerde feiten. Dat het daarbij mede alternatieve scenario’s heeft moeten toetsen om het verweer van de Russische Federatie te beoordelen, betekent niet dat het Scheidsgerecht van die bewijslastverdeling is afgeweken.

6.6 (

iv) De rol van assistent Valasek

6.6.1

De Russische Federatie is van mening dat de Yukos Awards vernietigd moeten worden vanwege (kort gezegd) de onevenredig grote rol die de heer Martin Valasek (hierna: Valasek), de assistent van het Scheidsgerecht, heeft gespeeld bij de totstandkoming ervan. Volgens de Russische Federatie heeft het Scheidsgerecht daarmee in strijd gehandeld met de regel dat arbiters hun inhoudelijke taak persoonlijk moeten vervullen. Het Scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden als bedoeld in art. 1065 lid 1 onder c Rv en dit levert een grond op voor vernietiging van de Yukos Awards. Verder is de Russische Federatie van mening dat de Yukos Awards feitelijk door een extra arbiter en dus door vier (in plaats van drie) arbiters zijn geweest. Daarmee is sprake van een vernietigingsgrond als bedoeld in art. 1065 lid 1 onder b Rv, te weten dat het Scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regels was samengesteld.

6.6.2

De Russische Federatie wijst in dit verband op de volgende omstandigheden:

a. Valasek heeft in de tweede fase van het arbitrale geding een disproportioneel groot aantal uren gedeclareerd, namelijk 2.625 uur tegenover (gemiddeld) 1.661 uur per arbiter. Valasek kan geen substantiële bijdrage hebben geleverd aan de administratie en organisatie van het Scheidsgerecht. Deze administratie werd verzorgd door de twee secretarissen van het Scheidsgerecht, die daarvoor samen 5.232 uur hebben gedeclareerd. Valasek is destijds geïntroduceerd als een assistent van het Scheidsgerecht, zonder dat daarbij is vermeld dat hij ook inhoudelijke taken zou gaan vervullen. Op grond van het aantal gedeclareerde uren heeft de Russische Federatie geconcludeerd dat Valasek een grote inhoudelijke bijdrage moet hebben geleverd aan de arbitrage.

b. Omdat het Scheidsgerecht weigerde nadere mededelingen te doen over de concrete werkzaamheden van Valasek heeft de Russische Federatie wetenschappelijk onderzoek laten uitvoeren door twee linguïstische experts, dr. C. Chaski (hierna: Chaski) en prof. dr. W. Daelemans (hierna: Daelemans). Deze deskundigen hebben ieder afzonderlijk drie hoofdstukken van de Yukos Awards onderzocht. Daarbij is langs digitale weg aan de hand van de aanwezigheid van karakteristieke, aan eerdere geschriften van Valasek en de drie arbiters ontleende auteurskenmerken, onderzocht of Valasek bepaalde stukken tekst heeft geschreven, dan wel of deze tekst afkomstig is van één van de arbiters. De deskundigen zijn tot de conclusie gekomen dat het meer dan 95% zeker is dat Valasek ten minste 60-70% (Chaski) dan wel ten minste 41% (Daelemans) van de hoofdstukken IX, X en XII uit de Final Award heeft geschreven.

6.6.3

HVY hebben betwist dat Valasek een rol heeft gespeeld in het nemen van de beslissingen. Voor zover hij een inhoudelijke rol heeft gehad bij de totstandkoming van de Yukos Awards gebeurde dit onder de supervisie van het Scheidsgerecht; het Scheidsgerecht had de eindverantwoordelijkheid, zoals de voorzitter van het Scheidsgerecht zelf te kennen heeft gegeven. HVY hebben verder gemotiveerd weersproken dat Valasek grote delen van de hoofdstukken IX, X en XII heeft geschreven. Zij hebben daartoe de deskundigen prof. M. Coulthard en prof. T. Grant ingeschakeld, die

de door Chaski en Daelemans toegepaste onderzoeksmethodes hebben bekritiseerd. Zo hebben prof. Coulthard en prof. Grant erop gewezen dat de Yukos Awards een gezamenlijk product van meerdere auteurs vormen en dat daarom de door Chaski en Daelemans gebruikte onderzoeksmethoden ongeschikt zijn om met enige precisie aan te geven welke passage/paragraaf van welke auteur afkomstig is. HVY hebben ook aangevoerd dat Chaski en Daelemans onderling van mening verschillen over welke tekstonderdelen met grote mate van zekerheid aan Valasek kunnen worden toegeschreven.

6.6.4

Het hof zal, vanwege de nauwe samenhang, in dit hoofdstuk niet alleen ingaan op het verwijt dat het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden, maar ook op de stelling dat het Scheidsgerecht als gevolg van de betrokkenheid en werkzaamheden van Valasek niet op juiste wijze is samengesteld.

6.6.5

Gelet op de gemotiveerde betwisting van HVY staat niet vast dat de stellingen van de Russische Federatie omtrent de inhoudelijke rol van Valasek juist zijn. Het hof acht de onderzoeken van Chaski en Daelemans in die zin problematisch dat inderdaad – zoals HVY stellen – de tekst van een meervoudig gewezen vonnis niet altijd door één enkele auteur wordt geschreven en dat de veronderstelling dat de anderen “meestal hooguit met een enkel voorstel tot schrapping of inlas reageren”, lang niet altijd opgaat.¹⁶⁸ Het hof zal hieronder evenwel veronderstellenderwijs aannemen dat Valasek inderdaad grote bijdragen heeft geleverd aan het concipiëren van de hoofdstukken IX, X en XII van de Final Award, doordat hij daartoe (concept)teksten heeft aangeleverd die de arbiters geheel of gedeeltelijk in de arbitrale vonnissen hebben verwerkt. Bij die stand van zaken is het bewijsaanbod¹⁶⁹ van de Russische Federatie om Valasek, Chaski en/of Daelemans hierover als getuigen/ deskundigen te horen, niet langer ter zake dienend. Deze bewijsaanbiedingen worden daarom gepasseerd. Voor zover het bewijsaanbod betrekking heeft op een bijdrage van Valasek aan het “decision-making process” heeft het, zoals hierna nader zal worden uitgewerkt, geen betrekking op van een voldoende onderbouwing voorziene feitelijke stellingen en wordt het mede om die reden gepasseerd.

6.6.6

Uit de rapportages van Chaski en Daelemans volgt niet dat Valasek heeft deelgenomen aan de besluitvorming die tot het domein van de arbiters behoort of dat hij anderszins taken heeft overgenomen die tot hun domein behoren. Het staat bijvoorbeeld niet vast dat Valasek het Scheidsgerecht heeft geadviseerd over het gelijk of ongelijk van partijen¹⁷⁰ of dat de arbiters (delen van) de besluitvorming aan Valasek hebben gedelegeerd. Dat volgt ook niet uit het door het hof aangenomen concipieerwerk door Valasek. Evenmin kan op basis van de onderzoeksresultaten worden vastgesteld dat de door Valasek aangeleverde conceptteksten van invloed zijn geweest op de beslissingen van de arbiters¹⁷¹; het staat immers niet vast dat de besluitvorming door de arbiters heeft plaatsgevonden nadat Valasek zijn teksten had aangeleverd. Het behoort tot de expertise

van Chaski en Daelemans om met behulp van een wetenschappelijke methode te analyseren welke auteur (hoogstwaarschijnlijk) een bepaalde tekst heeft geschreven, maar niet om te bepalen of die auteur die tekst op eigen gezag heeft geschreven of op aanwijzing en onder verantwoordelijkheid van iemand anders.

6.6.7

De omstandigheid¹⁷² dat het secretariaat van het Permanente Hof van Arbitrage niet heeft willen voldoen aan een verzoek van de Russische Federatie om een globale specificatie van Valaseks werkzaamheden, maakt dat niet anders. Uit de mededeling van het Permanente Hof van Arbitrage dat het inwilligen van het verzoek afstuit op 'the confidentiality of the deliberations' kan ook niet worden afgeleid dat Valasek heeft deelgenomen aan de 'deliberations'.

6.6.8

Het hof verwerpt verder de stelling van de Russische Federatie dat het ordenen en samenvatten van de partijstandpunten en de relevante rechtsbronnen 'slechts een fractie van de tijd' dan wel 'onvergelijkelijk veel minder tijd'¹⁷³ vergt dan het beslissingsproces dat de taak is van de arbiters. Dat geldt zeker, aldus de Russische Federatie, in deze procedure waarin partijen eigen samenvattingen van hun stellingen hadden aangeleverd en alle relevante rechtsbronnen als bijlage bij de processtukken hebben toegevoegd.¹⁷⁴ Naar het oordeel van het hof is juist in een dossier als het onderhavige, dat een gigantische omvang heeft, het ordeningsproces zeer tijdrovend, zelfs als partijen, zoals in dit geval, hun standpunten en onderliggende stukken zoveel mogelijk op zorgvuldige wijze hebben geordend. De stelling dat het gaat om 'secur maar eenvoudig handwerk'¹⁷⁵ gaat bij een dossier van deze omvang zeker niet op.

6.6.9

Het hof verwerpt ook het standpunt van de Russische Federatie dat steeds een 'helder' en 'wezenlijk' onderscheid kan worden gemaakt tussen het opstellen van memo's met samenvattingen van juridische en feitelijke standpunten (die volgens de Russische Federatie (misschien) wel aan een secretaris/assistent kunnen worden uitbesteed) en het opstellen van beslissende onderdelen van een arbitraal vonnis (die volgens de Russische Federatie door de arbiters moeten worden geschreven).¹⁷⁶ De Yukos Awards bestaan voor een groot gedeelte uit samenvattingen van feitelijke en juridische standpunten van partijen. Het is heel goed denkbaar dat één of meer (ook in de ogen van de Russische Federatie op zichzelf toelaatbare) memo's van Valasek de basis hebben gevormd voor (bepaalde) onderdelen van de Yukos Awards.

6.6.10

Uiteraard kunnen de door een assistent of secretaris geschreven overwegingen (of ten behoeve van de arbitrale vonnissen aangeleverde teksten) gekleurd en/of onvolledig zijn, zelfs als de arbiters van tevoren gedetailleerde instructies hebben gegeven over de inhoud van deze overwegingen. Het ligt echter op de weg van de arbiters om deze teksten op juistheid en volledigheid te controleren. Bovendien impliceert het aanleveren van overwegingen/teksten nog niet dat de desbetreffende assistent/secretaris ook zelfstandig beslissingen heeft genomen die tot de wezenlijke taak van de arbiters

behoren. Anders dan de Russische Federatie aanvoert, staat het gebruik door het Scheidsgerecht van conceptteksten van Valasek dan ook niet gelijk aan het “regelrecht schrappen van het intuitu personae-gebod resp. het delegatieverbod aan arbiters”.¹⁷⁷ Waar het uiteindelijk om gaat is dat arbiters hebben besloten de concepten van Valasek, geheel of gedeeltelijk en al dan niet door hen geamendeerd, voor hun rekening te nemen. Dat het Scheidsgerecht deze concepten klakkeloos heeft overgenomen stelt de Russische Federatie niet.

