

ECLI:NL:PHR:2022:549

Instantie Parket bij de Hoge Raad

Datum conclusie 10-06-2022

Datum publicatie 14-07-2022

Zaaknummer 21/02108

Rechtsgebieden Burgerlijk procesrecht

Bijzondere kenmerken -

Inhoudsindicatie

Procesrecht. Arbitrage. Vordering vernietiging arbitraal vonnis (art. 1065 lid 1 Rv (oud)); begrip ‘investering’ in zin BIT India-Mauritius; Salini-criteria; criterium ‘bijdrage aan economische ontwikkeling gastland’; begrip ‘essential interests’ in zin art. 11 lid 3 BIT; uitlegmaatstaf art. 31 Weens Verdragenverdrag.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 21/02108

Zitting 10 juni 2022

CONCLUSIE

P. Vlas

In de zaak

de Republiek India

(hierna: India)

tegen

1. CCDM Holdings, LLC, rechtsopvolger onder bijzondere titel van CC/Devas (Mauritius) Ltd.
2. Devas Employees Fund US, LLC, rechtsopvolger onder bijzondere titel van Devas Employees Mauritius Private Limited
3. Telcom Devas, LLC, rechtsopvolger onder bijzondere titel van Telcom Devas Mauritius Limited
(hierna gezamenlijk te noemen: CCDM c.s.)

1 Inleiding

- 1.1 Deze zaak heeft betrekking op de vernietiging van een arbitraal vonnis gewezen tussen India en de in de Republiek Mauritius gevestigde vennootschappen CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited en Telcom Devas Mauritius Limited (hierna gezamenlijk: Devas c.s.) in een investeringsarbitrage op basis van de UNCITRAL-regels. De plaats van arbitrage was Den Haag. In het arbitraal vonnis heeft het scheidsgerecht geoordeeld dat India aansprakelijk is jegens Devas c.s. vanwege haar besluit een contract voor de lease van capaciteit op het S-bandspectrum voor de exploitatie van satellieten te beëindigen. India kan zich niet verenigen met het arbitraal vonnis en vordert de vernietiging daarvan. India heeft haar vordering – voor zover relevant in cassatie – gegrond op art. 1065 lid 1, onder a, Rv (ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage), op art. 1065 lid 1, onder c, Rv (schending van de opdracht van het scheidsgerecht) en op art. 1065 lid 1, onder e, Rv (strijd met de openbare orde). In de kern genomen komen in cassatie twee vragen aan de orde. In de eerste plaats de vraag of het begrip 'investering' in de zin van het tussen India en Mauritius gesloten investeringsverdrag een objectieve, autonome betekenis heeft. In de tweede plaats de vraag of het oordeel van het scheidsgerecht dat niet meer dan 60% van het S-bandspectrum is bestemd voor de bescherming van 'essential security interests' zodat India aansprakelijk is voor 40% van de waarde van de investeringen door Devas c.s., strookt met het beweerdelijk dichotome karakter van art. 11 lid 3 van het tussen India en Mauritius gesloten investeringsverdrag.
- 1.2 Deze zaak wordt nog door het oude arbitragerecht beheerst, te weten door de bepalingen van het Vierde Boek ('Arbitrage') van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zoals die hebben gegolden tot aan de invoering van de Wet modernisering Arbitragerecht op 1 januari 2015.¹ In deze conclusie wordt, tenzij anders vermeld, telkens verwezen naar het oude recht. Voor zover het de vernietigingsgronden van art. 1065 Rv betreft, verschillen deze nauwelijks van het huidige recht.

2 Feiten en procesverloop

- 2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.² Op 20 juni 2000 is een bilateraal investeringsverdrag (hierna: het Verdrag) tussen India en Mauritius in werking getreden.³ Het Verdrag heeft als doel investeringen van Mauritiaanse investeerders in India en investeringen van Indiase investeerders in Mauritius te bevorderen. Art. 8 van het Verdrag voorziet in een arbitrale procedure voor de beslechting van geschillen tussen een investeerder uit een van de Verdragsluitende staten en de andere Verdragsluitende staat.
- 2.2 In art. 1 lid 1, onder a, van het Verdrag is het begrip 'investment' als volgt omschreven:
'(a) "investment" means every kind of asset established, or acquired under the relevant laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made, and in particular, though not exclusively, includes:
(i) movable and immovable property as well as other rights *in rem* such as mortgages, liens or

pledges;

(ii) shares, debentures and any other form of participation in a company;

(iii) claims to money, or to any performance under contract having an economic value;

(iv) intellectual property rights, goodwill, technical processes, know-how, copyrights, trade-marks, trade-names and patents in accordance with the relevant laws of the respective Contracting Parties;

(v) business concessions conferred by law or under contract, including any concession to search for, extract or exploit natural resources;’.

2.3 In art. 11 lid 3 van het Verdrag is ten aanzien van ‘essential security interests’ het volgende bepaald:

‘The provisions of this Agreement shall not in any way limit the right of either Contracting Party to apply prohibitions or restrictions of any kind or take any other action which is directed to the protection of its essential security interests, (...).’

2.4 Devas c.s. zijn de (indirecte) aandeelhouders van de Indiase vennootschap Devas Multimedia Private Limited (hierna: Devas Multimedia). Antrix Corporation Limited (hierna: Antrix) is een commerciële entiteit van de Indiase ruimtevaartorganisatie (Indian Space Research Organisation, hierna: ISRO) en houdt zich bezig met de commerciële exploitatie van Indiase satellieten. De investeringen van Devas c.s. in Devas Multimedia zijn goedgekeurd door de Indiase Foreign Investment Promotion Board.

2.5 Op 28 januari 2005 heeft Devas Multimedia een overeenkomst gesloten met Antrix voor de lease van 70 MHz capaciteit van de S-band voor een periode van twaalf jaar met de mogelijkheid van verlenging (hierna: het Devas Contract). Hiervoor zouden transponders worden geplaatst op twee nog te ontwikkelen satellieten. Devas Multimedia wilde de satellieten en het bijbehorende spectrum, samen met een door haar te ontwikkelen netwerk van zendmasten, gebruiken voor het aanbieden van draadloze audiovisuele uitzendingen en breedbandtoegang aan haar klanten in India.

2.6 In de periode 2005-2010 heeft Devas Multimedia in samenwerking met onder andere Antrix en ISRO gewerkt aan de voorbereidingen van deze diensten. In dat kader heeft Devas Multimedia betalingen gedaan van ongeveer USD 13 miljoen voor de reservering van capaciteit op de twee satellieten. Deze betalingen werden gefinancierd met kapitaalstortingen van Devas c.s. in Devas Multimedia van ongeveer USD 32 miljoen. Daarnaast heeft Deutsche Telekom Asia (hierna: DT Azië) een bedrag van ongeveer USD 75 miljoen in Devas Multimedia geïnvesteerd, waarvoor zij een belang van 20% in Devas Multimedia heeft verkregen.

2.7 Op 17 februari 2011 heeft het Cabinet Committee on Security, bestaande uit de premier en de ministers van Defensie, Binnenlandse Zaken, Buitenlandse Zaken en Financiën van India, besloten het Devas Contract te beëindigen (hierna: het CCS-besluit). Het persbericht van dezelfde datum over het CCS-besluit luidt als volgt:

‘CCS Decides to Annul Antrix-Devas Deal

Cabinet Committee on Security (CCS) has decided to annul the Antrix-Devas deal. Following is the statement made by the Law Minister (...) on the decision taken by the CCS which met in New Delhi today:

“Taking note of the fact that Government policies with regard to allocation of spectrum have undergone a change in the last few years and there has been an increased demand for allocation of spectrum for national needs, including for the needs of defence, para-military forces, railways and other public utility services as well as for societal needs, and having regard to the needs of the country's strategic requirements, the Government will not be able to provide orbit slot in S band to Antrix for commercial activities, including for those which are the subject matter of existing contractual obligations for S band.

In light of this policy of not providing orbit slot in S Band to Antrix for commercial activities, the [Devas Contract, A-G] shall be annulled forthwith.”

2.8 Op 25 februari 2011 heeft Antrix Devas Multimedia formeel op de hoogte gebracht van de

beëindiging van het Devas Contract.

- 2.9 Op 3 juli 2012 hebben Devas c.s. op grond van art. 8 Verdrag een arbitrale procedure tegen India aanhangig gemaakt. De plaats van arbitrage was Den Haag.
- 2.10 Bij arbitraal deelvonnis van 25 juli 2016 (hierna: het Arbitraal Deelvonnis) heeft het scheidsgerecht als volgt beslist:
- '(a) Unanimously, that the Claimants' claims relate to an "investment" protected under the Treaty; (...)
 - (c) By majority, that the Tribunal lacks jurisdiction over the Claimants' claims insofar as the Respondent's decision to annul the Devas Agreement was in part directed to the protection of the Respondent's essential security interests;
 - (d) By majority, that the Respondent has expropriated the Claimants' investment insofar as the Respondent's decision to annul the Devas Agreement was in part motivated by considerations other than the protection of the Respondent's essential security interests;
 - (e) By majority, that the protection of essential security interests accounts for 60% of the Respondent's decision to annul the Devas Agreement, and that the compensation owed by the Respondent to the Claimants for the expropriation of their investment shall therefore be limited to 40% of the value of that investment;
 - (f) Unanimously, that the Respondent has breached its obligation to accord fair and equitable treatment to the Claimants between July 2, 2010 and February 17, 2011;
 - (g) Unanimously, that the Claimants' other claims shall be dismissed;
 - (h) Unanimously, that any decision regarding the quantification of compensation or damages, as well as any decision regarding the allocation of the costs of arbitration, shall be reserved for a later stage of the proceedings.'
- 2.11 De arbitrale procedure is daarna ten aanzien van de omvang van de schade voortgezet.
- 2.12 Op 28 juli 2016 is het Arbitraal Deelvonnis gedeponereerd bij de rechtbank Den Haag.
- 2.13 Op 13 oktober 2020 heeft het scheidsgerecht een eindvonnis gewezen, waarbij het de waarde van Devas Multimedia op 17 februari 2011 heeft bepaald op USD 740 miljoen en India heeft veroordeeld schadevergoeding te betalen aan ieder van Devas c.s. gelijk aan 40% van USD 740 miljoen, vermenigvuldigd met het percentage van het belang van ieder van Devas c.s. in Devas Multimedia.
- 2.14 India heeft zich gewend tot de rechtbank Den Haag en vernietiging van het Arbitraal Deelvonnis gevorderd op grond van art. 1065 Rv. Bij vonnis van 14 november 2018 heeft de rechtbank de vordering van India afgewezen.⁴
- 2.15 India heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis. Voor zover in cassatie van belang, heeft India grieven gericht tegen de overwegingen van de rechtbank die betrekking hebben op de vraag of sprake is van een 'investering' die valt binnen de reikwijdte van het Verdrag en op de vraag of de beëindiging van het Devas Contract kon worden gerechtvaardigd op grond van 'essential security interests'. Devas c.s. hebben verweer gevoerd.
- 2.16 Bij arrest van 16 februari 2021 heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Voor zover in cassatie van belang, heeft het hof daartoe, samengevat, het volgende overwogen. De door Devas c.s. in Devas Multimedia verkregen aandelen vallen onder de definitie van 'investering' in art. 1 lid 1, onder a(ii), Verdrag. Tegenover de uitgegeven aandelen staan kapitaalstortingen van Devas c.s. van ongeveer USD 32 miljoen, waarvoor de Indiase Foreign Investment Promotion Board toestemming heeft verleend, zodat deze investeringen zijn verricht met inachtneming van de 'relevant laws and regulations' van India, zoals volgens de definitie van het begrip 'investering' onder art. 1 lid 1, onder a, Verdrag is vereist. Als aandeelhouders in Devas Multimedia zijn Devas c.s. indirect eigenaar van een aantal 'assets' die eveneens als 'investering' in de zin van art. 1 lid 1, onder a(iii) en (v), Verdrag kunnen worden beschouwd, zoals de rechten onder het Devas Contract. Onder dit contract heeft Devas Multimedia voor een periode van 12 jaar capaciteit geleased op twee satellieten, waarvoor vooruitbetalingen van USD 13 miljoen per satelliet zijn

gedaan. De investeringen van Devas c.s. vertegenwoordigden een aanzienlijke waarde, zoals blijkt uit het feit dat DT Azië in maart 2008 voor een belang van 20% in Devas Multimedia ongeveer USD 75 miljoen heeft betaald. De annulering van het Devas Contract had zonder meer implicaties voor het project van Devas c.s., maar dat doet niet af aan het vastgestelde karakter van de investeringen. Van een 'pre-investment' was geen sprake aangezien door Devas c.s. daadwerkelijke investeringen zijn gedaan in de zin van het Verdrag (rov. 5.8).

