

ECLI:NL:PHR:2024:47

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	12-01-2024
Datum publicatie	08-03-2024
Zaaknummer	22/03901
Rechtsgebieden	Burgerlijk procesrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Procesrecht. Investeringsarbitrage. Vernietigings- en herroepingsprocedure procedure. Onteigeningen na incorporatie van de Krim. Bevoegdheid scheidsgerecht (art. 1065 lid 1 sub a BW). Materieel toepassingsbereik BIT tussen Oekraïne en Russische Federatie. Legaliteit investeringen waarvoor bescherming wordt ingeroepen. Verschijnen in arbitrale procedure; maatstaf (art. 1052 lid 2 Rv).
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 22/03901

Zitting 12 januari 2024

CONCLUSIE

B.J. Drijber

In de zaak van

De Russische Federatie,

eiseres tot cassatie,

verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

tegen

1 Everest Estate LLC,

2. Edelweis-2000 PE,

3. Fortuna CJSC,

4. UBK-Invest CJSC,

5. Niva-Tour LLC,

6. Imme LLC,

7. En 13 anderen,

verweerders in cassatie,

eisers in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep.

Partijen worden verkort aangeduid als **Russische Federatie** respectievelijk **Everest c.s.**

1 Inleiding en samenvatting

- 1.1 Deze zaak betreft een procedure tot vernietiging en herroeping van arbitrale uitspraken. Everest c.s. zijn op grond van het bilaterale investeringsverdrag tussen Oekraïne en de Russische Federatie een arbitrage tegen de Russische Federatie begonnen. Plaats van de arbitrage is Den Haag. De arbitrage gaat over de rechtmatigheid van de onteigening van vermogensbestanddelen op grond van overheidsmaatregelen die zijn genomen nadat de Krim in maart 2014 onder het bestuur en de controle van de Russische Federatie is gekomen. In de arbitrale procedure vorderen Everest c.s. schadevergoeding voor de onteigeningen op de Krim wegens strijd met het bilaterale investeringsverdrag.
- 1.2 Het scheidsgerecht heeft (i) zichzelf bevoegd verklaard en (ii) geoordeeld dat de Russische Federatie in strijd met het bilaterale investeringsverdrag vermogensbestanddelen heeft onteigend.
- 1.3 De Russische Federatie is daartegen een vernietigings- en herroepingsprocedure gestart bij het gerechtshof Den Haag. Zij vordert vernietiging op grond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv (onbevoegdheid van het scheidsgerecht), art. 1065 lid 1, onder c, Rv (schending opdracht) en art. 1065 lid 1, onder e, Rv (strijd met openbare orde). Het hof heeft de vorderingen afgewezen. De Russische Federatie komt daar in het principaal cassatieberoep tegen op. In cassatie staan centraal de gronden waarop het hof heeft geoordeeld dat het scheidsgerecht zich terecht bevoegd heeft verklaard.
- 1.4 Het hof heeft daarnaast geoordeeld dat de Russische Federatie niet in de arbitrageprocedure is verschenen in de zin van art. 1052 lid 2 Rv en leidt daar uit af dat de Russische Federatie niet haar recht heeft verwerkt om in de vernietigingsprocedure alsnog de bevoegdheid van het scheidsgerecht te betwisten. Everest c.s. hebben tegen die beslissing incidenteel cassatieberoep ingesteld. Dat beroep stelt de vraag aan de orde wanneer een partij in een arbitrageprocedure is verschenen.
- 1.5 De onderhavige zaak hangt samen met drie andere zaken waarin de Russische Federatie cassatieberoep heeft ingesteld en waarin ik vandaag eveneens concludeer: zaak 22/03895 (*Belbek c.s.*), zaak 22/03897 (*Privatbank*) en zaak 22/03902 (*Naftogaz c.s.*). In de eerste twee zaken, *Belbek*

c.s. en *Privatbank*, heeft het scheidsgerecht dezelfde samenstelling. Dat scheidsgerecht heeft een tussenvonnissen over zijn bevoegdheid en een deelvonnissen over de gegrondheid van de vorderingen geweest. Het oordeel over welke specifieke investeringen zijn beschermd en wat de hoogte is van de schadevergoeding voor hun onteigening, is aangehouden tot de kwantumfase van de arbitrage en loopt op dit moment nog. In de derde zaak, de onderhavige zaak *Everest c.s.*, is een arbitraal eindvonnis geweest en de vernietigingsprocedure is daartegen gericht. In de laatste zaak, *Naftogaz c.s.*, heeft het scheidsgerecht een gedeeltelijk eindvonnis (*Partial Award*) geweest; één arbiter heeft een *dissenting opinion* gegeven. In april 2023, hangende de cassatieprocedure, heeft het betrokken scheidsgerecht eindvonnis geweest, opnieuw bij meerderheid.

- 1.6 Het hof heeft in de zaken *Belbek c.s.*, *Privatbank* en in de onderhavige zaak de vorderingen van de Russische Federatie afgewezen. In de zaak *Naftogaz c.s.* heeft het hof het aangevochten deelvonnissen voor alle zekerheid vernietigd, voor zover het scheidsgerecht zich ook bevoegd heeft geacht ten aanzien van investeringen die zijn gedaan vóór 1 januari 1992.
- 1.7 Ik meen dat in deze zaak, de zaken *Belbek c.s.*, *Privatbank* en *Naftogaz c.s.* het principaal cassatieberoep van de Russische Federatie moet worden verworpen. Het hof heeft op juiste gronden geoordeeld dat het scheidsgerecht zich terecht bevoegd heeft verklaard. Alleen in de onderhavige zaak concludeer ik tot vernietiging. Dat heeft te maken met de beoordeling van door de Russische Federatie aangevoerde grieven over de wijze waarop *Everest c.s.* enkele vastgoedobjecten indertijd hebben verkregen. Ik acht enkele feitelijke oordelen van het hof onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd in het licht van de gedingstukken.
- 1.8 Het incidenteel cassatieberoep is in in deze zaak en in de zaak *PrivatBank* voorwaardelijk ingesteld en in de zaken *Belbek c.s.* en *Naftogaz c.s.* onvoorwaardelijk.. Ik behandel in alle vier de zaken het incidentele cassatieberoep en concludeer steeds tot verwerping ervan.
- 1.9 De vier conclusies zijn zo veel mogelijk identiek. De talrijke klachten zijn echter niet steeds identiek en kennen soms ook een afwijkende volgorde. In het principaal beroep van de Russische Federatie keren twee onderwerpen in elk van de vier zaken terug. Ten eerste is dat de uitleg van het begrip *territory* in een situatie waarin tussen de twee verdragsstaten feitelijk de landsgrens is verlegd waardoor een investering in de rechtssfeer van de andere verdragsstaat is gekomen. In het verlengde daarvan is betwist of het scheidsgerecht een oordeel heeft gegeven omtrent het soevereiniteitsconflict over de Krim. Ten tweede is dat de vraag hoe moet worden bepaald of onteigende vermogensbestanddelen door de Oekraïense investeerders legaal waren verkregen. In het verlengde van die laatste vraag is alleen in de onderhavige zaak concreet aan de orde of specifieke vastgoedobjecten rechtmatig waren verkregen. Al deze vragen zijn relevant voor de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Dáárover diende het hof te oordelen, ook al hangt de beantwoording van die vragen mede af van de uitleg van het bilaterale investeringsverdrag tussen Oekraïne en de Russische Federatie en dus van vreemd recht.
- 1.10 De incidentele beroepen stellen met name aan de orde de vraag wanneer een partij geacht moet worden te zijn verschenen in een arbitraal geding waarop Nederlands procesrecht van toepassing is. Dat is een vraag van uitleg van art. 1052 lid 2 Rv.

2 Feiten en procesverloop

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.¹

2.2 Op 27 november 1998 hebben Oekraïne en de Russische Federatie een bilateraal investeringsverdrag gesloten (hierna: **BIT 1998**).² De voor deze procedure relevante bepalingen uit dat verdrag luiden in de Engelse vertaling als volgt:³

Article 1 Definitions

For the purposes of this Agreement:

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

a) ();

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

2. The term investor of a Contracting Party means:

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

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

(...)

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

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

()

Article 5 Expropriation

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

2. ().

()

Article 9 Resolution of Disputes between a Contracting Party and an Investor of the Other Contracting Party

1. Any dispute between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party arising in connection with investments () shall be subject to a written notice (). The parties to the dispute shall endeavor to settle the dispute through negotiations if possible.

2. If the dispute cannot be resolved in this manner () it shall be referred to:

a) ()

b) ()

c) an ad hoc arbitration tribunal ()

3. The arbitral award shall be final and binding upon both parties to the dispute. ()

()

Article 12 Application of the Agreement

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

- 2.3 De Krim is een schiereiland. Tot in ieder geval 6 maart 2014 maakte de Krim deel uit van Oekraïne. Op die dag stemde de *Supreme Council* van de Krim vóór aansluiting bij de Russische Federatie. Het agendeerde een referendum daarover op 16 maart 2014. Volgens de organisatoren van het referendum stemde 96% van de deelnemers daaraan vóór aansluiting. Op 17 maart 2014 verklaarden de *Supreme Council* en de gemeenteraad van Sebastopol zich onafhankelijk van Oekraïne. De volgende dag werd een verdrag ondertekend met de titel *Treaty between the Russian Federation and the Republic of Crimea on the Acceptance of the Republic of Crimea into the Russian Federation and the Formation of New Constituent Parts within the Russian Federation*. Ondertekenaars waren, de Russische Federatie, de Republiek de Krim en de stadsstaat Sebastopol. Het Grondwettelijk Hof van de Russische Federatie erkende op 19 maart 2014 dat het verdrag in overeenstemming is met de Russische grondwet. Op 21 maart 2014 werd het verdrag door het Russische parlement geratificeerd met het aannemen van de *Crimean Incorporation Law*. In die wet werd (onder meer) de doorlopende geldigheid van onder Oekraïens recht rechtsgeldig verkregen onroerend goed erkend per 18 maart 2014.4
- 2.4 Oekraïne heeft niet erkend dat de Krim onderdeel is gaan uitmaken van de Russische Federatie. Ook op internationaal niveau bestaat daartegen verzet.5 Dat neemt niet weg dat de Krim sinds maart 2014 onder het bestuur en de controle van de Russische Federatie staat.
- 2.5 Everest c.s. zijn rechtspersonen naar Oekraïens recht, met uitzondering van gedaagde sub 19 ([betrokkene 1] , hierna: **[betrokkene 1]**), die een natuurlijk persoon is met de Oekraïense nationaliteit. Everest c.s. hadden bezittingen op de Krim. Op 30 april 2014 heeft de State Council van de Republiek de Krim een besluit genomen waarin werd verklaard dat *all state property (of the state of Ukraine) and all abandoned property located in the Republic of Crimea shall be considered the property of the Republic of Crimea* (hierna: het **Nationalisatiebesluit**). Op 3 september 2014 is in het Nationalisatiebesluit de zinsnede *as well as the property listed in the [Annex] to this decree*" toegevoegd na de zinsnede *in the Republic of Crimea*. Deze bijlage bij het Nationalisatiebesluit is vervolgens een aantal malen uitgebreid zodat het besluit uiteindelijk ook de bezittingen van Everest c.s. op de Krim omvat.
- 2.6 Op 19 juni 2015 hebben Everest c.s. een arbitrale procedure aanhangig gemaakt. Het standpunt van Everest c.s. in deze arbitrage is dat de Russische Federatie onder meer art. 5 BIT 1998 inzake onteigening heeft geschonden. Op de procedure zijn de regels van de United Nations Commission on International Trade Law (hierna: **UNCITRAL**) van toepassing. Drie arbiters werden benoemd, zonder bemoeienis van de Russische Federatie. Het Permanent Hof van Arbitrage (hierna: **PHA**) administreert de arbitrageprocedure. Den Haag is aangewezen als plaats van arbitrage.
- 2.7 Op 15 september 2015 heeft de Russische Federatie via een zaakgelastigde van haar ambassade in Nederland aan het PHA de volgende brief gestuurd:6

Herewith a letter from [betrokkene 2] , Deputy Director of the Department of International Law and Cooperation, Ministry of Justice of the Russian Federation, is conveyed to the Permanent Court of Arbitration.

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

2.8 In de aangeboden brief van 12 augustus 2015 van het Russische ministerie van Justitie wordt medegedeeld dat de Russische Federatie elk scheidsgerecht, hoe ook samengesteld, onbevoegd acht om over de tegen haar ingestelde vorderingen te beslissen:

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

It is manifest that such claims cannot be considered under the Agreement mentioned above and, therefore, the Agreement cannot serve as a basis for composing an arbitral tribunal to settle these claims. In accordance with paragraph 1 Article 1 of the Agreement the term "investment" means every kind of movable and immovable and intellectual property invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in accordance with the legislation of the latter Contracting Party. The property in question which is the matter of the claims is situated in the territory of Crimea and Sevastopol, i.e. in the territory that was a part of Ukraine but at the present time pursuant to the will of people forms an integral part of the territory of the Russian Federation and cannot be regulated by the Agreement.

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

2.9 De Russische Federatie heeft er dus voor gekozen niet actief deel te nemen in de eerste fase van de arbitrage. Zij heeft, na de brieven van 12 augustus en 15 september 2015, in de arbitrageprocedure niet meer van zich laten horen. Zij is wel door het PHA op de hoogte gehouden van alle processtappen en zij heeft kopieën ontvangen van alle bij de procedure behorende stukken.

2.10 Oekraïne heeft in de arbitrageprocedure een zogeheten *non-disputing party submission* ingediend. Daarin is haar standpunt over de toepasselijkheid van de BIT 1998 uiteengezet.

2.11 Op 20 maart 2017 heeft het scheidsgerecht een tussenuitspraak gedaan (*decision on jurisdiction*, hierna: het **arbitrale tussenvonnis**). Het dictum van deze uitspraak luidt:

For the reasons set forth above, the Tribunal decides:

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

2.12 Op 2 mei 2018 heeft het scheidsgerecht einduitspraak gedaan (*decision on the merits*, hierna het **arbitrale eindvonnis**). De uitkomst was dat de Russische Federatie door de onteigening van Everest c.s. art. 5 van de BIT 1998 heeft geschonden. Ik citeer het dictum, voor zover hier van belang:

For the reasons set forth above, the Tribunal decides:

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

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

().

Een totaalbedrag van ongeveer \$ 129 miljoen, vermeerderd met rente en kosten (zie onder c), d) en e) van het dictum) werd toegewezen.

2.13 Bij dagvaarding van 29 augustus 2018 heeft de Russische Federatie gevorderd dat het gerechtshof Den Haag (hierna: **het hof**) het arbitrale tussenvonnissen en het arbitrale eindvonnis vernietigt. De gronden die daartoe zijn aangevoerd zijn dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden, dat de vonnissen in strijd zijn met de openbare orde én dat de vonnissen moeten worden herroepen. Het zwaartepunt ligt bij het betoog dat het scheidsgerecht onbevoegd is wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage. Everest c.s. hebben verweer gevoerd.

2.14 Bij (eind)arrest van 19 juli 20227 (hierna: **het arrest**) heeft het hof de vorderingen van de Russische Federatie afgewezen en daartoe - zakelijk weergegeven - het volgende geoordeeld:

(a) De bepalingen van de BIT 1998 moeten worden uitgelegd aan de hand van art. 31 en art. 32 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna: **WVV**) (rov. 5.1.1).

(b) Het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter brengt mee dat (i) de beantwoording van de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst is gesloten uiteindelijk aan de rechter is opgedragen en (ii) dat een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, door de rechter niet terughoudend wordt getoetst. (rov. 5.2.1).

(c) Voor een arbitrale procedure gelden geen formele eisen voor het verschijnen in de procedure. Indien een brief het karakter heeft van een (beknopt) verweerschrift kan dat als een verschijnen worden aangemerkt. De brieven die in 2015 namens de Russische Federatie zijn gestuurd, hebben dat karakter niet. Het scheidsgerecht was, los van de brieven, gehouden om uit eigen beweging te toetsen of het bevoegd was. Omdat de Russische Federatie met de brieven niet in de procedure is verschenen, heeft zij niet het recht verwerkt om bepaalde bevoegdheidsgronden in de vernietigingsprocedure naar voren te brengen (rov. 5.2.6-5.2.8).

(d) Het hof moet zelfstandig beoordelen of het scheidsgerecht bevoegdheid kon aannemen. Daarbij kan het (gedeeltelijk) andere gronden betrekken dan die welke het scheidsgerecht zelf aan zijn beslissing ten grondslag heeft gelegd (rov. 5.2.12).

(e) Het scheidsgerecht heeft met zijn oordeel over de toepasselijkheid van de BIT 1998 niet geoordeeld over de soevereine status van de Krim. Het begrip *territory* moet volgens het scheidsgerecht aldus worden uitgelegd dat rechtsmacht en controle over een bepaald grondgebied volstaat. Het scheidsgerecht heeft zich voor de toepassing van art. 1 lid 4 BIT 1998 enkel gebaseerd op de feitelijke stand van zaken op de Krim (rov. 5.3.5).

(f) Partijen zijn het erover eens dat de Russische Federatie *de facto* controle over de Krim heeft. De Krim valt onder de *territory* van de Russische Federatie als bedoeld in art. 1 lid 4 BIT 1998, omdat (i) de tekst van dit artikel niet spreekt van *sovereign territory*; (ii) er geen regel is dat met *territory* altijd wordt bedoeld *sovereign territory*; en (iii) een uitleg conform art. 31 WVV tot deze conclusie leidt (rov. 5.4.4 en 5.4.6).

(g) De Russische Federatie en Oekraïne hebben de BIT 1998 niet geschorst of opgezegd. Everest c.s. hebben een arbitrage aanhangig gemaakt. Het scheidsgerecht diende vervolgens aan de hand van een uitleg van de BIT 1998 te beoordelen of de Russische Federatie uit de BIT 1998 voortvloeiende verplichtingen heeft geschonden. Welke verplichtingen voor Oekraïne uit het verdrag voortvloeien hoefde niet te worden beoordeeld. Het door de Russische Federatie gestelde gebrek aan reciprociteit doet niet af aan de gelding op de Krim van de BIT 1998 (rov. 5.5.5).

(h) De investeringen van Everest c.s. vallen onder het begrip *investments* als bedoeld in art. 1 lid 1 BIT 1998, ook al zijn de investeringen aanvankelijk in Oekraïne gedaan. Uit de letterlijke bewoordingen van de bepaling volgt niet dat de investeringen van meet af aan op het grondgebied van de andere verdragsstaat moeten zijn gelegen. Een uitleg conform art. 31 WVV leidt tot de slotsom dat het voldoende is dat de investeringen zich op het moment van de gestelde inbreuk op het grondgebied van de andere verdragsstaat bevonden (rov. 5.6.7).

(i) De investeerder moet volgens de wetten van zijn eigen land de bekwaamheid hebben om investeringen te verrichten op het grondgebied van de Krim. Everest c.s. waren daartoe gerechtigd. Het houden van investeringen op de Krim ná de incorporatie van de Krim door de Russische Federatie is niet in strijd met Oekraïense regelgeving. Het standpunt van de Russische Federatie dat Everest c.s. geen *investors* zijn als bedoeld in de BIT 1998 gaat dus niet op (rov. 5.7.4).

(j) De BIT 1998 bevat een legaliteitseis. Een *investment* moet zijn gedaan *in accordance with its legislation*, dat wil zeggen de wetgeving van de gaststaat. Als een investering illegaal is, is er geen sprake is van een investering, zodat het scheidsgerecht niet bevoegd is. Het moet dan gaan om onwettigheid die het doen van de investering zelf aantast. Waar het hier gaat om onroerend goed, mag dat niet op illegale wijze zijn verkregen (rov. 5.8.2).

(k) De Russische Federatie betwist dat aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van het verdrag is voldaan omdat Everest c.s. hun eigendomsrechten door corruptie, fraude en geweld zouden hebben verkregen. Het is aan de Russische Federatie om die betwisting met voldoende concrete feiten te staven (rov. 5.8.2).

(l) Als uitgangspunt wordt gehanteerd dat Everest c.s. naar Oekraïens recht eigenaars waren van de vastgoedobjecten, en dat zij dat zijn gebleven na de incorporatie van de Krim. Dat is door het scheidsgerecht vastgesteld aan de hand van, onder meer, het rapport van [notaris] (rov. 5.8.4).

(m) Het hof heeft in zijn tussenarrest van 28 januari 20208 (hierna: het **tussenarrest**) vastgesteld dat er nauwe banden (hebben) bestaan tussen Everest c.s. en [betrokkene 3] (hierna: **[betrokkene 3]**) en ook tussen Everest c.s. en PrivatBank. Dat is, ook in combinatie met de beschuldigingen ten aanzien van de PrivatBank en de Privat Group van corruptie, fraude en geweld, onvoldoende om aan te nemen dat de vastgoedobjecten van Everest c.s. onrechtmatig zijn verkregen. Deze beschuldigingen zijn te algemeen en de relatie met de vastgoedobjecten is onvoldoende concreet (rov. 5.8.6).

(n) De Russische Federatie heeft onvoldoende aangevoerd tegenover de conclusies van het scheidsgerecht op basis van het rapport [notaris] en de stellingen van Everest c.s. Bij dat oordeel laat het hof ook meewegen dat de Russische Federatie de onteigening van de vastgoedobjecten niet heeft gerechtvaardigd met een beroep op illegaal handelen van Everest c.s. bij het doen van deze investeringen (rov. 5.8.45).

(o) Het stond het scheidsgerecht vrij om de vorderingen van Everest c.s. samen te behandelen. Dit levert dus geen grond op voor vernietiging (rov. 5.9.5 en rov. 5.11.1).

(p) De gronden voor de onbevoegdheid van het scheidsgerecht worden verworpen. Aan de voorwaarden voor de toepasselijkheid van de BIT 1998 is voldaan. Het scheidsgerecht was bevoegd het geschil te beslechten (rov. 5.10.1).

(q) Van strijd met de openbare orde is geen sprake, op basis van hetgeen is overwogen in rov. 5.3 over de status van de Krim en in rov. 5.8 over de illegaliteit van de investeringen (rov. 5.12.2).

(r) De vordering tot herroeping is te laat ingesteld. Verder heeft het hof al geoordeeld dat uit de door de Russische Federatie overgelegde rechterlijke uitspraken die (beweerdelijk) zijn achtergehouden, niet blijkt dat Everest c.s. hun investeringen onrechtmatig hebben verkregen. Dat geldt ook voor de overige informatie die volgens de Russische Federatie is achtergehouden. De vordering tot herroeping faalt (rov. 5.13.3).

(s) Aan het bewijsaanbod van de Russische Federatie gaat het hof voorbij omdat het onvoldoende specifiek is. De enkele stelling dat de reputatie van [betrokkene 3] de meeste geraadpleegde getuigen ervan weerhoudt om tegen Everest c.s. te getuigen levert onvoldoende grond op om het bewijsaanbod te honoreren (rov. 5.14.1).

2.15 De Russische Federatie heeft tijdig cassatie ingesteld tegen het eindarrest. Everest c.s. hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Partijen voeren (over en weer) verweer. Zij hebben hun zaak schriftelijk laten toelichten, waarna re- en dupliek heeft plaatsgevonden.

3 Bespreking van het middel in het principaal cassatieberoep

Inleidende opmerkingen

3.1 Het principale middel bestaat uit een inleiding met een samenvatting van een aantal klachten die vervolgens in dertien onderdelen⁹ worden uitgewerkt. De onderdelen laten zich als volgt samenvatten:

- Onderdeel 1 behelst klachten over de door het hof gegeven uitleg van het begrip *territory*.
- Onderdeel 2 betreft het oordeel van het hof dat het scheidsgerecht geen oordeel heeft gegeven over het soevereiniteitsconflict tussen de Russische Federatie en Oekraïne.
- Onderdeel 3 bevat het betoog dat het hof zich heeft laten leiden door een kennelijke voorkeur/voorrang voor de standpunten van Everest c.s.
- Onderdeel 4 gaat over het door het hof gehanteerde uitgangspunt dat Everest c.s. naar Oekraïens recht eigenaars waren van de vastgoedobjecten en dat zijn gebleven ná incorporatie van de Krim. Verder wordt de bewijslastverdeling bestreden en wordt betoogd dat het hof te hoge eisen heeft gesteld aan de onderbouwing van standpunten.
- Onderdeel 5 heeft als onderwerp het passeren door het hof van het bewijsaanbod.
- Onderdeel 6 gaat, net als een deel van onderdeel 4, over het uitgangspunt van het hof betreffende het eigenaarschap van Everest c.s. van de vastgoedobjecten.
- Onderdeel 7 richt zich tegen het oordeel van het hof dat de banden tussen Everest c.s. en PrivatBank onvoldoende grond opleveren om aan te nemen dat de vastgoedobjecten onrechtmatig zijn verkregen.
- Onderdeel 8 bevat klachten tegen de per vastgoedobject gegeven oordelen van het hof, waarbij het hof de stellingen van de Russische Federatie telkens als onvoldoende onderbouwd heeft bestempeld.
- Onderdeel 9 richt zich op het oordeel over de rol van de PrivatBank bij de investeringen van Everest c.s.
- Onderdeel 11 bestaat uit klachten tegen het oordeel over de timing van het instellen van de herroepingsvordering.
- Onderdelen 10, 12 en 13 bevatten voortbouwklachten.