6.6.11

Tot slot heeft de Russische Federatie uitvoerig onderbouwd dat uit de literatuur en uit arbitragereglementen volgt dat dat arbiters de inhoudelijke werkzaamheden zelf moeten vervullen en dat zij die niet mogen delegeren aan een secretaris. Secretarissen mogen slechts organisatorische bijstand leveren en mogen niet worden belast met het concipiëren van onderdelen van een arbitraal vonnis. Mogelijk is deze taakverdeling in de overheidsrechtspraak minder strak, maar voor arbitrage geldt dit wel omdat arbiters op persoonlijke titel zijn benoemd, aldus de Russische Federatie. Wanneer wordt afgeweken van de hiervoor genoemde regels behoeft dat volgens de Russische Federatie de informed consent van de procespartijen. In deze zaak is die gevraagd noch verkregen. Valasek is geïntroduceerd als contactpersoon, maar aan partijen is nimmer te kennen gegeven dat Valasek ook inhoudelijke taken zou gaan verrichten. Daarbij komt Valasek niet eens de rol van secretaris had, maar van assistent, een in de diverse arbitragereglementen niet eens omschreven functie.

6.6.12

Het hof hoeft in deze zaak geen beslissing te geven over de vraag hoe de taakverdeling tussen arbiters en secretarissen/assistenten in het algemeen behoort te zijn. In deze vernietigingsprocedure is slechts aan de orde of het Scheidsgerecht is samengesteld in strijd met de voor deze arbitrale procedure geldende regels (art. 1065 lid 1 onder b Rv), dan wel of het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (art. 1065 lid 1 onder c Rv).

6.6.13

Dat het Scheidsgerecht is samengesteld in strijd met de daarvoor geldende regels, is niet komen vast te staan. De omstandigheid dat Valasek onderdelen van de arbitrale vonnissen heeft geschreven, kan niet tot de conclusie leiden dat bij de samenstelling van het Scheidsgerecht wettelijke regels of tussen partijen overeengekomen regels zijn veronachtzaamd. Dat geldt ook voor de wettelijke regel dat het Scheidsgerecht uit een oneven aantal arbiters dient te bestaan (art. 1026 Rv). Uit de Yukos Awards, die zijn ondertekend door de arbiters C. Poncet, S.M. Schwebel en L.Y. Fortier, volgt dat de Yukos Awards zijn gewezen door – uitsluitend – de drie arbiters die door partijen zijn benoemd. Het beroep op art. 1065 lid 1 onder b Rv faalt dus.

6.6.14

Wat betreft de schending van de opdracht geldt het volgende. De stellingen van de Russische Federatie vallen (samengevat weergegeven) in twee onderdelen uiteen, te weten (a) Valasek heeft inhoudelijke werkzaamheden verricht en (b) dit is niet vooraf met

partijen besproken en partijen hebben daarmee niet ingestemd.

6.6.14.1 Zoals gezegd, neemt het hof veronderstellenderwijs aan dat Valasek onderdelen van de Yukos Awards heeft geconcipteerd doordat hij teksten heeft aangeleverd die door de arbiters in de Yukos Awards zijn verwerkt. Dat zijn ontegenzeggelijk inhoudelijke werkzaamheden. Daarmee is nog niet gezegd dat de arbiters door het delegeren van deze werkzaamheden op zodanige wijze in strijd met hun opdracht hebben gehandeld dat dit zou moeten leiden tot vernietiging van de Yukos Awards. Het toepasselijke arbitragereglement (de UNCITRAL Rules) bevatten op dit punt geen concrete voorschriften. Anders dan de Russische Federatie aanvoert, bestaat er ook geen ongeschreven regel die inhoudt dat het een secretaris of assistent niet is toegestaan delen van de uitspraak te schrijven. Zolang hierover geen concrete partijafspraken zijn gemaakt en de (inhoudelijke) beslissingen door de arbiters zelf worden genomen zonder invloed van derden, geldt dat het aan de discretie van het Scheidsgerecht is overgelaten in hoeverre het voor het concipiëren van het arbitrale vonnis gebruik wil maken van een assistent of secretaris.¹⁷⁸ Het hof is van oordeel dat de terughoudende toetsing die bij art. 1065 lid 1 onder c Rv geldt ook hier van toepassing is; de schending van de opdracht moet ernstig zijn. In een geval als het onderhavige kan van schending van de opdracht in de zin van art. 1065 lid 1 onder c Rv pas worden gesproken indien het nemen van de voor de arbitrale vonnissen relevante inhoudelijke beslissingen aan Valasek zou zijn gedelegeerd, en/of wanneer Valasek de eindverantwoordelijk voor (bepaalde onderdelen) van die vonnissen zou hebben gehad. Als zich een dergelijke situatie zou voordoen is er geen sprake van dat de arbiters de kerntaken van hun opdracht persoonlijk vervullen. Het aanleveren van concept-teksten door Valasek die onder de verantwoordelijkheid van de arbiters zijn geschreven en door hen zijn geaccepteerd, rechtvaardigt niet de conclusie dat het Scheidsgerecht zijn opdracht (op ernstige wijze) heeft geschonden. De Russische Federatie suggereert weliswaar dat Valasek (mede) inhoudelijke beslissingen heeft genomen, maar uit het voorafgaande volgt dat zij die stelling onvoldoende heeft onderbouwd. De enkele omstandigheid dat Valasek onderdelen van de Yukos Awards heeft geconcipteerd en in de arbitrageprocedure veel uren heeft gedeclareerd, is daarvoor niet toereikend.

6.6.14.2 Mede gelet op het voorafgaande is het hof voorts van oordeel dat de Yukos Awards ook niet behoren te worden vernietigd omdat het Scheidsgerecht partijen niet van tevoren volledig heeft ingelicht over de rol die Valasek zou gaan hebben bij de totstandkoming van de Yukos Awards. Als veronderstellenderwijs wordt uitgegaan van de juistheid van de stelling van de Russische Federatie dat Valasek enkel als assistent en contactpersoon is geïntroduceerd, dan kan worden geconstateerd dat het Scheidsgerecht heeft verzuimd partijen op dit punt volledig in te lichten over de aard van de werkzaamheden van Valasek. Dit levert in de gegeven omstandigheden echter geen zodanig ernstige schending van de opdracht op dat dit moet leiden tot vernietiging van de arbitrale vonnissen.

6.6.15

De conclusie is dat de klachten van de Russische Federatie over de rol van Valasek falen.

6.7

Conclusie ten aanzien van schending van de opdracht (art. 1065 lid 1 onder c Rv)

6.7.1

De argumenten die de Russische Federatie heeft aangevoerd om te betogen dat het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden, falen.

6.7.2

Een grond om de Yukos Awards te vernietigen doet zich in zoverre dus niet voor.

7. Is het Scheidsgerecht niet op de juiste wijze samengesteld (art. 1065 lid 1 onder b Rv)?

7.1

Het hof heeft hiervoor (rov. 6.6.13) al beslist dat het Scheidsgerecht niet in strijd met de daarvoor geldende regels is samengesteld.

7.2

Ook in dit opzicht doet zich derhalve geen grond voor om de Yukos Awards te vernietigen.

8. Zijn de Yukos Awards niet met redenen omkleed (art. 1065 lid 1 onder d Rv)?

8.1

Juridische context

8.1.1

De Russische Federatie voert als vernietigingsgrond aan dat de Yukos Awards niet met redenen zijn omkleed als bedoeld in art. 1065 lid 1 onder d Rv.

8.1.2

Deze vernietigingsgrond sluit aan bij het bepaalde in art. 1057 lid 4 onder e Rv, dat verlangt dat het arbitraal vonnis de gronden van de beslissing vermeldt. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 22 december 2006¹⁷⁹ over vernietiging op deze grond het volgende overwogen:

“In zijn beschikking van 25 februari 2000, nr. R 99/034, NJ 2000, 508 [Benneton/Eco Swiss, hof] heeft de Hoge Raad geoordeeld dat volgens art. 1065 lid 1, aanhef en onder d. Rv. vernietiging van een arbitraal vonnis kan plaatsvinden op de grond van het vonnis niet met redenen is omkleed, en dat vernietiging op deze grond slechts mogelijk is wanneer motivering ontbreekt, en dus niet in gevallen van ondeugdelijke motivering. Aan de rechter komt niet de bevoegdheid toe om op deze vernietigingsgrond een arbitraal vonnis naar zijn inhoud te toetsen. De Hoge Raad heeft dit oordeel in zijn arrest van 9

januari 2004, nr. R 02/066, NJ 2005, 190 [Nannini/SFT, hof] aldus gepreciseerd dat met het ontbreken van een motivering op één lijn gesteld moet worden het geval dat weliswaar een motivering is gegeven, maar dat daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet valt te onderkennen. Dit criterium moet door de rechter met terughoudendheid worden toegepast, in die zin dat hij slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. Uitsluitend indien een motivering ontbreekt, of indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet worden gesteld, mag de rechter dit vonnis vernietigen op de in art. 1065 lid 1, aanhef en onder d, Rv. vermelde grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed.”

Uit deze overweging volgt dat voor een vernietiging op de grond dat de Yukos Awards niet met redenen zijn omkleed een ondeugdelijke motivering onvoldoende is. Ook volgt hieruit dat het criterium, dat in het vonnis van het scheidsgerecht weliswaar een motivering is gegeven, maar dat daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet valt te onderkennen, met terughoudendheid moet worden toegepast. Het hof zal de door de Russische Federatie aangevoerde argumenten in dit licht beoordelen.

8.2

Standpunt Russische Federatie

8.2.1

De Russische Federatie is van mening dat het Scheidsgerecht geen motivering heeft gegeven voor verschillende cruciale aspecten van zijn beslissing in de Final Award. De Russische Federatie heeft in dat verband de volgende argumenten aangevoerd:

(i) De vaststelling van de schadevergoeding mist een steekhoudende motivering (rov. 8.3);

(ii) Het Scheidsgerecht heeft al het bewijs dat Yukos' Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen waren genegeerd (rov. 8.4);

(iii) Louter speculatie ('beslissen door te gissen') is geen toereikende motivering en het Scheidsgerecht is buiten de rechtsstrijd getreden (rov. 8.5);

(iv) De conclusies van het Scheidsgerecht inzake de YNG-veiling zijn innerlijk tegenstrijdig (rov. 8.6).