- 2.17 Volgens India moet behalve aan de definitie van 'investering' in de zin van het Verdrag ook zijn voldaan aan vijf kenmerken van het autonome concept 'investering', die zijn ontleend aan arbitrale uitspraken op grond van het ICSID-verdrag. Deze kenmerken zijn: (i) een bijdrage in het gastland in termen van (financiële) middelen, (ii) een zekere duur van uitvoering van de betrokken activiteit in het gastland, (iii) een aanvaarding van risico's door de investeerder, (iv) de verwachting van winst of opbrengsten, en (v) indien vermeld in de preambule van het betrokken verdrag, een bijdrage aan de economische ontwikkeling van het gastland. Het kan in het midden blijven of het scheidsgerecht verplicht was dit autonome concept toe te passen, omdat reeds met de kapitaalstortingen van Devas c.s. en de aanwending daarvan door Devas Multimedia aan deze kenmerken is voldaan: de kapitaalstortingen en de vooruitbetalingen voor de reservering van capaciteit op de satellieten vormen een bijdrage in het gastland, de lease van capaciteit op de satellieten heeft een duur van minstens 12 jaar, aan de investeringen zijn risico's verbonden en de investeringen kunnen een aanzienlijk rendement opleveren, gezien het bedrag dat DT Azië bereid was voor een belang van 20% in Devas Multimedia te betalen. In de preambule van het Verdrag wordt erkend dat investeringen kunnen bijdragen aan de economische ontwikkeling van het gastland, maar wordt een dergelijke bijdrage niet als voorwaarde gesteld. Hoe dan ook valt aan te nemen dat investeringen van deze omvang in telecommunicatie-infrastructuur aan de economische ontwikkeling van India kunnen bijdragen, zodat ook aan het vijfde kenmerk is voldaan. Hoewel de wijze waarop de rechtbank het Verdrag heeft uitgelegd juist is, kan de discussie die India daarover wil voeren onbesproken blijven. Ten overvloede overweegt het hof dat India onvoldoende steekhoudende argumenten heeft aangevoerd waarom het scheidsgerecht in afwijking van de duidelijke bewoordingen van art. 1 Verdrag een binnen de kaders van het ICSID-verdrag ontwikkeld begrip had moeten toepassen (rov. 5.9).
- 2.18 Voor de door India gestelde eis dat eerst na verlening van alle vergunningen, vereist voor de uitvoering van de diensten door Devas Multimedia, van een 'investering' in de zin van het Verdrag kan worden gesproken, bestaat volgens het hof geen enkele grond. Mogelijke onzekerheid over de verlening van een WPC-vergunning of andere noodzakelijke operationele en servicevergunningen, kan hoogstens betekenen dat aan de investering van Devas c.s. bepaalde risico's waren verbonden. Dat kan, zoals het scheidsgerecht terecht heeft aangenomen, een effect hebben op de waarde van de investering die India eventueel zou moeten vergoeden, maar niet betekenen dat in het geheel niet van een investering sprake is. Dat zou anders kunnen zijn indien voor het project van Devas c.s. noodzakelijke vergunningen zouden zijn geweigerd, of op voorhand vast zou staan dat de noodzakelijke vergunningen niet zouden kunnen worden verkregen. Op het moment van het CCS-besluit waren er geen noodzakelijke vergunningen geweigerd en India heeft onvoldoende gesteld om er vanuit te gaan dat zulke vergunningen zouden worden geweigerd. Zij heeft slechts aangevoerd dat met name de verkrijging van een WPC-vergunning een 'extensief proces' zou zijn geweest (rov. 5.10).
- 2.19 Het bewijsaanbod van India, voor zover het betrekking heeft op haar stellingen ten aanzien van de relevante vergunningen, wordt gepasseerd, omdat die stellingen niet van een voldoende onderbouwing zijn voorzien of niet doorslaggevend zijn voor de beoordeling van de vordering in deze vernietigingsprocedure (rov. 5.42).
- 2.20 In het kader van art. 1065 lid 1, onder c, Rv heeft India gesteld dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden door art. 11 lid 3 Verdrag toe te passen op het S-bandspectrum in plaats van op het CCS-besluit. Volgens het hof heeft het scheidsgerecht echter wel degelijk het CCS-besluit tot uitgangspunt genomen (rov. 5.23). Ook het betoog van India dat art. 11 lid 3 Verdrag een dichotoom karakter heeft, kan het hof niet volgen. Het staat vast dat verschillende delen van het S-bandspectrum voor verschillende doeleinden kunnen worden gebruikt. De rechtbank heeft overwogen dat deze mogelijkheid reeds volgt uit het Devas Contract, waarin

Devas Multimedia en Antrix zijn overeengekomen dat 90% van het spectrum kon worden gebruikt voor civiele/commerciële doeleinden en de overige 10% voor strategische/militaire doeleinden. Art. 11 lid 3 Verdrag sluit mogelijk uit dat eenzelfde deel van het S-bandspectrum zowel voor de bescherming van 'essential security interests' als voor andere doeleinden wordt ingezet. In zoverre kan deze bepaling als dichotoom worden gezien. Maar de inzet van een deel van het S-bandspectrum voor de bescherming van 'essential security interests' sluit niet uit dat een ander deel van het S-bandspectrum voor andere doeleinden wordt ingezet. In ieder geval heeft het scheidsgerecht op grond van het dossier die conclusie kunnen trekken (rov. 5.24).

- 2.21 Volgens India is het scheidsgerecht ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden door haar beroep op 'essential security interests' niet terughoudend te toetsen en uiteindelijk zelf te beslissen dat voor de bescherming van 'essential security interests' van India niet het volledige S-bandspectrum nodig was (rov. 5.26) Het hof acht dit bezwaar ongegrond, omdat uit de overwegingen van het scheidsgerecht blijkt dat het een terughoudende toetsingsmaatstaf heeft gehanteerd (rov. 5.25). Het scheidsgerecht heeft zijn oordeel dat voor de bescherming van 'essential security interests' niet het volledige S-bandspectrum nodig was, gebaseerd op het CCS-besluit. Daarbij is het scheidsgerecht uitgegaan van het persbericht van 17 februari 2011, waarin de beslissing tot beëindiging van het Devas Contract gerechtvaardigd is met een verwijzing naar een 'increased demand for allocation of spectrum for national needs, including the needs of defence, para-military forces, railways and other public utility services as well as for societal needs'. Op grond van dat persbericht, waar het scheidsgerecht vanuit moest gaan nu het de enige mededeling is van het CCS-besluit, heeft het scheidsgerecht kunnen vaststellen dat de beslissing tot beëindiging van het Devas Contract niet uitsluitend de bescherming van 'essential security interests' tot doel had (rov. 5.27).
- 2.22 In het kader van art. 1065 lid 1, onder e, Rv (strijd met de openbare orde) heeft India aangevoerd dat de beslissing van het scheidsgerecht om het beroep op 'essential security interests' voor 60% van het S-bandspectrum te honoreren een ontoelaatbare verrassingsbeslissing betreft. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat deze vernietigingsgrond niet kan slagen. India heeft in de arbitrale procedure (ruimschoots) de gelegenheid gekregen om haar standpunt te onderbouwen dat het S-bandspectrum voor 100% nodig was voor de bescherming van 'essential security interests'. Het valt niet in te zien waarom het scheidsgerecht India separaat had moeten horen over zijn voornemen om het beroep van India op art. 11 lid 3 Verdrag voor minder dan 100% van het S-bandspectrum te honoreren. India geeft niet aan welke argumenten zij tegen dat voornemen had kunnen aanvoeren, die zij niet heeft kunnen aanvoeren om het gebruik van het S-bandspectrum voor de bescherming van 'essential security interests' voor 100% te rechtvaardigen. Dit zou anders kunnen zijn als het scheidsgerecht rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat een gebruik van verschillende delen van het S-bandspectrum voor verschillende doeleinden tot problemen zou leiden. Daarmee hoefde het scheidsgerecht echter geen rekening te houden, nu reeds in het Devas Contract was vastgelegd dat 90% van het spectrum zou worden gebruikt voor civiele/commerciële doeleinden en de overige 10% voor strategische/militaire doeleinden (rov. 5.32).
- 2.23 India heeft (tijdig) beroep in cassatie ingesteld tegen het arrest van het hof. Devas c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten, gevolgd door re- en dupliek.
- 2.24 Bij akte van 4 maart 2022 hebben Devas c.s. het geding geschorst op de voet van art. 225 lid 1, onder c, Rv en verklaard dat het geding wordt hervat door CCDM c.s. op de voet van art. 227 lid 1, onder a, Rv.

3 Bespreking van het cassatiemiddel

- 3.1 Het middel bestaat uit een inleiding en drie onderdelen. Onderdelen 1 en 2 zijn gericht tegen rov. 5.8-5.12 van het bestreden arrest, waarin het hof heeft geoordeeld dat het scheidsgerecht op juiste gronden heeft aangenomen dat sprake is van een 'investering' in de zin van het Verdrag, zodat het bevoegd was over de vorderingen van Devas c.s. te oordelen.

- 3.2 Bij de bespreking van het middel stel ik het volgende voorop. Art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO belet dat in cassatie de juistheid wordt onderzocht van oordelen omtrent de uitleg en toepassing van het recht van vreemde staten. Het Verdrag schept rechten en verplichtingen tussen de Verdragsluitende staten India en Mauritius, alsmede rechten voor (rechts)personen uit de ene Verdragsluitende staat tegenover de andere Verdragsluitende staat. Nederland is geen partij bij het Verdrag en is daaraan ook niet anderszins gebonden. Het Verdrag dient daarom te worden aangemerkt als 'het recht van vreemde staten' in de zin van art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO. Hieruit volgt dat oordelen van het hof omtrent de inhoud en uitleg van het Verdrag in cassatie niet op juistheid kunnen worden onderzocht. Voorts kunnen motiveringsklachten over de door het hof aan het Verdrag gegeven uitleg slechts worden beoordeeld voor zover dit mogelijk is zonder daarbij de juistheid van de oordelen van het hof omtrent de inhoud en uitleg van het Verdrag te betrekken.⁵
- 3.3 Onderdeel 1 valt in drie subonderdelen uiteen en betoogt in de kern dat het hof heeft miskend dat het begrip 'investering' een autonome, objectieve betekenis heeft.
- 3.4 Onderdeel 1.1 is gericht tegen rov. 5.8 en rov. 5.9 (slot) van het bestreden arrest. Volgens het onderdeel brengt een autonome, objectieve betekenis van het begrip 'investering' mee dat voldaan moet worden aan de criteria die zijn gesteld in de zaak *Salini Costruttori/Morocco*.⁶ Deze arbitrage werd weliswaar beheerst door het ICSID-verdrag⁷, maar de *Salini*-criteria gelden ook buiten de context van het ICSID-verdrag, zoals dit volgens het onderdeel onder meer volgt uit een aantal arbitrale vonnissen⁸ en uit de conclusie van A-G Szpunar voorafgaand aan het arrest van het HvJEU in de zaak *Moldavië/Komstroy*.⁹ Het onderdeel klaagt dat het hof dit heeft miskend.
- 3.5 Hierover merk ik het volgende op.¹⁰ Het ICSID-verdrag voorziet in een processueel kader voor het beslechten van internationale investeringsgeschillen tussen staten en investeerders. Het ICSID-verdrag bepaalt niet wanneer sprake is van een internationale investering, maar laat dit aan de ICSID-scheidsgerechten die het oordeel daarover zullen baseren op het investeringsverdrag dat aan het geschil ten grondslag ligt, veelal een bilateraal investeringsverdrag (*bilateral investment treaty* (BIT)). ICSID-scheidsgerechten zullen daarnaast toetsen of de investering ook valt binnen het beschermingsbereik van het ICSID-verdrag.¹¹ Indien aan deze 'dubbele' toets is voldaan, is het ICSID-scheidsgerecht bevoegd over het geschil te oordelen.
- 3.6 In *Salini* heeft het ICSID-scheidsgerecht aan de hand van de volgende maatstaf bepaald of sprake was van een 'investering' in de zin van art. 25 lid 1 ICSID-verdrag:
- 'The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (...). In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.
- 'In reality, these various elements may be interdependent. Thus, the risks of the transaction may depend on the contributions and the duration of performance of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here'.¹²
- 3.7 Deze maatstaf – integraal of in aangepaste vorm – is in latere arbitrale rechtspraak op basis van het ICSID-verdrag regelmatig herhaald. Er zijn echter ook ICSID-scheidsgerechten geweest die de *Salini*-criteria (gedeeltelijk) hebben verworpen en/of andere kenmerken in aanmerking hebben genomen.¹³ Met name over de toepasselijkheid van het *Salini*-criterium dat een bijdrage moet worden geleverd aan de economische ontwikkeling van het gastland, lijkt geen consensus te bestaan onder de ICSID-scheidsgerechten.¹⁴ Er zijn ook ICSID-scheidsgerechten geweest die het beschermingsbereik van het toepasselijke BIT doorslaggevend hebben geacht, zodat een zelfstandige toetsing aan art. 25 lid 1 ICSID-verdrag en daarmee aan de *Salini*-criteria achterwege kon blijven.¹⁵
- 3.8 In investeringsarbitrages die niet op basis van het ICSID-verdrag plaatsvinden, wordt de vraag of sprake is van een 'investering' beantwoord aan de hand van (de uitleg van) het investeringsverdrag dat aan het geschil ten grondslag ligt¹⁶ en komt het scheidsgerecht niet toe aan toepassing van de *Salini*-criteria.¹⁷ De uitleg van een dergelijk investeringsverdrag wordt

beheerst door art. 31-33 Weens Verdragenverdrag (hierna: WVV).¹⁸ De hoofdregel luidt dat een verdrag te goeder trouw moet worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag (art. 31 lid 1 WVV).¹⁹ Behalve met de context dient ook rekening te worden gehouden met, onder meer, iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast (art. 31 lid 3, onder c, WVV). In het arrest van de Hoge Raad inzake *Russische Federatie/HVY* is geoordeeld dat niet is gebleken van het bestaan van bronnen waaruit blijkt dat internationaal erkende beginselen van internationaal investeringsrecht bestaan, inhoudend dat elk investeringsverdrag slechts bescherming zou verlenen aan investeringen waarmee een economische bijdrage wordt geleverd aan het gastland, ongeacht of het desbetreffende verdrag een definitie van de term 'investering' bevat.²⁰

