

ECLI:NL:GHDHA:2025:743

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	01-04-2025
Datum publicatie	23-04-2025
Zaaknummer	200.333.522/01
Rechtsgebieden	Burgerlijk procesrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Vordering tot vernietiging arbitraal vonnis, gewezen in een investeringsarbitrage. Vernietigingsgronden: het scheidsgerecht heeft zijn opdracht geschonden; het arbitraal vonnis is niet gemotiveerd dan wel (totstandgekomen) in strijd met de openbare orde. Heeft het scheidsgerecht ten onrechte geen res judicata-effect (gezag van gewijsde) toegekend aan uitspraak van (nationale) constitutionele rechter?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Civiel recht

Team Handel

Zaaknummer hof : 200.333.522/01

Arrest van 1 april 2025

in de zaak van

de vennootschap naar vreemd recht **Panamericana Televisión S.A.**,
gevestigd in Lima, Peru,
eiseres,
advocaat: mr. R. Schellaars, kantoorhoudend in Amsterdam,

tegen

de publiekelijke rechtspersoon naar vreemd recht **Republiek Perú**,
gevestigd in Lima, Peru,
gedaagde,
advocaat: mr. R.R. Verkerk, kantoorhoudend in Rotterdam.

Het hof zal partijen hierna Pantel en Peru noemen.

1 De zaak in het kort

- 1.1 In deze zaak vordert Pantel vernietiging van een arbitraal vonnis, gewezen in een investeringsarbitrage tussen haar en de staat Peru. De plaats van arbitrage was Den Haag.
- 1.2 Voorafgaand aan de investeringsarbitrage had de Peruaanse constitutionele rechter in een zogenoemde Amparo-procedure tussen Pantel en de Peruaanse belastingautoriteit geoordeeld dat de invordering van een belastingschuld van Pantel inbreuk maakte op haar eigendomsrecht. Aan dit oordeel lag ten grondslag dat een (op verzoek van een aandeelhouder van de moedermaatschappij van Pantel) door de Peruaanse rechter benoemde bewindvoerder (in de persoon van diezelfde aandeelhouder) gedurende zijn bewind had nagelaten de belastingschuld van Pantel te betalen, waardoor deze exponentieel was opgelopen en rente en boetes verschuldigd waren geworden. Het rechterlijke vonnis waarbij de bewindvoerder was benoemd, is later door een hogere rechter vernietigd. Volgens de constitutionele rechter was Peru medeverantwoordelijk voor het oplopen van de belastingschuld van Pantel, niet alleen omdat de rechter namens de staat de bewindvoerder had benoemd, maar ook omdat gedurende dit bewind de belastingautoriteit van Peru had nagelaten de belastingschuld in te vorderen, waardoor deze zo had kunnen oplopen.
- 1.3 In de investeringsarbitrage vorderde Pantel op grond van een bilateraal investeringsverdrag tussen Peru en Zwitserland schadevergoeding wegens onteigening van haar investering. Aan deze vordering legde zij ten grondslag, kort gezegd, dat de benoeming door de rechter, namens Peru, van een bewindvoerder, een onteigening in de zin van het investeringsverdrag meebrengt; hierdoor werd haar de zeggenschap over haar onderneming ontnomen. Deze rechterlijke benoeming was zowel formeel als inhoudelijk onjuist en is door een hogere rechter vernietigd. Pantel stelde dat de bewindvoerder gedurende zijn bewind zich schuldig heeft gemaakt aan wanbeheer waardoor de waarde van de onderneming van Pantel dramatisch is gedaald. Volgens haar is Peru aansprakelijk voor deze schade. Het scheidsgerecht heeft de vordering van Pantel afgewezen.
- 1.4 In deze vernietigingsprocedure stelt Pantel dat de beslissing van de constitutionele rechter *res judicata*-effect (gezag van gewijsde) had in de investeringsarbitrage en dat het scheidsgerecht dat heeft miskend, althans haar beroep daarop ten onrechte heeft verworpen. Volgens Pantel had het scheidsgerecht op grond van het internationaal aanvaarde leerstuk van *res judicata* zonder nader onderzoek als vaststaand moeten aannemen dat Peru aansprakelijk is voor de waardedaling van de onderneming door het wanbeheer van de bewindvoerder. Zij beroept zich op verschillende vernietigingsgronden: de arbiters hebben zich niet aan de opdracht gehouden, een motivering ontbreekt en de inhoud en wijze van totstandkoming van het arbitraal vonnis zijn volgens Pantel in strijd met de openbare orde. Daarnaast verwijt zij het scheidsgerecht voorbij te zijn gegaan aan een essentiële stelling, wat volgens haar eveneens een grond voor vernietiging van het arbitrale vonnis oplevert. Het hof wijst de vorderingen af.

2 Procesverloop

- 2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit de volgende stukken:
 - de dagvaarding van 28 maart 2023;
 - de akte overlegging producties van Pantel van 17 oktober 2023, met bijlagen;
 - de conclusie van antwoord van Peru van 9 januari 2024, met bijlagen;
 - de producties 18 en 19 die Pantel ter gelegenheid van de hierna te noemen mondelinge behandeling heeft overgelegd.
- 2.2 Op 16 januari 2025 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. De advocaten hebben de zaak toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen die zij hebben overgelegd.