Van belang bij de bespreking van de klachten is het volgende. De Russische Federatie heeft bij akte van 24 februari 2021 (vóór de pleidooizitting van 29 maart 2021) producties in het geding gebracht waarnaar zij in cassatie verwijst. Tegen het toelaten van deze akte en alle daarmee overgelegde producties is door Everest c.s. bezwaar gemaakt. Dat bezwaar is ter zitting (uitgebreid) aan bod gekomen. In het proces-verbaal van de zitting van 29 maart 2021 is (aan het slot) aangetekend dat het hof op dit bezwaar zal beslissen indien wordt toegekomen aan de het illegaliteitstoets.¹⁰ Het hof is in het eindarrest toegekomen aan de illegaliteitstoets, maar heeft geen kenbare beslissing op genoemd bezwaar genomen. Wel wordt in rov. 1.1 (aanhef en dertiende gedachtestreepje) overwogen:

Het verloop van de procedure blijkt uit:

[]

- de aktes overlegging producties van de Russische Federatie van 19 februari 2021, 10 maart 2021 en 15 maart 2021 ten behoeve van de pleitzitting van 29 maart 2021;

[]

3.3 Met de opsomming van processtukken geeft het hof het verloop van het geding weer (vgl. art. 230 lid 1, aanhef en onder b, Rv). Hiermee geeft het hof ook weer op welke proceshandelingen het acht heeft geslagen. Dit is van belang in verband met het beginsel van hoor en wederhoor.¹¹ Voor zover ik echter heb kunnen nagaan, bevat het dossier *geen* akte met de datum 19 februari 2021. Het ligt daarom voor de hand dat bedoeld is de akte van 24 februari 2021.¹²

3.4 Gelet op het voorgaande en op het feit dat partijen in cassatie ervan uit lijken te gaan dat de akte van de Russische Federatie van 24 februari 2021 (inclusief de daarbij horende producties) niet door het hof is geweigerd,¹³ kunnen bij die akte en de daarbij overgelegde stukken de feitelijke grondslag vormen van het cassatiemiddel (art. 419 lid 2 Rv).¹⁴ Dit is van belang, omdat de Hoge Raad anders geen acht mag slaan op deze akte.¹⁵

Bilaterale investeringsverdragen

3.5 Een bilateraal investeringsverdrag (*Bilateral Investment Treaty*, hierna: **BIT**) is een overeenkomst tussen twee landen die inhoudt dat over en weer bescherming wordt geboden aan investeerders uit het ene land die investeren in het andere land. Deze verdragen zijn gesloten ter bevordering van grensoverschrijdende investeringen.

3.6 De meeste BITs, ook de BIT 1998, voorzien in de mogelijkheid van arbitrage. De ratio daarvan was van oudsher dat investeerders voor rechtsbescherming tegen maatregelen van de gaststaat niet afhankelijk mochten zijn van gerechten van dat land maar terecht moesten kunnen bij een onafhankelijke en onpartijdige instantie.

3.7 Een dergelijk verdragsrechtelijk arbitragebeding vormt een (open) aanbod tot arbitrage door de gaststaat. De overeenkomst tot arbitrage komt tot stand door aanvaarding van dat aanbod door een investeerder uit de andere verdragsstaat.

3.8 Een scheidsgerecht is alleen bevoegd kennis te nemen van een geschil dat binnen het toepassingsgebied van de betrokken BIT valt. Daartoe is onder meer vereist dat is voldaan zowel aan het begrip investering (*investment*) als aan het begrip investeerder (*investor*).

3.9 Beschermd worden investeringen op het grondgebied van de andere verdragsstaat. In deze zaak is onder meer in geschil de uitleg van het begrip grondgebied (*territory*). Waar het normaal gesproken een investeerder is die zich verplaatst naar het andere land om op het grondgebied daarvan een investering te doen, is het hier de grens tussen de beide staten die is verplaatst waardoor

investeringen die op het grondgebied van de eigen staat zijn gedaan, zich zijn gaan bevinden op het grondgebied van de andere staat en daarmee investeringen in die staat zijn geworden.

- 3.10 Voorts kan een investering alleen voor bescherming in aanmerking komen als zij is gedaan in de andere staat *in accordance with its legislation*. Dit vereiste wordt aangeduid als het legaliteitsvereiste. Als een investering op het grondgebied van de ene staat is gedaan maar zich vervolgens is komen te bevinden op het grondgebied van de andere staat, ziet de term *its legislation* dan op de wetgeving van de oorspronkelijke staat? Die vraag lijkt hier door beide partijen bevestigend te worden beantwoord. Toetsdatum is het moment dat de investeringen onderdeel gingen uitmaken van de Russische rechtssfeer, hier vastgesteld op 21 maart 2014. Als is aangetoond dat bepaalde investeringen niet voldoen aan de legaliteitseis is het scheidsgerecht ten aanzien van die investeringen niet bevoegd. Dit brengt mee dat het antwoord op de vraag of het scheidsgerecht bevoegd is, afhangt van de uitleg van de BIT.
- 3.11 De verschillende relevante begrippen, zoals *investor*, *investments* en *territory* moeten worden uitgelegd aan de hand van de internationaalrechtelijke uitlegeregels van het WW. Art. 31 WVV noemt in dat verband de volgende elementen: tekst, context en *object and purpose*, die tezamen *in good faith* moeten worden toegepast.
- 3.12 Het procedurele kader van een investeringsarbitrage wordt bepaald door de betreffende BIT en het van toepassing zijnde arbitragereglement. In deze zaak zijn de arbitrageregels van de Commissie van de Verenigde Naties voor Internationaal Handelsrecht (UNCITRAL) van toepassing. Een arbitrale beslissing op basis van UNCITRAL is onderworpen aan de controle van de nationale rechter.¹⁶ Bij die rechter kan onder meer een verzoek tot vernietiging van een arbitraal vonnis worden gedaan. Partijen kunnen de plaats van arbitrage zelf kiezen. Indien zij dat niet zelf doen, zullen de arbiters dit doen (art. 18 UNCITRAL-regels). Wanneer het PHA een arbitrage administreert wordt regelmatig gekozen voor Den Haag, maar ook een andere plaats - in of buiten Nederland - kan worden gekozen. Indien een plaats in Nederland wordt gekozen, zijn art. 1020-1073 Rv van toepassing (art. 1073 lid 1 Rv).
- 3.13 Daarmee kom ik toe aan de bespreking van de verschillende middelonderdelen.

Onderdeel 1 (uitleg van het begrip territory in art. 1 lid 4 BIT 1998)

- 3.14 Subonderdeel 1.1 is gericht tegen rov. 5.4.19 en 5.4.20. Deze overwegingen luiden als volgt (onderstreping hier en hierna steeds toegevoegd):

5.4.19 Gezien het voorgaande is er op basis van een uitleg te goeder trouw van artikel 1 lid 4 van de BIT 1998 overeenkomstig de gewone betekenis, in zijn context en in het licht van doel en voorwerp van het verdrag, geen reden om aan te nemen dat de Krim niet valt onder de territory van de Russische Federatie als gedefinieerd in dit artikel. Het hof tekent daarbij nog aan dat het bij een uitleg van het verdrag conform de maatstaven van artikel 31 WW, waar ook wordt gekeken naar het doel en de strekking, niet erop aankomt dat de verdragspartijen ten tijde van het sluiten van het verdrag deze feitelijke situatie, te weten de incorporatie van de Krim door de Russische Federatie vele jaren later, hebben voorzien en onder de werking van het verdrag hebben willen brengen. In zijn algemeenheid is het onmogelijk dat bij het sluiten van een verdrag alle mogelijke toekomstige situaties onder ogen worden gezien. Het komt erop aan na te gaan wat past bij de bedoelingen van partijen ten aanzien van de werking van het verdrag op het moment van het sluiten daarvan. De bedoeling van partijen was om investeringen van de onderdanen van een verdragspartij te beschermen tegen onder meer onteigeningen door de andere verdragspartij. Daarbij past dat tot het grondgebied van een verdragsstaat wordt gerekend, elk gebied waarover een verdragspartij rechtsmacht en effectieve controle uitoefent, die haar de mogelijkheid geven om investeringen van onderdanen van de andere verdragspartij te onteigenen.

5.4.20

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

3.15 Het middel klaagt dat het oordeel in rov. 5.4.19 onjuist is en/of ontoereikend gemotiveerd, waardoor ook rov. 5.4.20 geen stand kan houden. De oordelen zijn in strijd met art. 31 lid 1 en art. 62 WVV en het hof heeft de door de Russische Federatie gestelde spanning van deze oordelen met art. 31, 39 en 62 WVV niet kenbaar in zijn beoordeling betrokken. Enerzijds overweegt het hof dat vaststaat dat beide verdragspartijen bij het sluiten van de BIT 1998 niet in de mogelijkheid hebben voorzien dat de ene partij een deel van het grondgebied van de andere partij eenzijdig tot zich zou nemen, zodat partijen daarvoor geen voorziening hebben getroffen of bedoelden te treffen. Anderzijds overweegt het hof dat het geoorloofd is om in geval van onvoorziene omstandigheden toepassing te geven aan de BIT 1998 overeenkomstig de door de arbiters/rechters hypothetisch aannemelijk geachte bedoeling van redelijke partijen voor het geval zij voor een onvoorziene situatie wél een regeling in hun verdrag zouden hebben opgenomen.

3.16 De klacht kan niet tot cassatie leiden.

3.17 Ten eerste mist de klacht feitelijke grondslag in het bestreden arrest (art. 419 lid 2 Rv). Het hof overweegt niet dat het geoorloofd is toepassing te geven aan de BIT 1998 overeenkomstig een hypothetisch aannemelijke bedoeling van redelijke partijen voor het geval zij voor een onvoorziene situatie wél een regeling zouden hebben opgenomen. Het hof oordeelt enkel dat het past bij de bedoeling van partijen op het moment van het sluiten van de BIT 1998 - namelijk: investeringen beschermen tegen onder meer onteigening - om aan te nemen dat het begrip *territory* moet worden uitgelegd in die zin dat het ziet op grondgebied waar een partij feitelijk de mogelijkheid heeft over te gaan tot onteigening.

3.18 Ten tweede is het aangevallen oordeel in rov. 5.4.19 niet (zelfstandig) dragend voor de conclusie dat de Krim sinds maart 2014 valt onder het grondgebied van de Russische Federatie als gedefinieerd in art. 1 lid 4 BIT 1998. De eerste zin van art. 5.4.19 geeft al aan dat die conclusie is gebaseerd op het voorgaande. Daarmee doelt het hof op rov. 5.4.4 - rov. 5.4.18 waarin uitgebreid het oordeel is onderbouwd dat de Krim valt onder de *territory* van de Russische Federatie (na in rov. 5.4.4 overwogen te hebben dat partijen het er over eens zijn dat de Russische Federatie *de facto* controle heeft over de Krim). Al deze overwegingen worden in cassatie niet bestreden. Slechts ten overvloede heeft het hof vanaf de tweede zin van rov. 5.4.19 het oordeel gegeven dat met het middel wordt aangevallen. Een aanwijzing daartoe geven de woorden: *Het hof tekent daarbij nog aan dat*. Gelet hierop ontbreekt belang bij het slagen van de klacht tegen rov. 5.4.19.

3.19 Voor de klacht tegen rov. 5.4.20 geldt hetzelfde. De slotsom dat het scheidsgerecht niet is uitgegaan van een onjuiste definitie van het begrip *territory* is immers ook gebaseerd op het voorgaande, en dus op hetgeen is overwogen in rov. 5.4.4 - 5.4.18.

3.20 Subonderdeel 1.2 bevat een motiveringsklacht die is gericht tegen rov. 5.4.10.17 Deze overweging luidt:

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

3.21 Het middel klaagt dat deze overweging innerlijk tegenstrijdig is. Het hof overweegt enerzijds dat algemeen wordt aanvaard dat verdragen gelding hebben op het gehele soevereine grondgebied van

een staat, waarmee wordt onderkend dat het begrip *territory* (in beginsel) verwijst naar het soevereine grondgebied van een staat. Anderzijds sluit dit volgens het hof niet uit dat verdragen ook werking (kunnen) hebben op grondgebied waarover een staat langdurig rechtsmacht en effectieve controle uitoefent, zodat het begrip *territory* tevens verwijst naar de Krim. Deze benadering is praktisch onhanteerbaar omdat zij leidt tot twee kapiteins op één schip.

3.22 Naar mijn mening is de aangevallen overweging niet innerlijk tegenstrijdig. Het hof oordeelt dat het begrip *territory* niet altijd de betekenis heeft van *sovereign territory*. Dit licht het hof toe door te overwegen dat een verdrag over het algemeen gelding heeft op het gehele soevereine grondgebied van een staat, maar daarnaast (ook) gelding kan hebben op grondgebied waarover een staat langdurig rechtsmacht en effectieve controle uitoefent. Anders dan het middel betoogt, is deze benadering wel degelijk praktisch hanteerbaar (en zeker niet onbegrijpelijk). Omdat de Russische Federatie langdurig rechtsmacht en effectieve controle uitoefent op de Krim, kan immers alleen de Russische Federatie verplichtingen uit hoofde van de BIT 1998 hebben op de Krim, zoals in geval van onteigening door middel van overheidsbevoegdheden die sinds maart 2014 alleen de Russische Federatie op de Krim kan uitoefenen (zie rov. 5.4.16).

3.23 Aan het einde van de toelichting op subonderdeel 1.2 in de procesinleiding staat een motiveringsklacht (die op dezelfde plaats niet voorkomt in de procesinleiding in de zaak *Belbek c.s.*). Deze motiveringsklacht luidt als volgt: *Een begrijpelijke motivering tegen dit door de Russische Federatie in de procedure uitdrukkelijk aangevoerde argument ontbreekt in s Hof's Arrest, aangezien het hof op dit stuk slechts een níét door de Russische Federatie aangevoerd argument weerlegt, namelijk dat de onbetwiste Russische macht over de Krim, de feitelijke macht van Oekraïne daar uitsluit.* Ik meen dat het oordeel van het hof wel degelijk de Russische argumenten op dit punt voldoende adresseert en dat dit oordeel niet onbegrijpelijk is in het licht van de daarbij ingenomen standpunten.

3.24 Subonderdeel 1.3 bevat nog de voortbouwklacht dat bij het slagen van klachten in subonderdeel 1.1 en/of 1.2 ook andere overwegingen moeten sneuvelen. Gelet op het voorgaande faalt deze klacht evenzeer.

Onderdeel 2 (oordeel over soevereiniteitsconflict)

3.25 Onderdeel 2 is gericht tegen rov. 5.3.4-5.3.6. Deze overwegingen luiden:

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

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

gegeven deze uitleg van het begrip territory, geen oordeel te geven over het soevereiniteitsgeschil tussen de Russische Federatie en Oekraïne en heeft dat ook niet gedaan. Het heeft zich enkel gebaseerd op de feitelijke stand van zaken op de Krim. Of deze uitleg van het begrip territory juist is, komt hierna aan de orde. Waar het hier om gaat is dat het scheidsgerecht niet heeft geoordeeld over de soevereine status van de Krim.

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

3.26 Volgens de Russische Federatie heeft het hof in deze overwegingen onjuist en/of ontoereikend gemotiveerd geoordeeld dat het scheidsgerecht geen oordeel heeft gegeven over het soevereiniteitsconflict met Oekraïne. Daarmee heeft het hof onjuist en/of onbegrijpelijk de stelling verworpen dat een beoordeling van het soevereiniteitsgeschil in de weg staat aan de bevoegdheid van arbiters om op claims van investeerders ten aanzien van hun investeringen op de Krim te beslissen. Het antwoord op de vraag of de litigieuze investeringen van Everest c.s. onder de BIT beschermd zijn, vergt immers een antwoord op de voorvraag welke van beide staten soeverein is ten aanzien van de Krim. D e vraag heeft het hof niet beantwoord. Het hof heeft het antwoord op deze voorvraag ontweken door aan het BIT-begrip *territory* een louter feitelijke invulling te geven. Een dergelijk exclusief 'feitelijke invulling' staat haaks op de alternatieve 'soevereine invulling' die het hof uitdrukkelijk - zelfs als algemene basis van het begrip *territory*, buiten en binnen de BIT - in zijn eigen overwegingen heeft erkend.

3.27 Ik stel vast dat het hof in rov. 5.3.5 respondeert op de in rov. 5.3.4 weergegeven stelling van de Russische Federatie dat het scheidsgerecht een oordeel heeft gegeven over het soevereiniteitsconflict ten aanzien van de Krim. Het hof concludeert dat het scheidsgerecht dit *niet* heeft gedaan. Anders dan de Russische Federatie betoogt, hoefde het hof in deze context niet zelf de voorvraag te beantwoorden die in dit onderdeel wordt geformuleerd.

3.28 De klacht faalt.

Onderdeel 3 (objectiviteit van toetsing)

3.29 De klacht in onderdeel 3 is gericht tegen rov. 5.10.1, dat als volgt luidt:

5.10 Conclusie ten aanzien van de bevoegdheid van het scheidsgerecht

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

3.30 Het betoog van de Russische Federatie houdt in dat het hof een kennelijke voorkeur heeft gehad voor het standpunt van Everest c.s. Alle nadruk is gelegd op argumenten die afbreuk kunnen doen aan het betoog van de Russische Federatie, zonder het tegendeel aan te tonen. Het oordeel van het hof levert geen positief bewijs op voor de door Everest c.s. aangevoerde bevoegdheid van het scheidsgerecht. Dit terwijl (i) een objectieve en integrale toetsing van het bevoegdheidsoordeel van het scheidsgerecht het uitgangspunt had moeten zijn, en (ii) de bewijslast op Everest c.s. rust. Het oordeel van het hof is daarom onjuist, althans onbegrijpelijk en/of zonder toereikende motivering gegeven.

3.31 De klacht richt zich tegen de concluderende overweging die volgt op een lange reeks overwegingen (5.2-5.9) waarop het hof zijn oordeel baseert dat het scheidsgerecht bevoegdheid toekomt. Dit lijkt de

Russische Federatie ook te onderkennen door in de toelichting (procesinleiding, p. 8) te verwijzen naar de uitgangspunten bij de toetsing van de bevoegdheid die in rov. 5.2.1 en 5.2.2 van het arrest uiteengezet zijn. Deze overwegingen komen erop neer dat het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter (art. 17 Grondwet, art. 6 EVRM, art. 14 lid 1 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, hierna: **IVBPR**) meebrengt dat een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op grond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv door de rechter niet terughoudend wordt getoetst.¹⁸ Uit voormelde artikelen uit de Grondwet en internationale verdragen volgt ook een algemene onafhankelijkheidswaarborg van de rechter. De burger moet erop kunnen vertrouwen dat een volstrekt neutrale overheidsinstantie zonder onderscheid des persoons rechtsgeschillen beslist.¹⁹ Dit geldt uiteraard ook voor de partijen in de onderhavige zaak.

- 3.32 Uit enkel de hier aangevallen conclusie dat de door de Russische Federatie aangevoerde gronden worden verworpen, volgt niet dat het hof de toetsing van de bevoegdheid van het scheidsgerecht op een onjuiste (onpartijdige), onbegrijpelijke of ongemotiveerde wijze heeft uitgevoerd. Dat zou kunnen blijken uit de voorafgaande overwegingen waarop die conclusie is gebaseerd, maar daartegen richt de klacht zich niet.²⁰ Bij een ruime(re) lezing van het cassatiemiddel wordt dat mogelijk anders omdat in de toelichting bij de klacht (procesinleiding, p. 9, tweede volledige alinea) staat: *Beziet men [] de lange reeks overwegingen die het hof heeft gewijd aan zijn verwerping van de door de Russische Federatie [] gevoerde betwisting van de bevoegdheid van de scheidsgerechten []*. Dat maakt de klacht echter onvoldoende bepaald en precies (art. 407 lid 2 Rv), omdat bij beantwoording van de vraag welke beslissing wordt aangevallen, het aankomt op hetgeen Everest c.s. redelijkerwijs heeft moeten begrijpen.²¹
- 3.33 Ook als ik ervan uitga dat de Russische Federatie niet alleen de conclusie van het hof in rov. 5.10.1 heeft willen bestrijden maar ook de daaraan ten grondslag liggende overwegingen, meen ik toch dat de klacht niet slaagt. Ik zie in paragraaf 5.2 t/m 5.9 van het arrest namelijk niet terug dat het hof zich heeft laten leiden door een kennelijke voorkeur/voorrang voor het standpunt van Everest c.s. Verder kan ik niet uit die overwegingen opmaken dat het hof zich niet of onvoldoende heeft gehouden aan zijn hiervoor besproken vooropstelling (rov. 5.2.1 en 5.2.2) dat op het punt van bevoegdheid van het scheidsgerecht niet terughoudend moet worden getoetst.
- 3.34 Ik grijp deze klacht aan om enkele algemene opmerkingen te maken over stellen en betwisten, en dan met name *hoeveel* zou moeten worden gesteld in het kader van een betwisting. De achtergrond van de klacht lijkt namelijk te zijn dat het hof te streng is geweest bij de beoordeling of de Russische Federatie de gestelde bevoegdheid van het scheidsgerecht voldoende heeft betwist. Voor een aantal van de hierna te bespreken onderdelen van het cassatiemiddel is dit onderwerp (ook) van belang.
- 3.35 Het materiële recht bepaalt wat een partij kan krijgen (bijv. schadevergoeding) en wat daarvoor nodig is. Daartoe volstaat niet dat een partij zich op een rechtsgrond of het beoogde rechtsgevolg beroept, zij moet ook de feiten stellen waaruit de rechtsgevolgen voortvloeien.²² Het verband tussen de gestelde feiten en het beoogde rechtsgevolg is nodig voor toewijzing van een vordering (art. 24 Rv).
- 3.36 Indien niet *voldoende* wordt gesteld, komt bewijslevering niet aan de orde.²³ Wat en hoeveel precies moet worden gesteld, hangt af van de concrete zaak. In ieder geval moet het voldoende zijn om het rechtsgevolg te doen intreden. Tot het stellen van noodzakelijke elementen kan een partij zich echter niet beperken. Stellingen vragen om een concretisering en (dus) om voldoende motivering.²⁴ Deze motiveringsplicht die partijen hebben ten aanzien van wat zij uit hoofde van hun stelplicht hebben gesteld, valt met die stelplicht samen.²⁵ Over het algemeen geldt dat hoe concreter bepaalde stellingen worden betwist, hoe concreter de steller ze dient uit te werken.²⁶
- 3.37 De verweerder dient gronden aan te voeren en, zo nodig, met rechtsfeiten te onderbouwen op grond waarvan de eis van de wederpartij dient te worden afgewezen.²⁷ Uit art. 149 lid 1 (tweede zin) volgt dat de rechter als vaststaand moet beschouwen die feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld

en door de wederpartij niet of niet *voldoende* zijn betwist. In z'n geval wordt niet aan bewijslevering toegekomen.²⁸In zijn algemeenheid geldt dat hoe concreter en gedetailleerder de stellingen van de wederpartij zijn, hoe meer eisen kunnen worden gesteld aan de weerlegging.²⁹ De rechter moet zich wel altijd afvragen of van een partij kan worden gevegd dat een betwisting nader wordt onderbouwd.³⁰ Soms is dat redelijkerwijs niet mogelijk. In het verlengde daarvan geldt dat betwisten *niet* betekent bewijzen. Asser merkt hierover het volgende op:³¹

[] Verder geldt in het algemeen dat stellen niet is bewijzen. Een betwisting hoeft niet al op het eerste gezicht een voldoende weerlegging van het gestelde feit mee te brengen. Men kan niet steeds eisen dat de betwister feiten stelt die, indien juist, het betwiste feit uitsluiten. Vaak kan worden volstaan met een ontkenning die doet twijfelen aan de juistheid van het gestelde feit. []

3.38 Daarmee kom ik toe aan de onderdelen die klachten bevatten met betrekking tot de onteigende vermogensbestanddelen.

Onderdelen 4 en 6 (eigen toetsing, eigendom en rapport notaris)

3.39 De klachten in onderdelen 4 en 6 zijn gericht tegen rov. 5.8.4. Deze en de daaraan voorafgaande overwegingen luiden als volgt:

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

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

5.8.2 Tussen partijen is niet in geschil dat de BIT 1998 een legaliteitseis bevat, in die zin dat artikel 1 lid 1 vereist dat een investment moet zijn gedaan *in accordance with its legislation*, dat wil zeggen de wetgeving van de gaststaat. Als de investering illegaal is, is er geen sprake van een investering, zodat het scheidsgerecht niet bevoegd is om van de vorderingen kennis te nemen. Om de bescherming van de BIT 1998 te verliezen, moet het dan wel gaan om onwettigheid die het doen van de investering zelf aantast en niet alleen om illegaal handelen bij de uitvoering van de investering (vgl. hof Den Haag, 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234 *HVY v Russische Federatie*, rov. 5.1.11.2.). Dat betekent voor het onderhavige geval, waarin het gaat om onroerend goed, dat de rechten daarop niet op illegale wijze mogen zijn verkregen. De Russische Federatie betwist nu dat aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van het verdrag is voldaan omdat Everest c.s. hun eigendomsrechten door corruptie, fraude en geweld hebben verkregen. Het is aan de Russische Federatie om die betwisting met voldoende concrete feiten te staven.