8.3 (

i) De vaststelling van de schadevergoeding mist een steekhoudende motivering

8.3.1

Het hof verwijst naar hetgeen het over de schadevaststelling heeft overwogen in het kader van het hiervoor besproken verwijt dat het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (rov. 6.4.1-6.4.27). Daaruit volgt dat het Scheidsgerecht door zijn oordeel over de schadevergoeding (a) niet is getreden buiten de rechtsstrijd van

partijen, (b) het beginsel van hoor en wederhoor niet heeft geschonden, (c) geen schadeposten dubbel heeft geteld en (d) wel degelijk een steekhoudende onderbouwing heeft gegeven voor de aard en de omvang van de aanpassingen die het aanbracht in de methodiek van Kaczmarek en Dow.

8.3.2

Nog afgezien van het voorgaande kunnen de klachten van de Russische Federatie over de motivering van het shadeoordeel van het Scheidsgerecht, indien deze al juist zouden zijn, hooguit leiden tot de conclusie dat de motivering ondeugdelijk is, maar niet dat enige steekhoudende motivering ontbreekt. Een ondeugdelijke motivering is echter geen grond voor vernietiging op grond van art. 1065 lid 1 onder d Rv.

8.4 (

ii) Bewijs ten aanzien van de Mordovische vennootschappen

8.4.1

De Russische Federatie heeft aangevoerd dat het Scheidsgerecht geen steekhoudende motivering heeft gegeven voor zijn onjuiste oordeel dat er geen enkel bewijs was dat de Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen waren.¹⁸⁰ Teneinde deze klacht tegen de arbitrale vonnissen goed te kunnen plaatsen, beschrijft het hof hieronder eerst de context.

a. Context

8.4.2

Yukos maakte in de periode 2000-2004 gebruik van aan haar gelieerde vennootschappen in lage-belastingregio's van de Russische Federatie teneinde de belastingdruk van het concern te verlagen. Het ging om ongeveer vijftientig werkmaatschappijen in Mordovië, Evenkia, Kalmykia, Baikonur, Trekhgorny, Lesnoy en Sarov, waar een gunstig belastingregime gold dat onder meer bedoeld was om bedrijfsactiviteiten in deze economisch achtergestelde delen van de Russische Federatie te bevorderen. Het was deze regio's toegestaan om aldaar gevestigde belastingbetalers vrij te stellen van de betaling van federale winstbelasting teneinde deze belastingbetalers aan te moedigen te investeren in de desbetreffende regio's. Er moest wel aan bepaalde, door de regio zelf te bepalen voorwaarden zijn voldaan. Daaronder viel onder meer de verplichting van de vrijgestelde belastingbetaler om in de desbetreffende regio te investeren.¹⁸¹

8.4.3

De gang van zaken in Mordovië was als volgt. Mordovië heeft bij wet van 9 maart 1999 de mogelijkheid in het leven geroepen om belastingvoordelen te bieden aan vennootschappen in deze regio. De Mordovische overheid stelde de voorwaarden vast waaronder de belastingvoordelen konden worden genoten. In 2000 en 2001 kon een belastingbetaler volledig worden vrijgesteld van het aandeel van de winstbelasting dat ten goede zou zijn gekomen aan het federale budget; in die jaren bedroeg de winstbelasting 30 respectievelijk 35% en van de opbrengst van deze belastingen ging telkens 11% naar het federale budget. Vanaf 2002 was belastingvrijstelling nog slechts mogelijk tot een

percentage van 4%. Vanaf 1 januari 2004 is de belastingvrijstelling grotendeels komen te vervallen. Yukos heeft met de Mordovische belastingautoriteiten afspraken gemaakt om in aanmerking te komen voor deze belastingafspraken. Op grond van deze afspraken heeft Yukos geïnvesteerd in Mordovië, waartegenover stond dat zij zich een aanzienlijk bedrag aan belastingen heeft kunnen besparen. De Mordovische belastingautoriteiten hebben in 2001-2003 bij verschillende Mordovische vennootschappen audits laten uitvoeren en daarbij slechts belastingovertredingen van ondergeschikte aard aangetroffen.¹⁸²

8.4.4

Eind 2003 hebben de belastingautoriteiten van de Russische Federatie zich op het standpunt gesteld dat Yukos en haar werkmaatschappijen misbruik maakten van de belastingvrijstellingen die met de belastingautoriteiten in de lage-belastingregio's waren overeengekomen. Zij waren onder meer van mening dat de verkoopprijzen die de olieproducerende bedrijfsonderdelen van Yukos berekenden aan de (schijn)vennootschappen in de lage-belastingregio's niet marktconform waren en dat de hoge belastingvoordelen niet in verhouding stonden met de relatief lage investeringen die Yukos in de desbetreffende regio's deed. De federale belastingautoriteiten hebben de winst die de vennootschappen in de lage belastingregio's maakten met de verkoop van de ruwe olie aan derden, alsmede de verplichting BTW af te dragen, alsnog aan Yukos toegerekend. Dit had tot gevolg dat Yukos aanzienlijke naheffingen kreeg opgelegd over de jaren 2000-2003, alsmede boetes wegens het niet nakomen van haar wettelijke (belasting)verplichtingen. Meer in het bijzonder hebben de federale belastingautoriteiten met terugwerkende kracht de transacties waarbij de Yukos-vennootschappen in de lage belastingregio's olie naar het buitenland verkochten en waarvoor een BTW-tarief van 0% gold, aan Yukos als 'actual exporter' toegerekend en zich op het standpunt gesteld dat Yukos om teruggave van BTW diende te vragen. Deze aanslagen en boetes zijn (grotendeels) bevestigd door de Russische rechter, die kort gezegd van oordeel was dat Yukos in bad faith handelde: het gebruik van vennootschappen in lage-belastingregio's was illegaal omdat daarmee belastingontduiking werd nagestreefd in plaats van de economische groei in deze regio's.

b. De arbitrageprocedure

8.4.5

HVY hebben in de arbitrageprocedure aangevoerd dat de omvangrijke naheffingen gefabriceerd waren en dat de Russische Federatie daarmee feitelijk heeft bewerkstelligd dat Yukos uiteindelijk onteigend werd. Zij hebben onder meer aangevoerd dat de Russische Federatie zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat zij pas eind 2003 ervan op de hoogte is geraakt dat Yukos misbruik maakte van de belastingvrijstellingen. Volgens HVY werd Yukos constant gemonitord door Russische belastingautoriteiten en was men precies op de hoogte van de wijze waarop Yukos gebruik maakte van de mogelijkheden om belastingvrijstelling te verkrijgen in de lage-belastingregio's. Ook zijn HVY van mening dat zij niet in strijd met het Russische belastingrecht handelden. De Russische belastingautoriteiten hebben volgens HVY ten

onrechte met terugwerkende kracht het desbetreffende deel van de winst van de vennootschappen in de lage-belastingregio's aan Yukos zelf toegerekend. Als juist zou zijn dat sprake was van te lage verkoopprijzen, dan hadden de Russische belastingautoriteiten de vennootschappen in de lage-belastingregio's moeten aanspreken tot nabetaling van achterstallige belastingen. Zij hadden de winst niet aan Yukos mogen toerekenen teneinde Yukos aan te spreken wegens achterstallige belastingen, aldus HVY.

8.4.6

De Russische Federatie heeft in de arbitrageprocedure het standpunt ingenomen dat de Russische belastingautoriteiten wettig handelden met haar vanaf december 2003 aan Yukos opgelegde belastingaanslagen. Volgens de Russische Federatie was de handelwijze van Yukos in strijd met de in Rusland geldende (ongeschreven) bad faith taxpayer doctrine, op grond waarvan de Russische belastingautoriteiten de bevoegdheid hebben in te grijpen indien de gedragingen van een belastingbetaler uitsluitend tot doel hebben de te betalen belastingen te verlagen: "A person's actions aimed solely at tax evasion may not be regarded as actions made in good faith." Volgens de Russische Federatie heeft Yukos de belastingvrijstelling in de lage-belastingregio's misbruikt door gebruik te maken van schijnvennootschappen die geen bedrijfsactiviteiten ontplooiden, maar enkel waren opgericht om Yukos in staat te stellen de belastingen te ontduiken. Volgens de Russische Federatie was Yukos ervan op de hoogte dat haar 'belastingoptimalisatieplan' onwettig was en dat zij een groot risico liep te worden aangemerkt als een 'bad faith taxpayer'. De Russische Federatie is verder van mening dat onjuist is dat de Russische belastingautoriteiten op de hoogte waren van Yukos' belastingoptimalisatieplan en dat plan hadden goedgekeurd. Zelfs als dat wel het geval zou zijn, stond het de Russische Federatie vrij om op een later moment toch in te grijpen.¹⁸³

8.4.7

Het oordeel van het Scheidsgerecht, voor zover van belang in verband met de hier aan de orde zijnde vernietigingsgrond, komt op het volgende neer. Reeds in 2003 bestond er in het Russische recht de zogenoemde (ongeschreven) good faith taxpayers doctrine. Het Scheidsgerecht geeft geen oordeel over de vraag of Yukos – naar Russisch recht – in strijd met deze doctrine heeft gehandeld. Dat behoort volgens het Scheidsgerecht niet tot zijn taak.

Het Scheidsgerecht stelt vervolgens vast dat de good faith taxpayers doctrine vóór december 2003 nimmer tegen Yukos is ingeroepen.¹⁸⁴ Het Scheidsgerecht overweegt verder dat de toepassing van de good faith taxpayers doctrine bij uitstek geschikt lijkt te zijn voor de beoordeling van de omstandigheden rondom het belastingoptimalisatieplan van Yukos.