3 Feitelijke achtergrond

- 3.1 Pantel exploiteert de Peruaanse publieke televisiezender Kanaal 5. Pantel is opgericht in 1958 door leden van de Peruaanse familie [1] en de Britse familie [2] .
- 3.2 In 1994 is Grupo Pantel S.A. (hierna: Grupo Pantel) opgericht, die de houdstermaatschappij werd van Pantel. [bestuurder 1] (hierna: [bestuurder 1]) werd bestuurder van Grupo Pantel. Tussen de aandeelhouders van Grupo Pantel dit waren de indirect aandeelhouders van Pantel is een geschil ontstaan.
- 3.3 In 1996 volgde [bestuurder 2] (hierna: [bestuurder 2]) [bestuurder 1] op als bestuurder van Grupo Pantel. [bestuurder 2] verwierf in de periode tot 1998 67% van de aandelen in Grupo Pantel en breidde dat aandelenbelang in 2001 uit tot 72,2%. [bestuurder 1] had het resterende aandelenbelang in Grupo Pantel (27,8%).
- 3.4 Op 1 oktober 2001 heeft [bestuurder 2] zijn aandelenbelang overgedragen aan zijn drie kinderen, [kind 1] , [kind 2] en [kind 3] , in de arbitrage aangeduid als de [familienaam] Siblings (hierna: de [familienaam] Siblings).
- 3.5 De Peruaanse regering had vanaf de jaren 90 campagne gevoerd tegen de nationale media om de beeldvorming over het bewind van toenmalig president [president 1] gunstig te beïnvloeden. In 2000 werden video-opnames openbaar waarop te zien was dat de directeur van Perus nationale veiligheidsdienst, [directeur] , betalingen deed aan invloedrijke personen uit het bedrijfsleven, de politiek en de mediawereld. Deze opnames werden in Peru bekend als de Vladivideos. Op één daarvan was te zien dat [directeur] een contant bedrag van USD 350.000 overhandigde aan [bestuurder 2] .
- 3.6 De regering van [president 1] kwam in 2000 ten val. [president 2] werd de nieuwe president van Peru.
- 3.7 Tegen [bestuurder 2] werd strafrechtelijk vervolging ingesteld. [bestuurder 2] , die ook de Zwitserse nationaliteit had, vluchtte naar Zwitserland. Op grond van een samenwerkingsverdrag tussen beide landen verzocht Peru de Zwitserse openbare aanklager strafvervolging in te stellen tegen [bestuurder 2] . In oktober 2013 liet het Zwitserse ministerie van justitie weten dat de aan [bestuurder 2] tenlastegelegde feiten niet strafbaar waren volgens Zwitsers recht en dat de zaak hiermee was gesloten. In 2017 werd in Peru het arrestatiebevel tegen [bestuurder 2] ingetrokken nadat de strafkamer van de Superior Court in Lima had geoordeeld dat de strafzaak tegen hem was verjaard.
- 3.8 Intussen had [bestuurder 1] , de minderheidsaandeelhouder in Grupo Pantel, een bodemprocedure aanhangig gemaakt waarin hij vernietiging vorderde van bepaalde aandelenoverdrachten aan [bestuurder 2] . Daarnaast verzocht hij de Mixed Court of Carabayllo (hierna: de Mixed Court) bij wijze van voorlopige maatregel (i) alle aandeelhoudersrechten van de [familienaam] Siblings in Grupo Pantel op te schorten, (ii) het bestuur van zowel Grupo Pantel als Pantel te schorsen en (iii) hem te benoemen als tijdelijk bestuurder van beide vennootschappen. Op 7 december 2001 heeft de Mixed Court ex parte het verzoek toegewezen onder de voorwaarde dat [bestuurder 1] persoonlijk zekerheid stelde. Onder verwijzing naar de Vladivideos en de mogelijke gevolgen daarvan voor de onderneming, overwoog de Mixed Court dat een reëel gevaar bestond dat de persvrijheid was of zou kunnen worden aangetast. De voorlopige maatregel werd uiteindelijk op 24 februari 2003 ten uitvoer gelegd, als gevolg waarvan het bestuur van (onder meer) Pantel werd geschorst. De Mixed Court heeft [bestuurder 1] benoemd tot bewindvoerder (judicial administrator) van Pantel.
- 3.9 Tijdens het bestuur van [bestuurder 1] zijn belasting- en andere schulden van Pantel ontstaan en/of onbetaald gebleven. Doordat de Peruaanse belastingautoriteit SUNAT niet overging tot invordering van de belastingsschulden, liepen deze door verschuldigde rente en boetes bovendien fors op. Pantel raakte in ernstige financiële problemen.
- 3.10 De [familienaam] Siblings hebben beroep ingesteld tegen de toewijzing van de voorlopige maatregel door de Mixed Court. Op 2 december 2008 heeft de Superior Court van Lima Noord (hierna: de Superior Court) in een procedure op tegenspraak de voorlopige maatregel vernietigd (hierna: de Vernietigingsbeslissing). In de Vernietigingsbeslissing heeft de Superior Court overwogen dat (i) de voorlopige maatregel was verleend door een (territoriaal) onbevoegde rechter, (ii) de onderliggende argumenten geen verband hielden met de hoofzaak, en (iii) de voorlopige maatregel niet voldeed aan het vereiste dat deze niet onomkeerbaar is en van uitzonderlijke aard. Op 9 januari 2009 beval de

Superior Court [bestuurder 1] de administratie van Grupo Pantel en Pantel terug te geven aan de [familienaam] Siblings. Deze kregen op 8 juni 2009 weer de zeggenschap over Grupo Pantel.

3.11 Op 5 mei 2009 wees de Peruaanse rechter de vorderingen van [bestuurder 1] in de bodemprocedure af. Deze uitspraak werd op 15 augustus 2011 bekrachtigd door de hoogste rechter (Supreme Court) in Peru.

3.12 De [familienaam] Siblings verzochten verlof tot uitwinning van de zekerheid die door [bestuurder 1] was gesteld ter verkrijging van de voorlopige maatregel. Op 23 maart 2012 wees de rechter in eerste aanleg dit verzoek toe, daartoe overwegende dat gedurende het bestuur van de bewindvoerder ([bestuurder 1]) schade is toegebracht aan Pantel, dat [bestuurder 1] aan de financiële crisis van Pantel heeft bijgedragen en dat hij daarom aansprakelijk is voor de veroorzaakte schade. Deze uitspraak is in hoger beroep bekrachtigd. Het cassatieberoep hiertegen werd verworpen.

3.13 Nadat de [familienaam] Siblings de zeggenschap over Pantel hadden teruggekregen, maakte de Peruaanse belastingautoriteit SUNAT aanspraak op betaling van de belastingsschuld, inclusief rente en boetes. Op 25 mei 2011 maakte Pantel tegen SUNAT een zogenoemde Amparo-procedure aanhangig voor de Peruviaanse constitutionele rechter. Pantel maakte daarin bezwaar tegen belastingaanslagen over de periode van 24 februari 2003 tot 8 juni 2009 in die periode was [bestuurder 1] bewindvoerder van Pantel en verzocht deze wegens strijd met verschillende grondrechten niet uitvoerbaar te verklaren. Nadat dit verzoek in eerste aanleg en in hoger beroep was afgewezen, wees het Peruaanse Constitutioneel Hof (hierna: het Constitutioneel Hof) in hoogste instantie het verzoek op 12 maart 2014 toe. Deze uitspraak (hierna: het Constitutioneel Vonnis) is geschreven in de Spaanse taal. In de Engelse vertaling van Pantel luiden de belangrijkste overwegingen:

20. Based on the provisions set forth by the Inter-American Court of Human Rights, in this case, it is noted that the claimant (PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A.) has an exorbitant tax debt. In this respect, it cannot be ignored that the debt has increased exponentially due to the fact that the former administration intentionally failed to honor them. We must not forget that the former administration was in the hands of [bestuurder 1] , who was the receiver appointed by the Peruvian State, through the Judiciary. In other words, [bestuurder 1] was appointed by a judge of the Republic of Peru to act on his behalf in order to diligently administer PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A. However, this was not the case. Therefore, the State itself is also responsible for this increase, not only because the management of the TV Channel was stripped by null and void judicial decisions, but because it was the own negligence of the Peruvian Tax Administration (SUNAT) which has caused the debt to increase, since despite having the tools to collect such taxes, it did not use them at the time.

If the claimant has become immersed in such a level of indebtedness with the Treasury, it is precisely because of the action of the State itself. Hence, to attempt to collect the entire debt to the current management without considering such a situation is arbitrary.

21. In effect, the court decisions whereby the current management was stripped of the control over the TV Channel are quite debatable, not only because they resorted to non-competent judges in terms of jurisdiction, but also because, to a large extent, they attempted to snatch it from its legitimate owners through illegitimate precautionary measures and subsequent attempts to modify the shareholding structure.

Public opinion has witnessed the shameful acts occurred in the takeover of possession of the TV Channel by the administration that shamelessly evaded taxes.

22. Based on the foregoing, the Peruvian Tax Administration (SUNAT) was surprisingly passive when overseeing and enforcing the debt against PANAMERICANA TELEVISIÓN S.A. at the time it was administered by [bestuurder 1] . Even when the powers vested in the SUNAT are discretionary, they cannot allow for an extremely permissible treatment with which the company was treated during the previous administration.