5.8.3 De Russische Federatie heeft haar standpunt onderbouwd met stellingen ten aanzien van corruptie, fraude en geweld bij de Privat Group en personen betrokken bij de Privat Group, en corruptie, fraude en geweld gepleegd bij de verkrijging van een aantal specifieke vastgoedobjecten, die volgens de Russische Federatie tezamen meer dan 90% uitmaken van de totale economische waarde van alle investeringen waarvoor Everest c.s. vergoeding heeft gevorderd.

5.8.4 Het hof zal hierna eerst de stellingen met betrekking tot de Privat Group bespreken, en vervolgens de stellingen met betrekking tot de specifieke vastgoedobjecten. Het hof hanteert daarbij als uitgangspunt dat Everest c.s. naar Oekraïens recht eigenaars waren van de vastgoedobjecten, en dat zij dat zijn gebleven na de incorporatie van de Krim (vgl. 5.7.1 hiervoor). Dat is door het scheidsgerecht vastgesteld aan de hand van, onder meer, het rapport van [notaris] .

3.40 Volgens de Russische Federatie (onderdeel 4, procesinleiding p. 9/10) heeft het hof ten onrechte geoordeeld dat het als uitgangspunt hanteert dat Everest c.s. naar Oekraïens recht eigenaars waren van de vastgoedobjecten en dat zij dat zijn gebleven na de incorporatie van de Krim. Het hof had zelfstandig onderzoek moeten doen naar de bevoegdheid van het scheidsgerecht en mocht niet de door het scheidsgerecht zelf ter zake gegeven beslissingen als uitgangspunt nemen. Verder heeft het hof ook miskend dat niet terughoudend moet worden getoetst bij de beoordeling van een vordering op grond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv (ontbreken geldige arbitrageovereenkomst).

3.41 Uit de zojuist geciteerde overwegingen blijkt het volgende. Het hof leidt met rov. 5.8.1 - 5.8.4 het vervolg van paragraaf 5.8 in. Het hof stelt voorop dat wordt besproken het argument van de Russische Federatie dat Everest c.s. hun investeringen hebben verkregen met behulp van fraude, corruptie en geweld (zie ook het vetgedrukte kopje van de paragraaf). Alleen legale investeringen worden beschermd op grond van de BIT 1998. Als sprake is van illegaliteit is het scheidsgerecht onbevoegd (zie rov. 5.8.1). Het hof moet in dat kader onderzoeken of de rechten op het onroerend goed op legale wijze *zijn verkregen* (zie rov. 5.8.2). Het standpunt dat de Russische Federatie met betrekking tot de vastgoedobjecten inneemt is dat sprake is van illegaal handelen bij de verkrijging van rechten (rov. 5.8.2 - 5.8.3). Alvorens dát te onderzoeken, gaat het hof ervan uit dat Everest c.s. ook na incorporatie van de Krim eigenaars zijn van de vastgoedobjecten (rov. 5.8.4). Volgens het hof zou het scheidsgerecht dit hebben vastgesteld.

3.42 Het hof wijst echter niet aan waar het scheidsgerecht dit heeft overwogen. In hun schriftelijke toelichting onder 46 wijzen Everest c.s. op punt 140 van het arbitrale tussenvonnis dat als volgt luidt (citaat zonder voetnoten):

140. A further question for the Tribunal is whether, after the annexation, Claimants were competent under Ukrainian law to invest in the Russian Federation. On April 15, 2014, Ukraine enacted the Occupation Law and, on August 12, 2014, the FEZ Crimea Law. Article 11(1) of the Occupation Law guarantees the protection of investments made by individuals or legal entities in Crimea. Similarly, the FEZ Crimea Law recognizes private property rights in Crimea obtained prior to the annexation. Both laws require that the rights should have been obtained in conformity with Ukrainian legislation. Neither law restricts the competence of Ukrainian entities or individuals to make or maintain investments in Crimea. In this respect, the Tribunal notes that [notaris] reviewed Claimants titles to land and lease contracts for conformity with Ukrainian legislation. The Tribunal also notes that under Ukrainian legislation notaries have the duty to verify the legality of real estate transactions and the existence of legal titles prior to registration of property titles by the State. The [notaris] Report shows that [notaris] reviewed the documents for each property that is the subject of this arbitration and concluded that the titles and lease rights were valid.

141. On the basis of the foregoing, the Tribunal is satisfied that: (i) [betrokkene 1] was a national of Ukraine; (ii) the corporate Claimants were properly constituted under Ukraine legislation; and (iii) all of the Claimants were competent to invest in the Russian Federation.

3.43 Indien het oordeel van het hof zo moet worden gelezen dat sprake is van een hypothetisch uitgangspunt, dan heeft het hof iets *als waar aangenomen* (veronderstellenderwijs) en is per definitie geen zelfstandig onderzoek nodig. Een dergelijke lezing lijkt mij echter niet aannemelijk. In rov. 5.8.43 bijvoorbeeld overweegt het hof dat uit de Russische argumentatie ten aanzien van een bepaald vastgoedobject niet volgt dat de constatering in het [notaris] rapport dat Everest c.s. rechtmatig eigenaar zijn van een bepaald vastgoedobject, onjuist is.³² Dit herhaalt het hof in de voor alle besproken vastgoedobjecten geldende slotsom van rov. 5.8.45: *[] dat de Russische Federatie onvoldoende heeft aangevoerd, tegenover de conclusies van het scheidsgerecht op basis van het [notaris] rapport en de stellingen van Everest c.s. []*. Het hof geeft dus in rov. 5.8.4 een werkelijk (en

niet een hypothetisch) oordeel over de vraag of Everest c.s. rechten hebben verkregen op de vastgoedobjecten.

- 3.44 Dit brengt mij op de rechtsklachten die het onderdeel aanvoert tegen rov. 5.8.4. Anders dan wordt betoogd, betekent het enkele feit dat het hof een oordeel van het scheidsgerecht overneemt niet dat het hof heeft miskend dat het zelfstandig onderzoek moest verrichten en niet terughoudend moest zijn bij het toetsen van de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Het overnemen van een oordeel van het scheidsgerecht is goed mogelijk nadat het hof op grond van zelfstandig onderzoek tot dezelfde conclusie komt (zie ook direct hierna). De rechtsklachten van onderdeel 4 treffen daarom geen doel.
- 3.45 In onderdeel 6 voert de Russische Federatie motiveringsklachten aan tegen rov. 5.8.4. Zij stelt dat het oordeel van het hof ontoereikend is gemotiveerd en onbegrijpelijk is. Het hof neemt de eigendom van Everest c.s. tot uitgangspunt zonder ook maar met één woord in te gaan op de stellingen en bewijsstukken van de kant van de Russische Federatie.
- 3.46 Een verwijzing naar overwegingen van een scheidsgerecht kan voor de vernietigingsrechter een voldoende motivering opleveren.³³ Ik wijs hier naar analogie op jurisprudentie van het EHRM waarin is geoordeeld dat een verwijzing naar het oordeel van een lagere rechter een voldoende motivering *kan* inhouden.³⁴ Hierbij maakt het EHRM wel de volgende kanttekening:³⁵
- [] the Court would emphasise that the notion of a fair procedure requires that a national court which has given sparse reasons for its decisions, whether by incorporating the reasons of a lower court or otherwise, did in fact address the essential issues which were submitted to its jurisdiction and did not merely endorse without further ado the findings reached by a lower court. []*
- 3.47 De strekking van de kanttekening van het EHRM is voor deze zaak van belang. Het hof moet essentiële stellingen van de Russische Federatie kenbaar behandelen. Als het gaat om de vraag of het overnemen van overwegingen volstaat, moet rekening worden gehouden met de stellingen die in de eerdere instantie zijn aangevoerd en verworpen.³⁶
- 3.48 De Russische Federatie wijst onder meer op een rapport van [deskundige] (RF-218) dat in de vernietigingsprocedure werd ingebracht (Akte overlegging nadere producties, 24 februari 2021). Daarin is onder meer uiteengezet (punten 8-19) dat Oekraïne een zogeheten negatief stelsel van openbare registratie hanteert. Zon stelsel komt erop neer dat de werkelijke rechtstoestand van een registergoed kan afwijken van hetgeen in de openbare registers is vermeld, waarbij afwijkingen in beginsel aan een ieder kunnen worden tegengeworpen.³⁷ [notaris] heeft in de ogen van [deskundige] , mede daarom, te weinig onderzoek verricht. De Russische Federatie heeft eerder in de procedure aangevoerd dat deze notaris zich slechts op een kleine selectie van stukken heeft gebaseerd (conclusie van repliek nr. 387) en dat de stelling van Everest c.s. in de arbitrageprocedure erop neerkwam dat de rechtsgeldigheid van hun eigendomsrechten wordt bevestigd door het openbare register (dagvaarding nr. 441). Hierover is debat gevoerd tijdens de vernietigingsprocedure (zie ook schriftelijke toelichting Everest c.s. nr. 45-46, met verwijzingen naar zowel de conclusie van antwoord als de conclusie van dupliek).
- 3.49 Het rapport van [deskundige] is bij pleidooi van 29 maart 2021 gepresenteerd als een onderbouwing van stellingen uit de dagvaarding en als juridisch rapport dat de deugdelijkheid van het rapport van [notaris] bestrijdt omdat het juridische diepgang en feitenverificatie mist (pleitnota inzake bezwaar Everest c.s. tegen toelating bepaalde producties, onder 1 en 5). Het rapport van [deskundige] is vervolgens meermaals aangehaald door de Russische Federatie (pleitnotities inhoudelijk, voetnoten 47, 53, 56, 57, 59, 64, 70, 121, 123, 150). In de hoofdtekst bij laatstgemelde voetnoot staat:
86. Everest c.s. hebben op de keper beschouwd niets meer aangevoerd dan dat het vastgoed op hun naam staat ingeschreven in het register. Dat is rechtens niet toereikend. Oekraïne kent net als Nederland een negatief stelsel van vastgoedregistratie. Noch een inschrijving, noch een certificaat daarvan bewijst dat eigendom volgens het civiele recht rechtsgeldig is verworven. [].
- 3.50 In het licht van het voorgaande **slaagt** de klacht. Het hof had op zijn minst moeten ingaan op de hiervoor vermelde onderbouwde stellingen van de Russische Federatie om tot een voldoende gemotiveerd oordeel te komen. Het betreft hier stellingen die bij gegrondbevinding tot een ander oordeel *kunnen* leiden. Het enkel verwijzen naar een oordeel van het scheidsgerecht voldoet in die omstandigheden niet. Dit geldt temeer omdat de Russische Federatie bij het scheidsgerecht geen

principaal verweer heeft gevoerd en deze stellingen dus niet door het scheidsgerecht zijn behandeld.

3.51 Voor zover de Russische Federatie in onderdeel 6 een rechtsklacht (ten onrechte) richt tegen het oordeel van het hof over wie naar Oekraïens recht een eigendomsrecht heeft, kan dat niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad kan immers niet casseren wegens schending van buitenlands recht (art. 79 lid 1, onder b, Wet RO).

Onderdelen 4.1 t/m 4.3 (bewijslastverdeling, mate van onderbouwing, verzwaarde stelplecht)

3.52 De klacht in subonderdeel 4.1.a. is ook gericht tegen rov. 5.8.4 die ik in 3.39 heb geciteerd.

3.53 Volgens de Russische Federatie getuigt het in rov. 5.8.4 door het hof geformuleerde uitgangspunt van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de bewijslastverdeling bij beslissingen over het bestaan van de overeenkomst tot arbitrage en derhalve ook met betrekking tot de vraag of de litigieuze investeringen aan het legaliteitsvereiste voldoen. Everest c.s. moeten aantonen dat de investeringen op legale wijze zijn verkregen.

3.54 De klacht mist feitelijke grondslag. Het hof geeft in rov. 5.8.4 geen oordeel over bewijslastverdeling. Uit rov. 5.8.2 (zie opnieuw 3.39) is af te leiden dat de bewijslast volgens het hof op Everest c.s. rust. In rov. 5.8.4 geeft het hof een voorlopig bewijsoordeel.³⁸ Het gaat om de vaststelling van een feit op basis van onder meer het [notaris] rapport. De status van deze vaststelling laat, bijvoorbeeld door de aard of de omvang van het aanwezige bewijsmateriaal, ruimte voor de mogelijkheid dat het anders kan blijken te zijn bij tegenbewijs.³⁹ Een dergelijk oordeel tast de bewijslastverdeling niet aan.

3.55 In subonderdeel 4.1.b. klaagt de Russische Federatie dat door de onjuiste bewijslastverdeling ook de oordelen over de legaliteit van de verkrijging van de verschillende vastgoedobjecten onjuist zijn.⁴⁰ Deze klacht faalt, omdat deze voortbouwt op het vorige subonderdeel ten aanzien waarvan ik concludeerde dat het niet tot cassatie kan leiden.

3.56 Subonderdeel 4.2 is eveneens gericht tegen de trits aan overwegingen vermeld in het vorige subonderdeel. Gelet op de bewijslastverdeling met betrekking tot de geldigheid van de arbitrageovereenkomst, geldt volgens het middel dat het hof veel te hoge eisen heeft gesteld aan de verplichting van de Russische Federatie om feiten aan te voeren en te onderbouwen. Met verwijzing naar stellingen uit de bij het hof ingediende processtukken/bewijsstukken, een poging tot het verkrijgen van stukken in rechte en de vaststelling dat het hier gaat om gegevens die zich bevinden in het domein van Everest c.s., stelt de Russische Federatie dat niet valt in te zien wat nog meer van haar verwacht had kunnen worden.

3.57 Subonderdeel 4.3 voert aan dat indien en voor zover het hof de bewijslastverdeling niet zou hebben miskend en het oordeel van het hof zo moeten worden begrepen dat de Russische Federatie onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken de stelling van Everest c.s. dat sprake is van een geldige arbitrageovereenkomst, dit oordeel onbegrijpelijk is in het licht van de door de Russische Federatie ingenomen stellingen en de omstandigheid dat veel van de ter nadere onderbouwing benodigde stukken zich in het domein van Everest c.s. bevinden. Er rustte derhalve een verzwaarde stelplecht op Everest c.s. Voor zover het hof dit laatste heeft miskend, getuigt zijn beslissing van een onjuiste rechtsopvatting.

3.58 Mijns inziens falen de klachten van dit onderdeel.

3.59 De motiveringsklachten voldoen niet aan de daaraan in cassatie te stellen eisen (art. 407 lid 2 Rv), nu daar niet uit blijkt *waarom* de bestreden overwegingen ontoereikend gemotiveerd of onbegrijpelijk zouden zijn. Het enkele standpunt dat er veel is aangevoerd in combinatie met een verwijzing naar een (groot) aantal stellingen in een voetnoot, is onvoldoende precies en bepaald. Ter illustratie: in de procesinleiding wordt in voetnoten 26 en 30 door een verwijzing naar voetnoot 5 (indirect) verwezen naar tal van vindplaatsen. Voetnoot 5 luidt:

Het gaat om 105 feitelijke producties (RF-001 - RF-105) en 107 juridische producties (RFL-001 - RFL-107) bij de dagvaarding, 96 feitelijke producties (RF 106 - 202 en 54 juridische producties (RFL-108 - RFL-162 bij de conclusie van repliek, vier feitelijke producties (RF-203 - RF-206) en één juridische

productie (RFL-163) bij akte overlegging producties d.d. 24 oktober 2019, elf feitelijke producties (RF-207 - RF-217) bij antwoordakte uitlating inzake het rapport over uitlating PrivatBank d.d. 7 april 2020, 28 feitelijke producties bij akte overlegging nadere producties d.d. 24 februari 2021 RF-218 - RF-246. Daarnaast zijn twee deskundigenberichten overgelegd als productie RF-218 en RF-220) en dertien schriftelijke getuigenverklaringen (Producties RF-225 - RF-237).

3.60 Ook de rechtsklacht (subonderdeel 4.3, slot) faalt. De Russische Federatie vermeldt in dit kader de omstandigheid dat voor haar benodigde informatie zich in het domein van Everest c.s. bevindt, maar onderbouwt niet waarom dit zo is. Zonder die onderbouwing kan in cassatie niet worden beoordeeld of het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door niet in te grijpen in de bewijsleveringslast en daarbij Everest c.s. een verzwaarde stelplicht op te leggen.

3.61 Maar ook als ervan wordt uitgegaan dat bepaalde informatie in het domein van Everest c.s. ligt, kan dat niet tot cassatie leiden. In subonderdeel 4.3 gaat de Russische Federatie ervan uit dat op Everest c.s. de bewijslast rust ten aanzien van de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv.41 Gelet op dit uitgangspunt, is het hof niet uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door Everest c.s. geen verzwaarde stelplicht op te leggen. Deze methode is er nu juist om *de wederpartij van de partij met de bewijslast* een informatieplicht op te leggen en dus aanknopingspunten te verschaffen voor bewijslevering.⁴²

3.62 Voor zover de Russische Federatie aan het slot van subonderdeel 4.2 wijst op (de klachten zoals geformuleerd in) middelonderdelen 6 t/m 9, verwijs ik naar mijn bespreking daarvan.

Onderdeel 5 (passeren bewijsaanbod)

3.63 Met onderdeel 5 richt de Russische Federatie haar pijlen op rov. 5.14.1, die als volgt luidt:

5.14 Bewijsaanbod

5.14.1 Aan het bewijsaanbod van de Russische Federatie gaat het hof voorbij omdat het onvoldoende specifiek is. Mede in verband met de eisen van een goede procesorde en het stadium waarin de procedure verkeert, mag van de Russische Federatie worden verwacht dat zij voldoende concreet aangeeft op welke van haar stellingen dit bewijsaanbod betrekking heeft en, voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring zouden kunnen afleggen. Aan die eisen voldoet het bewijsaanbod van de Russische Federatie niet. De enkele stelling van de Russische Federatie dat de reputatie van [betrokkene 3] de meeste geraadpleegde getuigen ervan weerhoudt om tegen Everest c.s. te getuigen levert onvoldoende grond op om het bewijsaanbod van de Russische Federatie te honoreren.

3.64 Hieronder volgt eerst een weergave van de opeenvolgende bewijsaanbiedingen van de Russische Federatie en een (beknopt) juridisch kader.

Bewijsaanbiedingen

3.65 Het bewijsaanbod van de Russische Federatie is gedaan in verschillende processtukken en gehandhaafd in de pleitnota van 29 maart 2021 (onder 88 en voetnoot 152).⁴³ De bewijsaanbiedingen van de Russische Federatie luiden als volgt:

8.2 Bewijsaanbod

574. De bewijslast voor het bestaan van een geldige arbitrageovereenkomst (in de zin van artikel 1065 lid 1 sub a Rv) rust op Everest c.s.⁵²⁶ [voetnoot met verwijzing naar § 105, A-G] De Russische Federatie biedt uitdrukkelijk tegenbewijs aan.

575. Voor zover het hof zou oordelen dat op de Russische Federatie enige (tegen)bewijslast rust, biedt de Russische Federatie aan haar stellingen door het doen horen van getuigen te bewijzen. Dit aanbod geldt in het bijzonder, maar niet uitsluitend, voor de feitelijke stellingen met betrekking tot bedrog, corruptie en geweld. De Russische Federatie wil bewijs leveren door het horen van getuigen die direct betrokken waren bij de illegale manieren waarop onroerend goed werd verworven op de Krim. Zoals hiervoor reeds in detail besproken, is een advocaat die zich verzette, [advocaat] , neergestoken. Deze moord vond opmerkelijk genoeg plaats op de Krim (zie § 431 hiervoor). Het gebruik van geweld heeft voor de Russische Federatie geleid tot ernstige problemen bij het vinden van (getuigen) bewijs ter ondersteuning van haar feitelijke beweringen. De reputatie van [betrokkene 3] c.s. weerhoudt voorsnog de meeste geraadpleegde, potentiële getuigen ervan tegen hen te getuigen. Sommige potentiële getuigen zijn bedreigd in het verleden. Als gevolg hiervan is de Russische Federatie in dit stadium niet in staat om verdere details te verstrekken over de getuigenverklaringen die zij wenst aan te bieden.

8.3. Bewijsaanbod

561. De Russische Federatie handhaaft haar in de Dagvaarding gedane bewijsaanbod. Voor zover vereist biedt de Russische Federatie daarnaast nog bewijs aan van al haar stellingen in deze Replik, in het bijzonder door middel van getuigen, voor zover die door Everest c.s. zouden worden betwist.

Bewijsaanbod

De Russische Federatie handhaaft haar in de Dagvaarding en de Conclusie van Replik gedane bewijsaanbod. De Russische Federatie biedt bewijs aan van alle stellingen die zien op de onwettigheid van alle vermeende investeringen, onder andere door het horen van de hiervoor genoemde getuigen waarvan een schriftelijke verklaring is overgelegd.

3.66 Het eerste bewijsaanbod staat in de dagvaarding, het tweede in de conclusie van repliek en het laatste in een akte⁴⁴ waarin dertien getuigen bij naam zijn genoemd met daarbij telkens hun (voormalige) functie en een korte beschrijving waarover zij verklaren (p. 4 t/m 7) in hun bij die akte overlegde schriftelijke verklaringen (RF-225 - RF-237).

Juridisch kader bewijsaanbiedingen

3.67 Bewijs door getuigen is in beginsel steeds toegelaten, tenzij de wet bewijs bij geschrift voorschrijft (zie bijv. voor de overeenkomst tot arbitrage, art. 1021 Rv). Een getuigenverhoor wordt door de rechter bevolen, ambtshalve of zo vaak een van de partijen het verzoekt. Verzoeken wil zeggen: het aanbod doen bepaalde feiten te bewijzen. De door de aanbiedende partij te bewijzen feiten moeten zijn betwist (art. 149 lid 1, tweede volzin, Rv) en tot beslissing van de zaak kunnen leiden (art. 166 lid 1 Rv).

3.68 Een goede procesorde vereist dat het pad van getuigenbewijs niet lichtvaardig wordt ingeslagen.⁴⁵ In de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn dan ook eisen gesteld aan het bewijsaanbod in civiele zaken. (Heel) kort samengevat: het aanbod moet tijdig zijn gedaan en niet te vaag zijn.

3.69 Het laatste (niet te vaag of algemeen) is de eis van specificatie. Het moet de rechter en de wederpartij voldoende duidelijk zijn op welke feiten het aanbod betrekking heeft en liefst ook inhouden welke getuigen en, in bepaalde gevallen, ook wat deze daarover zouden kunnen verklaren.⁴⁶ Het standaardarrest in dezen is OZ/ [] uit 200447, waaruit ik het volgende citeer:

3.6 [] Het antwoord op de vraag of een bewijsaanbod voldoende specifiek is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij de rechter, mede in verband met de eisen van een goede procesorde, zal moeten letten op de wijze waarop het processuele debat zich heeft ontwikkeld en het stadium waarin de procedure verkeert. In hoger beroep zal van een partij die bewijs door getuigen

aanbiedt, in beginsel mogen worden verwacht dat zij voldoende concreet aangeeft op welke van haar stellingen dit bewijsaanbod betrekking heeft en, voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring zouden kunnen afleggen, doch zal in het algemeen niet mogen worden verlangd dat daarbij ook wordt aangegeven wat daarover door getuigen zal kunnen worden verklaard. Indien reeds getuigen zijn gehoord of schriftelijke verklaringen van getuigen zijn overgelegd, zal de eis dat het bewijsaanbod voldoende specifiek en ter zake dienend moet zijn, kunnen meebrengen dat nader wordt aangegeven in hoeverre de getuigen meer of anders kunnen verklaren dan zij al hebben gedaan. De rechter mag echter niet op grond van zijn waardering van de reeds afgelegde verklaringen of de inhoud van de schriftelijke verklaringen, aan een bewijsaanbod voorbijgaan, omdat hij daarmee ten onrechte vooruit zou lopen op het resultaat van de bewijsvoering die nog moet plaatsvinden.

3.70 Zoals zo vaak, zijn de omstandigheden van het geval dus bepalend. Daarbij zijn mede gelet op de goede procesorde, twee gezichtspunten gegeven de ontwikkeling van het debat en het stadium van de procedure die door de Hoge Raad worden uitgewerkt voor de situatie in appel.⁴⁸ De verwijzing naar de goede procesorde en deze gezichtspunten hebben vooral een functie bij de cassatiecontrole, omdat dit de beslissing van een feitenrechter deels een rechtsbeslissing en deels een feitelijke beslissing maakt (een zogeheten gemengde beslissing).⁴⁹ Het gevaar van een specificatie-eis is dat de feitenrechter te hoge eisen stelt aan een bewijsaanbod. Een voorbeeld daarvan geeft het arrest *Cofely* uit 2011:50

3.7 [] Het hof heeft geoordeeld dat het bewijsaanbod onvoldoende concreet is omdat in de verklaringen slechts in algemene bewoordingen wordt gesproken over een discriminerende behandeling van X. Zonder dat wordt ingegaan op specifieke voorvallen met vermelding per voorval van plaats, tijd en betrokkenen. Aldus heeft het hof te hoge eisen gesteld aan het bewijsaanbod en dus van een onjuiste rechtsopvatting blijkt gegeven. Uit de verklaringen blijkt immers ondubbelzinnig waarover de getuigen zouden kunnen verklaren en bovendien worden daarin de namen genoemd van degenen die bij de daarin bedoelde voorvallen zouden zijn betrokken, en het tijdvak waarin deze zouden hebben plaatsgevonden. [] Mede in aanmerking genomen, ten slotte, dat de verklaringen afkomstig zijn van collega's, voor wie het in verband met een voor de hand liggend conflict van loyaliteiten, plichten en eigen belangen, niet steeds eenvoudig zal zijn uitvoerig schriftelijk te verklaren, hoefde niet te worden vermeld in hoeverre de opstellers meer konden verklaren dan zij al hadden gedaan.