- 3.9 Art. 1 lid 1, onder a, Verdrag geeft een omschrijving van het begrip 'investering'. Aan de hand van deze omschrijving heeft het hof in rov. 5.8 beoordeeld of de aandelen van Devas c.s. in Devas Multimedia en de rechten onder het Devas Contract kunnen worden aangemerkt als 'investering' in de zin van het Verdrag. In rov. 5.9 heeft het hof vervolgens overwogen dat met de kapitaalstortingen van Devas c.s. en de aanwending daarvan door Devas Multimedia ook aan de kenmerken van het autonome concept 'investering' – waaronder het hof de *Salini*-criteria heeft begrepen – is voldaan. Het hof heeft uitdrukkelijk in het midden gelaten of het scheidsgerecht verplicht was om dit autonome concept toe te passen. Reeds hierom kan, anders dan het onderdeel betoogt, niet worden gezegd dat het hof heeft miskend dat het begrip 'investering' een autonome, objectieve betekenis heeft.
- 3.10 Indien en voor zover het onderdeel (uitsluitend) is gericht tegen de slotzin van rov. 5.9, geldt dat het hof daarin een overweging ten overvloede heeft gegeven die niet dragend is voor het oordeel van het hof dat het scheidsgerecht op juiste gronden heeft aangenomen dat sprake is van een 'investering' in de zin van het Verdrag.
- 3.11 Onderdeel 1.1 stuit op het voorgaande geheel af.
- 3.12 Onderdeel 1.2 klaagt dat het hof argumenten die bevestigen dat het begrip 'investment' een autonome, objectieve betekenis heeft, niet kenbaar in zijn beoordeling heeft betrokken. Het onderdeel betoogt dat zowel India als Mauritius het erover eens zijn dat het begrip 'investment' een autonome, objectieve betekenis heeft en dat het hof een verdragsuitleg heeft gegeven die afwijkt van de opvatting van beide staten. Deze uitleg is geen uitleg te goeder trouw overeenkomstig het voorwerp en doel van het Verdrag (art. 31 lid 1 en 3, onder b, en art. 32 WVV). Volgens het onderdeel staat de uitleg te goeder trouw in de weg aan een niet-uniforme uitleg van het begrip 'investment' in het Verdrag al naar gelang de keuze van de investeerder voor geschilbeslechting onder het ICSID-verdrag dan wel onder de UNCITRAL-regels. Ook betoogt het onderdeel dat de verschillende bronnen waaruit de brede toepasselijkheid van de *Salini*-criteria blijkt, van belang zijn voor de uitleg van het begrip 'investment' in de zin van het Verdrag. Volgens het onderdeel heeft het hof ook art. 10:2 BW en art. 25 Rv miskend, omdat het hof zelf de rechtsgronden van buitenlands en internationaal recht had moeten aanvullen en van partijen geen onderbouwing had mogen vergen.
- 3.13 Het onderdeel bouwt in de kern voort op onderdeel 1.1 en faalt op dezelfde gronden.
- 3.14 Ten overvloede merk ik nog het volgende op. De arbitrage tussen Devas c.s. en India heeft plaatsgevonden op basis van de UNCITRAL-regels. Het ICSID-verdrag was niet van toepassing, zodat het scheidsgerecht uit dien hoofde niet was gehouden om aan de hand van (een deel van) de *Salini*-criteria of anderszins te beoordelen of sprake was van een 'investering' in de zin van art. 25 lid 1 ICSID-verdrag. Zoals bij de bespreking van onderdeel 1.1 is opgemerkt, heeft de Hoge Raad in het arrest *Russische Federatie/HVY* geoordeeld dat niet is gebleken van het bestaan van bronnen waaruit blijkt dat internationaal erkende beginselen van internationaal investeringsrecht bestaan, inhoudend dat elk investeringsverdrag slechts bescherming zou verlenen aan investeringen waarmee een economische bijdrage wordt geleverd aan het gastland, ongeacht of het verdrag een definitie van het begrip 'investering' bevat. India heeft in cassatie geen bronnen aangevoerd die meebrengen dat van dit oordeel moet worden afgeweken. De door India aangehaalde arbitrale rechtspraak geeft geen blijk van een algemene – dat is een omvangrijke en

vrijwel uniforme – statenpraktijk²¹ met betrekking tot de toepassing van de *Salini*-criteria buiten de context van het ICSID-verdrag. Bovendien hebben de scheidsrechters in de zaken *Romak/Uzbekistan* (inzake de verkoop van tarwe)²² en *Alps Finance/Slovakia* (inzake koop van vorderingen)²³ weliswaar een autonome, objectieve betekenis toegekend aan het begrip ‘investering’ uit het toepasselijke BIT, maar daarbij niet alle *Salini*-criteria in aanmerking genomen. Aan het (vijfde) criterium van een bijdrage aan de economische ontwikkeling van het gastland is in beide gevallen niet getoetst. In de door het ICSID-verdrag beheerste zaak *KT Asia/Kazakhstan* was tussen partijen niet in geschil dat het begrip ‘investering’ in het toepasselijke BIT en in art. 25 lid 1 ICSID-verdrag dezelfde betekenis had.²⁴ Overigens ging ook hier het scheidsrecht voorbij aan het criterium van een bijdrage aan de economische ontwikkeling van het gastland.²⁵

- 3.15 Ook het beroep op het arrest van het HvJEU inzake *Moldavië/Komstroy* kan India niet baten. In deze uitspraak heeft het HvJEU geoordeeld dat een vordering die voortvloeit uit een contract voor de levering van elektriciteit geen ‘investering’ in de zin van het Energiehandvest is.²⁶ Dit oordeel heeft het HvJEU gebaseerd op de toepasselijke verdragsbepalingen en niet op een autonome, objectieve definitie van het begrip ‘investering’. In zijn conclusie voorafgaand aan het arrest van het HvJEU heeft A-G Szpunar in dit verband slechts opgemerkt dat de letterlijke uitleg van deze bepalingen strookt met de gewone betekenis van het begrip ‘investering’. De objectieve definitie van het begrip ‘investering’, die in het kader van het ICSID-verdrag is ontwikkeld, bevat volgens de A-G de belangrijkste aspecten van het begrip ‘investering’ en is in de doctrine vaak herhaald als suggestie voor een algemene definitie van dit begrip.²⁷
- 3.16 De door het onderdeel aangehaalde bronnen kunnen niet aantonen dat, in weerwil van het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *Russische Federatie/HVY*, een beginsel van internationaal gewoonterecht bestaat dat inhoudt dat elk investeringsverdrag slechts bescherming verleent aan investeringen die aan de *Salini*-criteria voldoen, althans waarmee een economische bijdrage wordt geleverd aan het gastland. India erkent ook zelf dat in de arbitrale rechtspraak en literatuur geen consensus bestaat over de vraag of het begrip ‘investering’ objectief of subjectief moet worden uitgelegd, of een objectieve betekenis van het begrip ‘investering’ meebrengt dat aan verschillende voorwaarden moet zijn voldaan en of sprake moet zijn van een bijdrage aan de economie van het gastland.²⁸ Ook is niet gebleken van een dergelijk rechtsbeginsel dat specifiek tussen India en Mauritius van toepassing zou zijn.
- 3.17 Anders dan India voorstaat, is ook niet gebleken van overeenstemming tussen de Verdragsluitende staten over de vraag of het begrip ‘investering’ van art. 1 lid 1, onder a, Verdrag een objectieve, autonome betekenis heeft. Het door India aangehaalde standpunt van Mauritius in een andere arbitrale procedure dat het begrip ‘investering’ een autonome, objectieve betekenis heeft, had betrekking op een ander verdrag. De enkele omstandigheid dat het Verdrag vergelijkbare termen bevat, maakt nog niet dat dat standpunt kan worden beschouwd als de rechtsopvatting van Mauritius over art. 1 lid 1, onder a, Verdrag. Van schending van art. 31 lid 1 WVV is dan ook geen sprake. Evenmin is sprake van miskennis van art. 31 lid 3, onder b, WVV. Art. 31 lid 3, onder b, WVV vereist een later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan. Het is op zichzelf juist dat het begrip ‘gebruik’ ruim moet worden opgevat.²⁹ Het gebruik moet echter plaatsvinden in de toepassing van het verdrag. Dit vereiste duidt op een subjectief verband tussen het gebruik door de betrokken partij(en) en (de nakoming van) het verdrag. Met andere woorden, de betrokken partij(en) moet(en) het gebruik beschouwen als vallende binnen het toepassingsgebied van het verdrag en moeten daarmee uitvoering hebben willen geven aan dat verdrag.³⁰ Bovendien moet het gebruik eenduidig, algemeen en consistent zijn, en geen incident betreffen.³¹ Een eenmalig door Mauritius ingenomen standpunt in een andere arbitrale procedure, over een ander verdrag, voldoet niet aan deze voorwaarden. De door India aangehaalde rechtspraak leidt niet tot een andere conclusie.³²
- 3.18 Het onderdeel betoogt nog dat een niet-uniforme uitleg van het begrip ‘investering’ al naar gelang de investeerder kiest voor geschilbeslechting onder het ICSID-verdrag of de UNCITRAL-regels, ongerijmd en onredelijk is. Dit betoog kan niet worden gevolgd. De Verdragsluitende staten hebben de investeerder kennelijk de keuze willen bieden voor geschilbeslechting onder verschillende regimes, waaronder het ICSID-verdrag en de UNCITRAL-regels. Indien de

investeerder kiest voor geschilbeslechting onder het ICSID-verdrag, dan zal het scheidsgerecht moeten beoordelen of sprake is van een investering in de zin van art. 25 lid 1 ICSID-verdrag én in de zin van art. 1 lid 1, onder a, Verdrag. Indien de investeerder kiest voor geschilbeslechting onder de UNCITRAL-regels, dan beperkt de beoordeling zich tot art. 1 lid 1, onder a, Verdrag. Het is dus niet zo, zoals het onderdeel lijkt te suggereren, dat het begrip 'investering' in het Verdrag niet-uniform wordt uitgelegd al naar gelang de keuze van de investeerder voor geschilbeslechting onder het ICSID-verdrag of de UNCITRAL-regels. Niet valt in te zien waarom deze uitleg ongerijmd en onredelijk zou zijn vanwege het enkele feit dat in het geval van een ICSID-arbitrage ook aan het begrip 'investering' uit art. 25 lid 1 ICSID-verdrag getoetst moet worden. Overigens is het in het geheel niet vanzelfsprekend dat in dat geval de *Salini*-criteria integraal zouden zijn toegepast, aangezien – zoals ik heb besproken – ook onder ICSID-scheidsgerechten geen consensus bestaat over de exacte criteria waaraan een investering in de zin van art. 25 lid 1 ICSID-verdrag moet voldoen.

- 3.19 Nu het bestaan van de *Salini*-criteria als internationaal erkend beginsel van internationaal investeringsrecht niet is komen vast te staan, stuit hierop ook de klacht af dat het hof art. 10:2 BW en art. 25 Rv heeft geschonden.
- 3.20 Onderdeel 1.3 betoogt dat het hof in rov. 5.9 ten onrechte heeft overwogen dat het criterium van een bijdrage aan de economische ontwikkeling van het gastland slechts geldt indien de preambule van het desbetreffende verdrag dit als voorwaarde stelt. Volgens het onderdeel volgt een dergelijke voorwaarde niet uit *Salini* noch uit het ICSID-verdrag of een andere rechtsbron. Ook heeft het hof miskend dat een verdrag moet worden uitgelegd in de context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag, die mede blijken uit de preambule. De preambule van het Verdrag laat geen andere conclusie toe dan dat een bijdrage moet worden geleverd aan de economische ontwikkeling van het gastland, aldus het onderdeel.
- 3.21 In rov. 5.9 heeft het hof overwogen dat in de preambule van het Verdrag wordt erkend dat investeringen kunnen bijdragen aan de economische ontwikkeling van het gastland, maar dat een dergelijke bijdrage niet als voorwaarde wordt gesteld voor de kwalificatie als 'investering' in de zin van het Verdrag. Vervolgens heeft het hof overwogen dat hoe dan ook valt aan te nemen dat investeringen van deze omvang in telecommunicatie-infrastructuur aan de economische ontwikkeling van India kunnen bijdragen, zodat daarmee ook aan het vijfde *Salini*-criterium is voldaan. Het onderdeel is dus gericht tegen een niet zelfstandig dragend oordeel van het hof, zodat het onderdeel faalt.
- 3.22 Onderdeel 2 valt uiteen in vier subonderdelen en is gericht tegen rov. 5.8-5.12 van het bestreden arrest. Het onderdeel heeft specifiek betrekking op de wijze waarop het hof de *Salini*-criteria heeft toegepast.
- 3.23 Onderdeel 2.1 is gericht tegen rov. 5.9, waarin het hof heeft overwogen dat hoe dan ook valt aan te nemen dat investeringen van deze omvang in de telecommunicatie-infrastructuur aan de economische ontwikkeling van India kunnen bijdragen. Het onderdeel klaagt dat het hof de betekenis heeft miskend dat het vijfde *Salini*-criterium vereist dat daadwerkelijk een bijdrage aan de economische ontwikkeling van het gastland wordt geleverd of zal worden geleverd.
- 3.24 Voor zover dit onderdeel voortbouwt op de voorafgaande onderdelen en met name op onderdeel 1.3, faalt het om dezelfde reden. Voor het overige merk ik het volgende op. Het vereiste dat een bijdrage aan de economische ontwikkeling van het gastland wordt geleverd of zal worden geleverd, is het meest controversiële criterium van de *Salini*-criteria en wordt niet consequent door ICSID-scheidsgerechten toegepast. Uit de *Salini*-uitspraak zelf kan worden afgeleid dat de criteria met elkaar samenhangen ('interdependent') en globaal ('globally') moeten worden beoordeeld.³³ Het scheidsgerecht heeft in de *Salini*-uitspraak over de vraag of de investering een bijdrage levert aan de economische ontwikkeling van Marokko het volgende overwogen:
- '(...) the contribution of the contract to the economic development of the Moroccan State cannot seriously be questioned. In most countries, the construction of infrastructure falls under the tasks to be carried out by the State or by other public authorities. It cannot be seriously contested that the highway in question shall serve the public interest. Finally, the Italian companies were also able to provide the host State of the investment with know-how in relation to the work to be

accomplished'.³⁴

3.25 Uit deze overweging blijkt niet dat het scheidsgerecht heeft onderzocht en vastgesteld dat de investering daadwerkelijk een bijdrage aan de economische ontwikkeling van Marokko heeft geleverd. In plaats daarvan lijkt het scheidsgerecht de bijdrage te vooronderstellen, gezien de aard van de investering ('the highway') en de sector waarin deze heeft plaatsgevonden ('construction of infrastructure'), en te concluderen dat deze zich niet laat betwisten.³⁵

3.26 In navolging van *Salini* hebben ook andere ICSID-scheidsgerechten overwogen dat het criterium in samenhang dient te worden gezien met de andere criteria en als zodanig zelfstandige betekenis mist, en dat de bijdrage aan de economische ontwikkeling van het gastland moet worden voorondersteld indien aan de overige criteria is voldaan, niet in de laatste plaats omdat het zeer moeilijk, zo niet onmogelijk, is om te bepalen of een bijdrage aan de economische ontwikkeling van het gastland is geleverd of zal worden geleverd. Ter illustratie wijs ik op de volgende zaken.³⁶