23. Even when taxes cannot be understood as penalties, under the current circumstances, to attribute the whole tax debt due and payable to the Peruvian Tax Administration (SUNAT) to the economic group affected by said judicial expropriation is, to a large extent, an irrational measure and, in practice, an abnormal punishment that violates the right to property of the claimant, which this joint resolutive body is obligated to protect.

24. Consequently, having the Inter-American Court of Human Rights exercised, in relation to a similar case as the present one () a vertical conventionality control, this joint resolutive body must admit this petition for constitutional relief (amparo proceeding) following the guidelines established by the court.

In de Engelse vertaling van Peru luidt rov. 23 van het Constitutioneel Vonnis:

23 Although taxes cannot be understood as sanctions, in the present circumstances, to impute in full the unpaid tax debt to the economic group harmed by this sort of judicial expropriation is, in good faith, a measure lacking in rationality and, in practice, an anomalous sanction that ends up violating the appellants right to property, which this collegiate body is obliged to protect. is under an obligation to protect.

3.14 Een tussen Peru en Zwitserland op 22 november 1991 gesloten en op 23 november 1993 in werking getreden bilateraal investeringsverdrag (hierna: het Investeringsverdrag) beschermt, kort gezegd, investeerders uit de ene verdragsluitende staat tegen onteigening, nationalisatie en vergelijkbare maatregelen door de andere verdragsluitende staat zonder effectieve en adequate schadevergoeding. Het Investeringsverdrag voorziet (voor het geval geen minnelijke regeling kan worden bereikt en een procedure voor de nationale rechter niet binnen achttien maanden is afgerond) in geschilbeslechting door arbitrage volgens het UNCITRAL-arbitragereglement (artikel 9 leden 1 tot en met 3).

3.15 Nadat Pantel een (vergeefse) poging had ondernomen om tot een minnelijke regeling te komen, heeft zij op 25 mei 2011 een procedure aanhangig gemaakt bij de Superior Court of Justice in Lima tegen zowel Peru als [bestuurder 1] . In deze procedure vorderde zij, onder meer, schadevergoeding van PEN 1.000.000.000. Aan haar vordering legde zij ten grondslag dat de benoeming van [bestuurder 1] als bewindvoerder van Pantel en diens daaropvolgende wanbeleid kwalificeren als een onrechtmatige onteigening in de zin van artikel 5 lid 1 van het Investeringsverdrag. [bestuurder 1] overleed in 2017, als gevolg waarvan alleen Peru nog procespartij is. In deze procedure is (tot nu toe) geen uitspraak gedaan.

3.16 Op 15 mei 2019 heeft Pantel, samen met de [familienaam] Siblings, een arbitrage tegen Peru aanhangig gemaakt en schadevergoeding gevorderd wegens schending van de artikelen 5 respectievelijk 2 tot en met 4 van het Investeringsverdrag. Bij arbitraal tussenvonnis van 11 september 2020 heeft het scheidsgerecht het beroep van Peru op onbevoegdheid van het scheidsgerecht verworpen en de [familienaam] Siblings niet-ontvankelijk verklaard in hun vordering. Bij arbitraal eindvonnis van 1 december 2022 wees het scheidsgerecht de vordering van Pantel af.

4 De vordering en het verweer

4.1 Pantel vordert dat het hof het arbitraal eindvonnis vernietigt en voert daartoe drie gronden aan:

(i) Het scheidsgerecht heeft zijn opdracht geschonden (artikel 1061 lid 1, aanhef en onder c, Rv), omdat het scheidsgerecht het beginsel van *res judicata* van de beslissingen in het constitutioneel vonnis niet of onjuist heeft toegepast.

(ii) Het arbitraal vonnis is niet met redenen omkleed (artikel 1061 lid 1, aanhef en onder d, Rv). Het oordeel dat het scheidsgerecht naar internationaal recht niet gebonden is aan *res judicata* is onbegrijpelijk en niet steekhoudend en dat moet worden gelijkgesteld met het ontbreken van een motivering. Hetzelfde geldt voor zijn oordeel dat, hoewel de hoogste Peruaanse rechter heeft geoordeeld dat de bewindvoerder de staat Peru vertegenwoordigde en Peru ervoor verantwoordelijk is dat tijdens zijn bestuur de belastingschuld van Pantel is toegenomen, het scheidsgerecht hieraan niet gebonden is omdat deze vraag naar internationaal recht moet worden beoordeeld en Pantel geen bewijs heeft geleverd dat het handelen van [bestuurder 1] volgens internationaal recht aan Peru kan worden toegerekend. Aldus is ook sprake van een ontoelaatbare verrassingsbeslissing.

(iii) De inhoud en de wijze van totstandkoming van het arbitraal vonnis zijn in strijd met de openbare orde (artikel 1061 lid 1, aanhef en onder e, Rv). Wat betreft de inhoud van het arbitraal vonnis is het niet toepassen van *res judicata* op zichzelf al in strijd met de openbare orde. Daarnaast geeft dit Peru de mogelijkheid in een arbitrage het geschil opnieuw ter beoordeling voor te leggen, welke mogelijkheid het naar het toepasselijke Peruaans recht niet heeft. Bovendien is het scheidsgerecht voorbij gegaan aan een essentiële stelling van Pantel, namelijk dat de rechten die zij in Peru kan

ontlenen aan het constitutioneel vonnis, zelfstandig kwalificeren als een investering als bedoeld in artikel 1 lid 2 sub e van het Investeringsverdrag. Het niet erkennen van deze rechten en het niet betalen van schadevergoeding levert schending van het Investeringsverdrag op. Door niet op deze essentiële stelling in te gaan, is de wijze van totstandkoming van het arbitraal vonnis in strijd met de openbare orde, terwijl het scheidsgerecht hierdoor bovendien zijn opdracht ernstig heeft geschonden, aldus Pantel.

- 4.2 Peru voert gemotiveerd verweer. Zij stelt voorop dat het scheidsgerecht het beroep op *res judicata* heeft verworpen op twee zelfstandig dragende gronden (rov. 457 én 458 van het arbitraal vonnis). De vordering tot vernietiging richt zich niet werkelijk tegen die eerste grond. Bij gebrek aan belang kunnen de klachten alleen al om die reden niet tot vernietiging van het arbitraal vonnis kunnen leiden, aldus Peru. Peru voert verder aan dat de beslissing van arbiters over het gezag van gewijsde van een eerder vonnis een inhoudelijk oordeel betreft. De juistheid daarvan kan in een vernietigingsprocedure niet aan de orde komen. De stelling dat het scheidsgerecht het beginsel van *res judicata* niet of onjuist heeft toegepast en dat daarom sprake zou zijn van schending van de opdracht, de motiveringsplicht en de openbare orde moet daarom worden verworpen. Het scheidsgerecht heeft het leerstuk van *res judicata* wel degelijk onder ogen gezien maar het beroep daarop verworpen omdat naar zijn oordeel sprake was van een andere rechtsbetrekking in geschil. Het gezag van gewijsde is, anders dan Pantel stelt, niet van openbare orde. Het scheidsgerecht heeft de verwerping van het beroep van Pantel op gezag van gewijsde en haar stelling dat het handelen van de door de rechter benoemde bewindvoerder aan Peru moet worden toegerekend, uitvoerig gemotiveerd. Het heeft het Constitutioneel Vonnis aldus uitgelegd dat dit slechts ziet op belastingschulden en dus over een geheel andere rechtsbetrekking gaat. Het scheidsgerecht heeft ook afdoende toegelicht dat de bewindvoerder geen vertegenwoordiger is van de staat. Van een verrassingsbeslissing is geen sprake: Pantel heeft voldoende mogelijkheden gehad te reageren op door Peru ingeroepen rechtsbronnen en om zelf rechtsbronnen aan te voeren. Zij heeft in de arbitrage echter weinig tot niets gesteld over het leerstuk van gezag van gewijsde. Wat betreft de klacht van Pantel dat het scheidsgerecht een essentiële stelling namelijk dat het gezag van gewijsde van de fiscale uitspraak zou kwalificeren als een zelfstandige investering in de zin van artikel 1 lid 2 Investeringsverdrag heeft gepasseerd voert Peru in de eerste plaats aan dat volgens de rechtspraak van de Hoge Raad dit alleen in uitzonderlijke gevallen tot vernietiging kan leiden. Bovendien blijkt uit het arbitraal vonnis dat het scheidsgerecht deze stelling wel degelijk onder ogen heeft gezien en verworpen, aldus Peru.