3.71 In de dagvaarding en de conclusie van antwoord moeten worden vermeld de bewijsmiddelen waarover eiser respectievelijk gedaagde kunnen beschikken en de getuigen die zij kunnen doen horen ter staving van de gronden van de eis respectievelijk van het verweer (art. 111 lid 3 Rv en art. 128 lid 5 Rv). Deze bewijsaandragplicht betekent uiteraard niet dat in het vervolg van de procedure geen (nader) bewijsaanbod meer mag worden gedaan. Bij de vraag of het bewijsaanbod tijdig is gedaan, moet weer worden gekeken naar de eisen van de goede procesorde. Het komt erop aan of het aanbod, alle omstandigheden in aanmerking nemende, onaanvaardbaar laat in de procedure is gedaan.⁵¹

3.72 Partijen kunnen ook *tegenbewijs* leveren door middel van getuigen. Dit is bewijs dat wordt geleverd door de partij die in principe géén bewijsrisico draagt.⁵² Elk bewijs kan door tegenbewijs worden verzwakt en ontzenuwd, tenzij de wet dit uitsluit (vgl. art. 151 lid 2 Rv).⁵³ Een bewijsaanbod terzake van tegenbewijs behoeft in beginsel niet te worden gespecificeerd.⁵⁴ Voor de toepassing van deze regel is nodig dat sprake is van tegenbewijs en bijvoorbeeld niet van bewijs van een feit waarvoor een partij bewijslast (bewijsrisico) draagt op grond van art. 150 Rv.⁵⁵

Bespreking van de klachten

3.73 In rov. 5.14.1 (geciteerd in 3.63) overweegt het hof dat het bewijsaanbod van de Russische Federatie onvoldoende specifiek is. Aangegeven had moeten worden op welke stellingen het bewijsaanbod betrekking heeft en, voor zover mogelijk, wie daarover een verklaring zouden kunnen afleggen.

3.74

De *eerste klacht* luidt dat dit oordeel ten onrechte dan wel onvoldoende gemotiveerd is gegeven, omdat het hof zich heeft gebaseerd op de in hoger beroep aan een bewijsaanbod te stellen eisen, terwijl het hof hier oordeelde als eerste en enige feitenrechter.

De *tweede klacht* luidt dat het oordeel onjuist is, omdat het de juiste bewijslastverdeling miskent. De bewijslast voor de geldigheid van de arbitrageovereenkomst rustte op Everest c.s.. Daarom hoefde de Russische Federatie slechts tegenbewijs te leveren met betrekking tot de geldigheid van de arbitrageovereenkomst.

De *derde klacht* houdt in dat het oordeel onbegrijpelijk is, omdat de Russische Federatie (voor zover nodig) wel degelijk een specifiek bewijsaanbod heeft gedaan.

- 3.75 De tweede en derde klacht **slagen**. De bewijslast met betrekking tot de geldigheid van de arbitrageovereenkomst heeft het hof gelet op rov. 5.8.2 - onbestreden in cassatie - bij Everest c.s. gelegd. Daar overweegt het hof immers: *[] De Russische Federatie betwist nu dat aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van het verdrag is voldaan omdat Everest c.s. hun eigendomsrechten door corruptie, fraude en geweld hebben verkregen. Het is aan de Russische Federatie om die betwisting met voldoende concrete feiten te staven.* Dit lijkt mij overigens ook de correcte bewijslastverdeling gelet op langjarige rechtspraak van de Hoge Raad.⁵⁶ In dit licht is het onjuist om het bewijsaanbod van de Russische Federatie af te wijzen omdat dit onvoldoende gespecificeerd zou zijn. De Russische Federatie kan immers hooguit worden bevolen tegenbewijs te leveren, waarvoor de specificatie-eis in beginsel niet geldt. Zelfs als toch een nadere specificatie-eis zou gelden, dan heeft de Russische Federatie daaraan mijns inziens ruimschoots voldaan met het bewijsaanbod in de Akte overlegging nadere producties van 24 februari 2021 (zie 3.65).
- 3.76 De eerste klacht faalt, primair omdat daar geen belang bij bestaat gelet op het slagen van de tweede en derde klacht. Ik ga op de klacht toch inhoudelijk in omdat het belang van de klacht deze zaak overstijgt. Ik zie de klacht niet opgaan. In een procedure waarin de wetgever slechts één feitelijke instantie heeft voorzien (dus ook als bijvoorbeeld geen appel open staat), zijn de door de Hoge Raad in *OZ/ []* voor hoger beroep nader geformuleerde criteria naar mijn mening ook van toepassing op een in die procedure gedaan bewijsaanbod. Net als in hoger beroep wordt in zón geval - vergeleken met een procedure met twee feitelijke instanties - per definitie in een laat stadium van de procedure een bewijsaanbod gedaan, zeker als dat (nader) wordt gespecificeerd in latere processtukken dan de dagvaarding respectievelijk de conclusie van antwoord.⁵⁷ Per 1 januari 2015 geldt ingevolge art. 1064a lid 1 Rv dat een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis in eerste en enige feitelijke instantie wordt beoordeeld door een gerechtshof. De ratio daarvoor was een lastenvermindering voor partijen omdat met één feitelijke instantie tijd en geld werd bespaard.⁵⁸ Dit strookt met (zoals in hoger beroep) een strengere specificatie-eis, omdat dit voorkómt dat de procedure onnodig lang duurt en kostbaarder wordt door het onnodig bevelen van een getuigenverhoor.
- 3.77 Verder noopt de afsluitende zin van rov. 5.14.1 van het bestreden arrest mij tot enkele opmerkingen, zonder dat hier overigens over wordt geklaagd. Het noemen van namen van getuigen is ter specificatie alleen nodig *voor zover mogelijk* (zie het citaat uit *OZ/ []* in 3.69). Wat is het alternatief als getuigen vanwege een (gevoelde) bedreiging met geweld niet bij naam willen worden genoemd in een bewijsaanbod? De lat moet in een geval als deze niet zó hoog worden gelegd dat de bedreiging van een getuige meer dan aannemelijk moet worden gemaakt, al was het maar omdat daarmee het risico ontstaat dat herleidbaar wordt wie die getuige is. Anders dan het hof kennelijk meent, weegt een dergelijke omstandigheid (indien geloofwaardig) wel degelijk zwaar mee bij de vraag of en in hoeverre een bewijsaanbod moet worden gespecificeerd door het noemen van namen. Ik wijs ter vergelijking op het slot van het citaat in 3.70 van het arrest *Cofely*, waaruit blijkt dat het zijn van collegas en de daaruit volgende terughoudendheid om te verklaren, al aanleiding kan zijn om andere eisen te stellen aan de specificatie van een bewijsaanbod.

Onderdeel 7 (banden tussen Everest c.s. en Privat Group)

De klachten in onderdeel 7 hebben wederom als doelwit rov. 5.8.4 (reeds geciteerd) en daarnaast rov. 5.8.659 die als volgt luidt:

5.8.6 In het arrest in het incident op grond van de artikelen 21, 22 en 843a Rv van 28 januari 2020 heeft het hof vastgesteld dat er nauwe banden (hebben) bestaan tussen Everest c.s. en [betrokkene 3] en (al dan niet via [betrokkene 3]) tussen Everest c.s. en PrivatBank (vgl. rov. 6.3 en volgende van het arrest). Dat is echter, ook in combinatie met de beschuldigingen van corruptie, fraude en geweld ten aanzien van PrivatBank en Privat Group, onvoldoende grond om aan te nemen dat de vastgoedobjecten van Everest c.s. die door de Russische Federatie zijn onteigend en waarvoor Everest c.s. in de arbitrage schadevergoeding hebben gevorderd, onrechtmatig zijn verkregen. Daarvoor zijn deze beschuldigingen te algemeen en is de relatie met de onteigende vastgoedobjecten onvoldoende concreet. Het hof zal afzonderlijk ingaan op de stelling van de Russische Federatie dat vastgoedobjecten waarvan de aanschaf is gefinancierd door PrivatBank, geacht moeten worden onrechtmatig te zijn verkregen.

3.79 Volgens de Russische Federatie heeft het hof ten onrechte en/of zonder toereikende motivering geoordeeld dat de nauwe banden tussen Everest c.s. en PrivatBank onvoldoende grond opleveren om aan te tonen dat de vastgoedobjecten onrechtmatig zijn verkregen. De Russische Federatie klaagt dat zij dit juist zeer uitvoerig heeft toegelicht, maar dat het hof dit heeft genegeerd.

3.80 In de eerste alinea onder het kopje Toelichting wordt getracht de rechtsklacht uit te werken, maar er staat in feite alleen dat het oordeel in rov. 5.8.6 onjuist is omdat daarin niet de relevante stellingen van de Russische Federatie zijn betrokken. Nog daargelaten of de klacht hiermee voldoet aan de daaraan te stellen eisen (welke stellingen zijn hier bedoeld?), wordt hier een feitelijk oordeel bestreden met een rechtsklacht. De klacht faalt reeds op die grond.⁶⁰

3.81 In de tweede alinea van de toelichting staat dat zeer uitvoerig is toegelicht (dit keer met vindplaatsen) dat [betrokkene 3] c.s. notoire fraudeurs zijn en bekend staan om het gebruik van geweld. De beschuldigingen worden door het hof in rov. 5.8.6 terzijde geschoven met het oordeel dat deze te algemeen zijn. Dat is mijns inziens onvoldoende gemotiveerd, want daarmee wordt niet ingegaan op de stellingen van de Russische Federatie. Omdat deze een patroon van fraude, corruptie en geweld laten zien, had het hof tenminste kunnen en moeten uitleggen waarom toch als uitgangspunt zou moeten gelden dat Everest c.s. eigenaars waren van de vastgoedobjecten (rov. 5.8.4), aldus de klacht.

3.82 Deze klachten falen, omdat de Russische Federatie niet het zelfstandig dragend oordeel van rov. 5.8.6 bestrijdt dat de relatie met de onteigende vastgoedobjecten onvoldoende concreet is. Dit oordeel is op zichzelf doorslaggevend mede in het licht van de onbestreden overweging van het hof dat een relatie moet bestaan tussen het illegaal handelen en het doen van de investering (rov. 5.8.2). In die gevallen waarin wel dat verband is gelegd, door te wijzen op de financiering door de PrivatBank van de aanschaf van een aantal vastgoedobjecten, is dat door het hof besproken in rov. 5.8.44 (het hof verwijst naar die overweging in de laatste zin van rov. 5.8.6; onderdeel 9 bevat klachten tegen rov. 5.8.44). Hiermee valt ook het doek voor de klacht tegen het uitgangspunt dat het hof in rov. 5.8.4 formuleert.

Onderdeel 8 (oordelen over verkrijging rechten op specifiek onroerend goed)

3.83 Dit onderdeel bestaat uit elf subonderdelen. De klachten zijn gericht tegen rov. 5.8.7 t/m 5.8.46. Het hof bespreekt in die overwegingen - onder meer - het betoog van de Russische Federatie dat de investeringen van Everest c.s. illegaal zijn. Indien dat klopt, is geen sprake van een investment in de zin van de BIT 1998 en is het scheidsgerecht niet bevoegd. Volgens het hof (rov. 5.8.2) moet het dan wel gaan om onwettigheid die *het doen van de investering zelf aantast* en niet (alleen) om illegaal handelen bij het uitvoeren van de investering. Dat betekent voor de vastgoedobjecten in deze zaak dat de rechten daarop niet op illegale wijze mogen zijn verkregen.

3.84 Volgens de Russische Federatie heeft het hof ten onrechte en/of zonder toereikende motivering geoordeeld dat er onvoldoende grond is om aan te nemen dat de vastgoedobjecten van Everest c.s. onrechtmatig zijn verkregen. Het hof is bovendien niet ingegaan op stellingen en bewijsstukken ten aanzien van drie objecten. Ik loop hierna de verschillende vastgoedobjecten langs waarbij het hof volgens de Russische Federatie heeft miskend dat zij door een of meer van verweerders illegaal zijn verworven.

(i) Lazurny Bereg Resort

3.85 Subonderdeel 8.1 heeft als doelwit rov. 5.8.7 t/m 5.8.9. Het hof overweegt daar als volgt:

5.8.7 Het Lazurny Bereg Resort is een onafgebouwd resort aan de kust van de Krim. De ontwikkeling is in 1978 begonnen maar nooit voltooid. Het scheidsgerecht heeft aan de eigenaar van het resort, Dayris LLC (gedaagde sub 11, hierna: Dayris) en de projectontwikkelaar, Privatland LLC (gedaagde sub 14) gezamenlijk een schadevergoeding toegewezen van USD 780.854 en USD 4.281.581 plus rente.

5.8.8 De Russische Federatie stelt dat het resort sinds 1994 eigendom was van de Autonome Republiek de Krim en in 2003 onrechtmatig aan de Autonome Republiek de Krim is onttrokken. Vervolgens zou het resort via een ABC-constructie enkele malen zijn doorverkocht en uiteindelijk in 2005 zijn gekocht door Dayris. De registratie van het eigendomsrecht zou zijn geschied op basis van een arbitraal schijnvonniss. Een en ander is gemotiveerd betwist door Everest c.s.

5.8.9 Naar het oordeel van het hof heeft de Russische Federatie haar stelling dat Dayris het resort onrechtmatig heeft verkregen onvoldoende onderbouwd. Uit de overgelegde rechterlijke uitspraken, waaronder een uitspraak van het Oekraïense Hooggerechtshof van 18 december 2013, blijkt wel dat het resort in 2003 onrechtmatig is onttrokken aan de Autonome Republiek de Krim, maar niet dat het vervolgens onrechtmatig is verkregen door Dayris. Het arbitrale schijnvonniss is niet overgelegd, net zomin als bewijzen dat het hier om een schijnvonniss gaat. Het document waar de Russische Federatie naar verwijst, bevat slechts een algemene beschrijving van de praktijk van arbitrale schijnvonnissen en geen bewijs dat deze praktijk door Dayris is gevolgd bij de verkrijging van het resort. Hetgeen de Russische Federatie heeft aangevoerd, levert onvoldoende grond om de vaststelling van het scheidsgerecht dat het hier gaat om een *investment* van een *investor* in twijfel te trekken

3.86 De Russische Federatie klaagt dat het oordeel over het arbitrale vonnis onjuist en onbegrijpelijk is. Het vonnis is wel degelijk overgelegd als productie RFL-074 (toegelicht in de dagvaarding) en er is met bewijsstukken en een deskundigenbericht toegelicht dat en waarom het hier om een (Oekraïens) schijnvonniss gaat. Dit volgt ook uit het vonnis zelf, omdat daaruit blijkt dat binnen 48 uur een geschil ontstond tussen twee gelieerde vennootschappen, de gehele procedure werd doorlopen (selectie arbiters, oproeping gedaagde, indiening schriftelijke stukken, zitting, etc.) en een eindvonnis werd gewezen.

3.87 Deze klacht **slaagt**. Anders dan het hof overweegt, is het arbitrale vonnis wél overgelegd. Dit staat ook duidelijk in de dagvaarding nr. 418-419:

4.7.2.b.(iv) Registratie middels een frauduleus arbitraal vonnis

418. Het Lazurny Bereg Resort stond in het openbaar register ingeschreven als eigendom van Dayris. Om vastgoed te kunnen registreren dient men juridische eigendom van het object aan te tonen. Volgens de informatie in het openbaar register zou de juridische eigendom zijn overgedragen op Dayris op basis van een koopcontract en een beslissing van een scheidsgerecht op de Krim.³⁶⁰ De tekst van dit vonnis laat duidelijk zien dat het een schijnvonniss betreft. In feite is het een schoolvoorbeeld van het type fraude dat in Oekraïne welig tierde. Het arbitrale vonnis is extreem summier en bevat geen enkele informatie over het beweerdelijke geschil. Ook bevat het arbitrale vonnis kennelijke

vergissingen.³⁶¹ Het vonnis is uitgesproken op 11 november 2005, slechts twee dagen nadat de koopovereenkomst Nr. 2969 tussen Lazurny Bereg LLC en Dayris gesloten werd.³⁶² Blijkbaar was er sprake van een conflict dat binnen twee dagen na het sluiten van de overeenkomst reeds was opgelost.

419. Het lijkt geen twijfel dat het gebruik van onrechtmatige arbitrale schijnvonnisen strijdig is met Oekraïens recht. Het Oekraïense Hooggerechtshof heeft bepaald dat dergelijke praktijken in strijd zijn met het Oekraïense Wetboek van Strafrecht.³⁶³

Voetnoten:

360 **RFL-74**, handelsrechtbank van de Krimrepubliek, Case No. 02-11/182-2005, Decision, 11 november 2005, ter erkenning van de geldigheid van de koopovereenkomst en erkenning van het recht van eigendom, 11 november 2005, opgenomen in **RF-80**, het deskundigenrapport van [notaris] .

361 Zo is de in het arbitrale vonnis genoemde partijnaam onjuist. In plaats van Lazurny Bereg vermeldt het vonnis Laskovy Bereg, zie **RFL-74**, handelsrechtbank van de Krimrepubliek, Case No. 02-11/182-2005, Decision, 11 november 2005.

362 **RF-83**, Koopovereenkomst No. 2969, 9 november 2005, opgenomen in **RF-80**, het deskundigenrapport [notaris] .

363 **RFL-69**, Samenvatting van de rechtspraak voor de toepassing van de Oekraïense wet *On Arbitration Courts*, Hooggerechtshof Oekraïne, 11 februari 2009, Bulletin of the Supreme Court of Ukraine, 10/2009, p. 6.

3.88 In de dagvaarding is dus ook toegelicht waarom het om een schijnvonnis zou gaan. Bovendien heeft de Russische Federatie in haar pleitnota van 29 maart 2021 (nr. 73) naar dit betoog uit de dagvaarding verwezen en dit verder kracht bijgezet, onder andere door verwijzing naar een als productie overgelegd deskundigenbericht van [deskundige] waarin specifiek op onder andere dit vonnis (en de redenen waarom het een schijnvonnis is) wordt ingegaan (RF-218, nr. 20-23). Het oordeel van het hof is dus onbegrijpelijk in het licht van deze passages uit de gedingstukken en de producties die ter onderbouwing daarvan door de Russische Federatie zijn overgelegd. Het oordeel is overigens eveneens onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd als het hof heeft gemeend dat het overgelegde vonnis niet de uitspraak zou zijn waarop de Russische Federatie zich heeft beroepen. Dat had het hof dan moeten toelichten.

(ii) Tavria-resort

3.89 De klachten in subonderdeel 8.2 zijn gericht tegen rov. 5.8.10-5.8.13. Deze overwegingen luiden:

5.8.10 Het Tavria-resort is een (voormalig) kuuroord aan de kust van de Krim. Het scheidsgerecht heeft aan Diline Ltd LLC (gedaagde sub 12, hierna: Diline) schadevergoedingen toegekend van USD 2.165.754, USD 697.490 en USD 478,729 plus rente voor de onteigening van een hotel, een *cottage* en een stuk grond die deel uitmaakten van liet resort.

5.8.11 De Russische Federatie stelt dat bij de privatisering van het resort, dat oorspronkelijk staatseigendom was, onrechtmatig is gehandeld. Het resort is verkocht aan een bouwonderneming die het voor een appel en een ei heeft verkocht aan PrivatBank, die het weer heeft doorverkocht aan Diline. Diline zou vervolgens een schijnvonnis hebben gebruikt om het vonnis [lees: het resort, A-G] op haar naam te zetten. Kuchma zou van de fraude op de hoogte zijn geweest en deze hebben toegelaten tegen betaling van smeergeld.

5.8.12 Everest c.s. betwisten deze stellingen. Of onrechtmatig is gehandeld bij de privatisering is volgens hen irrelevant, omdat Diline het gebouw later te goeder trouw heeft verkregen. Zij wijzen erop dat de prijs die Diline in 2008 heeft betaald, ongeveer gelijk is aan de prijs die de PrivatBank in 2004 heeft betaald, en dat het scheidsgerecht datzelfde bedrag als uitgangspunt

heeft genomen voor de schadevergoeding. Everest c.s. betwisten dat gebruik is gemaakt van een schijnvonnis.

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

3.90 Volgens de Russische Federatie heeft het hof ten onrechte en/of zonder toereikende motivering geoordeeld dat de stellingen van de Russische Federatie tegenover de nadere toelichting van Everest c.s. onvoldoende concreet en onderbouwd zijn om te concluderen dat Diline niet de rechtmatige eigenaar was. Het hof is niet ingegaan op essentiële stellingen en bewijsstukken van de Russische Federatie. Verder zijn de regels over stelplicht en bewijslast miskend.

3.91 De klacht **slaagt**. *Ten eerste* heeft het hof miskend dat het hier gaat om een betwisting door de Russische Federatie van de bevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat deze specifieke investering illegaal is. Anders dan het hof overweegt, is daarvoor in beginsel niet nodig dat het op basis van de stellingen van de Russische Federatie tot de conclusie kan komen dat Diline op het relevante moment niet de rechtmatige eigenaar was. Zonder nadere toelichting ligt de lat voor de betwisting daarmee te hoog, omdat betwisten van de legaliteit van een investering niet hetzelfde is als het aantonen dat de investering illegaal is.

3.92 *Ten tweede* is het oordeel in het licht van de gedingstukken niet begrijpelijk. Nadat het hof in rov. 5.8.11 en 5.8.12 heeft samenvat wat de stellingen van de Russische Federatie respectievelijk Everest c.s. zijn, overweegt het hof in rov. 5.8.13 dat de Russische Federatie zich tegenover de *nadere* toelichting van Everest c.s. onvoldoende concreet en onderbouwd heeft verweerd. Kennelijk doelt het hof daarbij op de twee stellingen van Everest c.s. die vervolgens worden vermeld: (i) er lagen vier jaren tussen de aankoop door PrivatBank en de doorverkoop aan Diline, en (ii) Everest c.s. hebben uitgelegd dat het vonnis van de Economische rechtbank van Dnipropetrovsk Oblast in de zaak tussen Diline en Privatbank dat is openbaar gemaakt op 24 februari 2009 betrekking heeft op een geschil over de notariskosten. Volgens Everest c.s. ging het daarom om een echt geschil. Waarom sprake zou zijn van een schijnvonnis, zoals de Russische Federatie heeft betoogd, is volgens het hof gelet op *deze* nadere toelichting niet duidelijk.

3.93 Dat oordeel van het hof vind ik niet goed te volgen. Waarom een enkel tijdsverloop van vier jaren tussen de aankoop van PrivatBank en de doorverkoop aan Diline gewicht in de schaal legt, is zonder nadere toelichting niet duidelijk. Indien het hof hiermee heeft bedoeld te overwegen dat dit de door Diline gestelde goede trouw ondersteunt, is dit oordeel onvoldoende gemotiveerd.⁶¹ Ook is zonder nadere motivering niet begrijpelijk de verwerping van de stelling van de Russische Federatie dat sprake is van een schijnvonnis. Dit Russische standpunt is onder meer onderbouwd door overlegging van genoemd vonnis met een Nederlandse vertaling ervan (RF-167), met de toelichting dat daaruit blijkt dat de verweerder in die zaak (PrivatBank) alle vorderingen heeft erkend en er daarom geen geschil was.⁶² Het ging om vorderingen tot het geldig verklaren van de koopovereenkomst en het erkennen van het eigendomsrecht van Diline. In die omstandigheden is niet zonder meer van belang dat de aanleiding voor de procedure een geschil over notariskosten zou zijn.

(iii) Novaya Yaila Natuurreservaat

3.94 Met subonderdeel 8.3 richt de Russische Federatie haar pijlen op rov. 5.8.14 t/m 5.8.17. Deze overwegingen luiden als volgt:

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

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

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

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

3.95 De Russische Federatie betoogt dat het hof ten onrechte en/of zonder toereikende motivering tot dit oordeel is gekomen. De vaststelling dat de gemeenteraad (mogelijk) haar bevoegdheid te buiten is gegaan, verhoudt zich niet tot de eis uit de BIT 1998 dat investeringen moeten zijn verkregen in overeenstemming met de wet. Als de grond onbevoegd in erfpacht is uitgegeven, dan zal het niet rechtsgeldig zijn en is dus niet aan de legaliteitseis voldaan. Bovendien is het hof niet ingegaan op schriftelijke getuigenverklaringen (RF-229 en RF-234) en bijbehorende aanbiedingen van getuigenbewijs (Akte overlegging producties van 24 februari 2021, p. 13), op de inhoud van een uitspraak van een Oekraïense rechter die heeft geoordeeld dat de percelen zijn gelegen in een beschermd natuurreservaat (RF-223(a)) en op een overgelegd krantenartikel over de directeur van UBK-Invest (RF-177).

3.96 De klachten falen mijns inziens. De rechtsklacht treft geen doel, omdat de Hoge Raad niet kan casseren wegens schending van buitenlands recht (art. 79 lid 1, onder b, Wet RO). De motiveringsklacht treft evenmin doel, omdat het hof niet onbegrijpelijk oordeelt dat onbevoegd handelen door de gemeenteraad nog niet betekent dat UBK-Invest onrechtmatig heeft gehandeld bij het verkrijgen van het erfpachtrecht (dus bij het doen van de investering, vgl. rov. 5.8.2). Met dit oordeel is het hof ingegaan op de inhoud van de vermelde rechterlijke uitspraak, omdat daaruit alleen volgt dat de gemeenteraad rechten op percelen in een natuurreservaat hebben verstrekt aan onder meer UBK-Invest. De getuigenverklaringen en het krantenartikel die de Russische Federatie aanhaalt zeggen niets over onrechtmatig handelen van UBK-Invest bij deze investering of zijn speculatief63, zodat het hof ook deze bewijsstukken (en het daaraan gekoppelde bewijsaanbod) op niet onbegrijpelijke wijze terzijde heeft geschoven.