Echter, dit neemt niet weg, aldus het Scheidsgerecht, dat HVY hebben aangevoerd dat de beslissing van de Russische belastingautoriteiten om de belastingvrijstellingen in te trekken, onrechtmatig was vanwege de wijze waarop de doctrine is toegepast. In dit verband hebben HVY aangevoerd (1) dat de toerekening ('re-attribution') aan Yukos van de transacties van de vennootschappen in de lage-belastingregio's geen basis had in het

Russische recht en (2) dat er sprake was van een schending van 'due process'.¹⁸⁵ Voor het hof is enkel de beslissing ten aanzien van het tweede verwijt van belang. Hierover overweegt het Scheidsgerecht (samengevat weergegeven) als volgt. Naar Russisch recht wordt uitgegaan van de goede trouw van de belastingbetaler. Op de belastingautoriteiten rust de bewijslast van kwade trouw. De vraag rijst of de belastingautoriteiten in de Russische procedures dit bewijs hebben geleverd. In verband daarmee wijst het Scheidsgerecht erop dat Russische belastingwet vereist dat een 'tax audit' de bewijsstukken moet omvatten van de eventuele overtredingen van de belastingplichtige. Yukos heeft destijds in de Russische procedures geklaagd over het ontbreken van bewijsstukken, maar de Russische rechter is niet (of nauwelijks) op die klacht ingegaan. De Russische Federatie heeft in deze arbitrageprocedure weliswaar aangevoerd dat er ruimschoots bewijs is van de belastingontduiking door Yukos, maar het Scheidsgerecht verwerpt dat verweer:

"639. (...) the Tribunal observes that nearly all of the evidence on this point relates to the entities in Lesnoy and Trekhgorny. The Tribunal has not found any evidence in the massive record that would support Respondent's submission that there was a basis for the Russian authorities to conclude that the entities in Mordovia, for example, were "shams". Indeed, instead of pointing to any specific evidence on which the tax authorities might have based their finding that the Mordovian entities were shams, Respondent reversed the burden and asserted that "there is no evidence that the Mordovian shells ever had any greater substance than the Lesnoy shells"; and that "[f]actually, Yukos did not even attempt to demonstrate that any genuine trading activities had ever been conducted in Mordovia." While the incomplete record before the Tribunal may not, in point of fact, establish that the Mordovian trading companies conducted genuine trading activities in Mordovia, the Tribunal notes that the Russian courts systematically denied Yukos' motions to join to the proceedings its trading companies and the Government of the Republic of Mordovia. This leads the Tribunal to conclude that the Russian courts may have prevented Yukos from adducing evidence bearing on the nature of its activities in Mordovia. The record, insofar as the Tribunal has been able to find, does not reveal reasons, still less persuasive reasons, for denial by the Russian courts of joinder of the Mordovian government and the trading companies."

Het Scheidsgerecht stelt vervolgens ter zake van de vraag of de Russische belastingautoriteiten het bewijs van kwade trouw van Yukos hebben geleverd, het volgende vast. Ten eerste overweegt het dat de Russische belastingautoriteiten destijds hebben nagelaten de stelling van Yukos te weerspreken dat er in het kader van de 'tax audit' geen documenten zijn overgelegd die de kwade trouw van Yukos onderbouwen. Ten tweede overweegt het Scheidsgerecht dat de Russische Federatie in de arbitrageprocedure heeft nagelaten op deugdelijke wijze bewijs te leveren dat de overtredingen die in Lesnoy en Trekhgorny zijn aangetroffen, ook hebben plaatsgevonden in Mordovië. Het Scheidsgerecht vervolgt dan:

“640. (...) While it is true, and suggestive, that Claimants did not introduce evidence at the Hearing showing that trading companies which operated in Mordovia were not “shams”, it is first and foremost the conduct of the tax authorities that the Tribunal must examine in the context of the tax assessments that these authorities imposed on Yukos. Focusing exclusively on Claimants’ failure to demonstrate that the Mordovian entities were not “shams” would empty of meaning the important principle that the tax authorities had the burden of proving the taxpayer’s bad faith under Russian law. (...)”

Het Scheidsgerecht oordeelt dat het ‘Tax Ministry’ in zijn beoordeling van de handelwijze van Yukos alle dochtervennootschappen over één kam heeft geschoren, en heeft nagelaten ten aanzien van alle vennootschappen bewijs over te leggen dat zij de belastingwet hadden overtreden. Natuurlijk hadden HVY bewijs in het geding kunnen brengen dat de werkvennootschappen reële bedrijfsactiviteiten verrichtten. Maar nu geen van beide partijen voldoende bewijs heeft overgelegd en het Yukos-archief in het bezit van de Russische Federatie is, houdt het Scheidsgerecht vast aan de regel dat de Russische Federatie het bewijs van haar stelling behoort te leveren. De Russische Federatie heeft het bewijs niet geleverd, aldus het Scheidsgerecht.

c. Standpunt Russische Federatie

8.4.8

In deze vernietigingsprocedure heeft de Russische Federatie aangevoerd dat de Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen waren, die uitsluitend zijn opgezet voor het omzeilen van belastingen. Yukos maakte gebruik van stromannen die enkel in naam optraden als directeur van de schijnvennootschappen. De vennootschappen hadden (vrijwel) geen activa of werknemers en al hun activa en hun zaken werden door Yukos zelf vanuit Moskou beheerd. Tot slot heeft de Russische Federatie aangevoerd dat er een enorme wanverhouding bestond tussen de fiscale voordelen die Yukos met de belastingconstructie genereerde, en de lokale investeringen die Yukos in de desbetreffende regio’s heeft gedaan.

8.4.9

De Russische Federatie voert aan dat het Scheidsgerecht het eens is met haar stelling dat de geheel door Yukos vanuit Moskou bestuurde vennootschappen in Lesnoy en Trekhgorny schijnvennootschappen waren en dat het gebruik van de belastingfaciliteiten in die regio’s illegaal was. Volgens de Russische Federatie was de gang van zaken in Mordovië niet anders dan in Lesnoy en Trekhgorny. De Russische Federatie acht het dan ook onbegrijpelijk dat het Scheidsgerecht in nr. 639 van de Final Award ten aanzien van de Mordovische vennootschappen schrijft:

“The Tribunal has not found any evidence in the massive record that would support Respondent’s submission that there was a basis for the Russian authorities to conclude that the entities in Mordovia, for example, were “shams”.”

8.4.10

Volgens de Russische Federatie is dit oordeel onbegrijpelijk, omdat zij heeft aangetoond dat in Mordovië hetzelfde illegale gedrag aan de orde was als in Lesnoy en Trekhgorny. Zij voert aan dat zij in de arbitrale procedure ruimschoots bewijsmateriaal heeft overgelegd, waarbij de documenten in veel gevallen zien op zowel Lesnoy en Trekhgorny, als op Mordovië. Zo waren dezelfde Yukos-managers betrokken bij de vennootschappen in de drie regio's en was er sprake van één enkele, geïntegreerde en doorlopende opzet voor de ontduiking van vennootschapsbelasting. Tot slot wijst de Russische Federatie erop dat ook het EHRM in twee verschillende uitspraken tot het oordeel is gekomen dat alle Yukos-vennootschappen in de lage belastingregio's een 'sham' waren.186

8.4.11

De Russische Federatie heeft (onder meer) in de memorie van antwoord gedetailleerd uiteen gezet welk bewijsmateriaal zij in de arbitrage heeft overgelegd ter zake van haar stelling dat Yukos (ook) in Mordovië de belastingen ontduikt. Volgens de Russische Federatie hebben HVY het bewijsmateriaal nooit inhoudelijk en concreet weersproken, niet in de arbitrages, niet in de procedures bij het EHRM en niet in deze vernietigingsprocedure.187

8.4.12

Het hiervoor in rov. 8.4.9 weergegeven oordeel van het Scheidsgerecht is volgens de Russische Federatie onbegrijpelijk en niet steekhoudend, en is op één lijn te stellen met een geheel ongemotiveerd oordeel. Het gaat, aldus de Russische Federatie, bovendien om een cruciaal onderdeel van de uitspraken dat dragend is voor de uitkomst van de arbitrale vonnissen. Benadrukt wordt dat het Scheidsgerecht niet heeft geoordeeld dat het bewijs onvoldoende overtuigend werd bevonden, hetgeen binnen de discretionaire bevoegdheid van het Scheidsgerecht zou vallen, maar dat het Scheidsgerecht bestaand bewijsmateriaal volkomen heeft genegeerd. De Russische Federatie is van mening dat de arbitrale vonnissen voor vernietiging in aanmerking komen wegens het ontbreken van een motivering.188

d. Oordeel hof

8.4.13

Het hof is van oordeel dat deze klacht berust op een onjuiste lezing van de Final Award. Het Scheidsgerecht heeft daarin weliswaar overwogen dat het in het omvangrijke dossier geen bewijs heeft aangetroffen op grond waarvan de Russische autoriteiten konden concluderen dat de Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen waren, maar de Russische Federatie ziet eraan voorbij dat 'het omvangrijke dossier' ('the massive record') niet slaat op het arbitrage dossier, maar op het dossier dat voorlag in de fiscale procedures die Yukos in Rusland heeft gevoerd. Het gaat om het ontbreken van bewijs in dat dossier. De talrijke verwijzingen van de Russische Federatie naar bewijsmateriaal dat zij in de arbitrageprocedure heeft overgelegd, zijn dus niet relevant. Dit zou slechts anders zijn indien de desbetreffende stukken ook zouden zijn overgelegd in de procedures die Yukos in Rusland heeft gevoerd. De Russische Federatie heeft niet aangevoerd dat dat het geval is.

8.4.14

Het hof licht het vorenstaande oordeel nader toe. Samengevat weergegeven bespreekt het Scheidsgerecht in de nrs. 628-648 van de Final Award de vraag of de Russische autoriteiten in de in Rusland gevoerde procedures het beginsel van 'due process' hebben geschonden. Het Scheidsgerecht zet uiteen dat naar Russisch recht op de Russische belastingautoriteiten de bewijslast rust van de stelling dat sprake was van 'bad faith'. Ook hadden zij de verplichting de belastingplichtige van de nodige informatie en documenten te voorzien die de basis vormen voor een oordeel dat sprake is van (kort gezegd) belastingontduiking. Het Scheidsgerecht constateert dat de rechters in de in Rusland gevoerde procedures niet zijn ingegaan op de bezwaren van Yukos over het ontbreken van documenten en bewijsmateriaal. Het Scheidsgerecht kan op grond van de overgelegde stukken (naar het hof begrijpt: uit de Russische fiscale procedures) ook niet vaststellen of er ten aanzien van alle vennootschappen voldoende bewijs is dat sprake was van 'bad faith'. Het Scheidsgerecht overweegt dat er wel bewijs is geleverd ten aanzien van de vennootschappen in Lesnoy en Trekhgorny, maar dat bewijs over het schijnkarakter van de Mordovische vennootschappen ontbreekt. Naar het oordeel van het Scheidsgerecht tracht de Russische Federatie ter zake van de Mordovische vennootschappen ten onrechte feitelijk de bewijslast om te keren door te bepleiten dat er geen bewijs is dat de Mordovische vennootschappen geen schijnvennootschappen zijn.