5 Beoordeling

Bevoegdheid van hof Den Haag

- 5.1 Het hof is bevoegd kennis te nemen van de vordering van Pantel tot vernietiging van het tussen haar en Peru gewezen arbitraal vonnis omdat de plaats van arbitrage Den Haag was gelegen binnen het ressort van dit hof (artikel 1064a lid 1 Rv).

Kern van het geschil: res judicata

- 5.2 De kern van de bezwaren van Pantel tegen het arbitrale vonnis waarvan zij de vernietiging vordert, is dat volgens haar het scheidsgerecht op grond van het Peruaanse recht het beginsel van *res judicata* had moeten toepassen, maar dat ten onrechte heeft nagelaten.
- 5.3 Pantel wijst er in dat verband op dat het geschil tussen haar en Peru atypisch is in die zin dat in dit geval de hoogste nationale rechter in Peru het Constitutioneel Hof heeft vastgesteld dat Peru onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld. In de arbitrage beklaagde zij zich dus juist *niet*, anders dan gebruikelijk in investeringsarbitrages, over gebreken in de procedure voor de nationale rechter, maar heeft zich daarentegen beroepen op *res judicata* van deze beslissing van de nationale (constitutionele) rechter. Het scheidsgerecht is aan dit beroep voorbij gegaan als a sort of personal view van Pantel, hoewel het Investeringsverdrag de toepassing van Peruaans recht voorschrijft en daarmee de status van het oordeel van het constitutioneel hof dwingend regelt. Het resultaat is dat Peru geslaagd is in een *de facto* appel bij een internationaal scheidsgerecht van een beslissing van de eigen hoogste

rechter en dat de investeerder (Pantel) na het voeren van de investeringsarbitrage met minder rechten achterblijft dan zij voor de arbitrage naar het recht van verdragsstaat Peru had, aldus Pantel.

Vernietiging arbitraal vonnis; juridisch kader

5.4 Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad geldt als algemeen uitgangspunt dat de burgerlijke rechter terughoudendheid moet betrachten bij de beoordeling van een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis. Een vernietigingsprocedure mag niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep. Het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt immers mee dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.¹ Op dit algemene uitgangspunt van terughoudende toetsing zijn een paar uitzonderingen, waaronder het geval waarin het beginsel van hoor en wederhoor aan de orde is.

5.5 Voor de vernietigingsgronden van artikel 1065 lid 1 onder c, d en e Rv geldt verder het volgende.

5.6 Artikel 1065 lid 1 onder c Rv voorziet in de mogelijkheid vernietiging van een arbitraal vonnis te vorderen in het geval dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden. Bij de beoordeling of het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden worden een formele en een materiële zijde onderscheiden. Bij de formele zijde van de opdracht gaat het om de wettelijke en overeengekomen procedureregels die het scheidsgerecht in acht moet nemen. De materiële zijde van de opdracht heeft betrekking op de grenzen van de rechtsstrijd en de beslissingsmaatstaf die het scheidsgerecht moet aanleggen. Van schending daarvan is sprake als het scheidsgerecht meer of anders heeft toegewezen dan gevorderd. Ook schendt een scheidsgerecht zijn opdracht als het heeft nagelaten op een of meer (tegen)vorderingen te beslissen. Een vordering tot vernietiging op die grond kan alleen worden toegewezen als aanvullend vonnis is gewezen dan wel een eerder verzoek tot aanvulling van het vonnis is afgewezen (artikel 1065 lid 6 Rv.). Het nagelaten te beslissen op een uitdrukkelijk voorgedragen essentieel verweer, dat wil zeggen een verweer dat direct van invloed is op de arbitrale beslissing, kan eveneens leiden tot vernietiging van het arbitraal vonnis wegens schending van de opdracht.² Bij de beoordeling of het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden, moet de rechter zich volgens het algemene uitgangspunt terughoudend opstellen. Verder geldt dat een schending van de opdracht alleen tot vernietiging van een arbitraal vonnis kan leiden als die schending van ernstige aard is (artikel 1065 lid 4 Rv). Daarvan is sprake als de schending van de opdracht van substantiële betekenis is. Beslissend is of de uitspraak anders had kunnen uitvallen als de arbiters zich aan hun opdracht hadden gehouden. Verder moet de partij die zich op de schending van de opdracht door het scheidsgerecht beroept, een redelijk belang hebben bij de daarop gebaseerde vordering tot vernietiging.³

5.7 Uit artikel 1065 lid 1 onder d Rv vloeit voort dat een arbitraal vonnis moet worden vernietigd als het niet met redenen is omkleed. Daarvan is alleen sprake als de motivering ontbreekt, en niet als de motivering volgens de rechter ondeugdelijk is.⁴ Met het ontbreken van een motivering moet op een lijn worden gesteld het geval waarin in de gegeven motivering geen steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing valt te onderkennen.⁵

5.8 Op grond van artikel 1065 lid 1 onder e Rv moet een arbitraal vonnis worden vernietigd als dit vonnis, of de wijze waarop het tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde. De openbare orde heeft dus een materiële en processuele kant.

Van strijd met de materiële openbare orde is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad slechts sprake als de inhoud of uitvoering van het arbitraal vonnis strijd oplevert met dwingend recht van een zo fundamenteel karakter dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.⁶ Bij de toetsing of het arbitraal vonnis in strijd is met dergelijk fundamenteel recht, moet de rechter zich terughoudend opstellen: alleen in sprekende gevallen mag hij tot het oordeel komen dat sprake is van strijd met de openbare orde. Als echter sprake is van een sprekend geval, dan zal de rechter tot vernietiging van het arbitrale vonnis over moeten gaan (aan die stap is niets terughoudends meer).