(iv) Energetic Sanatorium

3.97 Subonderdeel 8.4 is gericht tegen rov. 5.8.18-5.8.21. Deze overwegingen luiden als volgt:

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

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

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

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

3.98 Volgens de Russische Federatie heeft het hof essentiële stellingen en een getuigenverklaring niet (kenbaar) in zijn oordeel betrokken. Het hof gaat namelijk niet in op de stelling dat het vastgoed in strijd met de wet is geprivatiseerd. Er is niet alleen verwezen naar één persartikel, maar in de conclusie van repliek (nr. 407 e.v.) naar tenminste acht stukken. Verder zijn bij akte overlegging producties van 24 februari 2021 stukken in het geding gebracht die onderbouwen dat het vastgoed onrechtmatig is verkregen, waaronder een schriftelijke getuigenverklaring van 5 maart 2020 (RF-232). Het oordeel is daarmee ten onrechte en/of zonder toereikende motivering gegeven.

3.99 De klachten falen. De rechtsklacht lijdt schipbreuk omdat de Hoge Raad niet kan casseren wegens schending van buitenlands recht (art. 79 lid 1, onder b, Wet RO). De motiveringsklacht kan niet slagen omdat het hof overweegt dat over de privatisering *van het sanatorium zelf* alleen naar een artikel in de pers is verwezen. Daarmee ecarteert het hof alle bewijsstukken die niet direct zien op het sanatorium. Dat is alles behalve het door het hof vermelde persbericht (RF-179) en ook - zo constateert de Russische Federatie terecht - de getuigenverklaring die is overgelegd (RF-232). Daarin staat:

[] [betrokkene 3] and Co. were not shy to resort to illegal privatization, bribery, or threats and violence towards local authorities to obtain the plots of lands or real estate they needed. [] I am sure that [betrokkene 3] s companies and agents acquired other real estate by similar means. For example, Sanatorium Energetic in the centre of Yalta, which was turned from a sanatorium into a private hotel. [] All this violated not only the laws of Ukraine and the Autonomous Republic of Crimea, but also the interests of the people of Crimea.

3.100 De Russische Federatie licht echter niet toe waarom dit een *essentiële* stelling zou zijn, in die zin dat die stelling tot een ander oordeel kan leiden. Daartoe is zij in beginsel wel gehouden.⁶⁴ Dat kan anders zijn als direct duidelijk is waar het essentiële karakter in gelegen is, maar dat is het (voor mij) in dit geval niet. Het betreft een speculatieve mededeling dat het sanatorium ook wel eens op illegale wijze zou kunnen zijn verkregen omdat [betrokkene 3] and Co. nu eenmaal de reputatie hadden door omkoping, bedreigingen en geweld stukken land te verwerven. De mate waarin de rechter in moet gaan op door de procespartijen ter ondersteuning van hun standpunt aangevoerde stellingen en argumenten hangt af van onder meer het belang van de stelling.⁶⁵

3.101 De motiveringsklacht kan ook overigens niet slagen. Het hof overweegt dat onvoldoende is onderbouwd de stelling dat Sanatorium Energetic de vastgoedobjecten in kwestie onrechtmatig heeft

verkregen. Daarmee is (impliciet) het betoog van de Russische Federatie verworpen dat het vastgoed in strijd met de wet is geprivatiseerd omdat de bevoegdheid tot verkoop van het vastgoed ontbrak. Dat zegt immers niet per definitie iets over de vraag of Sanatorium Energetic onrechtmatig heeft gehandeld bij het doen van de investering.

(v) Niva hotel

3.102 Subonderdeel 8.5 bevat klachten tegen rov. 5.8.22-5.8.25. Het hof overweegt daar als volgt:

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

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

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

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

3.103 De Russische Federatie stelt dat het hof essentiële stellingen over de onbevoegde eigendomsoverdracht van het Niva hotel niet heeft geadresseerd. Het wijst daarbij op de toelichting van de Russische Federatie dat het hotel eigendom was van de staat en niet van een regionale vakbond die het slechts in beheer kreeg. De vakbond kon het hotel dus niet overdragen. De gemeenteraad van Jalta kon dat evenmin, terwijl hij wel een certificaat van eigendom heeft afgegeven op de naam van Niva-Tour (conclusie van repliek, nr. 412(ii)). Dit is waar [notaris] zich in zijn rapport deels op baseerde (conclusie van repliek, nr. 411).

3.104 Everest c.s. hebben hier onder meer tegenover gesteld dat de gemeenteraad van Jalta een orgaan van de staat is. Daarom heeft de staat per definitie ingestemd met de overdracht van het hotel (conclusie van dupliek, nr. 320). Hierover is ter pleidooizitting van 29 maart 2021 namens de Russische Federatie het volgende gezegd (proces-verbaal, p. 9, eerste gedachtestreepje): *Het Niva hotel is een ander object. De Yalta City Council zou een staatsorgaan zijn maar iedereen weet dat een gemeentelijk ambtenaar geen onroerend goed mag verkopen. Er zijn heldere regels voor privatisering die hier niet zijn nageleefd. []*.

3.105 In het licht van deze summier stellingen over de overdracht van het hotel door de gemeenteraad van Jalta is het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk te noemen.

(vi) Solnechny Bereg Sanatorium

3.106 De klachten in subonderdeel 8.6 richten zich op rov. 5.8.26-5.8.33 die, voor zover hier van belang, als volgt luiden:

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

een schadevergoeding toegekend van USD 16.980.281 plus rente voor de onteigening van het geheel.

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

[]

5.8.30 Het hof overweegt dat het in het algemeen mogelijk is dat een door overheidsorgaan gesloten overeenkomst naar burgerlijk recht rechtsgeldig en afdwingbaar is, ook als het besluit om die overeenkomst aan te gaan later door de bestuursrechter is vernietigd. Dat dat naar Oekraïens recht anders zou zijn heeft de Russische Federatie niet gesteld, laat staan onderbouwd. Het enkele feit dat de burgerlijke rechter de gemeenteraad heeft gehouden aan de overeenkomst wijst dus niet op corruptie. De stellingen van de Russische Federatie ten aanzien van corruptie van de betrokken rechters zijn algemeen van aard en hebben geen betrekking op de beslissingen van de burgerlijke rechter in dit concrete geval. Het hof gaat aan die stellingen voorbij.

[]

5.8.33 []. Tussen partijen is niet in geschil dat de officier van justitie in het ongelijk is gesteld in de procedure waarin hij de vernietiging vorderde van het besluit van de gemeenteraad van Simeiz om de grond aan Fortuna te verkopen. Daarmee is de opvatting van de officier van justitie achterhaald. De stelling van de Russische Federatie dat Fortuna in gebreke is met de voltooiing van het sanatorium is onvoldoende onderbouwd. Tussen partijen is niet in geschil dat het tijdstip van de voltooiing is verlengd. Dat die beslissing als gevolg van corruptie tot stand is gekomen heeft de Russische Federatie op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt. Daarbij komt dat ook als de investering van Fortuna waardeloos zou zijn omdat de grond op ieder moment kan worden gerevindiceerd, dat nog niet betekent dat de investering illegaal is verkregen. De stelling van de Russische Federatie heeft betrekking op gesteld(e) handelingen (of nalaten) van Fortuna nadat de investering is verricht. Voor de vraag of de investering als zodanig illegaal is zijn die handelingen (of dat nalaten) niet van belang.

3.107 De *eerste klacht* houdt in dat het oordeel in rov. 5.8.30 onbegrijpelijk is. De BIT 1998 vereist dat een investering moet zijn gedaan in overeenstemming met de wet van de gaststaat. Daarvan was geen sprake omdat de hoogste (administratieve) rechter heeft geoordeeld (RFL-156) dat het besluit van de gemeenteraad om de grond in erfpacht uit te geven strijdig was met art. 85 van de Oekraïense Waterwet op grond waarvan stranden niet vatbaar zijn voor particuliere erfpacht. Niet valt in te zien waarom daaraan iets verandert enkel en alleen omdat deze wetsschending niet zou leiden tot nietigheid van de erfpachtovereenkomst.

3.108 Deze klacht **slaagt**. Naar aanleiding van het betoog van de Russische Federatie had het hof moeten beoordelen of de erfpacht legaal is verkregen in de zin van de BIT 1998 gezien de vaststaande schending van de Oekraïense Waterwet bij de uitgifte van de erfpacht. Dat heeft het hof niet kenbaar gedaan. Het oordeel in rov. 5.8.30 dat er naar burgerlijk recht een geldige overeenkomst bestaat, betekent zonder nadere motivering nog niet dat het gaat om een legale investering in de zin van de BIT 1998.

3.109 De *tweede klacht* houdt in dat het hof essentiële stellingen en bewijsstukken niet in zijn oordeel heeft betrokken. Het gaat daarbij om vier getuigenverklaringen. De Russische Federatie licht niet toe waarom deze getuigenverklaringen essentieel zijn. Zonder nadere toelichting zie ik ook niet in waarom zij dat zijn, in die zin dat zij tot een ander oordeel kunnen leiden.⁶⁶ De verklaringen zijn summier en naar mijn mening nogal speculatief (RF-22567, RF-22768). Verder staan in het onderdeel geen kenbare klachten tegen het slot van rov. 5.8.33 waar het hof overweegt dat alle stellingen die betrekking hebben op de voltooiing/ontwikkeling van het sanatorium niet van belang zijn, omdat die zien op handelingen van ná het doen van de investering (de verkrijging van rechten ten aanzien van het onroerend goed). Daarmee staat vast dat het hof (het deel van) de getuigenverklaringen die daarop zien (RF-226, RF-232), buiten beschouwing kon laten.

(vii) Aerobud

3.110 Met onderdeel 8.7 neemt de Russische Federatie rov. 5.8.34-5.8.36 op de korrel. Deze overwegingen luiden:

5.8.34 Gedaagde sub 9, Aerobud PJSC (hierna: Aerobud), had drie projecten op de Krim. Het scheidsgerecht heeft Aerobud een schadevergoeding toegekend van in totaal USD 1.075.149 plus rente voor de onteigening van de projecten.

5.8.35 De Russische Federatie stelt dat Aerobud de waarde van de projecten onjuist heeft voorgesteld en dat Aerobud niet heeft voldaan aan de afspraken gemaakt bij de privatisering met betrekking tot de voltooiing van de projecten. Daarom is de gemeenteraad van Jalta in 2011 een procedure tegen Aerobud begonnen waarin zij beëindiging van de verkoopovereenkomst vordert.

5.8.36 Het hof overweegt als volgt. Of Aerobud de waarde van de projecten onjuist heeft voorgesteld kan in het midden blijven, nu dat nog niet betekent dat Aerobud de eigendom op onrechtmatige wijze heeft verkregen. Verder hebben Everest c.s. onweersproken gesteld dat de vordering van de gemeenteraad in de door de Russische Federatie genoemde procedure is afgewezen. Ook ten aanzien van deze projecten ziet het hof dus geen reden om de vaststelling van het scheidsgerecht dat Aerobud de rechtmatige eigenaar is van de projecten in twijfel te trekken.

3.111 Blijkens de toelichting (procesinleiding, p. 30, bovenaan) ziet de klacht met name op het onderstreepte deel van rov. 5.8.36. Het hof is niet kenbaar ingegaan op essentiële stellingen en ter adstructie overgelegde uitspraken (RF-246) en een getuigenverklaring (RF-237). Uit die stukken zou blijken dat sprake is van fraude en corruptie.

3.112 Wederom licht de Russische Federatie niet toe waarom dit *essentiële* stellingen zijn. Dat valt voor deze stukken ook niet zonder meer in te zien. De getuigenverklaring ziet op handelingen van ná het doen van de investering, namelijk of Aerobud CJSC als koper van geprivatiseerd land had voldaan aan de daarbij kennelijk overeengekomen voorwaarde dat *reconstruction works* zouden plaatsvinden. De uitspraken van Oekraïense rechters gaan over beslag dat is gelegd op het onroerend goed van Aerobud in het kader van een onderzoek naar de activiteiten van PrivatBank. Deze uitspraken zijn, voor zover toegelicht in de cassatiestukken (procesinleiding, p. 30 nr. 2 en voetnoot 98), alleen overgelegd bij akte overlegging producties van 24 februari 2021 en in die akte summier samengevat.⁶⁹ Dit is een te terloopse opmerking die het hof bij gebrek aan verdere toelichting niet behoefde te betrekken in zijn beoordeling. Daaraan doet niet af dat de Russische Federatie ter pleidooizitting wél een toelichting heeft gegeven.⁷⁰ Die passage had in cassatie moeten worden aangewezen. Dit is voor Everest c.s. ook niet kenbaar geweest, getuige hun schriftelijke toelichting nr. 66, waar een punt wordt gemaakt van het opheffen van het beslag. Dat is namelijk een *ander* door de Russische Federatie aangehaald beslag (conclusie van repliek nr. 379 en voetnoot 555). In mijn ogen faalt daarmee de klacht omdat niet aan de eisen wordt voldaan die mede met het oog op het beginsel van hoor

en wederhoor aan een cassatieklacht worden gesteld.

(viii) Nautilus Complex

3.113 De Russische Federatie klaagt in subonderdeel 8.8 over rov. 5.8.37 t/m 5.8.40 waarin het hof het volgende heeft overwogen:

5.8.37 Het Nautilus Complex is een appartementencomplex nabij Jalta. Het scheidsgerecht heeft schadevergoedingen van USD 8.454.596, USD 35.767.393 en USD 1.049.288 toegekend aan gedaagden sub 1, 2 en 19 (Everest Estate LLC, Edelveis-2000 en [betrokkene 1] , hierna samen: Everest Estate c.s.).

5.8.38 Volgens de Russische Federatie hebben Everest Estate c.s. de appartementen verworven tegen een zeer lage prijs en was corruptie, fraude en geweld alomtegenwoordig in deze regio. Verder stelt de Russische Federatie dat het complex is gebouwd in strijd met bouwkundige normen en milieuwetgeving. Ook stelt de Russische Federatie dat bij de taxatie van de waarde van de appartementen ten onrechte rekening is gehouden met privétoegang tot het strand van de bewoners van de appartementen.

5.8.39 Everest c.s. betwisten dat de appartementen voor een zeer lage prijs zijn verworven. Verder stellen zij dat de ter plaatse geldende bouwnormen en de milieuregels in acht zijn genomen en dat het strand geen deel uitmaakt van de onteigende objecten en geen onderwerp is geweest van de arbitrage.

5.8.40 Het hof overweegt als volgt. De prijs waarvoor de appartementen zijn verkregen, is op zichzelf nog niet doorslaggevend voor de aanwezigheid van corruptie, fraude of geweld. De Russische Federatie heeft niet onderbouwd dat sprake is geweest van fraude of corruptie bij de verkrijging van de appartementen. Haar beschuldigingen van fraude en corruptie zijn slechts gestaafd met een verklaring van één gemeenteburgemeester over methoden toegepast door [betrokkene 3] in de Krim. De stellingen van de Russische Federatie met betrekking tot de schending van bouwnormen en milieuregels zijn gemotiveerd weerlegd door Everest c.s. Bovendien maakt de schending van dergelijke regels de investering als zodanig niet illegaal. Of al dan niet rekening is gehouden met privétoegang tot het strand bij de waardering van het complex zegt op zichzelf evenmin iets over de illegale verkrijging daarvan.

3.114 De Russische Federatie klaagt dat het hof met dit oordeel niet kenbaar is ingegaan op essentiële stellingen en bewijsstukken. Verder wordt geklaagd dat al helemaal niet valt in te zien dat de stellingen over fraude en corruptie bij de verkrijging van de appartementen slechts zouden zijn gestaafd met slechts één verklaring (zie onderstreepte deel van rov. 5.8.40). In dat verband wijst de Russische Federatie onder meer op zes schriftelijke getuigenverklaringen en twee deskundigenrapporten, waaronder dat van [deskundige] die concludeert dat het complex in strijd met de wet is verkregen. Naar dit rapport is nog verwezen in de pleitnota van de Russische Federatie (nr. 52, voetnoot 57).

3.115 De klacht **slaagt**. De Russische Federatie heeft de beschuldiging dat bij de verkrijging van het Nautilus Complex sprake was van fraude of corruptie niet alleen gestaafd met een verklaring van een gemeenteburgemeester, maar ook met een uitgebreid relaas in voormeld deskundigenrapport over de gang van zaken bij de verkrijging van het onroerend goed (RF-218, nr. 38-60). Het is onbegrijpelijk dat het hof hierop niet is ingegaan en heeft overwogen dat er alleen een verklaring van een gemeenteburgemeester ten grondslag ligt aan het standpunt van de Russische Federatie dat onregelmatigheden hebben plaatsgevonden met betrekking tot de verkrijging van het Nautilus Complex. Ook als het hof mocht hebben gemeend dat het uitvoerige rapport van [deskundige] op dit punt niet zou gaan over fraude of corruptie, dan had het dat tenminste moeten expliciteren.

3.116 De beschuldigingen in de getuigenverklaring RF-232 en de stukken in RF-238 die door de Russische Federatie worden opgevoerd zijn echter te algemeen van aard, zodat het hof die verklaringen wél als niet ter zake doende (al dan niet impliciet) terzijde heeft kunnen schuiven.

3.117 Verder zijn de getuigenverklaringen en het rapport die niet zien op vermeend illegaal handelen dat het doen van de investering aantast (RF-220, RF-233, RF-230, RF-234, RF-235 en RF-236) door het hof met de laatste drie zinnen van rov. 5.8.40 geadresseerd. Dit laatste geldt ook voor de door de Russische Federatie in de procesinleiding (p. 32 nr. 9, voetnoot 108) vermelde stellingen uit de pleitnota nr. 56-58.

(ix) Admiralteisky Complex

3.118 Subonderdeel 8.9 klaagt over rov. 5.8.41 t/m 5.8.43. Deze bestreden overwegingen luiden:

5.8.41 Het Admiralteisky Complex is een kantoorgebouw, appartementen en parkeerplaatsen in Jalta. De appartementen zijn het meest waardevol. Het scheidsgerecht heeft een schadevergoeding van USD 15.783.076 toegekend aan gedaagden sub 8 (Krim Development LLC, hierna: Krim Development) en 17 (AMC Finansovyy Kapital LLC, hierna: AMC).

5.8.42 De Russische Federatie stelt dat de projectontwikkelaar van het gebouw een kantine heeft afgebroken die eigendom was van een scheepswerf en een beslissing van het Oekraïense Hooggerechtshof heeft genegeerd die dat bevestigde. Everest c.s. betwisten de stellingen van de Russische Federatie. Daarnaast stellen zij dat het betoog van de Russische Federatie niet afdoet aan de rechtmatigheid van de eigendomsrechten van Krim Development en AMC.

5.8.43 Het hof kan niet inzien wat de relevantie is van het betoog van de Russische Federatie met betrekking tot de kantine voor de vraag of Krim Development en AMC rechtmatig eigendom hebben verkregen van de appartementen. De Russische Federatie heeft niets aangevoerd waaruit kan volgen dat de constatering in het [notaris] rapport dat Krim Development en AMC de rechtmatige eigenaars zijn van de appartementen onjuist is.

3.119 De klacht strekt ertoe dat het oordeel onbegrijpelijk is omdat daarin geen verklaring is te lezen waarom niet is ingegaan op bepaalde essentiële stellingen en bewijsstukken. Het gaat daarbij *ten eerste* om de stelling dat de koopovereenkomst waarmee het kantoorgebouw is verkregen door een rechtsvoorganger van Krim Development en AMC Finansovyy Kapital, gelet op een onherroepelijke uitspraak van het Oekraïens Hooggerechtshof nietig is verklaard (RFL-161).

3.120 De klacht **slaagt** want het oordeel is inderdaad onbegrijpelijk. De Russische Federatie heeft immers wél iets aangevoerd waaruit *kan* volgen dat Krim Development en AMC Finansovyy Kapital niet de rechtmatige eigenaars zijn (conclusie van repliek, nr. 452-454 onder verwijzing naar de uitspraak in RFL-161).⁷¹ Ook Everest c.s. hebben dit gezien en voeren hiertegen verweer in conclusie van dupliek nr. 345 (voetnoten 530-531) en pleitnota, nr. 19. Voor zover het hof met haar oordeel dat het betoog van de Russische Federatie irrelevant is, respondeert op de hiervoor weergegeven stelling over de nietige koopovereenkomst, acht ik dat oordeel onvoldoende gemotiveerd. Het betoog over het afbreken van de kantine was immers een *ander* punt dat door de Russische Federatie werd gemaakt (conclusie van repliek, nr. 455-456).

3.121 De Russische Federatie wijst *ten tweede* op een getuigenverklaring (RF-228) die volgens haar de stelling ondersteunt dat het complex is gebouwd in strijd met het recht. Deze verklaring ziet echter niet op vermeend illegaal handelen dat het doen van de investering aantast (dus: het verkrijgen van het onroerend goed) maar op handelen na de verwerving. Zij kon daarom (impliciet) worden gepasseerd.⁷²

(x) Niet besproken vastgoedobjecten

3.122 Met de klacht in subonderdeel 8.10 verzet de Russische Federatie zich tegen het niet bespreken door het hof van drie vastgoedobjecten ten aanzien waarvan wél stellingen zijn ingenomen over de onrechtmatigheid van de investeringen.⁷³ Het gaat om het Fiesta appartementencomplex, Broadcasting Company Zhisa en Hotel Crimea. De Russische Federatie wijst op de volgende standpunten uit de pleitnotities van 29 maart 2021 en de daar genoemde bewijsstukken en stellingen (vetgedrukte woorden in origineel):⁷⁴

4.4. Vastgoed is in strijd met de wet aan derden ontnomen

54. [betrokkene 3] c.s. hebben zich ook op onrechtmatige wijze vastgoed aan private partijen toegeëigend.⁶¹ Zij traden daartoe op als corporate raiders.⁶² []

61 Bijv. **RF-224**, Documenten die zien op de verwerving van Hotel Crimea door Dan Panorama.

62 Dagvaarding §§ 32-34, 405-408 en 433 en Conclusie van Replik, §§ 360-363.

55. []

56 Andere voorbeelden zijn het Fiesta Complex⁶⁶ en het Nautilus Complex[]

66 Dit behoorde toe aan de Krimholdservice. Deze verloor haar eigendom in procedures waarin zij kennelijk niet was opgeroepen, zie **RF-221**, Documenten die zien op de illegale verkrijging van het Fiesta appartementencomplex door Everest c.s.

4.5 Vastgoed verworven in strijd met de ruimtelijke ordening regels

[]

60. Een ander voorbeeld betreft de gronden die als bouwgrond zouden zijn uitgegeven aan gedaagde 13: **Broadcasting Company Zhisa**. In werkelijkheid betrof het echter beschermde bosgronden met pijnbomen. De ambtenaar die de gronden ten onrechte aanmerkte als bouwgrond is daarvoor strafrechtelijk veroordeeld en schuldig bevonden.⁷⁸

78 Het strafbare feit is vastgesteld, maar uiteindelijk is geen straf opgelegd. Broadcasting Company Zhisa wist van de hoed en de rand. Zie RF-222, Documenten die zien op de illegale verkrijging van vastgoed door Broadcasting Company Zhisa LLC.

3.123 De klacht **slaagt** voor de stellingen met betrekking tot Fiesta appartementencomplex en Broadcasting Company Zhisa. Het is niet begrijpelijk dat het hof geen enkel woord wijdt aan de duidelijk verwoorde argumenten met betrekking tot deze investeringen. Het is niet duidelijk of het hof deze stellingen onder ogen heeft gezien. Het betreft weliswaar vrij summiere stellingen in een pleitnota, maar deze stellingen staan in de hoofdtekst aangeduid (met vetgedrukte letters) en zijn onderbouwd met producties (waaronder rechterlijke uitspraken) waarbij een duidelijke toelichting is gegeven.

3.124 Voor Hotel Crimea geldt in mijn ogen dat de enkele verwijzing naar een productie (als voorbeeld) in een voetnoot van de pleitnota zó terloops is dat het hof daar geen aandacht aan hoefde te besteden. De toelichting bij de productie waarnaar wordt verwezen is bovendien vaag te noemen.

(xi) Voortbouwklacht

3.125 Met de klacht in subonderdeel 8.11 keert de Russische Federatie zich tegen rov. 5.12.2 waarin het hof in het kader van het inroepen van de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1, onder e, Rv (strijd met de openbare orde) terugverwijst naar rov. 5.8 om argumenten te weerleggen die gevoerd zijn. Gelet op de slagende klachten in subonderdelen 8.1, 8.2, 8.6, 8.8, 8.9 en 8.10, **slaagt** ook deze voortbouwklacht, voor zover het hof terugverwijst naar rov. 5.8 om - met de onderbouwing dat onvoldoende zou zijn gesteld - het argument te weerleggen dat de investeringen van Everest c.s. zijn verkregen met behulp van corruptie, fraude en geweld. Voor de duidelijkheid merk ik op dat het hof dus niet is toegekomen aan de vraag of het gestelde handelen strijd met de openbare orde oplevert, omdat het met verwijzing naar rov. 5.8 oordeelt dat onvoldoende is gesteld over dat handelen. Daarmee zegt het hof dus niets, ook niet impliciet, over de vraag of het gestelde handelen strijd met de openbare orde oplevert.