8.4.15

Kortom, de door de Russische Federatie bestreden overweging staat geheel in de context van de vraag of er in de in Rusland gevoerde procedures sprake was van 'due process'. Dat volgt ook uit de nrs. 641 e.v. Final Award, waar het Scheidsgerecht kritiek uitoefent op de 'relevant audit reports and decisions' van de belastingautoriteiten, alsmede uit de conclusies die het Scheidsgerecht trekt in nr. 648 Final Award, die onmiskenbaar betrekking hebben op het gedrag van het 'Tax Ministry'. De bestreden overweging gaat niet over de vraag of er in de arbitrageprocedure is komen vast te staan dat de Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen zijn en – in het verlengde daarvan – of sprake was van een zodanige vorm van bad faith dat de Russische belastingautoriteiten tot het oordeel konden komen dat Yukos op oneigenlijke wijze gebruik maakte van de belastingvrijstellingen in de lage-belastingregio's. Het Scheidsgerecht laat juist uitdrukkelijk in het midden of sprake was van bad faith aan de zijde van Yukos en de vennootschappen in deze regio's. Het hof verwijst in dit verband naar de hiervoor geciteerde overwegingen in de nrs. 499 en 614 Final Award. Uit die overwegingen volgt dat het Scheidsgerecht geen oordeel zal vellen over de vraag of het belastingoptimalisatieplan in strijd is met de bad faith taxpayer doctrine (nr. 499), en dat het Scheidsgerecht het op zichzelf denkbaar acht dat de Russische belastingautoriteiten op goede gronden tot het oordeel zouden kunnen komen dat sprake zou kunnen zijn van bad faith (nr. 614).

8.4.16

Daar komt bij dat, indien het Scheidsgerecht al in de hiervoor in rov. 8.4.9 geciteerde overweging het oog mocht hebben gehad op het in de arbitrages overgelegde bewijsmateriaal, die overweging niet dragend is voor zijn conclusies in nr. 648 Final

Award, die er op neerkomt dat het 'Tax Ministry' te weinig bewijs had aangeleverd om de conclusie te kunnen trekken dat alle handelsvennootschappen misbruik maakten van het lage belastingregime, dat de Russische Federatie weigerde de Mordovische autoriteiten en de handelsvennootschappen in de procedure (tegen Yukos) toe te laten, dat de bewijslast op de Russische Federatie rustte en dat de toerekening aan Yukos in die tijd geen precedent had. Deze conclusies hebben onmiskenbaar betrekking op het verwijt van HVY (door het Scheidsgerecht samengevat in nr. 628 Final Award) dat de Russische Federatie 'due process' heeft geschonden en kunnen de conclusie dat dit verwijt opgaat dragen.

8.4.17

Op grond van het vorenstaande komt het hof tot de conclusie dat de klacht over de motivering van het oordeel dat geen bewijs is geleverd dat de Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen zijn, faalt.

8.5 (

iii) Beslissen door te gissen en treden buiten de rechtsstrijd

8.5.1

De Russische Federatie doelt hiermee op haar betoog, dat het Scheidsgerecht aangaande een aantal onderwerpen heeft beslist door te gissen en buiten de rechtsstrijd is getreden. Dat betoog is hiervoor besproken en verworpen (rov. 6.5.1 e.v.). Wat het hof daarover heeft overwogen, is ook hier van toepassing. Er is geen sprake van dat de Final Award niet met redenen is omkleed, want hier doet zich niet het geval voor dat een motivering ontbreekt, of dat weliswaar een motivering is gegeven, maar dat daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet valt te onderkennen.

8.6 (

iv) Innerlijk tegenstrijdige conclusies inzake de YNG-veiling

8.6.1

De Russische Federatie heeft aangevoerd dat het oordeel van het Scheidsgerecht over de opbrengst van de veiling van de YNG-aandelen niet met redenen omkleed is en dat de arbitrale vonnissen om die reden vernietigd dienen te worden op grond van art. 1065 lid 1 onder d Rv. Verder heeft de Russische Federatie aangevoerd dat sprake is van ontoelaatbare speculatie over de vermeende manipulatie van die veiling, hetgeen een schending van de beginselen van hoor en wederhoor, equality of arms, onpartijdigheid en onbevooroordeeldheid inhoudt. De arbitrale vonnissen moeten om die redenen op grond van art. 1065 lid 1 onder e Rv worden vernietigd, aldus de Russische Federatie.

8.6.2

Volgens de Russische Federatie is het oordeel van het Scheidsgerecht dat de YNG-aandelen tijdens de veiling van 19 december 2004 voor een veel te lage prijs zijn verkocht (Final Award nr. 1020), innerlijk tegenstrijdig met het oordeel van het Scheidsgerecht over de totale marktwaarde van Yukos (inclusief YNG) op diezelfde dag. De Russische Federatie is van mening dat het Scheidsgerecht niet heeft gemotiveerd

waarom de op de veiling tot stand gekomen koopprijs van USD 9,35 miljard voor 76,79% van de aandelen te laag was. Die prijs was juist 300 miljoen hoger dan de op dat moment geldende reële waarde van YNG, die USD 9,05 miljard bedroeg. De Russische Federatie licht dit als volgt toe. Volgens het Scheidsgerecht bedroeg de totale eigenvermogenswaarde van Yukos in december 2004 USD 21,176 miljard. De deskundige van Yukos (Kaczmarek) heeft in de arbitrageprocedure naar voren gebracht dat YNG destijds 55,6% van de eigenvermogenswaarde vertegenwoordigde, dat wil zeggen USD 11,77 miljard. De waarde van 76,79% van de YNG aandelen was dus USD 9,04 miljard, aldus de Russische Federatie.

8.6.3

Het Scheidsgerecht heeft uiteengezet op welke wijze in oktober 2004 YNG is getaxeerd en welke gebeurtenissen hebben plaatsgevonden in de aanloop naar de veiling:¹⁸⁹

- De deurwaarder heeft op 12 augustus 2004 Dresdner Bank verzocht de waarde van YNG vast te stellen. Het taxatierapport van 6 oktober 2004 taxeert YNG als 'stand-alone enterprise' op USD 18,6 tot 21,1 miljard. Wanneer rekening zou worden gehouden met belastingschulden en andere schulden komt de waarde uit op USD 14,7 tot 17,3 miljard. Verder heeft Dresdner Bank opgemerkt dat de wijze waarop het verkoopproces wordt ingericht, doorgaans een relevante invloed heeft op de prijs; een snelle veiling leidt bijvoorbeeld ertoe dat niet de volledige prijs zal kunnen worden verkregen.
- Enkele dagen later, op 11 oktober 2004, heeft de deurwaarder de minimum verkoopprijs gesteld op 60% van de door Dresdner Bank vastgestelde waarde (USD 8,65 miljard). Hierna is de koers van de aandelen Yukos scherp gedaald.
- Namens GML werd gewaarschuwd dat de koper van de aandelen YNG moest rekenen op een 'lifetime of litigation'.
- Op 29 oktober 2004 ontving YNG een naheffingsaanslag van USD 2,35 miljard over 2001. Verder werd YNG op die dag voor een bedrag van USD 1,03 miljard aansprakelijk gehouden voor belastingfraude over het jaar 2002.
- Op 3 december 2004 werd een naheffingsaanslag opgelegd van USD 1,22 miljard over het jaar 2003.
- Op 18 november 2004 werd de veiling van YNG aangekondigd.
- Yukos heeft tevergeefs getracht de veiling door middel van een Russische kortgedingprocedure te verhinderen.
- Op 13 december 2004 heeft GML een paginagrote advertentie laten plaatsen in de Financial Times, getiteld "Buyer Beware". Verder werd een Chapter 11 procedure aanhangig gemaakt in Texas. Op 16 december 2004 heeft een Amerikaanse rechter Yukos' verzoek om een 'temporary restraining order' toegewezen. Daarmee werd potentiële gegadigden voor de veiling verboden deel te nemen aan die veiling.

- Enkele dagen voor de veiling zou plaatsvinden, hadden zich twee vennootschappen geregistreerd voor deelname aan de veiling: Gazpromneft en Baikal.

- De veiling vond plaats op 19 december 2004. Baikal heeft de aandelen YNG die dag voor een bedrag van USD 9,35 miljard gekocht. Gazpromneft heeft geen bod uitgebracht.

8.6.4

Het Scheidsgerecht heeft toegelicht waarom het van oordeel is dat Baikal op de veiling van 19 december 2004 voor de aandelen een prijs heeft betaald 'far below the fair value of those shares':

"1020. Having considered all of the factors that it has reviewed, the Tribunal concludes that the price of USD 9.35 billion which Baikal paid at the auction for the 76.79 percent stake of Yukos in YNG was far below the fair value of those shares.

1021. In the opinion of the Tribunal, the imposition during the few weeks prior to the auction of massive tax liabilities on YNG (which were cancelled in the months after the acquisition of YNG by Rosneft) appear designed specifically to depress the value of YNG. The amount of the tax liabilities imposed which were subtracted from the Dresdner valuation cannot be justified. In addition, in the view of the Tribunal, the failure by YNG to pay its mineral extraction tax was inextricably linked to the asset freeze of Yukos' cash.

1022. The Tribunal also finds that the Russian authorities deliberately ignored the advice of Dresdner that haste in carrying out the auction could decrease the price. The Tribunal notes that the Quasar tribunal criticized Respondent's decision to hold the auction only one month after its announcement, and found that "the auction procedure was highly irregular in a number of ways that all relate to the extraordinary speed with which it was conducted."

1023. While the Tribunal accepts, as did the RosInvestCo and Quasar tribunals, that the actions of Claimants in warding off prospective buyers through a media campaign and the TRO [temporary restraining order, hof] may have deterred some potential buyers and may have resulted in a low winning bid, these actions, at the end of the day, had no relevant impact on the bankruptcy of Yukos. The circumstances surrounding the appearance and disappearance of Baikal make the auction process seem all the more questionable to the Tribunal. The Tribunal now turns to these events."

8.6.5

Uit het voorafgaande volgt dat het Scheidsgerecht zijn oordeel dat Baikal op 19 december 2004 een prijs heeft betaald die ver lag beneden de 'fair value' van de aandelen, uitvoerig heeft gemotiveerd. Er is dan ook geen sprake van een ontbrekende motivering. Evenmin kan worden gezegd dat in de motivering van het Scheidsgerecht enige steekhoudende verklaring voor dit oordeel ontbreekt.