3.27 In de zaak *Phoenix Action/Czech Republic* heeft het scheidsgerecht overwogen dat:

'(...) the contribution of an international investment to the development of the host State is impossible to ascertain – the more so as there are highly diverging views on what constitutes "development". A less ambitious approach should therefore be adopted, centered on the contribution of an international investment to the economy of the host State, which is indeed normally inherent in the mere concept of investment as shaped by the elements of contribution/duration/risk, and should therefore in principle be presumed. (...) Nevertheless, depending on the circumstances, this presumption can be reversed, as is illustrated in this Award. If the investor carries out no economic activity, which is the goal of the encouragement of the flow of international investment, the operation, although possibly involving a contribution, a duration and some taking of risk will not qualify as a protected investment, as it does not satisfy the purpose of the ICSID Convention'.³⁷

3.28 In de zaak *L.E.S.I. - DIPENTA/Algeria* heeft het scheidsgerecht overwogen dat:

'Il ne paraît en revanche pas nécessaire qu'il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus'.³⁸

3.29 Zo ook het scheidsgerecht in de zaak *RSM/RCA*:

'Cependant, comme indiqué précédemment, le Tribunal souhaite apporter certaines inflexions aux critères Salini, car il estime qu'en réalité le critère de la contribution au développement est trop subjectif et qu'il doit être remplacé par le critère de la contribution à l'économie, lui-même considéré comme présumé inclus dans les trois autres critères. Le Tribunal suit en cela d'autres tribunaux qui ont manifesté leur scepticisme à l'égard de ce quatrième critère (...)'.³⁹

3.30 Hierbij moet worden bedacht dat ook investeringen die zijn mislukt of zullen mislukken in beginsel bescherming genieten onder het ICSID-verdrag. Het peilmoment van de kwalificatie is immers het moment waarop de investering wordt gedaan.⁴⁰ De omstandigheid dat een investering geen succes heeft gehad, kan natuurlijk wel een rol spelen bij de inhoudelijke beoordeling van het geschil, zoals het bepalen van de omvang van de schadevergoeding, maar staat niet aan rechtsmacht van het scheidsgerecht in de weg.⁴¹

3.31 Uit de door India in de schriftelijke toelichting (onder 2.6.4) aangehaalde bronnen volgt niet dat het scheidsgerecht, ter bepaling van zijn rechtsmacht, gehouden is te onderzoeken of de investering daadwerkelijk een bijdrage aan de economische ontwikkeling van het gastland levert of zal leveren.⁴² Uit de door India genoemde arbitrale rechtspraak blijkt dat (een aantal van) deze scheidsgerechten dit *Salini*-criterium hebben toegepast.⁴³ In de zaken *Jan de Nul/Egypt*⁴⁴ en *Helnan International Hotels/Egypt*⁴⁵ was de benadering van de scheidsgerechten echter vergelijkbaar met die van het scheidsgerecht in *Salini*. Slechts in de zaak *Malaysian Historical Salvors/Malaysia*⁴⁶ heeft de arbiter uitgebreid geanalyseerd of sprake was van een significante bijdrage aan de economische ontwikkeling van het gastland, juist omdat niet (op het eerste gezicht) aan de overige *Salini*-criteria leek te zijn voldaan.⁴⁷

3.32 Uit een aantal andere door India genoemde zaken volgt juist de andere lijn die ik hiervoor heb

besproken.⁴⁸ Zo heeft het scheidsgerecht in de zaak *Bayindir/Pakistan*, onder verwijzing naar het reeds aangehaalde arbitraal vonnis uit *L.E.S.I. - DIPENTA/Algeria*, overwogen dat:

'(...) In other words, investment should be significant to the State's development. As stated by the tribunal in *L.E.S.I.*, often this condition is already included in the three classical conditions set out in the 'Salini test'. In any event, in the present case, Pakistan did not challenge the numerous declarations of its own authorities emphasizing the importance of the road infrastructure for the development of the country'.⁴⁹

3.33 In de zaak *Patrick Mitchell/Congo* heeft het ad hoc Comité (art. 52 ICSID-verdrag) in de vernietigingsprocedure overwogen dat:

'The ad hoc Committee wishes nevertheless to specify that, in its view, the existence of a contribution to the economic development of the host State as an essential – although not sufficient – characteristic or unquestionable criterion of the investment, does not mean that this contribution must always be sizeable or successful; and, of course, ICSID tribunals do not have to evaluate the real contribution of the operation in question. It suffices for the operation to contribute in one way or another to the economic development of the host State, and this concept of economic development is, in any event, extremely broad but also variable depending on the case'.⁵⁰

3.34 Uit het voorgaande volgt dat het hof mocht volstaan met het oordeel dat investeringen van deze omvang in telecommunicatie-infrastructuur aan de economische ontwikkeling van India kunnen bijdragen, zodat het onderdeel faalt.

3.35 Onderdeel 2.2 betoogt dat het hof heeft miskend dat volgens regels van volkenrecht niet met iedere betaling van gelden een bijdrage wordt geleverd aan de economische ontwikkeling van het gastland en aan de *Salini*-criteria is voldaan. Subsidiair betoogt het onderdeel dat een nadere motivering ontbreekt waaruit kan worden opgemaakt waarom de betalingen in dit geval een bijdrage hebben geleverd of zouden kunnen leveren aan de economische ontwikkeling in India.

3.36 Het onderdeel bouwt voort op onderdeel 2.1 en faalt om dezelfde reden. Blijkens rov. 5.9 heeft het hof niet alleen de omvang van de kapitaalstortingen en vooruitbetalingen van belang geacht, maar ook de aard van de sector waarin de investeringen zijn gedaan, namelijk in telecommunicatie-infrastructuur. Het hof heeft het recht niet miskend door op basis van deze gegevens een bijdrage aan de economische ontwikkeling van India te vooronderstellen.

3.37 Ten overvloede merk ik op dat India in de schriftelijke toelichting (onder 2.7.10) melding heeft gemaakt van twee uitspraken van de bevoegde rechters in India, waaruit zou blijken dat sprake was van fraude ten tijde van de oprichting van Devas Multimedia en het sluiten van het Devas Contract en dat de investeringen van Devas c.s. direct weer het land hebben verlaten. Volgens India maken deze uitspraken duidelijk dat het hof niet mocht volstaan met de overweging dat hoe dan ook valt aan te nemen dat investeringen van deze omvang in telecommunicatie-infrastructuur aan de economische ontwikkeling van India kunnen bijdragen. In dit verband heeft India in haar repliek (onder 1.1-1.3) ook verwezen naar een uitspraak van het Hooggerechtshof van India van 17 januari 2022. Zoals India ook zelf constateert, betreffen deze uitspraken een feitelijk novum, waarop in cassatie geen acht kan worden geslagen (art. 419 lid 2 Rv).⁵¹

3.38 Onderdeel 2.3 houdt verband met de stelling van India dat niet is voldaan aan de *Salini*-criteria, omdat hooguit sprake was van een 'pre-investment'. Hiermee doelt India op een voorbereidingsfase waarin de benodigde vergunningen ontbraken, onzeker was of deze vergunningen in de toekomst zouden worden verkregen en de dienstverlening nog (lang) niet was uitgerold. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat sprake kan zijn van betalingen in een voorbereidingsfase die op zichzelf niet voldoen aan de *Salini*-criteria. Het oordeel van het hof in rov. 5.8 dat van een 'pre-investment' geen sprake was 'aangezien door Devas c.s. daadwerkelijke investeringen zijn gedaan in de zin van het Verdrag', is onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, (mede) omdat het hof niet kenbaar of voldoende begrijpelijk heeft gereageerd op deze stelling van India, aldus het onderdeel.

3.39 Het onderdeel berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest. In rov. 5.8 heeft het hof geoordeeld dat de aandelen van Devas c.s. in Devas Multimedia en de indirecte eigendom van een

aantal 'assets', zoals de rechten onder het Devas Contract, kwalificeren als een 'investering' in de zin van art. 1 lid 1, onder a, Verdrag. In dit verband heeft het hof overwogen dat de annulering van het Devas Contract zonder meer implicaties had voor het gehele project, maar dat dit niet afdoet aan het op basis van het Verdrag vastgestelde karakter van de investeringen. Het betoog van India dat slechts sprake is van een 'pre-investment' laat het hof (ook) hierop afstuiten, aangezien door Devas c.s. daadwerkelijke investeringen zijn gedaan in de zin van het Verdrag. Vervolgens heeft het hof in rov. 5.9 de *Salini*-criteria toegepast en geoordeeld dat reeds met de kapitaalstortingen van Devas c.s. en de aanwending daarvan door Devas Multimedia aan die criteria is voldaan. In rov. 5.10 heeft het hof de stelling van India verworpen dat eerst na verlening van alle vergunningen, vereist voor de uitvoering van de telecommunicatiediensten door Devas Multimedia, van een 'investering' in de zin van het Verdrag kan worden gesproken. Het hof heeft daartoe overwogen dat mogelijke onzekerheid over de verlening van vergunningen hoogstens kan betekenen dat aan de investering van Devas c.s. bepaalde risico's waren verbonden, die een effect zouden kunnen hebben op de waarde van de investering, maar niet maakt dat in het geheel niet van een investering sprake zou zijn.

- 3.40 Uit deze overwegingen blijkt dat het hof de stelling van India dat slechts sprake was van een niet-beschermde 'pre-investment' heeft laten afstuiten op zijn vaststelling dat de aandelen van Devas c.s. in Devas Multimedia en de indirecte eigendom van de rechten onder het Devas Contract kwalificeren als een 'investering' in de zin van art. 1 lid 1, onder a, Verdrag. Dit betreft immers het 'vastgestelde karakter van de investeringen'. Het is dus niet zo – zoals het onderdeel betoogt – dat het hof heeft volstaan met het oordeel dat 'door Devas c.s. daadwerkelijke investeringen zijn gedaan in de zin van het Verdrag'. Bovendien heeft het hof in rov. 5.10 geoordeeld dat de onzekerheid omtrent de noodzakelijke vergunningen niet afdoet aan de kwalificatie als 'investering' onder het Verdrag. Verder heeft het hof blijk gegeven van de mogelijkheid dat de investeringen door Devas c.s. niet aan de *Salini*-criteria voldoen en slechts een 'pre-investment' betreffen, door uitdrukkelijk te toetsen aan de *Salini*-criteria in rov. 5.9. Hieruit volgt dat niet kan worden gezegd dat het hof heeft miskend dat sprake kan zijn van betalingen in een voorbereidingsfase die niet aan de *Salini*-criteria voldoen, noch dat het oordeel van het hof dat hiervan geen sprake is, onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd. Het onderdeel stuit hierop af.
- 3.41 Ik merk nog op dat de vraag of 'betalingen in de voorbereidingsfase' kunnen worden aangemerkt als een beschermde 'investering' in de zin van het Verdrag, een vraag is die door uitleg en toepassing van het Verdrag moet worden beantwoord. Deze vraag onttrekt zich aan toetsing in cassatie, gelet op het bepaalde in art. 79 lid 1, onder b, RO. Niet is gebleken dat de *Salini*-criteria specifiek zouden meebrengen dat afzonderlijk moet worden getoetst of geen sprake is van een 'pre-investment'. Dit volgt in ieder geval niet uit de door India aangehaalde arbitrale rechtspraak.⁵² In die rechtspraak is juist aan de hand van het toepasselijke investeringsverdrag bepaald of sprake is van een beschermde investering, zonder verwijzing naar de *Salini*-criteria.⁵³ Bovendien lagen de feiten in die rechtspraak beduidend anders dan in de zaak die thans in cassatie aan de orde is.⁵⁴
- 3.42 Onderdeel 2.4 is gericht tegen rov. 5.10, waarin het hof heeft overwogen dat het India niet volgt in haar stelling dat eerst na verlening van alle vergunningen die vereist zijn voor de uitvoering van het project van Devas c.s., van een 'investering' in de zin van het Verdrag kan worden gesproken. Het hof heeft geoordeeld dat India onvoldoende heeft gesteld om er vanuit te gaan dat de noodzakelijke vergunningen zouden worden geweigerd en slechts heeft aangevoerd dat met name de verkrijging van de WPC-vergunning een 'extensief proces' zou zijn geweest. Het hof heeft in rov. 5.42 het bewijsaanbod van India op dit punt als onvoldoende onderbouwd en irrelevant gepasseerd. Het onderdeel klaagt dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is, althans onvoldoende gemotiveerd, gelet op de stellingen van India dat: (i) de benodigde vergunningen niet meer zouden worden verleend nadat het CCS-besluit was genomen; en (ii) het voordien ook al zeer onwaarschijnlijk was dat de vergunningen zouden worden verleend. Verder meent het onderdeel dat het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting over het recht van partijen om bewijs te leveren door middel van getuigen (art. 166 Rv). India heeft voldoende gemotiveerd gesteld dat de noodzakelijke vergunningen zouden zijn of worden geweigerd en hiervan specifiek en concreet bewijs aangeboden, aldus het onderdeel.