Onderdeel 9 (de rol van PrivatBank)

3.126 Met de klacht in onderdeel 9 richt de Russische Federatie het vizier op rov. 5.8.44.75 Deze overweging luidt als volgt:

5.8.44 Alleen met betrekking tot het Tavria-resort en het Admiralteisky Complex maakt de Russische Federatie expliciet melding van de betrokkenheid van PrivatBank. Daarbij heeft de Russische Federatie niet toegelicht wat het verband is tussen de rol van PrivatBank bij deze transacties en de fraude gepleegd door [betrokkene 3] en andere grootaandeelhouders bij PrivatBank. Dat de verkrijging van deze vastgoedobjecten paste in het kader van deze fraude laat zich daarom aan de hand van de stellingen van de Russische Federatie en de onderbouwing daarvan niet vaststellen. Hetzelfde geldt voor de overige vastgoedobjecten, onteigend door de Russische Federatie. Van belang is ook dat de Oekraïense autoriteiten en PrivatBank zelf na de nationalisatie Van PrivatBank onderzoeken hebben ingesteld en procedures zijn begonnen tegen de voormalige aandeelhouders van PrivatBank (conclusie van repliek van de Russische Federatie, randnummers 373 e.v.), maar dat uit de stellingen van de Russische Federatie en de door haar overgelegde stukken niet valt af te leiden dat die onderzoeken en procedures zich mede richten op de verkrijging van de vastgoedobjecten van Everest c.s. De fraude bij PrivatBank werpt dus geen ander licht op de beoordeling van de stellingen van partijen in dit verband.

3.127 Het oordeel is volgens de Russische Federatie onjuist en/of onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd, omdat het hof essentiële stellingen, deskundigenrapporten en rechtelijke uitspraken niet (kenbaar) in zijn oordeel heeft betrokken. Die stellingen, rapporten en uitspraken worden vervolgens in de toelichting opgesomd (procesinleiding, p. 35-36), voorafgegaan door het volgende: *Het oordeel dat alleen met betrekking tot het Tavria-resort en het Admiralteisky Complex expliciet melding is gemaakt van betrokkenheid bij de bank is onjuist en/of onbegrijpelijk omdat het hof in ieder geval niet kenbaar in de beoordeling heeft betrokken.*

3.128 Gelet op deze toelichting zou de klacht al kunnen stranden op een gebrek aan feitelijke grondslag. Dit zijn weliswaar de woorden van het hof, maar die moeten in hun context worden gelezen. Het hof bedoelt dat alleen bij deze vastgoedobjecten een verband is gelegd tussen (financiering door) de PrivatBank en de verwerving van de objecten. De geciteerde rov. 5.8.44 is namelijk het vervolg op rov. 5.8.6 waar het hof in de laatste zin overweegt: *Het hof zal afzonderlijk ingaan op de stelling van de Russische Federatie dat vastgoedobjecten waarvan de aanschaf is gefinancierd door PrivatBank, geacht moeten worden onrechtmatig te zijn verkregen.*

3.129 Maar ook bij een (zeer) welwillende lezing zie ik de klacht niet slagen. Ten eerste licht de Russische Federatie niet toe waarom deze stellingen essentieel zijn. Het essentiële karakter is zonder toelichting niet duidelijk.⁷⁶ Ten tweede meen ik dat het hof de vermelde standpunten en bewijsstukken voldoende kenbaar in zijn beoordeling heeft betrokken met de door mij onderstreepte delen van rov. 5.8.44 (geciteerd in 3.126)

Onderdeel 10 (voortbouwklacht, openbare orde)

3.130 Met de enkele klacht in onderdeel 10 keert de Russische Federatie zich wederom (zie reeds subonderdeel 8.11) tegen rov. 5.12.2. In die overweging overweegt en beslist het hof dat de vordering tot vernietiging op grond van strijd met de openbare orde afstuit op wat het hof in rov. 5.3 en 5.8 heeft overwogen. Bij het slagen van klachten tegen die overwegingen (onderdelen 2 en 8), kan rov. 5.12.2 dus niet in stand blijven. Deze voortbouwende klacht slaagt voor zover het hof terugverwijst naar rov. 5.8 om met de onderbouwing dat onvoldoende zou zijn gesteld het argument te weerleggen dat de investeringen van Everest c.s. zijn verkregen met behulp van corruptie, fraude en geweld (zie ook 3.125).

Onderdeel 11 (herroeping)

3.131 De Russische Federatie verzet zich in onderdeel 11 tegen rov. 5.13.3 die luidt:

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

3.132 Voor de volledigheid citeer ik ook het deel van de beschikking van het hof van 11 juni 201977 waarnaar het hof verwijst:

8.3 Het scheidsgerecht heeft vastgesteld (eindvonnis onder 187) dat de Russische Federatie niet heeft deelgenomen aan de procedure, maar wel op de hoogte is gebracht van iedere procedurestap en dat zij alle stukken heeft ontvangen die het scheidsgerecht heeft gekregen en gemaakt, waaronder de transcripten van de zitting. De Russische Federatie weerspreekt niet dat zij alle documenten heeft ontvangen, maar voert aan dat zij pas is gestart met haar onderzoek van het dossier toen het eindvonnis was gewezen en dat het even duurde voordat de documenten waren geanalyseerd en gecontroleerd.

8.4 Gezien het feit dat de Russische Federatie al geruime tijd voor het eindvonnis de stukken had ontvangen waarop zij nu haar stellingen van bedrog en het achterhouden van stukken doet steunen, kan zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, thans niet worden gezegd dat zij het bedrog niet redelijkerwijze tijdens de arbitrage kon ontdekken. Ook heeft zij onvoldoende gesteld dat pas na het einde van de arbitrage is gebleken dat stukken vals waren. Het voorlopige oordeel is dan ook, dat de vordering tot herroeping te laat is ingesteld, zodat niet aannemelijk is dat deze vordering grote kans van slagen heeft.

3.133 Volgens de Russische Federatie heeft het hof *ten eerste* art. 1068 lid 2 Rv miskend en dan met name de rechtsregel dat de termijn wegens het achterhouden van stukken aanvangt op het moment dat een partij de achtergehouden stukken *in handen heeft gekregen*. Het oordeel dat de achtergehouden rechterlijke uitspraken openbaar waren en die uitspraken dus tijdens de arbitrale procedure, althans binnen drie maanden na het wijzen van die arbitrale vonnissen, aan de orde hadden moeten worden gesteld, is in dat licht onjuist. Het moment dat een rechterlijke uitspraak openbaar is, in die zin dat deze kan worden opgevraagd bij de griffie of op enig moment online gepubliceerd zou kunnen worden, betreft een ander moment dan het moment dat een bedrogene het stuk daadwerkelijk in handen heeft gekregen.

3.134 *Ten tweede* klaagt de Russische Federatie dat het oordeel in ieder geval onvoldoende is gemotiveerd. Het hof licht immers niet toe waarom hier betekenis zou moeten toekomen aan het feit dat uitspraken in beginsel openbaar zijn. Niet valt in te zien waarom de openbaarheid van de rechterlijke uitspraken zou meebrengen dat het stuk eerder *in handen* zou zijn verkregen. Het hof is daarbij niet ingegaan op het verweer dat het in de praktijk niet eenvoudig was om mogelijk relevante uitspraken van rechters te raadplegen (in Oekraïens, veelal geanonimiseerd). Daarnaast geldt dat zonder vermoeden van onregelmatigheden geen aanleiding bestaat voor onderzoek. Pas op 25 juli 2018, zo staat onbetwist vast, kreeg de Russische Federatie voor het eerst een achtergehouden uitspraak in handen (conclusie van repliek nr. 510 en pleitnotities van 29 maart 2021 nr. 91).

3.135 *Ten derde* wordt betoogd dat het hof de volgende oordelen *niet* heeft gegeven:

- dat op een vroeg moment in de arbitrage reden zou zijn geweest te vermoeden dat het vastgoed waarvoor schadevergoeding werd gevorderd, is verkregen in strijd met de wet;
- dat en op welk moment tijdens de arbitrage een onderzoeksplicht zou hebben bestaan;
- dat die onderzoeksplicht niet voldoende zou zijn nagekomen;
- dat om die reden sprake is van rechtsverwerking.

3.136 Voor zover toch impliciet een dergelijk oordeel in het arrest is te lezen, dan is dat oordeel onvoldoende gemotiveerd, mede in het licht van de stelling van de Russische Federatie dat er pas laat sprake was van vermoedens, dat toen direct onderzoek is verricht en dat daarna tijdig herroeping is gevorderd.

Juridisch kader herroeping

3.137 Art. 1068 lid 1 Rv houdt in dat herroeping van een arbitraal vonnis alleen kan plaatsvinden op een of meer van de volgende gronden:

- a) het vonnis berust geheel of ten dele op na de uitspraak ontdekt bedrog, door of met medeweten van de wederpartij in de arbitrale procedure gepleegd,
- b) het vonnis berust geheel of ten dele op bescheiden die na de uitspraak vals blijken te zijn,
- c) een partij heeft na de uitspraak bescheiden die op de beslissing van het scheidsgerecht van invloed zouden zijn geweest en door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden, in handen gekregen.

3.138 Het tweede lid van 1068 Rv luidt als volgt:

De vordering tot herroeping wordt binnen drie maanden nadat het bedrog of de valsheid in geschrifte bekend is geworden of een partij de nieuwe bescheiden in handen heeft gekregen, aangebracht voor het gerechtshof van het ressort waarin de plaats van arbitrage is gelegen. Artikel 1066 is van overeenkomstige toepassing.

3.139 In deze zaak gaat het om de herroepingsgrond van lid 1 onder c (het achterhouden van bescheiden). Deze grond verschilt niet in die mate van art. 382 onder c Rv dat de rechtspraak die daarop ziet niet relevant zou zijn voor de uitleg van art. 1068 lid 1 onder c Rv.78

3.140 De herroepingsgrond achtergehouden bescheiden bevat vier elementen:

- i) bescheiden (vgl. art. 1072b lid 2 Rv);
- ii) die na de arbitrale uitspraak in handen zijn gekregen; en
- iii) door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden; en
- iv) causaal verband tussen het achterhouden en de arbitrale uitspraak.

3.141 In handen gekregen (element ii) houdt in dat de betrokken partij ook daadwerkelijk over de desbetreffende stukken moet kunnen beschikken.⁷⁹ Dat betekent dat de partij ze in het geding moet kunnen (doen) overleggen.⁸⁰ Deze uitleg geldt *mutatis mutandis* voor art. 1068 lid 2 Rv dat de vordering tot herroeping binnen drie maanden nadat een partij de nieuwe bescheiden *in handen heeft gekregen*, moet zijn aangebracht.⁸¹

3.142 Door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden (element iii) vereist geen opzet; het is voldoende dat de wederpartij had moeten begrijpen dat de bescheiden een rol zouden kunnen spelen. Van door toedoen van de wederpartij zijn achtergehouden is geen sprake in een geval waarin het openbare stukken betreft.⁸²

Bespreking van de klachten

3.143 Uit het voorgaande volgt dat de rechtsklacht (weergegeven in 3.133) **slaagt**. Bij het bepalen van het begin van de driemaandentermijn van art. 1068 lid 2 Rv gaat het bij de herroepingsgrond achterhouden bescheiden om het moment dat de Russische Federatie daadwerkelijk beschikte over de uitspraken. Het enkele feit dat een uitspraak openbaar is, betekent niet zonder meer dat de termijn voor het instellen van de herroepingsvordering al begint te lopen na het wijzen van het litigieuze arbitrale vonnis. Dat *kan* wel zo zijn (bijvoorbeeld: een uitspraak is gepubliceerd op rechtspraak.nl), maar dat *hoeft* niet zo te zijn (bijvoorbeeld: een uitspraak is in die zin openbaar dat deze kan worden opgevraagd bij de rechterlijke instantie die de uitspraak heeft gewezen).⁸³ Zie hierna in 3.145 een aantal van de Oekraïense uitspraken waar het om draait. Het moment waarop de driemaandentermijn begint, zal per herroepingsgrond kunnen verschillen en is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁸⁴ Zon omstandigheid kan ook zijn hoe vorm is gegeven aan de openbaarheid van een bepaalde uitspraak. Dit alles heeft het hof miskend.

3.144 Voor zover moet worden aangenomen dat het hof toch is uitgegaan van een juiste rechtsopvatting, dan is het oordeel onvoldoende gemotiveerd. In dat geval **slaagt** dus de motiveringsklacht (weergegeven in 3.134). Het hof had dan tenminste moeten uitleggen waarom de betreffende openbaarheid van de uitspraken inhield dat de Russische Federatie daarover daadwerkelijk beschikte, in die zin dat de uitspraken in haar handen waren verkregen en dus door haar konden worden overgelegd.

3.145 De Russische Federatie heeft belang bij het slagen van deze klachten over de beoordeling van het hof van de herroepingsvordering vanwege het achterhouden van stukken, hoewel aan het einde van rov. 5.13.3 wordt overwogen dat *het hof hiervóór reeds heeft vastgesteld dat de Russische Federatie tevergeefs aanvoert dat uit deze uitspraken blijkt dat Everest c.s. hun investeringen onrechtmatig hebben verkregen*. Dit oordeel zou mogelijk zelfstandig dragend kunnen zijn voor de afwijzing van de herroepingsvordering. Ik stel echter vast, ten eerste, dat een aantal uitspraken die aan de herroepingsvordering ten grondslag worden gelegd van invloed zou kunnen zijn geweest op de beslissing van het scheidsgerecht (art. 1068 lid 1, onder c, Rv). Dit geldt voor de in de procesinleiding (p. 38, onder (iv)) vermelde uitspraak van over een erfpachttuitgifte inzake het vastgoedobject Solnechny Bereg Sanatorium en de eveneens in de procesinleiding vermelde (p. 39, onder (v)) uitspraak over een koopovereenkomst inzake het vastgoedobject Admiralteisky Complex. Ten tweede geldt dat het hof helemaal niet is ingegaan op de uitspraak vermeld in de procesinleiding (p. 39, onder (vi)) inzake het vastgoedobject Broadcast Company Zhisa.

3.146 De motiveringsklacht (weergegeven in 3.135-3.136) slaagt niet. Anders dan de klacht tot uitgangspunt neemt, heeft het hof wél overwogen dat de Russische Federatie niet aan haar onderzoeksplicht heeft voldaan die al tijdens de arbitrageprocedure is gestart. Het hof sluit zich in rov. 5.13.3 namelijk aan bij zijn overwegingen uit de eerdere beschikking (zie het citaat in 3.132). In de bedoelde beschikking heeft het hof in rov. 8.4 overwogen dat de Russische Federatie al geruime tijd voor het eindvonnis de stukken had ontvangen waarop zij nu haar stellingen van het achterhouden van stukken doet steunen en dat niet worden gezegd dat zij het bedrog niet redelijkerwijze tijdens de arbitrage kon ontdekken. De motivering ontbreekt dus niet en is ook niet onvoldoende te noemen in het licht van de stellingen van de Russische Federatie op dit punt, omdat de motivering juist de stellingen van de Russische Federatie adresseert dat pas laat vermoedens bestonden en daarna tijdig onderzoek is ingesteld.⁸⁵

Onderdeel 12 (algemeen beginsel behoorlijke rechtspraak, geen eerlijk proces)

3.147 De klacht in onderdeel 12 ligt in het verlengde van de klachten aangevoerd tegen rov. 5.8 (onderdelen 4.1 en 6 t/m 8) en rov. 5.10.1 (onderdeel 3).⁸⁶ In die rechtsoverwegingen heeft het hof telkens geoordeeld dat de Russische Federatie onvoldoende heeft aangevoerd voor gegronde twijfels over de rechtmatigheid van de investeringen van Everest c.s. Volgens de Russische Federatie wijst dit op een patroon van stelselmatig negeren van essentiële stellingen en overgelegde stukken. Hiermee heeft het hof de algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging geschonden en heeft de Russische Federatie geen eerlijk proces gehad, aldus het middel.

3.148 Deze klacht slaagt niet. De klacht vormt deels een herhaling van onderdeel 3. Ik verwijs dan ook naar mijn bespreking daarvan. Concreet zie ik niet in paragrafen 5.8 en 5.10 van het arrest terug dat het hof stelselmatig stellingen van de Russische Federatie zou hebben genegeerd. Dat er (naar mijn mening) motiveringsklachten slagen, rechtvaardigt nog niet de conclusie dat geen sprake zou zijn geweest van een eerlijk proces. Er is daarvoor in ieder geval meer nodig dan dat de Russische Federatie twijfelt aan de onpartijdigheid van de rechter.⁸⁷ Ook herinner ik eraan dat de vraag of sprake is van een eerlijk proces alleen kan worden beoordeeld als de gehele procedure in ogenschouw wordt genomen,⁸⁸ dus inclusief de cassatieprocedure (en een eventuele voortzetting bij een hof waarnaar de Hoge Raad in geval van vernietiging verwijst).

Onderdeel 13 (veegklacht)

3.149 De Russische Federatie stelt in onderdeel 13 dat het voorgaande ook rov. 5.10-5.15 vitiesert en het daaraan ontleende dictum. Deze voortbouwklacht slaagt deels, namelijk voor zover zij is gericht tegen rov. 5.10, 5.13, 5.14, 5.15 en het dictum. Voor zover gericht tegen rov. 5.11 faalt de klacht omdat rov. 5.11 geheel is gebaseerd op de niet in cassatie aangevallen rov. 5.9. Voor zover gericht op rov. 5.12 slaagt de klacht alleen voor het deel dat in die rechtsoverweging voortbouwt op rov. 5.8, maar niet voor het deel dat voortbouwt op de overleind gebleven rov. 5.3 (zie de bespreking van onderdeel 2).

Slotsom

3.150 Gelet op het voorgaande slaagt het principaal cassatieberoep gedeeltelijk. Dat betekent dat vernietiging van het arrest moet volgen.

4 Bespreking van het middel in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

4.1 Het incidentele cassatiemiddel is ingesteld onder de voorwaarde dat het principaal cassatieberoep slaagt. Aan die voorwaarde is voldaan. Het middel bestaat uit twee onderdelen.

- 4.2 In het eerste onderdeel klagen Everest c.s. dat het hof ten onrechte, althans onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd, heeft geoordeeld dat de Russische Federatie niet in de arbitrageprocedure is verschenen. Het tweede onderdeel betoogt in de kern dat het hof heeft nagelaten te beslissen op het subsidiaire rechtsverwerkingsverweer van Everest c.s.
- 4.3 Beide onderdelen richten zich op rov. 5.2.7 en 5.2.8, waarin wordt ingegaan op de juridische betekenis van de in 2.7 en 2.8 geciteerde brieven van de Russische Federatie.

Eerste onderdeel (verschijnen in arbitrageprocedure)

- 4.4 De inleiding van dit onderdeel bevat een samenvatting van de aangevallen rov. 5.2.7 en 5.2.8. Deze overwegingen luiden:

5.2.7 De hierboven onder 3.10 geciteerde brieven zijn het enige teken van leven van de Russische Federatie geweest in de arbitrale procedure. Partijen gaan er terecht beide vanuit dat in een arbitrale procedure geen formele eisen gelden voor het verschijnen in de procedure. Op zich is het dus mogelijk dat dergelijke brieven, ook als er verder geen participatie is, als een verschijnen moeten worden aangemerkt. Dat kan het geval zijn als de brieven het karakter hebben van een (beknopt) verweerschrift. Het gaat hier om uitleg van de brieven aan de hand van objectieve maatstaven. Niet doorslaggevend is dat de brief aan het PHA is gestuurd, en niet aan het scheidsgerecht. Everest c.s. hebben terecht naar voren gebracht dat de Russische Federatie ervan moest uitgaan dat haar brief zou worden doorgestuurd aan het scheidsgerecht en aan de raadslieden van Everest c.s. Doorslaggevend is dat de hoofdboodschap van de brief van [betrokkene 2] is dat de Russische Federatie de *Notices of Arbitration () of the international arbitration proceedings* terugzendt, met de klaarblijkelijke bedoeling dat zij niet aan de arbitrale procedure zal deelnemen. Die boodschap is toegelicht met een korte toelichting, bestaande uit vier volzinnen, waarin is uiteengezet waarom het tribunaal onbevoegd wordt geacht. De brief heeft daarmee niet het karakter van een (beknopt) verweerschrift. Dat het scheidsgerecht het in de brief genoemde bevoegdheidsverweer wel heeft behandeld, maakt dit niet anders. Het scheidsgerecht was immers gehouden ook eigener beweging te toetsen of het bevoegd was en heeft dat ook los van de desbetreffende brief gedaan. In § 134 van het arbitrale tussenvonnissen overwoog het scheidsgerecht immers: *() it is a basic principle that [a]s a general rule, anybody possessing jurisdictional powers has the right in the first place itself to determine the extent of its jurisdiction.* De Russische Federatie heeft verder terecht naar voren gebracht dat zowel het scheidsgerecht (onder meer in § 83 van het arbitrale tussenvonnissen: *The Tribunal has not had the benefit of the participation of the Respondent in this Arbitration*) als Everest c.s. tijdens de arbitrale procedure er blijk van hebben gegeven dat zij de Russische Federatie beschouwden als niet verschenen.

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

- 4.5 Ik schets eerst het juridisch kader.

Juridisch kader

- 4.6 Ik stel voorop dat het sinds 1 januari 2015 geldende arbitragerecht in deze zaak temporeel van toepassing is.⁸⁹
- 4.7 Een arbitrage moet zijn gegrond op een op arbitrage gerichte overeenkomst tussen partijen (art. 1020 lid 1 Rv). Indien een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, is het scheidsgerecht onbevoegd. Art. 1052 lid 2 Rv gaat over beroep op een ontbrekende arbitrageovereenkomst ten overstaan van het scheidsgerecht.⁹⁰ Deze bepaling luidt:

Een partij die in het arbitraal geding is verschenen, dient een beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, voor alle weren te

doen, op straffe van verval van haar recht op dat ontbreken later, in het arbitraal geding of bij de gewone rechter, alsnog een beroep te doen, ().

4.8 Deze bepaling, die ook al in de Arbitragewet 1986 stond, is beperkt tot het geval van een partij die in het arbitraal geding *is verschenen*. De tekst van de wet biedt geen handvat voor de lezing dat het voorschrift van art. 1052 lid 2 Rv tevens geldt voor de partij die niet is verschenen maar wel deugdelijk is opgeroepen.⁹¹

4.9 In de parlementaire geschiedenis van de Arbitragewet 1986 is over verschijnen in het arbitraal geding in de zin van deze bepaling namens de regering het volgende opgemerkt:⁹²

Ten aanzien van het tweede lid vroegen de leden van de V.V.D.-fractie, wanneer men spreekt van een partij die in het arbitraal geding is verschenen en in welk stadium. Is dit eerst het geval wanneer de desbetreffende partij bijvoorbeeld de conclusie van antwoord aan het scheidsgerecht toezendt? Is zij reeds verschenen wanneer zij bijvoorbeeld kennis neemt van de arbitrale benoeming en/of bijvoorbeeld meewerkt aan de arbitrale procedure? Is zij dan te laat om nog een beroep op de onbevoegdheid te doen, zo vroegen deze leden.

Ten antwoord op deze vragen merkt de ondergetekende op dat in een rechtbankprocedure een partij verschijnt, wanneer zij zich in de procedure middels een procureur stelt (zie artikel 135 en 137 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). In een arbitrale procedure verloopt dit alles niet zo formeel, doch kan aangenomen worden dat een partij in de arbitrale procedure verschijnt wanneer zij op enigerlei wijze aan de arbitrage deelneemt (bijvoorbeeld medewerking verleent aan de benoeming van de arbiter of arbiters). Echter, voor artikel 1052, tweede lid, is het niet zozeer van belang, op welk moment een partij in het arbitraal geding verschijnt, doch dat zij in het geding verschijnende een verweer ten principale voert zonder een beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht te doen. Het cruciale moment is derhalve het moment waarop een partij verweer gaat voeren. Voert zij verweer (waaronder begrepen: referte) zonder beroep op onbevoegdheid te doen, dan heeft zij het recht verwerkt daar in een later stadium op terug te komen. Voert een partij geen verweer ten principale, dan kan zij in een later stadium nog wel op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht een beroep doen.

4.10 De term verschijnen in een arbitrale procedure dient in algemene zin ruim opgevat te worden.⁹³ Daarvan is vrij snel sprake, ook gezien de woorden op enigerlei wijze deelneemt. Van verschenen in de context van art. 1052 lid 2 Rv is minder snel sprake. Dat wordt nader uitgelegd in het weergegeven citaat (na het woordje echter).

4.11 Volgens H.J. Snijders betekent verschijnen in deze context: deelgenomen hebbende aan de arbitrage.⁹⁴ Meijer merkt in zijn proefschrift op: niet verschijnen ingevolge art. 1052 lid 2 Rv houdt in dat de verweerder op het daartoe aangewezen tijdstip geen verweer voert.⁹⁵ Dit strookt volgens hem met de verstekregeling van art. 1043a lid 2 Rv (art. 1040 lid 2 (oud) Rv).⁹⁶ Verstekverlening, dat wil zeggen een door de rechter bevestigde niet-verschijning, kent het arbitragerecht niet.