8.6.6

De klacht van de Russische Federatie tegen de arbitrale vonnissen komt er op neer dat deze motivering niet toereikend is omdat deze tegenstrijdig is met de door het Scheidsgerecht vastgestelde waarde van Yukos per 19 december 2004. Het Scheidsgerecht heeft over deze waardebepaling overwogen (voor zover hier relevant) dat de berekeningen van HVY het uitgangspunt vormen voor het vaststellen van de schade en dat de door HVY ingeschakelde deskundige Kaczmarek voorgestelde 'comparable companies method' de meest geschikte methode is om Yukos te waarderen.¹⁹⁰ Op basis van deze methode, de berekeningen van Kaczmarek (gecorrigeerd met behulp van de RTS Oil and Gas index omdat Kaczmarek 21 november 2007 als peildatum had genomen) en de kritiek van Dow (de door de Russische Federatie ingeschakelde deskundige) op de berekeningen van Kaczmarek, concludeert het Scheidsgerecht dat de 'equity value' van Yukos op 19 december 2004 USD 21,176 miljard bedroeg.¹⁹¹

8.6.7

Niet blijkt dat het Scheidsgerecht in de Final Award tot uitgangspunt heeft genomen dat Kaczmarek in zijn berekeningen ervan is uitgegaan dat YNG destijds 55,6% van de eigenvermogenswaarde vertegenwoordigde en dat de reële waarde van de op veiling verkochte YNG-aandelen USD 9,04 miljard bedroeg. Er is in zoverre dan ook geen sprake van een tegenstrijdigheid in de motivering van het Scheidsgerecht. Of Kaczmarek daarvan is uitgegaan kan in het midden blijven aangezien niet blijkt dat het Scheidsgerecht die aannames heeft overgenomen. Het Scheidsgerecht heeft ook zeker niet de conclusies van Kaczmarek in alle onderdelen voor zijn rekening willen nemen.

8.6.8

Daar komt nog het volgende bij. Het Scheidsgerecht heeft zijn oordeel dat de op de veiling betaalde prijs ver beneden de 'fair value' van die aandelen lag, gebaseerd op feiten en omstandigheden die zich in de weken en dagen voorafgaand aan de veiling hebben voorgedaan en die naar zijn oordeel een drukkend effect hebben gehad op de prijs die op 19 december 2004 voor de YNG-aandelen is betaald. Die feiten en omstandigheden, die naar het oordeel van het Scheidsgerecht in belangrijke mate zijn toe te rekenen aan de Russische Federatie, hebben ertoe geleid dat de prijs van de aandelen ver beneden de door Dresdner Bank getaxeerde waarde is uitgekomen.¹⁹² Het is de door Dresdner Bank getaxeerde waarde die het Scheidsgerecht heeft aangemerkt als de waarde van de aandelen waaraan diende te worden afgemeten of op de veiling een faire prijs voor YNG was verkregen. Dat is niet onbegrijpelijk, nu de executerende deurwaarder juist met het oog op die veiling voor dat rapport van Dresdner Bank opdracht had gegeven. Dat sprake is van tegenstrijdigheid berust derhalve op een onjuiste lezing van de Final Award. Overigens zou aanvaarding van het argument van de Russische Federatie slechts kunnen leiden tot de conclusie dat de motivering van de Final Award gebrekkig is. Een gebrekkige motivering levert echter geen vernietigingsgrond op.

8.6.9

De conclusie is dat de klacht over de motivering van het oordeel van het Scheidsgerecht dat de koopprijs van de YNG-aandelen veel te laag is, faalt.

8.7

Conclusie ten aanzien van het ontbreken van motivering (art. 1065 lid 1 onder d Rv.)

8.7.1

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat er geen gronden zijn de Yukos Awards te vernietigen in verband met het bepaalde in art. 1065 lid 1 onder d Rv.

9. Openbare orde (art. 1065 lid 1 onder e Rv)

9.1

Juridische context

9.1.1

Volgens de Russische Federatie zijn de Yukos Awards in strijd met de openbare orde en de goede zeden tot stand gekomen.

9.1.2

Van strijd met de openbare orde is sprake indien inhoud of uitvoering van het arbitrale vonnis strijdt met een dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd; als uitgangspunt geldt dat deze vernietigingsgrond naar zijn aard met terughoudendheid moet worden toegepast.¹⁹³ Een schending van fundamentele beginselen van procesrecht kan leiden tot vernietiging van een arbitraal vonnis wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden. Echter, niet iedere schending van een in de arbitrageprocedure geldende procedure regel hoeft tot vernietiging te leiden. Zelfs indien schending van procedureregels ertoe leidt dat sprake is van strijd met de beginselen van een goede procesorde, moet deze vernietigingsgrond naar zijn aard met terughoudendheid worden toegepast.¹⁹⁴

9.1.3

Voor een terughoudende toepassing van deze vernietigingsgrond is geen plaats wanneer moet worden geoordeeld dat bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis is gehandeld in strijd met het in art. 1039 lid 1 Rv neergelegde fundamentele recht van hoor en wederhoor. Dat recht is immers in een arbitrale procedure niet van minder betekenis dan in een procedure voor de overheidsrechter.¹⁹⁵ Het recht van hoor en wederhoor in een arbitrageprocedure houdt onder meer in dat partijen adequaat de gelegenheid moeten krijgen op bevindingen van een deskundige te reageren, dat zij tijdig gelegenheid moeten krijgen zich uit te laten over bescheiden en andere gegevens die arbiters aan een vonnis ten grondslag leggen¹⁹⁶ en hun feitelijke stellingen aan te vullen ten aanzien van eventueel ambtshalve door het scheidsgerecht bijeen te brengen rechtsgronden die een verrassing voor partijen zouden kunnen opleveren.

9.1.4

Behoudens andersluidende partijafspraken en strijd met de openbare orde is een scheidsgerecht vrij ten aanzien van de regels van toepassing van bewijsrecht, zodat een scheidsgerecht in beginsel niet is gebonden aan de, voor de gedingen bij de gewone rechter geldende, algemene bepalingen van bewijsrecht (art. 1039 lid 5 Rv).¹⁹⁷ Er is

geen rechtsregel die arbiters verplicht partijen in de gelegenheid te stellen zich over de voorgenomen waardering van de schade door het scheidsgerecht uit te laten. Van strijd met de openbare orde is dan ook geen sprake als arbiters over de hoogte van de schade hebben beslist zonder partijen de hiervoor bedoelde gelegenheid te bieden. Dit is slechts anders als sprake is van bijzondere, in dit geval door de Russische Federatie te stellen, omstandigheden die tot het oordeel kunnen leiden dat de handelwijze van arbiters in strijd is met de goede procesorde. De waardering van de schade berust bovendien onvermijdelijk voor een belangrijk deel op het intuïtief oordeel en de ervaring van arbiters, zodat van strijd met de openbare orde niet snel sprake zal zijn.¹⁹⁸

9.1.5

Voor vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat een arbiter/scheidsgerecht niet onpartijdig en onafhankelijk is geweest, geldt een strengere maatstaf dan bij wraking van een arbiter op grond van art. 1033 Rv. Voor vernietiging van de Yukos Awards wegens strijd met de openbare orde in verband met een beroep op het niet onpartijdig of onafhankelijk zijn van het Scheidsgerecht is alleen plaats wanneer feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen op grond waarvan moet worden aangenomen dat hetzij een arbiter bij het geven van de arbitrale beslissing in feite niet onpartijdig dan wel niet onafhankelijk was, hetzij omtrent diens toenmalige onpartijdigheid of onafhankelijkheid in zo ernstige mate twijfel mogelijk is dat het, overige omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen,

onaanvaardbaar zou zijn van de Russische Federatie te vergen dat zij zich bij de Yukos Awards neerlegt.¹⁹⁹

9.1.6

Het hof zal de door de Russische Federatie aangevoerde gronden in het licht van de bovenstaande criteria beoordelen.

9.2

Standpunt Russische Federatie

9.2.1

De Russische Federatie heeft haar stelling dat de Yukos Awards in strijd met de openbare orde en de goede zeden tot stand zijn gekomen met de volgende argumenten onderbouwd:

- (i) Schending van het recht op hoor en wederhoor door een verrassingsbeslissing te nemen bij de begroting van de schade en door art. 21 lid 5 ECT niet na te leven (rov. 9.3);
- (ii) Het Scheidsgerecht heeft beslist door te gissen en is buiten de rechtstrijd getreden (rov. 9.4);
- (iii) Ter zake van de BTW-aanslagen baseerde het Scheidsgerecht zich op eigen opvattingen over wat Russisch recht zou moeten inhouden, in plaats van op wat het daadwerkelijk inhoudt (rov. 9.5);

(iv) De uitspraak over de YNG-aandelen van het Scheidsgerecht is innerlijk tegenstrijdig met zijn eigen waardering van Yukos en gebaseerd op louter speculatie (rov. 9.6);

(v) HVY hebben fraude gepleegd in de arbitrages (rov. 9.7);

(vi) HVY zijn gekomen met unclean hands, het Scheidsgerecht heeft hiervoor de ogen gesloten (rov. 9.8).

9.3 (

i) Hoor en wederhoor, verrassingsbeslissing

9.3.1

Het hof heeft hiervoor (rov. 6.4.1-6.4.27) reeds overwogen dat het Scheidsgerecht bij de begroting van de schade geen ontoelaatbare verrassingsbeslissingen heeft genomen en dat het recht op hoor en wederhoor niet door het Scheidsgerecht is geschonden. Het hof verwijst daarnaar.

9.3.2

De Russische Federatie voert ook nog aan dat het Scheidsgerecht het recht van partijen op hoor en wederhoor en hun recht op equality of arms heeft geschonden door voorbij te gaan aan de dwingendrechtelijke bepaling van art. 21 lid 5 ECT. De niet-naleving van deze verplichting beroofde de Russische Federatie van haar recht gehoord te worden over de conclusies van de bevoegde belastingautoriteiten (memorie van antwoord nr. 1185). Ook dit argument faalt. Nu het Scheidsgerecht het advies van de bevoegde belastingautoriteiten niet heeft gevraagd, waren er ook geen conclusies van die belastingautoriteiten waarover partijen zich zouden hebben kunnen uitlaten. Wat er verder ook zij van de beslissing van het Scheidsgerecht om geen advies te vragen op de voet van art. 21 lid 5 ECT (zie daarvoor rov. 6.3.1-6.3.4 van dit arrest), tot een schending van het recht op hoor en wederhoor heeft dit niet geleid.