De wijze waarop het arbitrale vonnis tot stand is gekomen is in strijd met de openbare orde dit is de processuele openbare orde (onder meer) als het scheidsgerecht heeft gehandeld in strijd met het

beginsel van hoor en wederhoor. Dat beginsel houdt in dat partijen de gelegenheid moeten krijgen zich uit te laten over bescheiden en andere gegevens die arbiters aan een vonnis ten grondslag leggen en hun feitelijke stellingen aan te vullen ten aanzien van eventueel ambtshalve door het scheidsgerecht toe te passen rechtsgronden die een verrassing voor partijen zouden kunnen opleveren. Als de vordering tot vernietiging is gebaseerd op strijd met het fundamentele recht van hoor en wederhoor, is geen plaats voor een terughoudende toetsing door de rechter.⁷

- 5.9 Als een scheidsgerecht een beroep op artikel 1059 Rv (gezag van gewijsde) buiten toepassing laat, kan dit aanleiding geven tot vernietiging van het arbitraal vonnis wegens schending van de opdracht als bedoeld in artikel 1065 lid 1, onder c, Rv. In het geval dat op die grond vernietiging van een arbitraal vonnis wordt gevorderd, moet de rechter onderzoeken of het scheidsgerecht bij zijn beslissing de in artikel 1059 Rv vervatte maatstaf heeft aangelegd, maar niet op welke wijze en met welk resultaat het dat heeft gedaan. Hetzelfde geldt voor het geval dat vernietiging wordt gevorderd op de voet van artikel 1065 lid 1, onder e, Rv op de grond dat het arbitrale vonnis in strijd is met artikel 1059 Rv.⁸

Welk recht was toepasselijk in de arbitrage?

- 5.10 Artikel 9 lid 7 van het Investeringsverdrag bepaalt (volgens de door Pantel als productie 3 overgelegde officiële vertaling):

The arbitration court shall reach a decision based on this Agreement and other applicable agreements between the Contracting Parties, the terms of any private agreement entered into with regard to the investment, the laws of the Contracting Party involved in the dispute including its private international law standards and the general principles and provisions of the applicable international laws.

Hieruit volgt dat op het aan arbitrage onderworpen geschil het (materiële) recht van Peru van toepassing is, met inbegrip van zijn regels van internationaal privaatrecht, en verder de van toepassing zijnde beginselen en regels van internationaal recht.

- 5.11 Het op de arbitrage toepasselijke procesrecht is Nederlands (arbitrage)recht. Dit volgt uit artikel 1073 lid 1 Rv, dat titel 1 van Boek IV van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (de artikelen 1020-1073 Rv) van toepassing verklaart als de plaats van arbitrage, zoals in dit geval, in Nederland is gelegen. Op de arbitrage zijn verder de UNCITRAL Arbitration Rules van toepassing (artikel 9 lid 3 Investeringsverdrag).

Het beroep van Pantel op res judicata (gezag van gewijsde); beoordelingsmaatstaf

- 5.12 Pantel stelt dat het Peruaanse nationale recht een ruime *res judicata*-leer hanteert. Volgens haar wordt de omvang van het gezag van gewijsde beheerst door het recht van het land waar de beslissing is gegeven: Peru. Daarom bepaalt Peruaans recht de omvang van het gezag van gewijsde. De dragende beslissingen uit het Constitutioneel Vonnis hebben naar Peruaans recht *res judicata* tussen Pantel en Peru. Ook op deze grond van het Nederlands arbitragerecht was het scheidsgerecht verplicht *res judicata* toe te passen en schond het zijn opdracht door het geschil opnieuw inhoudelijk te beoordelen, aldus Pantel. Pantel heeft een *legal opinion* van professor Fernandez Figueroa overgelegd waarin wordt uiteengezet dat *res judicata* is verankerd in de Peruaanse grondwet en verder uitgewerkt in wet- of regelgeving van lagere orde.

- 5.13 Het hof overweegt dat Pantel ervan lijkt uit te gaan dat haar beroep op *res judicata* in de arbitrage beoordeeld moest worden naar Peruaans recht, omdat *res judicata* (gezag van gewijsde) naar Peruaans recht een leerstuk van materieel recht is. Zoals hiervoor is overwogen, was op de arbitrage tussen Pantel en Peru Nederlands procesrecht van toepassing. Het leerstuk van *res judicata*, in het Nederlands rechtssysteem bekend als gezag van gewijsde of bindende kracht van vonnissen, is naar Nederlands recht een procesrechtelijk leerstuk, geregeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het verwijt van Pantel dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door voorbij te gaan aan de toepasselijkheid van Peruaans recht, zoals bepaald in het Investeringsverdrag, en door het beginsel van *res judicata* niet volgens dat recht toe te passen, is daarom onterecht.

- 5.14 Artikel 1059 Rv regelt het gezag van gewijsde van arbitrale vonnissen. Lid 1 bepaalt dat beslissingen die de rechtsbetrekking in geschil betreffen en zijn vervat in een in kracht van gewijsde gegaan arbitraal vonnis, in een ander geding tussen dezelfde partijen gezag van gewijsde hebben met ingang van de dag waarop zij zijn gegeven. Met een ander geding wordt een ander arbitraal geding bedoeld.⁹

Artikel 1059 lid 1 Rv verklaart artikel 236 leden 2 en 3 Rv hierin is bepaald dat onder partijen mede worden begrepen rechtverkrijgenden en dat gezag van gezag van gewijsde niet ambtshalve wordt toegepast van overeenkomstige toepassing. Het gezag van gewijsde van rechterlijke beslissingen is geregeld in artikel 236 Rv. Het gezag van gewijsde kan worden ingeroepen als in een geding tussen dezelfde partijen eenzelfde geschilpunt wordt voorgelegd als in een eerder geding, en de in het dictum van de eerdere uitspraak gegeven beslissing (mede) berust op een beslissing over dat geschilpunt, ongeacht of wat gevorderd wordt hetzelfde is. Het antwoord op de vraag of in het eerdere geding sprake is geweest van beslissingen aangaande een geschilpunt dat dezelfde rechtsbetrekking betreft als in het andere geding, is afhankelijk van de grondslag van de vordering of het verweer, het processuele debat en de gegeven beslissingen. Dat vergt uitleg van de in de eerdere procedure gedane uitspraak (HR 18 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2099). Het hof zal met Pantel ervan uitgaan dat in dit geval, waarin in een arbitrage een beroep wordt gedaan op gezag van gewijsde van een (buitenlands) rechterlijk vonnis, artikel 1059 lid 1 Rv van overeenkomstige toepassing is.