3.43 In de feitelijke instanties heeft India betoogd dat de WPC-vergunning niet was verleend en na het CCS-besluit ook niet meer zou kunnen worden verleend.⁵⁵ Verder heeft India bepleit dat de WPC-vergunning 'in werkelijkheid (bepaald) geen zekerheid was'⁵⁶ en dat 'het ging om een extensief proces, waarbij nog van alles mis kon gaan'.⁵⁷ In hoger beroep heeft India bewijs aangeboden van deze stellingen.⁵⁸ In dit verband heeft India nog toegelicht dat voor de verlening van een WPC-vergunning een beleidswijziging nodig zou zijn geweest, zodat de verkrijging 'een zeer complexe aangelegenheid zou zijn geweest'.⁵⁹ De door het onderdeel bestreden overwegingen zijn in het licht van hetgeen India heeft aangevoerd niet onbegrijpelijk, noch onvoldoende gemotiveerd. Deze overwegingen volgen op hetgeen het hof in de derde volzin van rov. 5.10 heeft overwogen, namelijk dat mogelijke onzekerheid over de verlening van de noodzakelijke operationele en servicevergunningen hoogstens kan betekenen dat aan de investering van Devas c.s. bepaalde risico's waren verbonden. Hiermee heeft het hof de stelling van India verworpen dat eerst na verlening van alle vergunningen, vereist voor de uitvoering van de diensten van Devas c.s., van een 'investering' in de zin van het Verdrag kan worden gesproken. Enige onzekerheid omtrent het verkrijgen van de noodzakelijke vergunningen kan volgens het hof dus niet afdoen aan de kwalificatie als 'investering' in de zin van het Verdrag. Dit zou alleen anders kunnen zijn indien de noodzakelijke vergunningen zouden zijn geweigerd of in het geval dat op voorhand vast zou staan dat de noodzakelijke vergunningen niet zouden kunnen worden verkregen. Uit de stellingen van India blijkt niet dat een van deze uitzonderingen zich heeft voorgedaan. Dat de noodzakelijke vergunningen niet meer zouden worden verleend nadat het CCS-besluit was genomen, maakt nog niet dat de vergunningen (voordien) zouden zijn geweigerd. Het hof heeft daartoe – onbestreden – vastgesteld dat op het moment dat India het Devas Contract vernietigde, de noodzakelijke vergunningen niet waren geweigerd. Ook de omstandigheid dat het 'zeer onwaarschijnlijk' was dat de vergunningen zouden worden verleend, maakt nog niet dat op voorhand vast zou staan dat de vergunningen niet zouden kunnen worden verkregen. Nu de stellingen van India niet tot een andere uitkomst hadden kunnen leiden over de kwalificatie van de investeringen van Devas c.s., behoefde het hof deze stellingen ook niet expliciet in zijn beoordeling te betrekken en mocht het volstaan met de samenvatting van de stellingen van India dat met name de verkrijging van de WPC-vergunning een 'extensief proces' zou zijn geweest.

3.44 Over de klacht dat het hof art. 166 Rv heeft geschonden, merk ik het volgende op. Op grond van art. 166 lid 1 Rv (jo. art. 353 lid 1 Rv) moet ook in hoger beroep een partij tot getuigenbewijs worden toegelaten indien zij voldoende specifiek bewijs aanbiedt van feiten of omstandigheden die betwist zijn en tot beslissing van de zaak kunnen leiden.⁶⁰ Een bewijsaanbod is relevant als de te bewijzen aangeboden feiten van invloed kunnen zijn op het oordeel van de rechter over een grondslag van een vordering of verweer.⁶¹ Daarentegen is een bewijsaanbod niet relevant als niet aan de stelplicht is voldaan ten aanzien van de stellingen waarop het bewijsaanbod betrekking heeft.⁶² Bij de beoordeling van de relevantie van een bewijsaanbod mogen geen onredelijke of oneigenlijke eisen aan de stelplicht worden gesteld.⁶³

3.45 Het hof heeft het bewijsaanbod van India, voor zover het betrekking heeft op haar stellingen over de relevante vergunningen, gepasseerd, omdat uit hetgeen het hof hiervoor heeft overwogen volgt dat die stellingen (i) niet van een voldoende onderbouwing zijn voorzien of (ii) niet doorslaggevend zijn voor de beoordeling van de vordering in deze vernietigingsprocedure (rov. 5.42). Nu het oordeel van het hof dat India niet aan haar stelplicht heeft voldaan, stand houdt, getuigt het passeren van het bewijsaanbod niet van een onjuiste rechtsopvatting over art. 166 Rv. Met de tweede grond (ii) heeft het hof kennelijk willen verwijzen naar rov. 5.10 waarin is overwogen dat sprake zou kunnen zijn van een 'investering' in de zin van het Verdrag indien de noodzakelijke vergunningen zouden zijn geweigerd, of op voorhand vast zou staan dat de noodzakelijke vergunningen niet zouden kunnen worden verkregen. De stellingen van India hebben geen betrekking op deze uitzonderingen, zodat het passeren van het bewijsaanbod niet onverenigbaar is met hetgeen het hof relevant heeft geacht voor zijn oordeel dat de investeringen van Devas c.s. kwalificeren als 'investering' in de zin van het Verdrag, en daarmee de beslissing in de vernietigingsprocedure. Onderdeel 2.4 faalt daarom in zijn geheel.

3.46 Onderdeel 3 valt in twee subonderdelen uiteen en heeft betrekking op de toepassing van art. 11

lid 3 Verdrag en de beslissing van het scheidsgerecht dat niet meer dan 60% van het S-bandspectrum bestemd is voor de bescherming van 'essential security interests'.

- 3.47 Onderdeel 3.1 is gericht tegen rov. 5.23-5.30, waarin het hof heeft geoordeeld dat het scheidsgerecht zich aan zijn opdracht heeft gehouden bij de toepassing van art. 11 lid 3 Verdrag. Het onderdeel bevat drie klachten.
- 3.48 De eerste klacht (onder 3.1 onder a) heeft betrekking op rov. 5.24, waarin het hof heeft geoordeeld dat het scheidsgerecht op grond van het dossier de conclusie heeft kunnen trekken dat de inzet van een deel van het S-bandspectrum voor de bescherming van 'essential security interests' niet uitsluit dat een ander deel van het S-bandspectrum voor andere doeleinden wordt ingezet. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd, omdat het hof ten onrechte art. 11 lid 3 Verdrag heeft toegepast op het S-bandspectrum in plaats van op het CCS-besluit, na eerder – in rov. 5.23 – te hebben geoordeeld dat het scheidsgerecht wel degelijk het CCS-besluit tot uitgangspunt heeft genomen. Het hof heeft ook onvoldoende begrijpelijk gereageerd op het standpunt van India dat het CCS-besluit óf wel, óf niet wordt gerechtvaardigd door 'essential security interests', door zijn oordeel slechts te baseren op de technische mogelijkheid om het S-bandspectrum gedeeltelijk voor 'essential security interests' te gebruiken, aldus het onderdeel.
- 3.49 In rov. 5.23 heeft het hof geoordeeld dat het scheidsgerecht het CCS-besluit tot uitgangspunt heeft genomen bij de beoordeling of art. 11 lid 3 Verdrag van toepassing is. Tegen dit oordeel zijn in cassatie geen klachten gericht. In rov. 5.24 gaat het hof in op het betoog van India dat art. 11 lid 3 een dichotoom karakter heeft. Het hof heeft overwogen dit betoog niet te kunnen volgen, omdat vaststaat dat verschillende delen van het S-bandspectrum voor verschillende doeleinden kunnen worden gebruikt. Het hof heeft in dit verband verwezen naar de – in hoger beroep onbestreden – overweging van de rechtbank dat deze mogelijkheid reeds volgt uit het Devas Contract, waarin Devas Multimedia en Antrix zijn overeengekomen dat 90% van het spectrum kon worden gebruikt voor civiele/commerciële doeleinden en de overige 10% voor strategische/militaire doeleinden.⁶⁴ Volgens het hof is art. 11 lid 3 Verdrag in zoverre dichotoom dat eenzelfde deel van het S-bandspectrum niet zowel voor de bescherming van 'essential security interests' als voor andere doeleinden kan worden ingezet. De inzet van een deel van het S-bandspectrum voor de bescherming van 'essential security interests' sluit echter niet uit dat een ander deel van het S-bandspectrum voor andere doeleinden wordt ingezet. In ieder geval heeft het scheidsgerecht op grond van het dossier die conclusie kunnen trekken, aldus het hof in rov. 5.24. Voor de volledigheid merk ik op dat het hof in rov. 5.30 heeft overwogen dat het scheidsgerecht zijn oordeel dat maximaal 60% van het S-bandspectrum bestemd is voor de bescherming van 'essential security interests' heeft gebaseerd op het aan hem voorgelegde bewijs en het gegeven dat India reeds in het Devas Contract 10% van het beschikbare spectrum voor zichzelf had gereserveerd (zie ook rov. 5.27). Ook deze overweging is in cassatie onbestreden.
- 3.50 Het hof heeft zodoende art. 11 lid 3 Verdrag niet zelf toegepast op het S-bandspectrum, maar getoetst of het scheidsgerecht zich aan zijn opdracht heeft gehouden door art. 11 lid 3 Verdrag toe te passen zoals het heeft gedaan. Het oordeel van het hof in rov. 5.24 – al dan niet in samenhang gezien met rov. 5.23 – is dan ook niet onbegrijpelijk, noch ontoereikend gemotiveerd. Dat het scheidsgerecht het CCS-besluit tot uitgangspunt heeft genomen, laat immers onverlet dat het scheidsgerecht op basis van het dossier de conclusie heeft kunnen trekken dat de inzet van een deel van het S-bandspectrum voor de bescherming van 'essential security interests' niet uitsluit dat een ander deel van het S-bandspectrum voor andere doeleinden wordt ingezet. Voorts blijkt uit rov. 5.24 dat het hof het betoog van India dat art. 11 lid 3 Verdrag een dichotoom karakter heeft, uitdrukkelijk in aanmerking heeft genomen, maar heeft verworpen. De redenen waarom het hof dit betoog niet heeft gevolgd, zijn niet onbegrijpelijk, noch ontoereikend gemotiveerd. De reactie van het hof bestaat bovendien uit meer dan 'het oordeel dat het technisch mogelijk is het S-bandspectrum gedeeltelijk voor 'essential security interests' te gebruiken', zoals het onderdeel de overwegingen van het hof heeft samengevat. De klacht faalt dus.
- 3.51 De tweede klacht (onder 3.1 onder b) betoogt dat het oordeel van het hof in rov. 5.24 rehtens

onjuist is, althans onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het hof heeft de uitlegmaatstaf van art. 31 lid 1 en 3, onder c, en art. 32 WVV miskend door het betoog van India dat art. 11 lid 3 Verdrag een dichotoom karakter heeft en de rechtsbronnen die dit betoog ondersteunen, onbesproken te laten. Volgens de klacht kan een uitleg van art. 11 lid 3 Verdrag, die geen precedënten kent in arbitrale vonnissen of literatuur, niet als een uitleg te goeder trouw worden beschouwd.

- 3.52 Deze klacht bouwt op de voorafgaande klacht voort en deelt het lot daarvan. Overigens heeft het hof wel degelijk het betoog van India beoordeeld dat art. 11 lid 3 Verdrag een dichotoom karakter heeft, zodat de klacht in zoverre feitelijke grondslag mist. Ook miskent de klacht dat het hof was gehouden om te beoordelen of het Arbitraal Deelvonnis moet worden vernietigd wegens schending van de opdracht door het scheidsgerecht, waarbij een terughoudende opstelling is aangewezen.⁶⁵ Het hof heeft in rov. 5.24 geoordeeld dat in ieder geval het scheidsgerecht op grond van het dossier de conclusie heeft kunnen trekken dat de inzet van een deel van het S-bandspectrum voor de bescherming van 'essential security interests' niet uitsluit dat een ander deel van het S-bandspectrum voor andere doeleinden wordt ingezet. Het hof is aan uitleg van art. 11 lid 3 Verdrag aldus niet toegekomen, noch was het daartoe gehouden.⁶⁶ Gelet op art. 79 lid 1, onder b, RO kan bovendien de vraag of art. 11 lid 3 Verdrag een dichotoom karakter heeft, in cassatie niet worden beantwoord.
- 3.53 Ten overvloede merk ik nog het volgende op. Uit de door India aangehaalde rechtsbronnen blijkt voorts niet van het bestaan van een internationaal erkend rechtsbeginsel van investeringsrecht in de zin van art. 31 lid 3, onder c, WVV dat inhoudt dat iedere 'essential security interests'-bepaling een dichotoom karakter heeft, in de zin dat maatregelen die verschillende doeleinden hebben en slechts ten dele zijn gericht op de bescherming van 'essential security interests' ook meebrengen dat aansprakelijkheid van het gastland voor die maatregelen onder het toepasselijke investeringsverdrag in het geheel is uitgesloten. De door India aangehaalde arbitrale rechtspraak⁶⁷ ziet uitsluitend op toepassing van hetzelfde BIT⁶⁸ tegen dezelfde feitelijke achtergrond, namelijk de economische crisis in Argentinië van 1998-2002. Deze rechtspraak geeft geen blijk van een algemene – omvangrijke en uniforme – statenpraktijk omtrent 'essential security interests'-bepalingen, waarbij de rechtsovertuiging geldt dat deze praktijk door het internationaal recht wordt vereist. Bovendien blijkt uit deze rechtspraak niet dat maatregelen die verschillende doeleinden hebben en slechts ten dele zijn gericht op de bescherming van 'essential security interests' ook meebrengen dat aansprakelijkheid van het gastland voor die maatregelen onder het toepasselijke investeringsverdrag in het geheel is uitgesloten.
- 3.54 India heeft haar betoog ook doen steunen op de dissenting opinion van arbiter D.R. Haigh⁶⁹, waarin zou zijn betoogd dat geen juridische grondslag bestaat voor een proportionele toepassing van 'essential security interests'-bepalingen.⁷⁰ Haigh kon zich niet vinden in het oordeel van het scheidsgerecht dat niet meer dan 60% van het S-bandspectrum bestemd is voor de bescherming van 'essential security interests', omdat hij op basis van het beschikbare bewijs tot het oordeel was gekomen dat het CCS-besluit geen beslissing inhield over het doel waarvoor het S-bandspectrum aan commercieel gebruik zou worden onttrokken, zodat art. 11 lid 3 Verdrag in het geheel niet van toepassing zou zijn.⁷¹ Uit de context van de door India opgenomen citaten blijkt voorts dat het door Haigh geconstateerde gebrek aan juridische grondslag met name, althans mede, zag op de toepassing van art. 11 lid 3 Verdrag op zich. Ter illustratie verwijs ik naar de volgende passages, die India in haar cassatiestukken enigszins selectief heeft geciteerd:
- '109. Finally, my colleagues have made a determination that
- ... a reasonable allocation of spectrum directed to the protection of the Respondent's essential security interests would not exceed 60% of the S-band spectrum, the remaining 40 % being allocated for other public interest purposes and being subject to the expropriation conditions under Article 6 of the Treaty. (Award ¶ 373).
- I disagree with this determination [par. 373 Award; A-G]. For all the reasons I have already described, above, there was no "allocation of spectrum" in 2011, nor for many years afterwards. Regardless of what interests the CCS may have broadly alluded to in the press release language adopted from the Note prepared by Dr. Radhakrishnan and Mr. Balachandran, the CCS made no determination whatsoever concerning the S-band spectrum, other than to take it away from Devas

and Antrix, thereby creating the legal conditions to invoke the termination and force majeure provisions of the Devas Agreement. I do not accept that there was any purported allocation of the S-band spectrum, as my colleagues seek to do, whether 60% or any other percentage. There is simply no legal basis for such a finding and certainly no evidence to support any such conclusion. Moreover, I am compelled to add that the parties have not addressed us on any such apportionment in their submissions.