9.4 (

ii) Beslissen door te gissen en treden buiten de rechtsstrijd

9.4.1

De Russische Federatie doelt hiermee op haar betoog, dat het Scheidsgerecht ten aanzien van vier onderwerpen heeft beslist door te gissen en buiten de rechtsstrijd is getreden: de BTW-aanslagen, de 'A Loan', de toerekening van inkomsten van de handelsmaatschappijen aan Yukos en de rol van Rosneft. Dat betoog is hiervoor besproken en weerlegd (rov. 6.5.1 e.v.). Wat het hof daarover heeft overwogen, is ook hier van toepassing. Dat ten aanzien van de hierbij aan de orde gestelde punten sprake zou zijn van schending van het recht op hoor en wederhoor en het recht op gelijke behandeling is door de Russische Federatie niet onderbouwd en daarvan is ook in geen enkel opzicht gebleken. Dit geldt eveneens voor het verwijt dat het Scheidsgerecht zich niet onpartijdig en onafhankelijk zou hebben opgesteld. Uit hetgeen het hof hiervoor met betrekking tot deze vier onderwerpen heeft overwogen, blijkt dat de overwegingen van het Scheidsgerecht tot die conclusie geen aanleiding geven.

9.5 (

iii) De BTW-aanslagen

9.5.1

Dit verwijt houdt in dat het Scheidsgerecht zijn beslissing dat de aan Yukos opgelegde BTW-aanslagen onterecht waren, heeft gebaseerd op zijn eigen opvatting over wat de Russische wet zou moeten hebben bepalen, in plaats van op wat de Russische wet volgens de aan het Scheidsgerecht overgelegde documentatie daadwerkelijk inhield. Ook in dit opzicht zou het Scheidsgerecht het recht van de Russische Federatie om gehoord te worden en haar recht op een onpartijdig en onafhankelijk scheidsgerecht hebben geschonden.

9.5.2

Het hof heeft hiervoor (rov. 6.5.3) al beslist dat dit verwijt geen hout snijdt. Het hof verwijst in de eerste plaats naar dat oordeel. Dat het Scheidsgerecht in dit opzicht het recht op hoor en wederhoor zou hebben geschonden dan wel zich anders dan onpartijdig en onafhankelijk zou hebben opgesteld, blijkt niet en de Russische Federatie heeft dat ook niet onderbouwd. Ook dit betoog treft dus geen doel.

9.6 (

iv) Innerlijk tegenstrijdige conclusies inzake de YNG-veiling

9.6.1

De Russische Federatie heeft aangevoerd dat – uitgaande van de juistheid van haar klacht over het oordeel dat er op de veiling een te lage prijs is betaald voor de YNG-aandelen – het oordeel van het Scheidsgerecht dat sprake is van manipulatie van die veiling enkel is gebaseerd op:

- a) Een eigen verdenking van het Scheidsgerecht dat de winnende bieder door de Russische Federatie was opgericht om de daaropvolgende koop door Rosneft van YNG te faciliteren.
- b) De ongefundeerde veronderstelling dat het lot van Yukos niet anders was geweest, indien Yukos geen gerechtelijk bevel had verkregen waarmee deelneming aan de veiling werd verboden en indien Yukos niet iedereen die zou willen deelnemen aan de veiling, had bedreigd met een 'lifetime of litigation'.

De Russische Federatie is van mening dat het oordeel niet is gebaseerd op feiten, maar op speculaties. Dit is volgens haar in strijd met beginselen van procesrecht zijn en dat levert schending van de openbare orde op.200

9.6.2

De klacht, dat het oordeel van het Scheidsgerecht dat de veiling is gemanipuleerd berust op speculaties, bouwt voort op de hiervoor besproken klacht over de motivering van het oordeel dat de op de veiling verkregen koopprijs van de YNG-aandelen te laag was. Hiervoor (rov. 8.6.1-8.6.9) heeft het hof beslist dat laatstgenoemde klacht faalt. Reeds om die reden heeft eerstgenoemde klacht evenmin succes.

9.7 (

v) HVY hebben fraude gepleegd in de arbitrages

9.7.1

De Russische Federatie voert aan dat HVY het Scheidsgerecht actief hebben bedrogen en herhaaldelijk direct relevant bewijsmateriaal verborgen hebben gehouden. Meer in het bijzonder wijst de Russische Federatie op de volgende aspecten: (a) HVY hebben hun ware relatie met Khodorkovsky c.s. en de wijdverbreide criminaliteit waarmee hun vermeende investering in Yukos doordrenkt is voor het Scheidsgerecht (en het hof) verzwegen, (b) HVY hebben nagelaten de brief van GML van 2011 en enige andere documenten die vermoedelijk moeten bestaan, te onthullen, en dit levert onmiskenbaar een schending van 'Procedural Order 12' van het Scheidsgerecht op, (c) HVY hebben documenten achtergehouden over de volledige keten van transacties betreffende de aandelen in Yukos, waardoor ook de directe band van HVY met Khodorkovsky c.s. en de illegale verwerving van de aandelen in Yukos door Khodorkovsky c.s. verhuld werd, (d) HVY hebben onjuiste verklaringen afgelegd in de stukken die zij hebben ingediend bij het Scheidsgerecht, door een scheiding tussen zichzelf en Khodorkovsky c.s. te bepleiten en de legaliteit van hun verwerving van aandelen in Yukos te beklemtonen, ondanks het feit dat uit de documenten in hun bezit anders bleek; de verkrijging van de aandelen was namelijk onwettig, ongeldig en dus nietig, en (e) Khodorkovsky c.s. hebben geheime betalingen gedaan aan Andrei Illarionov, één van HVY's voornaamste getuigen in de arbitrage.²⁰¹

9.7.2

In zijn tussenarrest van 25 september 2018 heeft het hof het bezwaar van HVY tegen het aanvoeren van deze stellingen van de Russische Federatie gegrond verklaard (zie rov. 5.1-5.8 van dat arrest). Het hof hoeft op deze argumenten dus niet te beslissen.

9.8 (

vi) 'Unclean hands'

9.8.1

De Russische Federatie voert onder de noemer 'unclean hands' aan dat de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards zal leiden tot een schending van de openbare orde wat betreft de fraude, corruptie en andere serieuze onwettigheden. Volgens de Russische Federatie komt de uiteindelijke uitkomst van de Yukos Awards neer op een rechtvaardiging en instandhouding van HVY's frauduleuze, corrupte en illegale activiteiten, hetgeen reeds zelfstandig – en zeker in samenhang met de wijze waarop de arbitrages zijn gevoerd – strijdig is met fundamentele beginselen van openbare orde en de goede zeden zoals genoemd in art. 1065 lid 1 onder e Rv (memorie van antwoord nrs. 1201-1207).

9.8.2

De Russische Federatie verwijst in dit verband ook nog naar hoofdstuk III.C van de memorie van antwoord (memorie van antwoord nr. 1205 voetnoot 2043), maar de daarin beschreven feiten worden kennelijk niet ten grondslag gelegd aan de vordering tot

vernietiging van de Yukos Awards op grond van art. 1065 lid 1 sub e Rv, althans wordt dat niet verder onderbouwd. Het gaat in dat hoofdstuk overigens deels om gedragingen van anderen dan HVY. Bovendien heeft het hof in zijn tussenarrest van 25 september 2018 het bezwaar van HVY tegen een aantal van de daarin opgenomen verwijten (in dat tussenarrest omschreven onder rov. 5.1(iii)) gegrond verklaard.

9.8.3

De ‘frauduleuze, corrupte en illegale activiteiten’ waarop de Russische Federatie in dit verband doelt, zijn de gedragingen die zij heeft gerubriceerd in 28 categorieën die onder meer zijn beschreven in hoofdstuk III.B van de memorie van antwoord, alsmede in de conclusie van repliek in eerste aanleg nr. 28 (waarin kennelijk per abuis het 28ste geval van illegaal gedrag is weggevallen). Zie ook hiervoor rov. 5.1.2.7. De Russische Federatie duidt deze handelingen aan als gedragingen van Yukos en HVY, maar in de desbetreffende stellingen gaat het ook vaak om gedragingen van Khodorkovsky c.s. Het gaat om de volgende categorieën van gedragingen:

(a) Gedragingen met betrekking tot de verwerving van Yukos en de daaropvolgende consolidatie van de zeggenschap over Yukos en haar dochtermaatschappijen:

Khodorkovsky c.s. verkregen in 1995-1996 middels fraude, omkoping, samenzwering en geweld een meerderheidsbelang in Yukos, en in 1996-2003 gebruikten zij YUL om steekpenningen te betalen aan ambtenaren die verantwoordelijk waren voor de privatisering van Yukos;

(b) Gedrag met betrekking tot het Verdrag inzake Dubbele Belasting tussen Cyprus en Rusland (‘Double Taxation Agreement’ of ‘DTA’):

Khodorkovsky c.s. verhulden hun zeggenschap over Yukos door de aandelen onder te brengen in vennootschappen op Cyprus, en Hulley en VPL maakten misbruik van het DTA om op frauduleuze wijze dividendbelasting in de Russische Federatie te ontduiken;

(c) Gedrag in verband met de fiscale optimaliseringsstructuur:

Khodorkovsky c.s. maakten illegaal misbruik van lege Russische vennootschappen om voor miljarden belastingfraude te plegen en zij maakten misbruik van regelgeving in Russische regio’s waar een lager belastingtarief gold voor de inkomsten uit de verkoop van de door Yukos geproduceerde olie;

(d) Handelingen ter belemmering van de handhaving van de Russische belastingaanslagen:

Nadat hun belastingfraude was ontdekt, namen Khodorkovsky c.s. systematisch maatregelen om de handhaving van belastingwetten te dwarsbomen en om het bewijs van hun illegale activiteiten te verbergen; tegelijkertijd gebruikten zij HVY om meer dan USD 67 miljard te onttrekken aan Yukos, met name door het uitkeren van dividend en het inkopen van eigen aandelen.

9.8.4

De 28 gevallen van illegaal handelen beschreven in hoofdstuk III.B van de memorie van antwoord zijn in de arbitrage ook wel aangeduid onder de term *unclean hands*. Dit in verband met de stelling van de Russische Federatie dat HVY in de arbitrage niet zijn gekomen met ‘clean hands’ en dat het Scheidsgerecht daarom niet bevoegd was, of dat HVY in hun vorderingen niet-ontvankelijk zouden zijn, althans dat die vorderingen niet toegewezen zouden moeten worden.