- 5.15 Daargelaten naar welk recht het beroep van Pantel op *res judicata* in de arbitrage moest worden beoordeeld, is niet in geschil dat *res judicata* een internationaal erkend rechtsbeginsel is. Daarop kan ook in (internationale) arbitrages een beroep worden gedaan.¹⁰ In de (internationale) literatuur bestaat overeenstemming over de criteria waaraan een beroep op *res judicata* moet voldoen wil het slagen: de (rechterlijke of arbitrale) uitspraak waarop het beroep ziet, moet (1) zijn gedaan tussen dezelfde partijen, (2) gaan over dezelfde feiten en (3) dezelfde rechtsgrond betreffen. Dit wordt ook wel de triple-identity test genoemd.¹¹ Partijen zijn het (desgevraagd bij de mondelinge behandeling) erover eens dat deze criteria overeenkomen met de vereisten voor een geslaagd beroep op gezag van gewijsde. Het moet, kortom, gaan om een geschil tussen dezelfde partijen over dezelfde rechtsbetrekking. Pantel heeft overigens niet toegelicht dat het Peruaanse recht op dit punt afwijkt, zodat zij in zoverre belang mist bij haar klacht dat het scheidsgerecht het gezag van gewijsde naar Peruaans recht had moeten beoordelen.
- 5.16 Het hof volgt Pantel niet in haar betoog dat *res judicata* van openbare orde is, althans dat het raakt aan de openbare orde. Naar Nederlands recht geldt dat de rechter het gezag van gewijsde niet ambtshalve mag toepassen, maar alleen als daarop door een van de partijen een beroep wordt gedaan. Ook in andere rechtssystemen wordt *res judicata* in het algemeen niet als van openbare orde aangemerkt.¹² Deze kwestie mist in zoverre belang dat vaststaat dat Pantel in de arbitrage een beroep heeft gedaan op de bindende kracht van het Constitutioneel Vonnis (statement of claim 110). Een andere vraag is of in het geval dat, zoals Pantel stelt, het scheidsgerecht haar beroep op *res judicata* ten onrechte zou hebben verworpen, het arbitrale vonnis daarmee tot stand is gekomen in strijd met de materiële openbare orde (artikel 1065 lid 1 onder e Rv); dit is één van de vernietigingsgronden waarop Pantel zich beroept.

Het arbitraal vonnis; overwegingen over res judicata

- 5.17 Het scheidsgerecht heeft in zijn eindvonnis over het beroep van Pantel op *res judicata*-effect van het Constitutioneel Vonnis in de Investeringsarbitrage het volgende overwogen:

386. Finally, the Tribunal has great respect for the Peruvian courts and, among them, the Constitutional Tribunal. Nonetheless, this does not mean it should take as proven, as proposed by the Claimant, every consideration and analysis that are part of the *Amparo* Claim and that sustain the decision contained in the CT Judgment. [voetnoot]

387. This conclusion by the Tribunal stems firstly from the fact that an *amparo* claim does not allow for an analysis of peripheral facts (or facts that the Parties have not even addressed), but that could be relevant to the claims in this arbitration.

388. Secondly, the *Amparo* Claim is limited to the issue of a tax debt [voetnoot] and it would, thus, not be admissible to come to conclusions based thereon in connection with other issues not under analysis at the time and not adversarially debated. [voetnoot]

389. Thirdly and lastly, the task of this Tribunal is to decide on a controversy under the Treaty, and it therefore must analyze the facts of the case discussed as part of the *Amparo* Claim from a different perspective.

390. The Claimant has not put forward any precedent in which an investment arbitral tribunal has interpreted a domestic judicial resolution as the Claimant is suggesting should be done in the present case. In this regard, the Tribunal aligns itself with the legal authorities submitted by the Respondent. [voetnoot] This is the reason why decisions by national courts do not have *res judicata* effect for international tribunals.

()

440. Thus, the Claimants approach suggests that - in a case of international nature Perus Constitutional Tribunal declared with *res judicata* effect that, through the Interim Measures Resolution, a judicial expropriation took place and, for that reason, the only matter really requiring a determination by the Tribunal would be the amount of the compensation payable to the Claimant for that unlawful act in violation of the Treaty.

441. The Claimant defends a legal theory according to which the CT Judgment has *res judicata* effect, [voetnoot] such that this Tribunal has no power to assess or even interpret it; however, this position has been put forward as a sort of personal view, that is, without providing any legal authority to support it. In connection with this point, the Respondent asserts that “[t]he decisions of domestic courts do not have *res judicata* effect in international arbitrations”. [voetnoot]

()

456. As the Tribunal has previously mentioned, the Claimant attaches central importance to the expression “sort of judicial expropriation” employed in the CT Judgment, [voetnoot] to the extent that it is considered, at times, the basis of its entire case.

457. On this point, the Tribunal concurs with the arguments submitted by the Respondent, [voetnoot] as a review of the quoted statement in its original context shows that it was rather rhetorical in nature and not a legal conclusion, while its legal meaning referred, in any event, to the scenario in which the SUNAT were to enforce the tax debt generated between 24 February 2003 and 8 June 2009. [voetnoot] The Constitutional Tribunal analyzed and decided on an *amparo* claim and could not have analyzed or decided (and indeed it did not) whether a direct or indirect expropriation had occurred, such that it is not factually accurate to state, as the Claimant suggests, [voetnoot] that the Constitutional Tribunal determined the existence of a judicial expropriation.

458. In any event, the Tribunal considers that its own analysis and conclusions may differ from those of the Constitutional Tribunal, since the latter's decision has no *res judicata* effect in the realm of international law, even if it were a decision concluding that there was an expropriation (which is not the case). Therefore, in the Tribunal's view, the key is whether the Claimant has established that the international legal standard for expropriation has been fulfilled, and not the position adopted by a national court with regard to the facts at stake and in accordance with domestic law, even if this involves an instance as high as the Constitutional Tribunal.

Schending opdracht, ontbreken van motivering en/of strijd met de openbare orde?

5.18 Volgens Pantel moet het arbitrale vonnis worden vernietigd omdat het scheidsgerecht met zijn verwerping van haar beroep op *res judicata*/gezag van gewijsde van het Constitutioneel Vonnis zijn opdracht heeft geschonden, het scheidsgerecht zijn beslissing hierover niet met redenen heeft omkleed en het vonnis op dit punt in strijd is met de openbare orde. Het hof overweegt hierover als volgt.

5.19 Het arbitrale vonnis lijkt op enkele plaatsen te suggereren dat in het internationale (investerings)recht in het algemeen geen ruimte zou zijn voor een beroep op *res judicata*/gezag van gewijsde van nationale rechterlijke beslissingen zoals die van het Peruaanse Constitutioneel Hof. Wat daarvan zij: het scheidsgerecht is, anders dan Pantel meent, blijkens de onder 5.17 weergegeven overwegingen wel degelijk ook inhoudelijk op het beroep op *res judicata*/gezag van gewijsde ingegaan. Het scheidsgerecht heeft daarbij onderzocht of de beslissing in het Constitutioneel Vonnis, waarvan Pantel het gezag van gewijsde inriep, betrekking had op een geschil tussen dezelfde partijen over dezelfde rechtsbetrekking. Het scheidsgerecht heeft overwogen dat een Amparo-procedure niet voorziet in een

analyse van feiten die relevant kunnen zijn voor de vorderingen in deze investeringsarbitrage, dat de Amparo-claim is beperkt tot (een geschil over) een belastingschuld en dat het scheidsgerecht moet beslissen over een geschil onder het Investeringsverdrag (rov. 387- 389). Het hof merkt op dat de Amparo-procedure daarentegen zag op schending van de Peruaanse grondwet. Het scheidsgerecht heeft het vergaande standpunt van Pantel (als a sort of personal view) verworpen dat het scheidsgerecht bij zijn beoordeling van het beroep op gezag van gewijsde het Constitutioneel Vonnis niet zou mogen uitleggen (rov. 441). Het scheidsgerecht heeft geconcludeerd dat het Constitutioneel Hof in het Constitutioneel Vonnis geen juridische onteigening had vastgesteld en dat de desbetreffende bewoordingen uit het Constitutioneel Vonnis hooguit retorisch van aard zijn (rov. 457).