110. For the reasons I have expressed and based on a fair reading of both the Treaty provision and the evidence in our case, I would find that the defence pleaded by the Respondent pursuant to Article 11(3) has not been made out. (...).

111. The CCS did not make any decision as to how to allocate the spectrum that it had taken and which was now about-to-be available for India's use. The decision on that allocation was left for the reconstituted ICC and, later, its sub-committee. In these circumstances, the taking of the S-band spectrum was simply an expropriation for a public purpose, which should be evaluated under Article 6 of the Treaty. That would require India to pay "fair and equitable compensation" to the investors in this case for the whole of what was taken and not some other unsupportable percentage.

112. With great respect, I disagree with my colleagues' determination by which they have assessed and apportioned percentages to reflect what they say are "reasonable" allocations of spectrum directed to "essential security interests" and "other public interest purposes". (Award ¶ 373). I most respectfully disagree with their conclusion. In my opinion, there is no evidentiary or legal basis for such a determination in this case.'

- 3.55 Ook uit de door India aangehaalde literatuur blijkt niet ondubbelzinnig dat iedere 'essential security interests'-bepaling een dichotoom karakter heeft, in de zin zoals door India voorgesteld. Daaruit volgt slechts meer algemeen dat, indien de desbetreffende maatregel valt onder de 'essential security interests'-bepaling, toepassing van (een deel van) de materiële bepalingen van het investeringsverdrag op die maatregel is uitgesloten.⁷² Of een maatregel valt onder een 'essential security interests'-bepaling wordt bepaald door de daarin genoemde doeleinden en het verband tussen deze doeleinden en de maatregel.⁷³ Daarmee is niet gegeven dat een maatregel waarvan vaststaat dat die verschillende doeleinden heeft en slechts ten dele is gericht op de bescherming van 'essential security interests' in alle gevallen dient te leiden tot het buiten toepassing laten van de materiële bepalingen van het investeringsverdrag. Een dergelijke regel volgt niet uit de door India aangehaalde literatuur.⁷⁴
- 3.56 De derde klacht (onder 3.1 onder c) ziet op rov. 5.25-5.27, waarin het hof het bezwaar van India heeft verworpen dat het scheidsgerecht het beroep van India op art. 11 lid 3 Verdrag niet terughoudend heeft getoetst. De klacht betoogt dat India aan dit bezwaar (mede) ten grondslag heeft gelegd dat het scheidsgerecht het S-bandspectrum naar redelijkheid heeft gealloceerd en tot het oordeel is gekomen dat niet meer dan 60% van het S-bandspectrum nodig zou zijn voor 'essential security interests', hetgeen duidt op een volle, in plaats van een terughoudende, toetsing door het scheidsgerecht. Door in rov. 5.26 te overwegen dat India heeft gesteld dat het scheidsgerecht niet een terughoudende toetsingsmaatstaf heeft aangelegd doordat het uiteindelijk zelf heeft beslist dat voor de bescherming van 'essential security interests' niet het volledige S-bandspectrum nodig was, heeft het hof een onbegrijpelijke uitleg gegeven aan de stellingen van India, aldus de klacht.
- 3.57 In de memorie van grieven⁷⁵ heeft India ter onderbouwing van haar betoog dat het scheidsgerecht het beroep op art. 11 lid 3 Verdrag niet terughoudend heeft getoetst, aangevoerd dat het scheidsgerecht op de stoel van India is gaan zitten, terwijl de gedachte achter de terughoudende toets is dat wordt voorkomen dat een internationaal scheidsgerecht zich uitlaat over de nationale veiligheid van een staat. Het scheidsgerecht heeft een schatting naar redelijkheid gemaakt van het percentage voor welk deel de ontbindingsbeslissing van India was gericht op de bescherming van 'essential security interests', te weten niet meer dan 60%. Dit strookt niet met het dichotome karakter van art. 11 lid 3 Verdrag en de omstandigheid dat achteraf is gebleken dat het S-bandspectrum volledig wordt gebruikt voor militaire en paramilitaire doeleinden. Volgens India had het scheidsgerecht, nadat het overtuigd was dat het CCS-besluit

verband hield met 'essential security interests', niet mogen oordelen dat 60% van het S-bandspectrum was gericht op de bescherming van 'essential security interests'. Het scheidsgerecht is met zijn 'intensive' en 'daarmee ontoelaatbare' toets van het beroep van India op art. 11 lid 3 Verdrag, buiten de rechtsstrijd van partijen getreden en heeft als gevolg daarvan zijn opdracht geschonden, aldus India.

- 3.58 Het hof heeft het betoog van India aldus begrepen dat het scheidsgerecht zich niet aan de terughoudende toetsingsmaatstaf heeft gehouden, doordat het uiteindelijk zelf heeft beslist dat voor de bescherming van de 'essential security interests' van India niet het volledige S-bandspectrum nodig was (rov. 5.26). Deze samenvatting van het betoog van India geeft geen blijk van een onbegrijpelijke of te beperkte uitleg van de stellingen van India. De stelling – zoals geformuleerd door het hof – dat het scheidsgerecht zelf heeft beslist dat voor de bescherming van de 'essential security interests' van India niet het volledige S-bandspectrum nodig was, wijkt inhoudelijk niet wezenlijk af van de stelling dat het scheidsgerecht het S-bandspectrum naar redelijkheid heeft gealloceerd en tot het oordeel is gekomen dat niet meer dan 60% nodig zou zijn voor 'essential security interests'. India heeft haar betoog zelf geduid als dat het scheidsgerecht niet had mogen oordelen dat 60% van het S-bandspectrum was gericht op de bescherming van 'essential security interests' en dat de volle toetsing van het scheidsgerecht 'heeft bijgedragen aan de 60-40% verdeling'. Deze stellingen zijn zeer nauw verwant aan de stelling dat het scheidsgerecht ten onrechte zelf heeft beslist dat voor de bescherming van India's 'essential security interests' niet het volledige S-bandspectrum nodig was. Bovendien kunnen deze stellingen niet tot een ander oordeel leiden over de vraag of het scheidsgerecht de juiste beoordelingsmaatstaf heeft aangelegd. In cassatie staat onbestreden vast dat uit de overwegingen van het scheidsgerecht blijkt dat het scheidsgerecht een terughoudende toetsingsmaatstaf heeft gehanteerd (rov. 5.25), dat het scheidsgerecht rekening heeft gehouden met de discretionaire bevoegdheid ('wide measure of deference') van India door zware eisen te stellen aan het verweer van Devas c.s. (rov. 5.28) en dat het scheidsgerecht bij de vaststelling naar redelijkheid van het deel van het S-bandspectrum dat bestemd is voor de bescherming van 'national security interests' zich heeft laten leiden door de 'regelen des rechts' en niet door een andere beslissingsmaatstaf, zoals *ex aequo et bono* (rov. 5.29). De klacht faalt dus.
- 3.59 Onderdeel 3.2 is gericht tegen rov. 5.32, waarin het hof heeft geoordeeld dat de beslissing van het scheidsgerecht dat niet meer dan 60% van het S-bandspectrum bestemd is voor de bescherming van 'essential security interests' niet als een verrassingsbeslissing kan worden gezien. Het onderdeel bevat een aantal klachten.
- 3.60 De eerste klacht (onder 3.2 onder a) betoogt dat het oordeel van het hof dat geen sprake is van een verrassingsbeslissing, onjuist is, althans onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Geklaagd wordt dat het hof niet, althans onvoldoende kenbaar, in zijn oordeel heeft betrokken de stellingen van India dat geen van beide partijen zich over een proportionele toepassing van art. 11 lid 3 Verdrag heeft uitgelaten en dat een internationaal arbitraal college nooit eerder tot een proportionele toepassing van een 'essential security interests'-bepaling heeft beslist. Voor zover het hof deze stellingen niet relevant heeft geacht voor de vraag of sprake is van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing, getuigt dit van een onjuiste rechtsopvatting, omdat beslissend is of partijen rekening konden houden met het desbetreffende oordeel, mede tegen de achtergrond van het kenbare toepasselijke objectieve recht. Volgens het onderdeel is het in ieder geval zonder nadere motivering onvoldoende begrijpelijk waarom India toch rekening kon en moest houden met het oordeel van het hof. Verder heeft het hof miskend dat de gelegenheid die India heeft gekregen om haar standpunt te onderbouwen dat het S-bandspectrum voor 100% nodig was voor de bescherming van 'essential security interests', niet maakt dat partijen rekening konden houden met het desbetreffende oordeel en daarop daadwerkelijk invloed konden uitoefenen. Hetzelfde bezwaar werpt het onderdeel op ten aanzien van de overweging van het hof dat niet valt in te zien waarom het scheidsgerecht India had moeten horen over zijn voornemen om het beroep van India op art. 11 lid 3 Verdrag voor minder dan 100% van het S-bandspectrum te honoreren. Ook klaagt het onderdeel dat het hof heeft miskend dat de vraag in hoeverre het S-bandspectrum voor 'essential security interests' werd ingezet, relevant is voor de beoordeling van het beroep van India op art. 11 lid 3 Verdrag als zodanig. Dit maakt nog niet dat

India rekening kon of moest houden met een proportionele toepassing van die bepaling, nu iets dergelijks zich nog nooit had voorgedaan, het scheidsgerecht partijen niet op de hoogte had gebracht van die mogelijkheid, en beide partijen ervan uitgingen dat het beroep op art. 11 lid 3 Verdrag geheel of geheel niet zou slagen, aldus de klacht.

- 3.61 Het leerstuk van de ontoelaatbare verrassingsbeslissing is aan te merken als een procesrechtelijke toepassing van het vertrouwensbeginsel, maar strekt vooral ter bescherming van het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor.⁷⁶ Van een verrassingsbeslissing is sprake wanneer de rechter partijen niet of onvoldoende hoort over de wezenlijke elementen die ten grondslag liggen aan zijn beslissing en partijen aldus verrast met een beslissing, waarmee zij, gelet op het verloop van het processuele debat, geen rekening behoeften te houden.⁷⁷ Aangenomen wordt dat alleen in evidente gevallen een beroep op de ontoelaatbaarheid van een verrassingsbeslissing kan slagen.⁷⁸ Zo kan uit de rechtspraak van de Hoge Raad worden afgeleid dat pas sprake is van een verrassingsbeslissing indien partijen, gezien hun verwachtingen die zij redelijkerwijs mochten koesteren, niet daadwerkelijk de kans hadden – zelfs niet in verband met een andere rechtsvraag – om alle voor de beslissing relevante feiten en stellingen naar voren te brengen. Bepalend hierbij zijn het debat tussen partijen, de door de rechter of het verloop van de procedure gewekte verwachtingen, en of een bepaalde beslissing zodanig voor de hand lag dat partijen daarmee rekening moesten houden.⁷⁹ Toepassing van nieuwe rechtspraak levert op zichzelf geen verrassingsbeslissing op, tenzij dit tot aanpassing van (feitelijke) stellingen noopt.⁸⁰ De Hoge Raad gaat bovendien uit van enige oplettendheid bij partijen en hun advocaten. Partijen moeten bijvoorbeeld bedacht zijn op de toepassing van procesrechtelijke regels, zoals de devolutieve werking van het appel⁸¹ of de mogelijkheid van een ambtshalve matiging van een loonvordering.⁸²
- 3.62 In rov. 5.32 heeft het hof geoordeeld dat de beslissing van het scheidsgerecht dat niet meer dan 60% van het S-bandspectrum bestemd is voor de bescherming van 'essential security interests' niet als een verrassingsbeslissing kan worden gezien. Daartoe heeft het hof redengevend geacht dat India in de arbitrage (ruimschoots) de gelegenheid heeft gekregen om haar standpunt te onderbouwen dat het S-bandspectrum voor 100% nodig was voor de bescherming van 'essential security interests'. Niet valt in te zien waarom het scheidsgerecht India separaat had moeten horen over zijn voornemen om het beroep van India op art. 11 lid 3 Verdrag voor minder dan 100% van het S-bandspectrum te honoreren. Ook heeft het hof overwogen dat India niet heeft aangegeven welke argumenten zij tegen dat voornemen had kunnen aanvoeren, die zij niet heeft kunnen aanvoeren om het gebruik van het S-bandspectrum voor de bescherming van 'essential security interests' voor 100% te rechtvaardigen. Tot slot heeft het hof zich aangesloten bij de overwegingen van de rechtbank. In rov. 4.58 van het vonnis van 14 november 2018 heeft de rechtbank geoordeeld dat het het scheidsgerecht vrijstond om minder toe te wijzen dan gevorderd, temeer nu in de motivering van zijn beslissing de standpunten van partijen worden betrokken. Dat geen van de partijen de door het scheidsgerecht gekozen 60-40% verdeling heeft bepleit, roept geen verplichting voor het scheidsgerecht in het leven om partijen over deze beslissing te horen. Hetzelfde geldt indien een internationaal arbitraal college zich in een dergelijke situatie nog nooit eerder gedeeltelijk (on)bevoegd heeft verklaard, aldus de rechtbank.⁸³
- 3.63 Uit deze overwegingen blijkt dat het hof leidend heeft geacht dat India tijdens de arbitrage de gelegenheid heeft gekregen om haar standpunt te onderbouwen dat het S-bandspectrum voor 100% nodig was voor de bescherming van 'essential security interests'. India ontkent niet dat zij deze gelegenheid heeft gekregen en daarvan gebruik heeft gemaakt. Omdat het scheidsgerecht het voornemen had het beroep van India op bescherming van 'essential security interests' voor minder dan 100% te honoreren en niet is gebleken van andere argumenten die India in dat verband had kunnen aanvoeren, heeft het hof kennelijk aangenomen dat het scheidsgerecht over alle relevante feiten en omstandigheden beschikte om een oordeel te vellen over de toepassing van art. 11 lid 3 Verdrag. Hieruit volgt dat India voldoende is gehoord over de wezenlijke elementen die ten grondslag liggen aan de beslissing van het scheidsgerecht dat niet meer dan 60% van het S-bandspectrum bestemd is voor de bescherming van 'essential security interests'. Niet kan worden gezegd dat India, mede gezien het debat tussen partijen en het verloop van de

procedure, geen rekening behoefde te houden met deze uitkomst. Met de rechtbank is het hof terecht van mening dat partijen altijd rekening dienen te houden met toewijzing van minder (< 100%) dan het gevorderde, zelfs indien zij ervan uitgingen dat het beroep van India op art. 11 lid 3 Verdrag of geheel of geheel niet zou slagen. In cassatie staat bovendien onbestreden vast dat het scheidsgerecht zijn oordeel dat maximaal 60% van het S-bandspectrum bestemd is voor de bescherming van 'essential security interests' heeft gebaseerd op het aan hem voorgelegde bewijs en het gegeven dat India reeds in het Devas Contract 10% van het beschikbare spectrum voor zichzelf had gereserveerd (rov. 5.30), waarmee beide partijen bekend waren.