4.12 Het scheidsgerecht is bevoegd om over de eigen bevoegdheid oordelen, zo volgt uit art. 1052 lid 1 Rv. Dit pleegt te worden aangeduid als *Kompetenz-Kompetenz*). Hoewel deze bepaling anders kan doen vermoeden, zal het scheidsgerecht niet in alle gevallen ambtshalve mogen beslissen of het al dan niet tot kennisneming van het geschil bevoegd is. Alleen indien de verweerder in het arbitraal geding *niet* is verschenen, zal aanleiding bestaan om naar de bevoegdheid ambtshalve onderzoek te doen.⁹⁷

4.13 De beslissing van een scheidsgerecht waarbij het zich bevoegd verklaart, is niet een definitief oordeel.⁹⁸ Het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter brengt namelijk mee dat de beantwoording van de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst is gesloten, aan de rechter is voorbehouden.⁹⁹ Op grond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis plaatsvinden op de grond dat een geldige overeenkomst ontbreekt. Op grond van tweede lid

van art. 1065 Rv kan de a-grond niet tot vernietiging leiden in het geval genoemd in art. 1052 lid 2 Rv.100

4.14 De Hoge Raad heeft in het arrest [] /*Ruwa* over het samenstel van de hiervoor aangehaalde bepalingen van art. 1052 lid 1 en 2 en art. 1065 lid 1, onder a, Rv het volgende overwogen:101

3.4.1 [] Dit samenstel van bepalingen strekt ertoe te bewerkstelligen dat, indien een partij de bevoegdheid van het scheidsgerecht wil betwisten vanwege het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, daarover door het scheidsgerecht in een vroeg stadium van de procedure een beslissing kan worden genomen, waardoor zoveel mogelijk voorkomen wordt dat onnodige proceshandelingen verricht zouden worden indien een later (in het arbitraal geding of bij de gewone rechter) gedaan beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, alsnog zou moeten leiden tot het oordeel dat het scheidsgerecht onbevoegd is.

3.4.2. In het licht van deze strekking moet beoordeeld worden of en in hoeverre toelaatbaar is dat een partij die in het arbitraal geding voor alle weren een beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage heeft gedaan, het beroep daarop in het verdere verloop van het arbitraal geding dan wel in de vernietigingsprocedure met nieuwe feitelijke of juridische stellingen onderbouwt. Gelet op de over en weer in het geding zijnde belangen kan niet als algemene regel aanvaard worden dat daartoe nimmer ruimte zou bestaan. Zo is denkbaar dat een partij die voor alle weren een beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage heeft gedaan, pas naar aanleiding van een daartegen door de wederpartij gevoerd verweer reden heeft om haar beroep op deze grond (later in het arbitraal geding of bij de gewone rechter) met nieuwe feitelijke of juridische stellingen te onderbouwen. Anderzijds kan ook niet als algemene regel aanvaard worden dat onbeperkt ruimte bestaat voor het naderhand aanvoeren van geheel nieuwe feitelijke of juridische stellingen ter onderbouwing van een tijdig aangevoerde grond, omdat zulks de wettelijke regeling te zeer kan ondergraven. Daarom zal telkens in een concreet geval beoordeeld moeten worden of een nieuwe feitelijke of juridische stelling, mede gelet op de eisen van een goede procesorde, in strijd komt met de hiervoor weergegeven strekking van de wettelijke regeling. Daarvoor zal onder meer van belang kunnen zijn in welke mate de nieuwe stellingen aansluiten bij de eerdere (in het arbitraal geding ingenomen) stellingen, wat de reden is voor het niet eerder aanvoeren van de nieuwe stellingen, en of de desbetreffende partij in het arbitraal geding al dan niet werd bijgestaan door een advocaat.

4.15 Tegen deze achtergrond zal ik nu (als gezegd: ten overvloede) het incidentele middel bespreken. De klachten vertonen enige overlap, zoals uit de navolgende bespreking van die klachten blijkt.

Bespreking van de klachten

4.16 Subonderdeel 1.1 klaagt dat het hof in rov. 5.2.7 blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof voor het antwoord op de vraag of de Russische Federatie in de arbitrage is verschenen doorslaggevend heeft geacht of (de inhoud van) de brieven van de Russische Federatie het karakter hebben van een (beknopt) verweerschrift. Voor het verschenen zijn in de arbitrage is bepalend of de Russische Federatie enig verweer heeft gevoerd door inhoudelijke stellingen in te nemen over geschilpunten in de arbitrage. De Russische Federatie heeft dat gedaan, want zij heeft inhoudelijk stelling genomen over de bevoegdheid en dus enig verweer gevoerd, aldus de klacht.

4.17 Everest c.s. bestrijden de uitleg die het hof geeft aan het zinsdeel Een partij die in het arbitraal geding is verschenen uit art. 1052 lid 2 Rv. Volgens de in het middel verdedigde rechtsopvatting moet enig verweer zijn gevoerd om te kunnen spreken van in het arbitraal geding verschenen. Een inhoudelijke stelling over de bevoegdheid volstaat daartoe. Dit zou volgens Everest c.s. (schriftelijke toelichting nr. 79) volgen uit de parlementaire geschiedenis die ik in 4.10 heb geciteerd.

4.18 Ik kan de door Everest c.s. gegeven duiding van de parlementaire geschiedenis niet goed volgen. Namens de regering werd opgemerkt dat:

[] een partij in de arbitrale procedure verschijnt wanneer zij op enigerlei wijze aan de arbitrage deelneemt (bijvoorbeeld medewerking verleent aan de benoeming van de arbiter of arbiters).

4.19 De geciteerde zin gaat over het verschijnen in een arbitraal geding in het algemeen en niet over verschijnen als bedoeld in art. 1052 lid 2 Rv. Het voorbeeld dat wordt genoemd (benoeming arbiters) is van belang, omdat in art. 1027 lid 4 Rv het volgende is bepaald:

De voorzieningenrechter of derde benoemt de arbiter of arbiters ongeacht de vraag of de overeenkomst tot arbitrage geldig is. Door mede te werken aan de benoeming van de arbiter of arbiters verliezen partijen niet het recht om een beroep te doen op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage.

4.20 Met andere woorden, het enkele verschijnen in het arbitraal geding betekent nog niet dat het recht wordt verwerkt een beroep te doen op onbevoegdheid van het scheidsgerecht. Het moment van verschijning en het opwerpen van een bevoegdheidsverweer vallen niet noodzakelijkerwijs samen.¹⁰²

4.21 Het vervolg van de toelichting van de regering moet met dit onderscheid in het achterhoofd worden gelezen:

Echter, voor artikel 1052, tweede lid, is het niet zozeer van belang, op welk moment een partij in het arbitraal geding verschijnt, doch dat zij in het geding verschijnende een verweer ten principale voert zonder een beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht te doen. Het cruciale moment is derhalve het moment waarop een partij verweer gaat voeren. [].

4.22 Eerst met het voeren van een verweer ten principale kan dus sprake zijn van een verval van recht in de zin van art. 1052 lid 2 Rv en daarmee van het prijs geven van de mogelijkheid van vernietiging op grond van art. 1065 lid 1, onder a, Rv. Een verweer ten principale is een materieelrechtelijk verweer tegen de vordering van de eiser.¹⁰³ Het is, anders gezegd, een verweer betreffende de door eiser gestelde rechtsverhouding. Een beroep op onbevoegdheid vormt niet een verweer ten principale maar een exceptie¹⁰⁴, oftewel een verweer ten aanzien van de toepassing van procesrechtelijke regels.¹⁰⁵ Een dergelijk processueel verweer ziet niet op de rechtsbetrekking tussen partijen en beoogt een debat - althans een beslissing - daarover in beginsel juist te voorkomen.¹⁰⁶

4.23 Voor de vraag of een partij is verschenen in een arbitraal geding is dus niet het criterium dat een partij (enig) verweer voert. De klacht kan daarom niet slagen.

4.24 Subonderdeel 1.2 klaagt dat indien het hof zulks niet heeft miskend, zijn oordeel dat de (inhoud van de) brieven van de Russische Federatie niet gelden als een verschijnen in het licht van de stellingen van Everest c.s. onbegrijpelijk en/of ontoereikend is gemotiveerd. De centrale stelling van Everest c.s. is steeds geweest dat de stellingen in de brieven moeten worden begrepen als een verweer tegen de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Het hof heeft niet kenbaar getoetst of de uit enkele volzinnen bestaande uiteenzetting waarom het tribunaal onbevoegd wordt geacht, geldt als het voeren van (enig) verweer en, daarom, als een verschijning in de zin van art. 1052 lid 2 Rv. Zonder nadere toelichting valt niet in te zien waarom het hof de inhoud van de brieven, los van de vorm ervan, onvoldoende heeft geacht om te kwalificeren als een verweer en daarmee als verschijning.

4.25 De klacht kan niet tot cassatie leiden. Voor zover Everest c.s. ervan uitgaan dat het hof heeft geoordeeld dat de inhoud van de brieven niet kwalificeren als *een verweer* (schriftelijke toelichting nr. 82), is dat niet correct. Dit blijkt duidelijk uit rov. 5.2.7, daar waar het hof overweegt:

[] Die boodschap is toegelicht met slechts twee volzinnen waarin is uiteengezet waarom het tribunaal onbevoegd wordt geacht. De brief heeft daarmee niet het karakter van een beknopt verweerschrift.

Dat het scheidsgerecht het in de brief genoemde bevoegdheidsverweer wel heeft behandeld, maakt dat niet anders. []].

4.26 Voor zover Everest c.s. klagen dat het hof op onbegrijpelijke, dan wel onvoldoende gemotiveerde wijze oordeelt dat de inhoud van de brieven, zijnde een bevoegdheidsverweer, niet kan kwalificeren als een verschijning in de zin van art. 1052 lid 2 Rv, kan dat betoog niet tot cassatie leiden. Everest c.s. gaan ook hier uit van de rechtsopvatting dat enig verweer voeren voldoende is om te zijn verschenen in de zin van art. 1052 lid 2 Rv. Bij de bespreking van subonderdeel 1.1 is al gebleken dat die rechtsopvatting onjuist is.

4.27 Subonderdeel 1.3 houdt in dat voor zover het hof zijn oordeel (mede) heeft gebaseerd op de vaststelling dat de Russische Federatie de *Notices of Arbitration () of international arbitration proceedings* terugzond, met de bedoeling dat zij niet aan de arbitrale procedure zou deelnemen, dat oordeel ook niet in stand kan blijven. Zoals Everest c.s. hebben betoogd bij het hof, is niet relevant hoe de Russische Federatie haar brieven heeft gekarakteriseerd en welke gevolgen zij daarbij voor de vraag naar haar verschijning in de arbitrage heeft gewenst. Het is rechtens niet bepalend of een partij heeft gewild dat het door haar aanvoeren van bepaalde verweren als een verschijning wordt uitgelegd, aldus Everest c.s.

4.28 De klacht faalt. Namens de Russische Federatie is in de begeleidende brief van 15 september 2015 aangegeven dat de bijgevoegde brief van 12 augustus 2015 niet als deelname aan de arbitrage moet worden opgevat. Het hof baseert zijn oordeel echter niet op die mededeling uit de begeleidende brief. Het geeft een *eigen interpretatie* van de brief van [betrokkene 2] (medewerker ministerie van Justitie van de Russische Federatie) waarbij het volgende wordt overwogen:

5.2.7 [] Doorslaggevend is dat de hoofdboodschap van de brief van [betrokkene 2] is dat de Russische Federatie de *Notices of Arbitration () of the international arbitration proceedings* terugzendt, met de klaarblijkelijke bedoeling dat zij niet aan de arbitrale procedure zal deelnemen. Die boodschap is toegelicht met een korte toelichting, bestaande uit vier volzinnen, waarin is uiteengezet waarom het tribunaal onbevoegd wordt geacht. De brief heeft daarmee niet het karakter van een (beknopt) verweerschrift. []

4.29 Het hof baseert zich dus op de zelf gedestilleerde hoofdboodschap van de brief van [betrokkene 2] . Het gaat er in die brief om dat de Russische Federatie aangeeft dat zij niet zal deelnemen aan het arbitraal geding, aldus het hof. Een kennisgeving over niet-deelneming is wat anders dan een wilsuiting over wat al dan niet als verschijning moet kwalificeren.

4.30 Subonderdeel 1.4 betoogt dat het oordeel van het hof onjuist, onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd is in het licht van de stelling van Everest c.s. dat het scheidsgerecht in de brieven een bevoegdheidsverweer heeft gelezen. Hoe het scheidsgerecht de communicatie van de Russische Federatie heeft begrepen kan een uitlegfactor zijn. Dit heeft het hof miskend, ook door te overwegen dat de brieven naar objectieve maatstaven moeten worden uitgelegd. De omstandigheid dat het scheidsgerecht ook zonder de brieven gehouden was zijn eigen bevoegdheid te toetsen, is in dit verband irrelevant.

4.31 Ik lees de klacht zo dat het feit dat volgens het scheidsgerecht door de Russische Federatie een *bevoegdheidsverweer* is gevoerd, impliceert dat zij ook is verschenen in het arbitraal geding en dat het hof deze interpretatie van het scheidsgerecht had moeten meenemen in zijn beoordeling of de Russische Federatie in dat geding is verschenen.

4.32 De klacht kan bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Zelfs als het zo is dat het hof dit allemaal niet heeft meegewogen terwijl het dat (rechtens) wel had moeten doen, blijft staan dat het gaat om een bevoegdheidsverweer - zijnde een exceptie - en niet om een verweer ten principale. Dat laatste is echter vereist om te zijn verschenen in het arbitraal geding in de zin van art. 1052 lid 2 Rv (zie hiervoor).

4.33 In subonderdeel 1.5 stellen Everest c.s. dat hetzelfde geldt voor het oordeel van het hof dat het scheidsgerecht er tijdens de arbitrage blijf van heeft gegeven de Russische Federatie als niet verschenen te beschouwen. Het hof wijst op een hoofdstuk van het arbitraal tussenvonniss, waaruit volgt dat de Russische Federatie niet heeft geparticipeerd in de arbitrage. Deze overweging is onbegrijpelijk en/of ontoereikend gemotiveerd in het licht van het feit dat het scheidsgerecht in de brieven van de Russische Federatie een bevoegdheidsverweer heeft gelezen. Daaruit volgt immers logischerwijs dat het scheidsgerecht de Russische Federatie wel degelijk als verschenen moet hebben beschouwd, aangezien een niet verschenen partij geen bevoegdheidsverweren kan aanvoeren.

4.34 Deze klacht faalt om dezelfde reden als hiervoor genoemd. Everest c.s. maken geen onderscheid tussen het verschijnen in een arbitraal geding in algemene zin en in een arbitraal geding zijn verschenen in de zin van art. 1052 lid 2 Rv. Het kan daarom zo zijn dat de Russische Federatie niet is verschenen in de zin van art. 1052 lid 2 Rv, hoewel een bevoegdheidsverweer is gevoerd en dat een verschijnen in het arbitraal geding in algemene zin impliceert. Het hof lijkt dit onderscheid te onderkennen door aan het slot van rov. 5.2.7 te overwegen dat de Russische Federatie terecht naar voren heeft gebracht dat het scheidsgerecht en Everest c.s. de Russische Federatie als niet verschenen hebben beschouwd. Naast het bevoegdheidsverweer is er geen materieel verweer tegen de vordering van Everest c.s. gevoerd.

Tweede onderdeel (niet beslist op subsidiaire verweer)

4.35 Met het tweede onderdeel bestrijden Everest c.s. het oordeel van het hof, en met name de conclusie in rov. 5.3.8, dat de Russische Federatie niet het recht heeft verwerkt om bepaalde onbevoegdheidsgronden in deze vernietigingsprocedure naar voren te brengen. Het hof heeft niet gerespondeerd op de stelling van Everest c.s. dat de eisen van goede rechtspleging en effectiviteit van arbitrage, een bewuste beslissing om niet te verschijnen met als doel of voorbehoud om in de vernietigingsprocedure verweer te gaan voeren, in strijd kan zijn met de eisen van de goede procesorde. Subsidiair hebben Everest c.s. dan ook aangevoerd dat, ook als het hof zou oordelen dat de Russische Federatie niet is verschenen, toch het recht verwerkt is om bepaalde bevoegdheidsverweren te voeren in de vernietigingsprocedure. Dit gezien de eisen van een goede procesorde en/of een behoorlijke arbitrale rechtspleging. Het oordeel is daarmee niet alleen onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd, maar ook onjuist, want in strijd met art. 23/24 Rv.

4.36 De klacht faalt. Het hof heeft de subsidiaire stelling van Everest c.s. impliciet verworpen door het beroep op rechtsverwerking categorisch af te wijzen in rov. 5.2.8.107 Daarmee verwerpt het hof alle door Everest c.s. aangevoerde gronden voor rechtsverwerking. De weergave van (de toelichting van) het verweer van Everest c.s. die het hof in rov. 5.2.3 en 5.2.4 heeft gegeven, bevat weliswaar niet letterlijk de hier bedoelde grondslag (goede procesorde/behoorlijke rechtspleging), maar het hof lijkt dit standpunt wel onder ogen te hebben gezien in rov. 5.2.4.4. Na in rov. 5.2.4.1-5.2.4.3 de gronden die zien op art. 1052 lid 2 Rv jo. art. 1065 lid 2 Rv te hebben samengevat, overweegt het hof dat Everest c.s. hun verweer zo hebben toegelicht dat als het gevolg van het opwerpen van het (enkele) bevoegdheidsverweer in de arbitrage, het de Russische Federatie niet is toegestaan andere bevoegdheidsverweren dan dit enkele bevoegdheidsverweer aan te voeren. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

Slotsom

4.37 Slotsom is dat het incidentele middel niet tot cassatie kan leiden.

5 Conclusie

De conclusie strekt in het principaal cassatieberoep tot vernietiging en verwijzing en in het incidenteel cassatieberoep tot verwerping.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

-
- ¹ Zie ook het bestreden arrest onder 3.
 - ² De officiële naam van het verdrag is de *Agreement between the Government of the Russian Federation and the Cabinet of Ministers of Ukraine on the encouragement and mutual protection of investments*.
 - ³ De tekst is overgelegd als productie RF-001 van de Russische Federatie. Een (andere) Engelse vertaling staat o.a. op de website van UNCTAD: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2233/download>.
 - ⁴ Een gedetailleerder chronologisch overzicht van de gebeurtenissen op de Krim wordt gegeven door het Scheidsgerecht in de Interim Award van 24 februari 2017, gecorrigeerd op 27 maart 2017, punt 69-86.
 - ⁵ Op 27 maart 2014 nam de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties een resolutie aan (nr. 68/262) over de territoriale integriteit van Oekraïne en verzocht *[] all States, international organizations and specialized agencies not to recognize any alteration of the status of the Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol []*.
 - ⁶ Deze brieven worden geciteerd in het arbitrale tussenvonnissen, nr. 11 en 12.
 - ⁷ Hof Den Haag 19 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1297.
 - ⁸ Hof Den Haag 28 januari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:544, aangevuld door hof Den Haag 7 juli 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1341. Deze arresten gaan over het incident ex art. 21, 22 en 843a Rv.
 - ⁹ Uit de inleiding (p. 5), lijkt te volgen dat het gaat om twaalf onderdelen, maar in die opsomming is onderdeel 10 (openbare orde) - naar het mij voorkomt: per abuis - niet vermeld.
 - ¹⁰ Proces-verbaal van de pleidooizitting van 29 maart 2021, p. 13: *De voorzitter meldt in de zaak Everest c.s. naar aanleiding van het bezwaar van Everest c.s. tegen de toelating van de stukken door RF ingebracht bij akte van 24 februari 2021 en de toelichting van partijen dat over toelating van de stukken wordt beslist indien het hof toekomt aan de illegaliteitstoets. De voorzitter sluit daarop de behandeling.*
 - ¹¹ M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, 2020, par. 8.4 (p. 223) met in voetnoot 15 een verwijzing naar Van Mierlo & Bart (red.), *Parl. Gesch. Burgerlijk procesrecht* 2002, p. 403: *[] Zo is nu onder b opgenomen dat in het vonnis het verloop van het geding" dient te worden vermeld, aangezien dit de appèlprocedure ten goede komt [] Hierbij dient te worden bedacht dat de vereisten, zoals onder b [] van het eerste lid gesteld, een nadere uitwerking zijn van de artikelen 23 (1.3.5) tot en met 25 (1.3.7).*
 - ¹² Deze akte zit zowel in het procesdossier van de Russische Federatie (A-dossier, doos 4, nr. 20) als het procesdossier van Everest c.s. (B-dossier, doos 11, nr. 28). In deze dossiers zitten ook de aktes van 10 maart en 15 maart 2021 (A-dossier, doos 4, nrs. 21 en 23; B-dossier, doos 11, nrs. 29 en 30), maar niet de door het hof vermelde akte van 19 februari 2021.
 - ¹³ Zie procesinleiding, p. 3, tweede alinea onder het kopje Onjuiste toetsing arbitrageovereenkomst, en schriftelijke toelichting Everest c.s. nr. 52, aan het slot.
 - ¹⁴ Zie uitgebreid over de gedingstukken als feitelijke grondslag: Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/280-282.

- ¹⁵ *Kamerstukken II 1962/63, 2079, nr. 5, p. 8: De bepaling van het tweede lid van artikel 419 nieuw Rv, verruimt de begrenzing van de eerste regel van artikel 409 door tot het feitenmateriaal, dat mag meetellen voor de grondslag van het oordeel van de Hoge Raad over de middelen, te rekenen niet alleen de feiten kenbaar uit de uitspraak, maar ook die waarvan de Hoge Raad kan kennis nemen uit de stukken van het geding. Dit weer als een grens (alleen)". De cassatierechter mag niet acht slaan op feiten daarbuiten, waarop in cassatie wordt beroep gedaan, onverschillig of deze al dan niet vaststaan.*
- ¹⁶ Dat is bijvoorbeeld niet het geval als is gekozen voor een arbitrageprocedure bij het International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) te Washington, dat een eigen vernietigingsprocedure kent.
- ¹⁷ Ondanks het woordgebruik (*heeft het hof miskend dat*) in de toelichting bij de klacht bovenaan p. 6 van de procesinleiding, lees ik hierin geen rechtsklacht, mede omdat in de tweede zin van die toelichting staat: *Thans daargelaten de juridische (on)juistheid van die dubbele invulling van het BIT-begrip territory []*.
- ¹⁸ Vaste rechtspraak, zie o.a. HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, NJ 2015/318 m.nt. H.J. Snijders (*Ecuador/Chevron I*), rov. 4.2 en HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, NJ 2022/102 m.nt. C.M.J. Ryngaert & A.I.M. van Mierlo (*Russische Federatie/HVY*), rov. 5.2.7 en 5.4.9.
- ¹⁹ *Kamerstukken II 2015/16, 34 517, nr. 3 (MvT), p. 22.* Deze neutraliteit kent twee elementen: de rechterlijke onafhankelijkheid en de rechterlijke onpartijdigheid. Het laatste betreft de neutraliteit van de rechter ten opzichte van het concrete geschil dat hem ter berechting wordt voorgelegd.
- ²⁰ Dit lijken Everest c.s. ook zo te hebben begrepen, getuige hun schriftelijke toelichting nr. 30.
- ²¹ B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie 2019/104*.
- ²² Zie bijv. B.T.M. van der Wiel, in: J.W. de Groot, E.M. Hoogervorst & B.T.M. van der Wiel (red.), *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraktijk*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2020, p. 46: *[] Voor de stelplicht zal te rade moeten worden gegaan bij de materiële rechtsregels waaruit de ingeroepen rechtsgevolgen voortvloeien. Uit de toepasselijke regel van materieel recht kan worden afgeleid welke elementen nodig zijn om het ingeroepen rechtsgevolg teweeg te brengen, wat de stelplicht in het concrete geval inhoudt en welke partij de plicht heeft die feiten te stellen. []*
- ²³ Pitlo/Rutgers & Krans 2014, *Bewijs*, nr. 33.
- ²⁴ V. van den Brink, Stellen, betwisten, bewijzen een handleiding, *Praktisch Procederen 2008/4*, p. 91.
- ²⁵ W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 69 (nr. 23).
- ²⁶ Zie bijv. R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, (diss.Tilburg) 2011, par. 1.5.2.
- ²⁷ H.J.W. Alt, Aannemelijkheid in een civiele procedure: wanneer kan een feit door een rechter als vaststaand of bewezen worden aangemerkt?, *RM Themis 2023/5*, p. 278.
- ²⁸ G. de Groot, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 149 Rv, aant. 4.1 (online bijgewerkt t/m 16 januari 2023): *De tweede volzin van art. 149 lid 1 Rv bevat de hoofdregel dat de rechter van een partij geen bewijs mag verlangen ten aanzien van feiten die door de ene partij zijn gesteld en door de andere partij onvoldoende zijn betwist. []*
- ²⁹ M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, 2020, par. 11.7.1 (p. 266).
- ³⁰ M.J.A.M. Ahsmann, *De weg naar het civiele vonnis*, 2020, par. 11.8 (p. 273).
- ³¹ Asser Procesrecht/Asser 3 2023/101.
- ³² Dit oordeel wordt overigens bestreden in subonderdeel 8.9.
- ³³ Zie ook HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384 m.nt. H.J. Snijders, JBPr 2003/38 m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk (*IMS/Modsaf-IR I*), rov. 3.3 (vierde alinea): *Ten slotte merkt de Hoge Raad nog op dat volgens art. 1065 lid 4 vernietiging op de voet van art. 1065 lid 1, onder c, slechts mogelijk is indien, kort gezegd, ook in de arbitrale procedure al is aangevoerd dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht hield. In het licht van deze bepaling zal het allicht kunnen voorkomen dat in de arbitrale procedure aangevoerde, maar verworpen stellingen met betrekking tot de uitleg van procedureregels in het geding voor de burgerlijke rechter worden herhaald. Indien deze zich met de beslissing van het scheidsgerecht omtrent de aangevoerde stellingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering verenigt, zal hij kunnen volstaan met dat oordeel. De algemene klacht, die in de onderdelen op*

verscheidene plaatsen naar voren wordt gebracht, dat het Hof dit ten onrechte heeft gedaan en dat het een eigen oordeel had behoren te geven en niet had mogen volstaan met een verwijzing naar en een samenvatting van de overwegingen van arbiters, treft dan ook geen doel. Voldaan is dan immers aan het vereiste dat een rechterlijke beslissing zodanig dient te worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden in het geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen controleerbaar en aanvaardbaar te maken (vgl. HR 4 juni 1993, nr. 15096, NJ 1993, 659). Verdergaande eisen worden in dit opzicht niet gesteld.