5.20 Het scheidsgerecht heeft met het voorgaande de juiste, hiervoor onder 5.14 en 5.15 weergegeven, maatstaf gehanteerd. Het staat het hof in het kader van deze vernietigingsprocedure niet vrij te onderzoeken op welke wijze en met welk resultaat het scheidsgerecht dit heeft gedaan (zie hiervoor onder 5.6 en 5.9). Het scheidsgerecht diende de uitspraak in de eerdere procedure waarvan gezag van gewijsde werd ingeroepen uit te leggen hetgeen het heeft gedaan en het heeft daarbij vastgesteld dat geen sprake is van een geschil over dezelfde rechtsbetrekking.

5.21 Aldus kan niet worden gezegd dat sprake is van een (ernstige) schending van de opdracht door het scheidsgerecht (zie hiervoor onder 5.9). Evenmin valt in te zien dat het arbitrale vonnis in strijd is met de openbare orde doordat daarin een volgens Pantel ontoelaatbare herbeoordeling van de beslissing van het Constitutioneel Hof zou hebben plaatsgevonden.

5.22 Hieraan doet niet af dat in dit volgens Pantel atypische geval dat de nationale (constitutionele) rechter haar (als buitenlandse investeerder) in het gelijk had gesteld in een Amparo-procedure en zij in de investeringsarbitrage dus juist niet klaagde over gebreken in de rechtsgang bij de nationale rechter. Zoals hiervoor overwogen, heeft het scheidsgerecht vastgesteld dat die procedure bij de nationale (constitutionele) rechter over een andere rechtsbetrekking ging en een beroep op *res judicata* dan niet aan de orde is.

5.23 Het scheidsgerecht heeft zijn onder 5.19 bedoelde oordeel ook van een motivering voorzien. Niet kan worden gezegd dat deze moet worden gelijkgesteld met de situatie dat wel een motivering is gegeven maar daarin geen steekhoudende verklaring voor de gegeven beslissing valt te lezen.

5.24 Ook faalt de klacht dat het arbitrale vonnis in strijd is met de openbare orde omdat de categorische verwerping van het beroep op *res judicata*/gezag van gewijsde een verrassingsbeslissing zou zijn waarover Pantel zich nader had moeten kunnen uitlaten. Allereerst mist deze klacht belang omdat het scheidsgerecht, zoals hiervoor is overwogen, ook inhoudelijk heeft beoordeeld of het Constitutioneel Vonnis gezag van gewijsde heeft. Bovendien heeft Pantel zowel in de schriftelijke fase van de arbitrage als bij de mondelinge behandeling voldoende gelegenheid gehad om haar standpunten omtrent het gezag van gewijsde toe te lichten en te onderbouwen. Van een verrassingsbeslissing of schending van hoor en wederhoor is geen sprake.

Toerekening handelen [bestuurder 1] ; ontbreken van motivering?

5.25 Pantel klaagt verder nog over onbegrijpelijkheid van het oordeel van het scheidsgerecht dat in dit geval het handelen van [bestuurder 1] niet kan worden toegerekend aan Peru. Het scheidsgerecht heeft voorop gesteld dat het Constitutioneel Hof had geoordeeld dat de gerechtelijk bewindvoerder van Pantel de Peruaanse staat vertegenwoordigde en dat de Peruaanse staat ook verantwoordelijk was voor de tijdens het gerechtelijk bewind ontstane toename van de belastingschuld van Pantel. Het scheidsgerecht oordeelde echter dat het Constitutioneel Vonnis niet doorslaggevend zou zijn omdat het deze vraag naar internationaal recht diende te beoordelen, aldus Pantel. Het scheidsgerecht overwoog vervolgens: no evidence has been provided to prove the existence of any behavior of this nature, which means it cannot be concluded that mr. [bestuurder 1] s acts can be attributed to Peru under any of the principles of customary international law contained in the Draft Articles on State Responsibility (rov. 408 van het arbitraal vonnis). Volgens Pantel had het scheidsgerecht dit nooit en zeker niet zonder debat met partijen kunnen concluderen omdat de hoogste Peruaanse rechter heeft vastgesteld dat Peru voor het handelen van [bestuurder 1] verantwoordelijk is. Het valt niet in te zien dat als het handelen van de bewindvoerder dat naar dwingend toepasselijk Peruaans recht wel toegerekend moet worden aan Peru, dit niettemin naar internationaal recht niet toegerekend kan worden. Het arbitraal vonnis bevat op dit punt geen enkele motivering, aldus Pantel.

5.26 Deze klacht is ongegrond. Uit de door Pantel geciteerde overwegingen (rov. 407-408 van het arbitraal vonnis) blijkt al dat geen sprake is van het ontbreken van een motivering. Ook valt niet in te zien dat in die overwegingen geen steekhoudende verklaring voor de beslissing is gegeven.

5.27 Het scheidsgerecht heeft overwogen dat het in theorie mogelijk zou zijn, onder meer, dat [bestuurder 1] als orgaan van Peru moet worden aangemerkt, dat hij formeel bevoegd was Peru te vertegenwoordigen, dat hij heeft gehandeld volgens instructies van de Peruaanse staat, dat hij door Peru is gemanipuleerd of dat zijn handelen om andere redenen als handelen Peruaanse staat moet worden aangemerkt. Dat is evenwel niet aangetoond, aldus het arbitraal vonnis. Daarbij moet worden bedacht dat [bestuurder 1] destijds zelf een van de aandeelhouders van Grupo Pantel de Mixed Court heeft verzocht (i) alle aandeelhoudersrechten van de [familienaam] Siblings in Grupo Pantel op te schorten, (ii) het bestuur van zowel Grupo Pantel als Pantel te schorsen en (iii) hem te benoemen als tijdelijk bestuurder van beide vennootschappen (zie hiervoor onder 3.8). Aan dit verzoek lag een aandeelhoudersconflict ten grondslag. De Mixed Court heeft dit verzoek toegewezen en [bestuurder 1] bij wijze van voorlopige maatregel als bewindvoerder benoemd onder voorwaarde van zekerheidstelling door [bestuurder 1]. Deze beslissing is vervolgens in hoger beroep door de Superior Court vernietigd. Het scheidsgerecht heeft [bestuurder 1] daarom niet als een vertegenwoordiger dan wel een orgaan van de Peruaanse staat heeft aangemerkt. Vervolgens heeft het scheidsgerecht overwogen:

408. () In any case, if from the analysis of the merits relevant elements in the case arise such as the alleged intervention of former President [president 2] and former Prime Minister Dañino , the Tribunal will specifically analyze whether any of the facts cited provide reason to find in favor that Mr. [1] s acts can be attributed to Peru.

409. An entirely different matter is the attribution of acts by domestic tribunals in the plane of international protection for investments, given that it is not so much a matter of attribution (which is not arguable) [voetnoot] but rather of proof of the existence of a denial of justice or any other violation of the standards of protection provided for under the Treaty, in customary international law or any other international instrument, all of which will be analyzed below.

410. In fact, except for cases of denial of justice and in the absence of other circumstances entailing State violation of international law, an interim measure issued in connection with a dispute between private parties cannot consolidate a violation of international investment law, even if such measure was eventually annulled or the management by the appointed judicial administrator under such measure was catastrophic.