- 3.64 Verder kan niet in algemene zin worden aanvaard dat de vraag of partijen met de beslissing rekening behoefden te houden, dient te worden beantwoord 'mede tegen de achtergrond van het kenbare toepasselijke objectieve recht', zoals het onderdeel meent. Zoals hierboven reeds is aangestipt, is de rechter verplicht tot het nader horen van partijen indien zich een relevante rechtswijziging voordoet die tot aanpassing van de feitelijke stellingen van partijen noopt. Een dergelijke situatie deed zich hier niet voor. De stelling dat een internationaal arbitraal college nooit eerder tot 'een proportionele toepassing' van een 'essential security interests'-bepaling heeft beslist, is tussen partijen in geschil⁸⁴, en valt nauwelijks te controleren. Arbitrale rechtspraak wordt niet systematisch gepubliceerd, hoewel investeringsarbitrage hierop (steeds meer) een uitzondering vormt.⁸⁵ Voorts geldt het beginsel van *stare decisis* niet in arbitrage⁸⁶, hetgeen overigens onverlet laat dat scheidsgerechten precedentwerking toekennen aan relevante arbitrale rechtspraak.⁸⁷ Dit maakt dat partijen hun verwachtingen in arbitrage slechts in beperkte mate kunnen (en mogen) baseren op (een gebrek aan) precedents.
- 3.65 India wekt de indruk dat zij zich met name niet kan verenigen met het oordeel van het scheidsgerecht omdat het inhoudelijk onjuist zou zijn⁸⁸, terwijl het leerstuk van de ontoelaatbare verrassingsbeslissing (met name) ziet op beslissingen die op zichzelf wel toelaatbaar kunnen zijn, maar waarover partijen zich eerst hadden moeten kunnen uitlaten. Een (beweerdelijk) onjuiste beslissing kan uiteraard een verrassing opleveren voor een (van de) partij(en), maar het verrassende aspect is niet wezenlijk voor wat ermee mis is.⁸⁹ Inhoudelijke fouten van scheidsgerechten laten zich slechts bij uitzondering herstellen in een vernietigingsprocedure, mede omdat een procedure op de voet van art. 1065 Rv niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep, en het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging meebrengt dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.⁹⁰ Op het voorgaande stuit de eerste klacht (onder 3.2 onder a) af.
- 3.66 De tweede klacht (onder 3.2 onder b) klaagt dat het hof geen (voldoende begrijpelijke) reactie heeft gegeven op de stelling van India dat het scheidsgerecht partijen heeft verrast door art. 11 lid 3 Verdrag toe te passen op het S-bandspectrum in plaats van op het CCS-besluit.
- 3.67 Deze klacht bouwt op de voorgaande klacht voort en behoeft geen nadere bespreking. Overigens mist de klacht feitelijke grondslag, omdat het hof in rov. 5.23 heeft geoordeeld dat het scheidsgerecht wel degelijk het CCS-besluit, en niet het S-bandspectrum, als uitgangspunt heeft genomen bij de toepassing van art. 11 lid 3 Verdrag. Dit oordeel is in cassatie onbestreden.
- 3.68 De derde klacht (onder 3.2 onder c) betoogt dat rov. 5.32 geen (voldoende begrijpelijke) reactie vormt op de stelling van India dat geen van beide partijen zich heeft uitgelaten over een proportionele verdeling van het S-bandspectrum en de door het scheidsgerecht gekozen verdeling van 60-40% in het bijzonder. Het scheidsgerecht had partijen ten minste in de gelegenheid moeten stellen zich daarover uit te laten, nadat het had beslist tot proportionele toepassing over te gaan, aldus de klacht.
- 3.69 Deze klacht bouwt op de voorgaande klachten voort en behoeft geen bespreking.
- 3.70 De vierde klacht (onder 3.2 onder d) is gericht tegen de overweging van het hof dat India niet heeft aangegeven welke argumenten zij tegen het voornemen van het scheidsgerecht om het beroep van India op art. 11 lid 3 Verdrag voor minder dan 100% van het S-bandspectrum te honoreren, had kunnen aanvoeren, die zij niet heeft kunnen aanvoeren om het gebruik van het S-bandspectrum voor de bescherming van 'essential security interests' voor 100% te rechtvaardigen. Geklaagd wordt dat deze overweging onbegrijpelijk is, omdat India in dat geval had aangevoerd dat (i) een proportionele toepassing niet mogelijk is, gelet op het dichotome karakter van art. 11

lid 3 Verdrag, en (ii) het S-bandspectrum voor 100% voor (para)militaire doeleinden zou worden gebruikt, zoals ook daadwerkelijk het geval is.

3.71 Ook deze klacht treft geen doel. De argumenten die India zou hebben aangevoerd indien zij specifiek zou zijn gehoord over het voornemen van het scheidsgerecht om het beroep van India op art. 11 lid 3 Verdrag voor 60% toe te wijzen, ondersteunen het standpunt van India dat het S-bandspectrum voor 100% nodig was voor de bescherming van 'essential security interests' en laten geen andere uitkomst toe dan dat het beroep van India op art. 11 lid 3 Verdrag in het geheel wordt gehonoreerd. Het hof heeft geoordeeld dat India in de arbitrage reeds (ruimschoots) de gelegenheid heeft gekregen om dit standpunt te onderbouwen. Uit de eigen stellingen van India blijkt ook dat zij in de arbitrage stellingen heeft aangevoerd die nauw verband houden met de in het onderdeel genoemde argumenten, bijvoorbeeld dat de GSAT-6 satelliet een volledig militaire en paramilitaire satelliet is.⁹¹ Het scheidsgerecht heeft deze stelling verworpen.⁹² Gezien de nauwe verwevenheid van de in het onderdeel genoemde argumenten en de stellingen die India daadwerkelijk in de arbitrage heeft betrokken, alsmede de omstandigheid dat India kennelijk niet van haar primaire standpunt was afgeweken, is het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk dat India niet heeft aangegeven welke argumenten zij had kunnen aanvoeren tegen het voornemen van het scheidsgerecht om het beroep op art. 11 lid 3 Verdrag voor minder dan 100% van het S-bandspectrum te honoreren, die zij niet heeft kunnen aanvoeren om het gebruik van het S-bandspectrum voor 100% voor de bescherming van 'essential security interests' te rechtvaardigen.

4 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

¹ Ingevolge art. IV van de Wet modernisering Arbitragerecht (Stb. 2014/200) is deze wet niet van toepassing op arbitrale procedures die vóór de inwerkingtreding ervan (op 1 januari 2015) aanhangig zijn gemaakt. In deze zaak is de arbitrage op 3 juli 2012 aanhangig gemaakt.

² Zie rov. 2.1-2.14, 3.1 en 4.1-4.5 van het bestreden arrest van het hof Den Haag van 16 februari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:180.

³ De tekst van het Verdrag is opgenomen als productie 5 bij de inleidende dagvaarding.

⁴ ECLI:NL:RBDHA:2018:15532.

⁵ Zie HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, NJ 2015/318, m.nt. H.J. Snijders, rov. 4.4.1-4.4.3.

⁶ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A./Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, 23 juli 2001.

⁷ Verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen Staten en onderdanen van andere Staten van 18 maart 1965, Trb. 1966, 152 en 1981, 191.

⁸ Het onderdeel verwijst in het bijzonder naar de uitspraken *Romak S.A./Uzbekistan*, UNCITRAL PCA Case No. AA280, 26 november 2009, Award, par. 207; *Alps Finance and Trade AG/The Slovak Republic*, UNCITRAL, 5 maart 2011, Award, par. 239-240; *KT Asia Investment Group B.V./Kazach Republic*, ICSID Case No. ARB/09/8, 17 oktober 2013, Award, par. 165-166.

⁹ Het onderdeel verwijst in het bijzonder naar par. 115 e.v. van de conclusie van A-G Szpunar van 3 maart 2021 (ECLI:EU:C:2021:164) vóór HvJEU 2 september 2021, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655.

- ¹⁰ Zie ook onder 1.10, 3.108 en 3.116 van mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:425) vóór HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, NJ 2022/102, m.nt. C.M.J. Ryngaert en A.I.M. van Mierlo.
- ¹¹ Zie C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2nd ed., 2017, par. 6:170.
- ¹² Zie *Salini*, reeds aangehaald, par. 52.
- ¹³ Zie o.a. McLachlan, Shore & Weiniger, a.w., par. 6.169; E. Gaillard & Y. Banifatemi, Chapter 8: The Long March Towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment, in: M. Kinnear e.a. (ed.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, 2015, p. 111-124; M. Waibel, Subject Matter Jurisdiction: The Notion of Investment, 19 ICSID Rep, 2021, par. 48; C. Yeğinsu & C. Knoebel, Covered Investment, in: B. Legum, *The Investment Treaty Arbitration Review*, 2019, p. 8-9.
- ¹⁴ Zie o.a. Gaillard & Banifatemi, a.w., p. 117-119; N. Blackaby, C. Partasides et al. (ed.), *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2015, par. 8.40; Waibel, a.w., par. 67-73; C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2009, par. 164.
- ¹⁵ Deze benadering was dominant vóór *Salini*, maar heeft sindsdien aan belang ingeboet. Zie Gaillard & Banifatemi, a.w., p. 107; Waibel, a.w., par. 4. Zie voor een post-*Salini* voorbeeld van deze benadering: *Malaysian Historical Salvors Sdn Bhd v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 16 april 2009, Decision on the Application for Annulment, par. 61-80.
- ¹⁶ Zie o.a. HR 26 september 2014, reeds aangehaald, rov. 4.3.
- ¹⁷ Zie B. Sabahi, N. Rubins & D. Wallace, *Investor-State Arbitration*, 2019, p. 361; J. Sicard-Mirabal & Y. Derains, *Introduction to Investor-State Arbitration*, 2018, p. 28.
- ¹⁸ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969, Trb. 1972, 51 en 1977, 169 (Nederlandse vertaling).
- ¹⁹ Vgl. HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:956, NJ 2020/280, m.nt. L. Strikwerda, rov. 3.1.3; HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, NJ 2022/102, m.nt. C.M.J. Ryngaert en A.I.M. van Mierlo, rov. 5.2.9.
- ²⁰ Zie HR 5 november 2021, reeds aangehaald, rov. 5.3.10 en nr. 3.116-3.118 van mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2021:425) vóór dit arrest.
- ²¹ Vgl. nr. 1.8-1.9 van mijn conclusie vóór HR 5 november 2021, reeds aangehaald.
- ²² In de zaak *Romak/Uzbekistan* heeft het scheidsgerecht in par. 207 en in par. 214 geoordeeld dat een investering vereist 'a contribution that extends over a certain period of time and that involves some risk' en dat '[a]ny dedication of resources that has economic value, whether in the form of financial obligations, services, technology, patents, or technical assistance, can be a "contribution".'
- ²³ In de zaak *Alps Finance/Slovakia* heeft het scheidsgerecht in par. 241 geoordeeld dat een investering omvat '(a) a capital contribution to the host-State by the private contracting party, (b) a significant duration over which the project is implemented and (c) a sharing of operational risks inherent to the contribution together with long-term commitments'.
- ²⁴ Zie *KT Asia Investment Group B.V./Republic of Kazakhstan*, reeds aangehaald, par. 166 en 173.
- ²⁵ Het scheidsgerecht overwoog in dat verband als volgt (par. 171): 'The Respondent also cites the contribution to the host State's development or prosperity as a requirement for an investment. In the Tribunal's opinion, such a contribution may well be the consequence of a successful investment. However, if the investment fails, and thus makes no contribution at all to the host State's economy, that cannot mean that there has been no investment. As the Claimant points out, this is the one criteria that has been "rejected most emphatically by the recent cases".'
- ²⁶ Zie HvJEU 2 september 2021, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, punten 67-85.
- ²⁷ Zie par. 113-116 van de conclusie van A-G Szpunar, ECLI:EU:C:2021:164.
- ²⁸ Zie voetnoot 12 van de schriftelijke toelichting van India van 7 januari 2022.
- ²⁹ Zie o.a. O. Dörr, in: O. Dörr & K. Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2018, p. 597; International Law Commission, *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries*, 2018, p. 31-32.