9.8.5

Het Scheidsgerecht heeft het verwijt van *unclean hands* onderzocht in hoofdstuk IX.B Final Award. Hetgeen het Scheidsgerecht in dat verband heeft overwogen alsmede de daartegen gerichte verwijten van de Russische Federatie heeft het hof hiervoor in rov. 5.1.11.1- 5.1.11.9 besproken respectievelijk verworpen. Het hof verwijst daar ook in dit verband naar. Voor zover hier van belang komt het oordeel van het Scheidsgerecht erop neer dat (i) gedragingen die plaatsvonden nadat HVY hun investering in Yukos hebben gedaan, geen invloed hebben op de bescherming die de ECT aan HVY biedt (Final Award nr. 1365), (ii) de overige gestelde illegale handelingen zijn gepleegd voordat HVY (in 1999, 2000 en 2001) aandeelhouders werden in Yukos, en dus niet door HVY maar door anderen zoals Bank Menatep en de ‘oligarchen’ zijn verricht (Final Award nr. 1367) en (iii) de Russische Federatie niet heeft aangetoond dat de gestelde illegaliteiten voldoende verband houden met de investering van HVY (de aankoop van aandelen Yukos) (Final Award nr. 1370).

9.8.6

De Russische Federatie verwijst in de memorie van antwoord naar de door haar gestelde illegale handelingen van Khodorkovsky c.s., Yukos en HVY. Zij memoreert dat enkele daarvan door het Scheidsgerecht (alsmede door het EHRM en het Engelse ‘High Court’) zijn erkend. Volgens de Russische Federatie heeft het Scheidsgerecht (i) zonder steekhoudende motivering tal van duidelijke en schandalige illegale handelingen van Khodorkovsky c.s., Yukos en HVY miskend, en (ii) heeft het door zijn ogen te sluiten voor deze onwettigheden in veel gevallen onderling tegenstrijdige beslissingen genomen. HVY zijn immers noch “los te zien” van Khodorkovsky c.s. noch staan zij “onder zeggenschap” van de trustees in Guernsey en Jersey, zoals het Scheidsgerecht ten onrechte heeft geoordeeld. Het oordeel van het Scheidsgerecht dat de handelingen van de Russische Federatie gericht waren “tegen de heer Khodorkovsky en Yukos” dan wel ten doel hadden “de heer Khodorkovsky uit de politieke arena te verwijderen” zijn volgens de Russische Federatie niet verenigbaar met het oordeel dat HVY en Khodorkovsky c.s. onafhankelijke entiteiten zijn. Deze tegenstrijdige vaststellingen zijn het gevolg van een onbehoorlijke, onvolledige en oppervlakkige beoordeling van het in het dossier aanwezige bewijsmateriaal door het Scheidsgerecht, aldus de Russische Federatie.

9.8.7

Deze stellingen falen. Het hof verwijst in de eerste plaats naar hetgeen het hiervoor (rov. 5.1.11.7-5.1.11.9) met betrekking tot het verwijt van *unclean hands* heeft overwogen. In aanvulling daarop wordt het volgende overwogen. Het Scheidsgerecht heeft niet de ogen

gesloten voor de aangevoerde illegale handelingen of deze miskend. Het Scheidsgerecht heeft overwogen dat de gestelde illegaliteiten, ook indien zij hebben plaatsgevonden, hetgeen het Scheidsgerecht in het midden liet, niet relevant zijn voor de vraag of HVY de bescherming kunnen inroepen van de ECT, en wel op grond van de redenering die hiervoor in rov. 9.8.5 kort is weergegeven. Die redenering wordt door de Russische Federatie als zodanig niet bestreden, maar alleen de toepassing daarvan op het onderhavige geval. Het oordeel van het Scheidsgerecht is echter niet in strijd met de openbare orde en de verwijten van de Russische Federatie rechtvaardigen ook niet de conclusie dat de Yukos Awards of de wijze waarop deze tot stand kwamen in strijd zijn met de openbare orde in de zin van art. 1065 lid 1 onder e Rv, ook niet indien ervan uit zou moeten worden gegaan dat de gestelde illegaliteiten hebben plaatsgevonden en dat deze raken aan de openbare orde. Ook in dat geval valt niet in te zien waarom het oordeel van het Scheidsgerecht, dat die illegaliteiten niet relevant zijn voor de toewijzing van de vorderingen van HVY in de arbitrage omdat (i) alleen een illegaliteit bij het verrichten van de investering relevant is voor de bescherming onder de ECT, (ii) de gestelde illegaliteiten door anderen dan HVY zijn begaan en (iii) HVY de aandelen in Yukos rechtsgeldig hebben verworven, in strijd zou zijn met de openbare orde.

9.8.8

De klacht dat het Scheidsgerecht ten onrechte zou hebben beslist dat HVY “los te zien” zijn van Khodorkovsky c.s. en dat zij niet “onder zeggenschap” staan van de trustees in Guernsey en Jersey, mist feitelijke grondslag. Het Scheidsgerecht heeft in dit verband slechts overwogen dat een aantal van de gestelde illegale gedragingen hebben plaatsgevonden voordat HVY aandeelhouder werden en dat deze dientengevolge zijn verricht door ‘anderen’, zoals Bank Menatep of Khodorkovsky c.s. Het Scheidsgerecht heeft dus niet méér beslist dan dat Bank Menatep en de Khodorkovsky c.s. andere (rechts)personen zijn dan HVY en dat aan HVY geen gedragingen kunnen worden tegengeworpen die zijn verricht door anderen voordat HVY aandeelhouder werden. Dat oordeel, voor zover het in dit vernietigingsgeding al ten toets zou kunnen komen, is juist en is door de Russische Federatie niet, dan wel in ieder geval onvoldoende gemotiveerd, bestreden.

9.8.9

Ten slotte faalt ook de stelling van de Russische Federatie dat het oordeel van het Scheidsgerecht dat de handelingen van de Russische Federatie gericht waren “tegen de heer Khodorkovsky en Yukos” dan wel ten doel hadden “de heer Khodorkovsky uit de politieke arena te verwijderen”, niet verenigbaar is met het oordeel dat HVY en Khodorkovsky c.s. onafhankelijke entiteiten zijn. Ten tijde van de door het Scheidsgerecht als ‘onteigening’ gekwalificeerde handelingen van de Russische Federatie, met name de heffing van BTW over olie die werd geëxporteerd en de veiling van YNG, was Khodorkovsky ‘chairman’ en – al dan niet indirect – aandeelhouder van Yukos en het Scheidsgerecht oordeelde dat de Russische Federatie, door Yukos de facto te onteigenen, mede Khodorkovsky beoogde te treffen. Dat oordeel is op zichzelf niet onverenigbaar met het oordeel dat HVY en Khodorkovsky verschillende juridische

entiteiten zijn. Van een onbehoorlijke, onvolledige en oppervlakkige beoordeling van het in het dossier aanwezige bewijsmateriaal door het Scheidsgerecht is dan ook noch in dit noch in enig ander opzicht gebleken.

9.8.10

De Russische Federatie heeft in hoofdstuk III.B van de memorie van antwoord, waarnaar de Russische Federatie in dit verband mede verwijst, nog aangevoerd dat het heimelijke samenstel van transacties door middel waarvan Khodorkovsky c.s. hun aandelen naar Cyprus hebben verplaatst, strijdig is met de Wet nr. 948-I inzake mededinging en met de Wet nr. 208-FZ inzake naamloze vennootschappen (memorie van antwoord nr. 559). Niet duidelijk is of, en zo ja op welke grond, de Russische Federatie de gestelde overtreding van deze wetten ten grondslag legt aan haar betoog dat de Yukos Awards moeten worden vernietigd wegens strijd met de openbare orde. De bedoelde stelling geeft in ieder geval geen aanleiding tot het oordeel dat de Yukos Awards of de wijze waarop deze tot stand kwamen in strijd zijn met de openbare orde. Daar komt bij dat HVY hebben aangevoerd dat de Anti-Monopolie Commissie van de Russische Federatie op 17 december 1998 toestemming had verleend aan HEL om 100% van alle stemgerechtigde aandelen in Yukos te verwerven (akte van 26 februari 2019 nr. 1217).

De Russische Federatie heeft dit laatste niet weersproken en de juistheid van die stelling blijkt ook uit de producties waarnaar HVY in dit verband verwijst.202

9.9

Conclusie ten aanzien van schending van de openbare orde (art. 1065 lid 1 onder e Rv)

9.9.1

De conclusie luidt dat hetgeen de Russische Federatie aanvoert geen grond oplevert om de Yukos Awards te vernietigen wegens schending van de openbare orde of de goede zeden op de voet van art. 1065 lid 1 onder e Rv.

10. Slotsom

10.1

Al het voorgaande voert tot de volgende slotsom. De grieven slagen in ieder geval deels: het Scheidsgerecht was bevoegd van de vorderingen van HVY kennis te nemen en daarop te beslissen. De overige door de Russische Federatie aangevoerde vernietigingsgronden kunnen niet tot vernietiging van de Yukos Awards leiden.

10.2

Voor zover partijen bewijs hebben aangeboden van hun stellingen passeert het hof dit aanbod. Er zijn geen (voldoende gespecificeerde) feiten te bewijzen aangeboden die relevant kunnen zijn voor het oordeel van het hof.

10.3

Het vonnis van de rechtbank kan niet in stand blijven en zal worden vernietigd. Het hof zal opnieuw rechtdoende de vorderingen van de Russische Federatie afwijzen.

10.4

De Russische Federatie zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties. Daarbij zullen de kosten van het incident in hoger beroep, dat heeft geleid tot het tussenarrest van 25 september 2018 en waarbij beide partijen deels in het gelijk zijn gesteld, worden gecompenseerd.

11. Beslissing:

Het hof:

- vernietigt het vonnis van de rechtbank van 20 april 2016, en opnieuw rechtdoende:
- wijst de vorderingen van de Russische Federatie af;
- veroordeelt de Russische Federatie in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg begroot op € 11.592,-- voor verschotten en € 38.532,-- voor salaris van de advocaat, en in hoger beroep op € 795,75 voor verschotten en € 44.008,-- voor salaris van de advocaat, alsmede op € 157,-- aan nasalaris van de advocaat, nog te verhogen met € 82,-- 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 deze uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 82,--, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van veertien dagen;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. S.A. Boele, C.A. Joustra en J.J. van der Helm en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 18 februari 2020, in aanwezigheid van de griffier.

12345678910111213141516171819202122232425262728293031323334353637383940
41424344454647484950515253545556575859606162636465666768697071727374757
67778798081828384858687888990919293949596979899100101102103104105106107
108109110111112113114115116117118119120121122123124125126127128129130131
13213313413513613713813914014114214314414514614714814915015115215315415
51561571581591601611621631641651661671681691701711721731741751761771781
79180181182183184185186187188189190191192193194195196197198199200201202