411. As will be made even clearer in the subsequent analysis of the merits, the Tribunal has come to the conclusion that this did not occur.

5.28 Niet valt in te zien dat in deze motivering van het scheidsgerecht geen steekhoudende verklaring valt te onderkennen voor de beslissing dat de handelwijze van [bestuurder 1] naar toepasselijk (materieel) Peruaans recht niet aan Peru kan worden toegerekend. Dit levert dus ook geen grond voor vernietiging van het arbitraal vonnis op.

Kwalificeren rechten uit Constitutioneel Vonnis als een investering?

5.29 Tot slot voert Pantel aan dat zij in de arbitrage de essentiële stelling heeft ingenomen dat de rechten die zij in Peru kan ontlenen aan het Constitutioneel Vonnis zelfstandig kwalificeren als een investering als bedoeld in artikel 1 lid 2 sub e van het Investeringsverdrag; daaronder vallen immers other rights conferred by law, contracts and governmental decisions. Zij heeft in dit verband gesteld dat het niet erkennen, zelfs betwisten, en geen enkele vorm van schadevergoeding betalen door Peru, een zelfstandige schending van het Investeringsverdrag oplevert. Het scheidsgerecht heeft zich in het geheel niet uitgelaten over deze essentiële volgens Pantel door Peru erkende, althans niet betwiste stelling, aldus Pantel. Het passeren van een dergelijke essentiële stelling brengt mee dat de totstandkoming van het arbitrale vonnis in strijd is met de openbare orde en dat bovendien sprake is van een ernstige schending van de opdracht van arbiters. Dit levert een zelfstandige grond op voor vernietiging van het arbitrale vonnis, aldus Pantel.

- 5.30 Anders dan Pantel, leest het hof in de Rejoinder van Peru in de arbitrage geen erkenning dat de rechten die Pantel aan het Constitutioneel Vonnis kan ontlelen op zichzelf kwalificeren als een investering. In tegendeel, Peru heeft dat standpunt onbegrijpelijk (incomprehensible) genoemd en uitdrukkelijk betwist dat een rechterlijke beslissing een (wettelijke toegekend) recht oplevert dat zou kunnen worden onteigend enkel doordat Peru zijn recht op verdediging in de arbitrage uitoefent. Peru heeft ook betwist dat het concept van *res judicata* een investering oplevert die beschermd wordt in het Investeringsverdrag (Rejoinder 288).
- 5.31 Het scheidsgerecht heeft in rov. 286 van het arbitraal vonnis de stelling van Pantel dat de rechten die zij in Peru kan ontlelen aan het Constitutioneel Vonnis kwalificeren als een investering als bedoeld in artikel 1 lid 2 sub e van het Investeringsverdrag als volgt weergegeven: Noting that the Treatys definition of "investment" includes rights given "by decision of the authority in accordance with the law", the Claimant further contends that the Respondents denial in its submissions of rights given by its Judicial Power "are in themselves measures having the effect of expropriation". Het scheidsgerecht heeft deze stelling uitgelegd als een (subsidiar) beroep op indirecte onteigening: Probably, the Claimants intention was to invoke, subsidiarily, the existence of an indirect expropriation when it refers to "a measure having the same effect of expropriation and nationalization" (rov. 419 van het arbitraal vonnis). In de daaraan voorafgaande zin heeft het scheidsgerecht geoordeeld dat geen nationalisatie heeft plaatsgevonden, noch door de Voorlopige Maatregel, noch op enige andere wijze.
- 5.32 Het hof is, anders dan Pantel, van oordeel dat hier geen sprake is van een essentiële stelling in die zin dat deze direct van invloed was op de beslissing van het scheidsgerecht. Daarvoor is het volgende redengevend. Het hof stelt voorop dat Pantel aan de stelling dat zij aan het Constitutioneel Vonnis rechten kan ontlelen die kwalificeren als een investering als bedoeld in artikel 1 lid 2 sub e van het Investeringsverdrag geen separate vordering heeft verbonden. Het scheidsgerecht heeft dus niet nagelaten te beslissen op een vordering. Zoals hiervoor (onder 5.20) besproken, heeft het scheidsgerecht, bij zijn beoordeling van het beroep op *res judicata*/gezag van gewijsde van het Constitutioneel Vonnis, vastgesteld dat in dat vonnis niet is geoordeeld dat Pantel is onteigend. In dat oordeel ligt besloten dat in dat vonnis geen rechten zijn toegekend die voor bescherming als investering in aanmerking komen. Tegen die achtergrond kan niet worden gezegd dat die stelling zelfstandige betekenis toekomt en de verwerping ervan ten onrechte (ongemotiveerd) zou zijn gepasseerd.
- Bewijsaanbod*
- 5.33 Bewijs van feiten of omstandigheden die, indien bewezen, tot een ander oordeel leiden, is niet aangeboden. Het hof gaat daarom aan het bewijsaanbod van Pantel voorbij.
- Conclusie en proceskosten*
- 5.34 De conclusie is dat de vordering van Pantel moet worden afgewezen. Het hof zal Pantel als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten.
- 5.35 Die proceskosten worden begroot op:
- griffierecht 783
 - salaris advocaat 18.651 (3 punten × tarief VIII)
 - nakosten 178 (plus de verhoging zoals vermeld in de beslissing)
- Totaal 19.656

6 Beslissing

Het hof:

- wijst de vorderingen van Pantel af;
- veroordeelt Pantel in de kosten van de procedure in hoger beroep, aan de zijde van Peru begroot op 19.656;
- bepaalt dat als Pantel niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan de uitspraak heeft voldaan en dit arrest vervolgens wordt betekend, Pantel de kosten van die betekening moet betalen, plus extra nakosten

van 92.

Dit arrest is gewezen door mr. C.J. Verduyn, mr. M.E. Honée en mr. B.J. Lenselink en in het openbaar uitgesproken op 1 april 2025 in aanwezigheid van de griffier.

-
- ¹ Zie bijvoorbeeld HR 4 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1952 (Yukos).
- ² HR 30 december 1977, ECLI:NL:PHR:1977:AC6162 (De Ploeg/Kruse); HR 14 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2276 (Jardin/Van Rhienen)
- ³ G.J. Meijer e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis Arbitragewet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/I.76.3.
- ⁴ HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4947 (Benetton International/Eco Swiss China Time).
- ⁵ HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380 (Nannini/SFT Bank).
- ⁶ HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945 (Eco Swiss/Benneton) en HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:565 (Republiek Ecuador/Chevron).
- ⁷ HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3137 (IMS/Modsaf), en HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495 (Spaanderman/Anova).
- ⁸ HR 17 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:422 (Attero/gemeenten).
- ⁹ (impliciet) Asser Procesrecht/Sanders, Meijer & Ernste 8 2023/320.
- ¹⁰ Schaffstein schrijft: the doctrine of *res judicata* is a binding rule of public international law. S. Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicata before International Arbitral Tribunals*. New York: Oxford University Press, 2016, 2.69.
- ¹¹ Zie onder meer: Schaffstein, 2016, 2.105. A.W. Sheppard, "Res judicata and Estoppel", in: M. Bernardo e.a., *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, ICC Dossiers 2005/3, p. 224.
- ¹² Sheppard p. 228: *res judicata* is not generally considered part of public policy.
-