³⁴ EHRM 19 december 1997, nr. 20772/92 (*Helle/Finland*), punten 59-60; EHRM 21 januari 1999, nr. 30544/96 (*García Ruiz/Spanje*), punt 26 en EHRM 27 september 2001, nr. 49684/99, EHRC 2001/77 m.nt. A.W. Heringa, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 291-298 m.nt. R.J.N. Schlössels, *NJB* 2001, p. 2094 (*Hirvisaari/Finland*), punten 30-33. Zie over deze laatste beslissing: Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/448.

³⁵ EHRM 19 december 1997, nr. 20772/92 (*Helle/Finland*), punt 60, o.m. herhaald in EHRM 21 mei 2002, nr. 28856/95 (*Jokela/Finland*), punt 73. Zie over deze laatste beslissing: Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/449.

³⁶ HR 18 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0376, NJ 1991/821 (*B./Zwijndrecht*), rov. 3.2: *[] De eerste klacht voert aan dat de rechtbank niet mocht volstaan met ter verwerping van de grieven 1, 2 en 3, behoudens een toevoeging ter verduidelijking, te overwegen dat zij zich verenigt met de overwegingen van de kantonrechter welke ten grondslag liggen aan diens oordeel dat B. blijk heeft gegeven van een ongenoegzaam besef van verantwoordelijkheid voor de voorziening in zijn bestaan. De klacht faalt omdat de rechtbank - niet onbegrijpelijk - in de voormelde grieven geen andere stellingen of verweren heeft gelezen dan reeds in eerste aanleg waren aangevoerd en verworpen, zodat zij kon volstaan met het overnemen van de beslissing van de kantonrechter en de overwegingen die de kantonrechter daaraan ten grondslag had gelegd. []*. Zie onder verwijzing naar deze beslissing: Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/120.

³⁷ Zie in het kort Hijma & Olthof, *Compendium Nederlands vermogensrecht* 2023/120 en uitgebreid Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/465-467 (deze randnummers zijn bewerkt door H.D. Ploeger).

³⁸ Die term vermoeden kan in deze context beter worden vermeden, aldus Asser Procesrecht/Asser 3 2023/303.

³⁹ Asser Procesrecht/Asser 3 2023/303 met verwijzing naar o.m. HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0900, NJ 2002/383 (*Vellekoop/Wilton Feijenoord*), rov. 3.4.4: *[] Het komt er dus op aan dat degene die zich op voormelde verjaringstermijn beroept, stelt en zonodig bewijst dat de benadeelde daadwerkelijk bekend was met de schade en met de daarvoor aansprakelijke persoon. Dat neemt evenwel niet weg dat de rechter, indien de benadeelde zulks betwist, die bekendheid zal kunnen afleiden uit bepaalde ten processe gebleken feiten en omstandigheden. De rechter zal in een zodanig geval tot de slotsom kunnen komen dat op grond van die feiten en omstandigheden voorshands, dat wil zeggen behoudens door de benadeelde te leveren tegenbewijs, moet worden aangenomen dat de benadeelde daadwerkelijk bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon*. In voormeld randnummer betoogt Asser overigens dat de door de Hoge Raad gehanteerde term voorshands in deze context beter kan worden vermeden.

⁴⁰ Het gaat dan om rov. 5.8.6, 5.8.9, 5.8.13, 5.8.17, 5.8.21, 5.8.25, 5.8.30, 5.8.33, 5.8.36, 5.8.40, 5.8.43, 5.8.44, 5.8.45 en 5.8.46 van het bestreden arrest.

⁴¹ Dit lijkt mij juist in het licht van HR 21 februari 1913, ECLI:NL:HR:1913:36, NJ 1913, p. 584 (*[] / []*), aldus ook Asser Procesrecht/Sanders, Meijer & Ernste 8 2023/492; G.J. Meijer, in: *T&C Rv*, commentaar op art. 1065 Rv, aant. 2.a. (online bijgewerkt t/m 1 juli 2023); H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 559 (art. 1065 Rv, aant. 2) en Rb. Rotterdam 18 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5670 (*X/Cimcool*), rov. 4.6-4.8.

⁴² Asser Procesrecht/Asser 3 2023/306.

⁴³ 88. *In deze procedure is een grote hoeveelheid bewijs overgelegd waaruit volgt dat al het vastgoed in strijd met de wet is verworven. Vele getuigen kunnen dit ook nader onder ede bevestigen. [] en 152 De Russische Federatie handhaaft haar (tegen)bewijstaanbod in de Dagvaarding, Conclusie van Repliek en in haar Akte van 24 februari 2021 (slot).*

- ⁴⁴ Akte overlegging nadere producties van 24 februari 2021, p. 13.
- ⁴⁵ A.M. van Aerde, in: J.W. de Groot, E.M. Hoogervorst & B.T.M. van der Wiel (red.), *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2020, p. 246.
- ⁴⁶ Asser Procesrecht/Asser 3 2023/221.
- ⁴⁷ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, *NJ* 2005/270 m.nt W.D.H. Asser (*OZ/ []*). Zie ook het onderzoek van ruim honderd nadien gewezen uitspraken waarin een cassatieklacht over het passeren van een bewijsaanbod voorlag: A.M. van Aerde, *Zestien jaar OZ/ [] : een rustig bezit?*, *TCR* 2020/3, p. 83-97.
- ⁴⁸ Asser Procesrecht/Asser 3 2023/221 met in voetnoot 3 een verwijzing naar o.a. HR 5 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:49, *JBP* 2016/32 m.nt. C.S.G. Janssens, *JIN* 2016/38 m.nt. M.A.J.G. Janssen, voor een samenvatting van de leer m.b.t. het bewijsaanbod in appel.
- ⁴⁹ Zie W.D.H. Asser in de tweede alinea van zijn *NJ*-noot onder HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7817, *NJ* 2005/270 (*OZ/ []*) en onder verwijzing naar de noot van Asser: Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/209.
- ⁵⁰ HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9991, *NJ* 2011/512 m.nt. H.B. Krans (*X/Cofely Installatietechniek*). Dit arrest wordt in dit kader ook besproken in: Asser Procesrecht/Asser 3 2023/221.
- ⁵¹ A.M. van Aerde, in: J.W. de Groot, E.M. Hoogervorst & B.T.M. van der Wiel (red.), *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2020, p. 269, onder verwijzing naar o.a. Snijders & Wendels, *Civiel appel* (BPP nr. 2) 2009/206.
- ⁵² G.R. Rutgers, in: Pitlo/Rutgers & Krans 2014, *Bewijs*, nr. 52 (p. 82). Asser Procesrecht/Asser 3 2023/55 geeft de volgende definitie: *[] een uitdrukking voor verschillende wijzen van bewijslevering (en het oordeel daarover) die alle gemeen hebben dat zij erop gericht zijn te voorkomen dat de rechter op basis van feiten die door de wederpartij zijn gesteld en waarvoor bewijs is geleverd, ten gunste van deze wederpartij beslist.*
- ⁵³ Zie al HR 4 mei 1900, *W* 7449 (*[] / []*): *dat toch in het algemeen elk bewijs, hoe volledig ook, door tegenbewijs kan worden verzwakt en ontzenuwd, voorzover de wet niet uitdrukkelijk het tegendeel bepaalt, of het aangeboden tegenbewijs om andere redenen niet kan worden toegelaten.*
- ⁵⁴ Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, 2021, nr. 94 onder verwijzing naar o.a. HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2543, *NJ* 1999/413 m.nt. H.J. Snijders. Dit arrest wordt ook vermeld in Asser Procesrecht/Asser 3 2023/222 met daarbij de opmerking dat daarvóór juist gold dat ook dit aanbod voldoende gespecificeerd moest zijn. Asser onderschrijft de lijn van de Hoge Raad niet, maar vindt wel dat de opvatting van de Hoge Raad getuigt van praktische zin (in zoverre dat het bescherming biedt tegen de neiging van rechters om bewijsaanbiedingen te passeren).
- ⁵⁵ Asser Procesrecht/Asser 3 2023/222.
- ⁵⁶ HR 21 februari 1913, ECLI:NL:HR:1913:36, *NJ* 1913, p. 584 (*[] / []*), aldus ook Asser Procesrecht/Sanders, Meijer & Ernste 8 2023/492; G.J. Meijer, in: *T&C Rv*, commentaar op art. 1065 Rv, aant. 2.a. (online bijgewerkt t/m 1 juli 2023); H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 559 (art. 1065 Rv, aant. 2) en Rb. Rotterdam 18 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5670 (*X/Cimcool*), rov. 4.6-4.8.
- ⁵⁷ Vgl. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/209.
- ⁵⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 3 (*MvT*), p. 4, onderaan en overlopend in p. 5. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33 611, nr. 5 (*NaV*), p. 18. Dit is conform het advies van de Commissie Van den Berg tot wijziging van de arbitragewet, waar in de toelichting (kenbaar uit Meijer e.a., *Parlementaire Geschiedenis Arbitragewet 2015/II.78.3*) staat: *[] Het is niet nodig dat twee feitelijke gerechtelijke instanties zich over een vordering tot vernietiging moeten buigen. Dat strookt niet met het beginsel dat geschillenbeslechting door middel van arbitrage met bekwame spoed behoort te worden afgerond. []*.
- ⁵⁹ In de toelichting bij de klachten (procesinleiding, p. 16) wordt ook rov. 5.8.5 vermeld, maar een kenbare klacht tegen die overweging ontbreekt.
- ⁶⁰ B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/105 met als voorbeeld een verwijzing naar HR 10 september 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2961, *NJ* 1999/795, rov. 3.4.

⁶¹ Dit geldt temeer in het licht van de met stukken (RF-158 - RF-160) onderbouwde stelling van de Russische Federatie dat gedurende die vier jaren door mediaberichten bekend werd dat de gang van zaken rondom de verkoop van het resort twijfelachtig was. Zie in respons op de toelichting van Everest c.s. hun pleitnota (onder 18), de advocaten van de Russische Federatie, proces-verbaal van de pleidooizitting van 29 maart 2021, p. 8 (derde gedachtestreepje).

⁶² Uit het vonnis blijkt dat de vorderingen volledig zijn erkend bij verklaring van 14 januari 2009; één dag nadat de eiser een verklaring bij de rechtbank had ingediend om de inhoud van de vordering te wijzigen. Zie p. 1 (onderaan) en p. 2 (derde zin boven het kopje **VASTGESTELD** dat) van de overgelegde vertaling van het vonnis (RF-167): *De Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Diline Ltd, Dnipropetrovsk, heeft een vordering ingesteld tegen de Besloten vennootschap Commerciële Bank PrivatBank, Dnipropetrovsk, waarbij de eiser, met inachtneming van een verklaring omtrent een wijziging van de inhoud van de vordering, welke verklaring op 13-01-2009 is binnengekomen bij de economische rechtbank, verzoekt om: []. De verweerder heeft de vordering volledig erkend (verklaring nr. 124-jur d.d. 14-01-2009). [].* (mijn onderstreping)

⁶³ Zie het slot van de schriftelijke getuigenverklaring van 7 april 2020 van een voormalig directeur van het betrokken natuurreservaat, die is overgelegd als RF-229: *[] I do not know exactly how they managed to convince the Lavadiya Village Council to grant them the plot. However, such a decision could only have been made with involvement of very influential people, who could have used illegal methods to make the council allot the plot. [].*

⁶⁴ A.E.B. ter Heide, Middelmaat: aan een cassatiemiddel te stellen eisen, TCR 2001/4, p. 79 (onder 6).

⁶⁵ Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/188.

⁶⁶ B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), Cassatie 2019/116.

⁶⁷ Zie p. 3 van het verslag dat door de toenmalige Nederlandse advocaten van de Russische Federatie ingeschakelde Russische advocaten hebben opgesteld van hun interviews met een witness, de voormalige voorzitter van de Simelsky Village Council: **12. This court decision was subsequently reversed by the Higher Administrative Court of Ukraine, but the agreement remained in force. Why? As far as I remember, the contract can only be terminated in court. And we tried to do it. But the court somehow sided with Fortuna. 13. How can this be explained? I admit that the external forces intervened, and there was some influence on the court. Otherwise, it is difficult to explain.**

⁶⁸ Zie p. 2 van de verklaring van een andere witness: *As far as I know, violations took place during the transfer of land to Fortuna. The land was leased to Fortuna was previously state-owned and used by the CRS PIAS. Major part of this territory (16.27 ha) was unjustifiably and without reasoning removed from use of the observatory and subsequently leased to Fortuna by Simeiz settlement council. I know that the Yalta Prosecutors Office carried out an inquiry on this fact and filed a lawsuit with the court, where it requested to annul this decision of Simeiz settlement council.*

⁶⁹ Zie p. 13: *In het kader van strafrechtelijk vooronderzoek naar de fraude bij PrivatBank werd onder meer beslag gelegd op vastgoed van Aerobud, Imme en PrivatOffice.*

⁷⁰ In de pleitnota van de Russische Federatie (p. 22-23, punt 66 onder c en punt 67) staat onder verwijzing naar productie RF-246 (a) t/m (c), zonder voetnoten te citeren: *c. Inmiddels is door de Oekraïense autoriteiten beslag gelegd op vastgoed van gedaagden Imme, PrivatOffice, EstateService en Aerobud. Dit alles in het kader van het strafrechtelijk vooronderzoek naar de mede door hen gepleegde PrivatBank fraude. 67. Het is in strijd met de wet om (i) dergelijke onzakelijke leningen te verstrekken aan gelieerde partijen, (ii) deel te nemen aan fraude, (iii) fraudegelden aan te trekken, (iv) fraudegelden onder je te hebben en (v) aldus verkregen gelden aan te wenden om vastgoed aan te kopen of te ontwikkelen. Het vastgoed is ook daarom niet verworven in overeenstemming met de wet zoals vereist in artikelen 1 en 9 van de BIT 1998. Een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt.*

⁷¹ Zie ook pleitnota nr. 52 (voetnoot 59) en proces-verbaal pleitzitting, p. 7, midden.

⁷² Naar deze verklaring wordt verwezen in pleitnota nr. 52 (voetnoot 59), met de toelichting dat de verklaring gaat over de schendingen van ruimtelijke ordeningsregels inzake het Admiralteisky Complex.

⁷³ De Russische Federatie bestempelt daarbij rov. 5.8.6 als doelwit (zie ook schriftelijke toelichting nr. 33). Wat daar ook van zij, in dit geval hoeft geen rechtsoverweging te worden genoemd waartegen de klacht is

gericht. De kern van de klacht is immers juist dat het hof iets had moeten bespreken maar dat *niet* heeft gedaan. Deze essentie hebben Everest c.s. ook begrepen, getuige hun schriftelijke toelichting nr. 68.

⁷⁴ Voor wat betreft de vindplaats in de pleitnota van de stelling betreffende Broadcasting Company Zhisa is door de Russische Federatie in de procesinleiding verwezen naar nr. 59 i.p.v. 60. Dit lijkt een kennelijke verschrijving, wat ook voor Everest c.s. duidelijk moet zijn.

⁷⁵ De Russische Federatie vermeldt *en passant* ook rov. 5.8.45-5.8.46, maar richt daartegen geen kenbare klacht.

⁷⁶ Zie ook schriftelijke toelichting Everest c.s. nr. 70.

⁷⁷ Hof Den Haag 11 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1452, *JBPr* 2020/27 m.nt. C.L. Schleijsen.

⁷⁸ A-G Wesseling-van Gent in punt 2.11 van haar conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:1204) vóór HR 28 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:784, *NJ* 2021/207, *JIN* 2021/107 m.nt. S.E. Poutsma (*X/Admiraal de Ruyter Ziekenhuis*), onder verwijzing naar H.J. Sniijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1068, aant. 1 (online bijgewerkt t/m 1 mei 2018).

⁷⁹ A-G Wesseling-van Gent in punt 2.12 onder (ii) van haar in de vorige voetnoot genoemde conclusie.

⁸⁰ Ten Kate & Wesseling-van Gent, *Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken* (BPP nr. 5) 2013/I.5.2. (p. 79) met verwijzing naar Th.B. Ten Kate, *Het request-civiel* (diss. Leiden), Groningen: J.B. Wolters 1962, p. 278.

⁸¹ In deze zin ook: A-G Wesseling-van Gent in punt 2.25 van haar in voetnoot 78 genoemde conclusie.

⁸² Ten Kate & Wesseling-van Gent, *Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechtelijke uitspraken* (BPP nr. 5) 2013/I.5.4 (p. 82-83) met in voetnoot 28 een verwijzing naar Hof Arnhem 22 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL1109, *NJF* 2010/182, in r.o. 2.9 slot en 2.12. Het ging in die zaak om kennelijk algemeen toegankelijke literatuur. Aldus ook R.P. Cleveringa, *De gronden voor requeste-civiel*, in: E.M. Meijers & J. Versteeg, *Rechtskundige opstellen* (Meijers-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1935 p. 192 (midden): *Het toedoen der wederpartij kan niet meer als rechtens causaal worden aangemerkt, waar het gaat om stukken van den eischer zelf of om gemeene of openbare stukken* []. Zie ook, nog ouder, J.H.D. Schenkenberg van Mierop, *Request civiel* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1890, p. 37-38 met verwijzing naar oude Franse rechtspraak van het Hof van Parijs en het Hof van Colmar, waar het beslissende stuk te vinden was in openbare registers (voor een ieder toegankelijk) respectievelijk in de openbare archieven.

⁸³ Ook het kunnen opvragen van een uitspraak kan voldoende zijn voor openbaarheid conform art. 6 EVRM, aldus HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:658, *RvdW* 2023/497, *JBPr* 2023/41 m.nt. W.I. Wisman (*openbaarheid van civiele procedures*), rov. 3.5.1.

⁸⁴ HR 28 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:784, *NJ* 2021/207 met red. aant., *JIN* 2021/107 m.nt. S.E. Poutsma (*X/Admiraal de Ruyter Ziekenhuis*), rov. 3.3: *Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 2.2.1 is vermeld, heeft het ziekenhuis met een beroep op elk van de in art. 1068 lid 1 Rv genoemde herroepingsgronden vernietiging van de arbitrale vonnissen gevorderd. Bij een dergelijke vordering kan de driemaandentermijn van art. 1068 lid 2 Rv voor elke grond beginnen op hetzelfde moment of juist op uiteenlopende momenten, al naar gelang de omstandigheden van het geval.* [].

⁸⁵ Vgl. al in deze lijn de opmerkingen van de Russische Federatie in het verzoekschrift in de schorsingsprocedure van 4 december 2018, nr. 41 en proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 9 april 2019, p. 2, tweede gedachtestreepje en p. 3, tweede gedachtestreepje.

⁸⁶ De Russische Federatie meent zelf dat zij met deze klacht voortbouwt op andere klachten tegen rov. 5.8 en rov. 5.10.1, maar het voortbouwende karakter zie ik niet.

⁸⁷ P. van den Eijnden, in: *SDU Commentaar EVRM* (online, publicatiedatum 31 maart 2019), art. 6, aant. C.8.1.1. onder het kopje Onpartijdigheid.

⁸⁸ *Ibidem*, onder het kopje Geheel van de procedure.

⁸⁹ Op grond van art. IV van de Wet modernisering arbitragerecht (*Stb.* 2014, 200) is deze wet niet van toepassing op arbitrageprocedures die vóór 1 januari 2015 aanhangig zijn gemaakt. De arbitrageprocedure die in deze zaak centraal staat, is op 13 januari 2015 geëntameerd (zie Interim Award, nr. 5).

- ⁹⁰ Uit *Kamerstukken I* 1985/86, 18 464, nr. 191b (*MvA*), p. 2 (onderaan) volgt dat deze bepaling is gebaseerd op art. V van het niet namens Nederland ondertekende Europees Verdrag van 21 april 1961 inzake de internationale handelsarbitrage, United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 349. Het eerste lid van deze bepaling wordt deels aangehaald in de parlementaire geschiedenis: *The party which intends to raise a plea as to the arbitrators jurisdiction based on the fact that the arbitration agreement was either non-existent or null and void or had lapsed shall do so during the arbitration proceedings, not later than the delivery of its statement of claim or defence relating to the substance of the dispute; []*.
- ⁹¹ Aldus ook: Rb. Rotterdam 18 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ5670 (*X/Cimcool*), rov. 4.3.
- ⁹² *Kamerstukken II* 1985/86, 18 464, nr. 6 (*MvA*), p. 29 (Meijer e.a., Parlementaire Geschiedenis Arbitragewet 2015/III.34.6 en *TvA* 1986/2, p. 82). Zie ook G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 869.
- ⁹³ H.J. Sniijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 303 (art. 1038 Rv, aant. 1).
- ⁹⁴ H.J. Sniijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 415 (art. 1052 Rv, aant. 2). Aldus ook Van Delden, in: A.J. van den Berg, R. van Delden & H.J. Sniijders, *Arbitragerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 97: *verschenen* (bedoeld is: aan de gedingvoering deelnemende).
- ⁹⁵ G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 864.
- ⁹⁶ Zie ook P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht, nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer 2001, p. 25 (commentaar op art. 1052 lid 2 Rv): *Verweerder is niet verschenen. Dit is een geval van art. 1040 []. Indien een verweerder verstek laat gaan, kan het scheidsgerecht aanstonds vonnis wijzen []*.
- ⁹⁷ G.J. Meijer, in: *T&C Rv*, commentaar op art. 1052 Rv, aant. 2.c. (online bijgewerkt t/m 1 juli 2023).
- ⁹⁸ HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, *NJ* 2022/102 m.nt. C.M.J. Ryngaert & A.I.M. van Mierlo (*Russische Federatie/Veteran Petroleum Limited c.s.*), rov. 5.2.7.
- ⁹⁹ HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, *NJ* 2015/318 m.nt. H.J. Sniijders (*Republiek Ecuador/Chevron Corporation I*), rov. 4.2.
- ¹⁰⁰ Art. 1065 lid 2 Rv luidt: *De grond, bedoeld onder a van het eerste lid, kan niet tot vernietiging leiden in het geval genoemd in art. 1052, tweede lid*.
- ¹⁰¹ HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443, *NJ* 2010/170 m.nt. H.J. Sniijders, *TvA* 2009, 50 (p. 134) m.nt. B.C. Punt (*[] /Ruwa Bulbs*). Aldus ook HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003, *NJ* 2010/169 m.nt. H.J. Sniijders (*[] / []*), rov. 4.3.4.
- ¹⁰² De toelichting bij art. 1027 lid 4 Rv luidt dan ook (*Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (*MvT*), p. 10): *[] In het stelsel van het ontwerp past het dan ook te bepalen dat een partij, door mee te werken aan de benoeming, niet het recht verliest later nog een beroep te doen op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage. Dit beroep zal door een partij die voor het scheidsgerecht is verschenen voor alle weren moeten worden gedaan (zie artikel 1052, tweede lid). []*. (mijn onderstreping)
- ¹⁰³ Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/68.
- ¹⁰⁴ Zie bijv. HR 25 september 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2710, *NJ* 1998/893 (*Annico Maritime*), rov. 2.2. Vgl. Sniijders, Klaassen, Krans & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2022/144.
- ¹⁰⁵ HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3979, *NJ* 2010/403 (*B.V. Engeneering Design Documentation Services/Electronic Data Systems Corporation*), rov. 3.5.
- ¹⁰⁶ Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht* 2021/65 (p. 89). Zie ook HR 22 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1104, *NJ* 1994, 374 m.nt. H.E. Ras (*Staat/G.*), rov. 3.3: *[] Aldus moeten de in art. 141 lid 2 [thans art. 128 lid 3 Rv, A-G] genoemde excepties worden beperkt tot die verweermiddelen die ertoe strekken dat de rechter, aan wie het geschil is voorgelegd, op grond van regels van processuele aard niet tot een beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil zelf kan komen. []*. Zie ook A-G Asser in punt 2.3 (aan het slot) van zijn conclusie vóór dat arrest: de regel van art. 1052 lid 2 Rv ziet op een exceptie van onbevoegdheid die vóór alle weren moet worden opgeworpen.
- ¹⁰⁷ B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), Cassatie, 2019/115 (in fine): *[] Een rechterlijke vaststelling die strijdt met een stelling van een partij, houdt een (impliciete) verwerping van die stelling in. []*.
-