- ³⁰ Zie Dörr, a.w., p. 598; R.K. Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2008, p. 227; G. Hafner, *Subsequent Agreements and Practice: Between Interpretation, Informal Modification, and Formal Amendment*, in: G. Nolte (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, 2013, p. 114.
- ³¹ Zie Dörr, a.w., p. 598; Gardiner, a.w., p. 227-228; Hafner, a.w., p. 112; Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1984, p. 137; M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention of the Law of Treaties*, 2009, p. 431.
- ³² In ICJ 11 september 1992 (*Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras)*) ging het om twee verdragen, gesloten tussen dezelfde partijen, waarbij door middel van het posterieure verdrag een bepaald geschil onder het anterieure verdrag aan het Internationaal Gerechtshof werd voorgelegd. In de zaak *The Canadian Cattlemen for Fair Trade/USA* (UNCITRAL, 28 januari 2008, Award on Jurisdiction) werd het standpunt van een partij uit een andere arbitrage, maar met betrekking tot hetzelfde verdrag, meegewogen.
- ³³ Zie *Salini*, reeds aangehaald, par. 52.
- ³⁴ Zie *Salini*, reeds aangehaald, par. 57.
- ³⁵ Zie ook Gaillard & Banifatemi, a.w., p. 103: 'First, as regards the contribution to the economic development of the host State, the Tribunal provided an indication that such contribution *is expected* to be made to the host State as such, as opposed, more generally, to the economy of the host State' (mijn curs., A-G).
- ³⁶ Zie ook Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, a.w., par. 172-174; A. Diehl, *The Core Standard of International Investment Protection*, 2012, p. 57-58.
- ³⁷ Zie *Phoenix Action, Ltd./The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, 15 april 2009, Award, par. 85-86.
- ³⁸ Zie *Consortio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA/Republique Algérienne Démocratique et Populaire*, ICSID Case No. ARB/03/08, 10 januari 2005, Sentence, p. 19.
- ³⁹ Zie *RSM Production Corporation/La République Centrafricaine*, ICSID Case No. ARB/07/2, 11 juli 2011, Sentence, par. 56.
- ⁴⁰ Zie bijv. *Deutsche Bank AG/Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/02, 31 oktober 2012, Award, par. 295: 'It should also be recalled that the existence of an investment must be assessed at its inception and not with hindsight'.
- ⁴¹ Zie Gaillard & Banifatemi, a.w., p. 120-122. Zie ook de uitspraken *Saba Fakes/Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, 14 juli 2010, Award, par. 111; *Electrabel S.A./Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, 30 november 2012, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, par. 5.43; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. & Allan Fosk Kaplún/Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, 27 september 2012, Decision on Jurisdiction, par. 220.
- ⁴² Ook uit de door India genoemde literatuur in nr. 2.6.5 van de schriftelijke toelichting volgt niet dat een daadwerkelijke bijdrage is vereist. Zo bevestigt Delaume (Clunet 1982, p. 801) juist dat het moet gaan om een verwachte ('escomptée'), maar niet altijd effectieve of daadwerkelijke ('sinon toujours effective') bijdrage.
- ⁴³ In de volgende door India aangehaalde zaken is dit *Salini*-criterium niet toegepast: *Romak S.A./Republic of Uzbekistan*, reeds aangehaald; *Alps Finance and Trade A.G./The Slovak Republic*, reeds aangehaald; *Caratube International Oil Company LLP/Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/08/12, 5 juni 2012; *KT Asia Investment Group B.V./Republic of Kazakhstan*, reeds aangehaald.
- ⁴⁴ Zie *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V./Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, 16 juni 2006, Decision on Jurisdiction, par. 91-92.
- ⁴⁵ Zie *Helnan International Hotels A/S/Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, 17 oktober 2006, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, par. 77.
- ⁴⁶ Zie *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd/Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 17 mei 2007, Award on Jurisdiction, par. 124-145.
- ⁴⁷ Deze uitspraak is vernietigd en met kritiek ontvangen, zie hierover Gaillard & Banifatemi, a.w., p. 107-109 en 121-122.

⁴⁸ Zie ook *KT Asia Investment Group B.V./Republic of Kazakhstan*, par. 171, zoals geciteerd in voetnoot 25.

⁴⁹ Zie *Bayindir Insaat Turizm Ticare Ve Sanayi A.Ş./Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, 14 november 2005, Decision on Jurisdiction, par. 137.

⁵⁰ Zie *Patrick Mitchell/The Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, 1 november 2006, Decision of the Application for Annulment of the Award, par. 33.

⁵¹ Zie bijv. HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV2363, NJ 2012/245, rov. 3.4. Zie o.a. ook Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/207; A.E.H. van der Voort Maarschalk, in: Van der Wiel (red.), Cassatie 2019/53.

⁵² Zie p. 11 van de procesinleiding en nr. 2.7.6 van de schriftelijke toelichting.

⁵³ Zie *Mihaly International Corporation/Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, 15 maart 2002, Award (beoordeling op basis van het toepasselijke BIT en internationaal recht); *William Nagel/Czech Republic, Ministry of Transport and Telecommunications*, SCC Case No. 049/2002, 9 september 2003, Final Award (beoordeling op basis van het toepasselijke BIT); *Zhinvali Development Limited/Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, 24 januari 2003, Award (beoordeling op basis van de 1996 Georgia Investment Law, hetgeen strookte met art. 25 lid 1 ICSID-verdrag); *Petrobart Limited/Kyrgyz Republic*, SCC Case No. 126/2003, 29 maart 2005, Arbitral Award (beoordeling op basis van het Energiehandvest).

⁵⁴ Zo was in *Mihaly/Sri Lanka* slechts sprake van verklaringen met een 'contingent and non-binding character'. In *William Nagel/Czech Republic* was geen sprake van een 'asset' in de zin van het desbetreffende BIT, omdat de beweerdelijke investering geen financiële waarde vertegenwoordigde en in *Zhinvali/Georgia* ontbrak toestemming van het gastland voor de beweerdelijke investering. Deze feiten laten zich moeilijk verenigen met het onderhavige geval, waarin het hof – in cassatie onbestreden – heeft vastgesteld dat het Devas Contract (rechten en) verplichtingen schiep voor Devas Multimedia en Antrix (rov. 2.6), de investeringen van Devas c.s. een behoorlijke waarde vertegenwoordig(d)en, gezien het feit dat DT Azië bereid was om ongeveer USD 75 miljoen te betalen voor een belang van 20% in Devas Multimedia (rov. 5.8), en de investeringen van Devas c.s. in Devas Multimedia zijn goedgekeurd door de Foreign Investment Promotion Board van India (zie rov. 2.5). Deze goedkeuring wijst erop dat de investeringen zijn verricht met inachtneming van de 'relevant laws and regulations' van India overeenkomstig art. 2 Verdrag.

⁵⁵ Zie nr. 7 en 39 van de dagvaarding van 27 oktober 2016, nr. 89(iii) van de pleitnota van India in eerste aanleg van 30 maart 2018.

⁵⁶ Zie nr. 86 van de pleitnota van India in eerste aanleg van 30 maart 2018. Zie ook nr. 209 van de memorie van grieven van 3 september 2019 en nr. 126 van de pleitnota van India in hoger beroep van 3 december 2020.

⁵⁷ Zie nr. 87 en 89(vi) van de pleitnota van India in eerste aanleg van 30 maart 2018. Zie ook nr. 215(vi) van de memorie van grieven van 3 september 2019 en nr. 126 van de pleitnota van India in hoger beroep van 3 december 2020.

⁵⁸ Zie nr. 572 van de memorie van grieven van 3 september 2019.

⁵⁹ Zie nr. 195-197 van de memorie van grieven van 3 september 2019.

⁶⁰ Zie o.a. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/209.

⁶¹ Zie bijv. HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1313, NJ 2020/310, JIN 2020/122, m.nt. M.A.J.G. Janssen; HR 11 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:856, NJ 2021/216 (Rv Curaçao). Zie ook Asser Procesrecht/Asser 3 2017/220.

⁶² Zie bijv. HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6496, NJ 2012/97.

⁶³ Zie G. de Groot, Getuigenbewijs in civiele zaken (BPP nr. 15) 2015/62 (met verdere verwijzingen). Vgl. ook Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/95.

⁶⁴ Zie rov. 4.50 van het vonnis van de rechtbank van 14 november 2018.

⁶⁵ Zie HR 5 november 2021, reeds aangehaald, rov. 5.5.4; HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3.

⁶⁶ Vgl. rov. 5.31 van het bestreden arrest, waarin het hof – in cassatie onbestreden – heeft overwogen dat het geen inhoudelijke beslissing behoeft te geven over de toepassing van het ‘essential security interests’-verweer, maar slechts heeft te toetsen of het arbitraal vonnis vernietigd moet worden.

⁶⁷ Zie voetnoot 57 van de procesinleiding en nr. 3.2.5 van de schriftelijke toelichting.

⁶⁸ Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, 14 november 1991.

⁶⁹ Zie productie 3 bij de dagvaarding van India van 27 oktober 2016.

⁷⁰ Zie p. 14-15 en voetnoot 57 van de procesinleiding en nr. 3.2.4 van de schriftelijke toelichting.

⁷¹ Zie o.a. par. 82, 96-97 en 106.

⁷² Zie W.W. Burke-White & A. von Staden, Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties, Virginia Journal of International Law 2008/2, p. 386-389. C. Henckels, Investment Treaty Security Exceptions, Necessity and Self-Defence in the Context of Armed Conflict, in: K. Fach Gómez, A. Gourgourinis & C. Titi, International Investment Law and the Law of Armed Conflicts, 2019, p. 337; W.J. Moon, Essential Security Interest in International Investment Agreements, Journal of International Economic Law 2012/2, p. 481; L. Sabanogullari, General Exception Clauses in International Investment Law, 2018, p. 42-43.

⁷³ Zie o.a. Burke-White & Von Staden, a.w., p. 330-331; D. Pathirana & M. McLaughlin, Non-precluded Measures in Practice: Regime, Trends & Practice, in: J. Chaisse, L. Choukroune & S. Jusoh (red.), Handbook of International Investment Law and Policy, 2020, p. 494-496.

⁷⁴ Ook het citaat van U. Kriebaum (Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State, Journal of World Investment & Trade, vol. 8, no. 5, 2007, p. 722-729) ondersteunt het standpunt van India niet: een nadere lezing leert dat de daar genoemde ‘alles-of-niets-benadering’ ziet op een andere vraag, namelijk of sprake is van een onteigening. Onder verwijzing naar onder meer Kriebaum heeft A. Titi (The Right to Regulate in International Investment Law, 2014, p. 34) opgemerkt dat ‘a successfully invoked treaty exception is deprived of its meaning, where a subsisting requirement to compensate exists, given that a state has in any case the (*lato sensu*) right to regulate, so long as it accepts the consequences, viz. the obligation to compensate affected investors’. Ook deze opmerking bestrijkt niet de situatie dat een maatregel verschillende doeleinden heeft en slechts ten dele is gericht op de bescherming van ‘essential security interests’, zodat de ‘essential security interests’-bepaling slechts gedeeltelijk met succes kan worden ingeroepen.

⁷⁵ Zie nr. 419-429.

⁷⁶ Zie nr. 2.3 van de conclusie van A-G Bakels van 13 september 2002 (ECLI:NL:PHR:2002:AE4291) vóór HR 13 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4291, NJ 2002/496.

⁷⁷ Zie o.a. HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3997, NJ 2004/34, m.nt. W.D.H. Asser, rov. 3.4; HR 31 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:212, NJ 2014/89, rov. 3.5.1 (Rv Aruba).

⁷⁸ Zie bijv. HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:143, RvdW 2018/223, rov. 3.3.2 en nr. 3.25 en voetnoot 32 van de bijbehorende conclusie van A-G Wissink van 29 september 2017 (ECLI:NL:PHR:2017:1086); T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Verrassingsbeslissingen door de civiele rechter, NJB 2000, p. 259-264; V.C.A. Lindijer, De goede procesorde, 2006, nr. 295; H.J. Snijders & A. Wendels, Civiel appel, 2009, nr. 15; nr. 12 van de conclusie van P-G Hartkamp van 26 september 2003 (ECLI:NL:PHR:2003:AF8575) vóór HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8575, NJ 2004/21; nr. 3.45 en voetnoot 24 van de conclusie van A-G Timmerman van 13 mei 2005 (ECLI:NL:PHR:2005:AT2829) vóór HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2829, NJ 2005/298; nr. 2.16 van de conclusie van A-G Lückers van 22 juni 2018 (ECLI:NL:PHR:2018:708) vóór HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1980, RvdW 2018/1168.

⁷⁹ Zie Tjong Tjin Tai, a.w., p. 262.

⁸⁰ Zie Tjong Tjin Tai, a.w., p. 262. Vgl. HR 3 februari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4761, NJ 1984/765, m.nt. F.H.J. Mijnsen, W.L. Haardt, rov. 3.5; Snijders & Wendels, a.w., nr. 15.

⁸¹ Zie HR 12 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1428, NJ 2005/24, rov. 3.4.

⁸² Zie HR 13 september 2002, reeds aangehaald, rov. 3.4.

⁸³ In eerste aanleg ging de rechtbank ervan uit dat het scheidsgerecht de stellingen van India over art. 11 lid 3 Verdrag had opgevat als een bevoegdheidsverweer (rov. 4.39). De rechtbank zelf heeft geoordeeld dat de door India opgevoerde 'essential security issues' niet leiden tot een beperking van de bevoegdheid van het scheidsgerecht (rov. 4.46). Het hof daarentegen begreep het Arbitraal Deelvonnis niet zo dat het scheidsgerecht de stellingen van India had opgevat als een bevoegdheidsverweer (rov. 5.21). In hoger beroep was tussen partijen ook niet meer in geschil dat een geslaagd beroep op art. 11 lid 3 Verdrag niet de bevoegdheid van het scheidsgerecht aantast.

⁸⁴ Zie nr. 377 van de memorie van antwoord van Devas c.s. van 4 februari 2020.

⁸⁵ Zie o.a. G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2021, p. 4201.

⁸⁶ Zie onder 1.9 van mijn conclusie van 23 april 2021, reeds aangehaald.

⁸⁷ Zie Born, a.w., p. 4202-4203.

⁸⁸ Zie bijv. nr. 483 en 486 van de memorie van grieven van India.

⁸⁹ Zie Tjong Tjin Tai, a.w., p. 260. Zie ook Lindijer, a.w., nr. 281-282.

⁹⁰ Zie HR 5 november 2021, reeds aangehaald, rov. 5.5.4; HR 17 januari 2003, reeds aangehaald, rov. 3.3.

⁹¹ Zie o.a. nr. 473 van de memorie van grieven en nr. 55, 57 en 305 van het Arbitraal Deelvonnis (productie 1 van India).

⁹² Zie nr. 366 van het Arbitraal Deelvonnis (productie 1 van India).
