

# ECLI:NL:PHR:2025:1247

|                      |                                                                                                                                                        |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Parket bij de Hoge Raad                                                                                                                                |
| Datum conclusie      | 14-11-2025                                                                                                                                             |
| Datum publicatie     | 20-11-2025                                                                                                                                             |
| Zaaknummer           | 24/03891                                                                                                                                               |
| Rechtsgebieden       | Burgerlijk procesrecht                                                                                                                                 |
| Bijzondere kenmerken | -                                                                                                                                                      |
| Inhoudsindicatie     | Arbitrage. Vernietigingsprocedure. BIT Spanje-Bolivia. Overeenkomst tot arbitrage. Miskenning uitlegmaatstaven. Schending opdracht. Hoor en wederhoor. |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl                                                                                                                                         |

## Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

**Nummer** 24/03891

**Zitting** 14 november 2025

CONCLUSIE

B.J. Drijber

In de zaak van

**De Plurinationale Staat Bolivia,**

eiser in het principaal cassatieberoep,

verweerder in het incidenteel cassatieberoep,

advocaten: R.R. Verkerk en L.V. van Gardingen,

tegen

**Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.,**

verweerster in het principaal cassatieberoep,

eiseres in het incidenteel cassatieberoep,

advocaten: A.M. van Aerde en A.G. Colenbrander.

Partijen worden hierna aangeduid als **Bolivia** respectievelijk **BBVA**.

## **1 Inleiding en samenvatting**

- 1.1 Deze zaak betreft een procedure tot vernietiging van een arbitraal vonnis. BBVA is op grond van het bilaterale investeringsverdrag tussen Spanje en Bolivia tegen Bolivia een arbitrage begonnen. Plaats van de arbitrage is Den Haag. De arbitrage gaat over de vraag of Bolivia vergoeding moet betalen aan BBVA wegens de vertraagde overdracht van het beheer van het Boliviaanse pensioenstelsel aan de Boliviaanse staat. Die overdracht is noodzakelijk als gevolg van een door Bolivia afgekondigde nationalisatie.
- 1.2 Het scheidsgerecht heeft zich bevoegd geacht. Het heeft Bolivia veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding en rente daarover vanaf 1 oktober 2020. Bij het hof Den Haag heeft Bolivia vernietiging van het arbitrale vonnis gevorderd. Betoogd werd onder meer dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt, dat een motivering over causaal verband ontbreekt en dat de ingangsdatum van de rente afwijkt van wat is gevorderd. Het hof heeft de vorderingen van Bolivia afgewezen.
- 1.3 In cassatie komt Bolivia op tegen de beoordeling van het hof, naar ik meen tevergeefs. Bolivia leest het bestreden arrest op verschillende punten anders dan ik voor juist houd.
- 1.4 Het voorwaardelijk incidenteel beroep van BBVA behoeft bij die stand van zaken geen bespreking. Ten overvloedige licht ik toe dat de door BBVA aangevoerde klachten feitelijke grondslag missen.

## 2 Feiten en procesverloop

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

### Feiten 1

2.2 In Bolivia was sinds 1996 het beheer en de administratie van pensioenen in handen van particuliere ondernemingen, aangeduid als *Administradoras de Fondos de Pensiones* (hierna: **AFP**). Op het systeem werd toezicht gehouden door de *Superintendencia de Pensiones* (hierna: de **Toeziethouder**).

2.3 Bolivia heeft aan BBVA het recht toegekend om een pensioenfonds te beheren. BBVA heeft daartoe de dochtervennootschap BBVA Previsión AFP S.A. opgericht (hierna: **Previsión**). Op 18 maart 1997 is er een overeenkomst tot stand gekomen tussen de Toeziethouder, BBVA en Previsión (hierna: de **Overeenkomst**). Art. 30 van de Overeenkomst bepaalt (in de Nederlandse vertaling):

“1. Geschillen tussen de partijen met betrekking tot de interpretatie van het Contract, worden beslecht door arbiters, die optreden als bemiddelaars, overeenkomstig de arbitrageprocedures waarin het Boliviaanse Wetboek van Koophandel voorziet. ()

2. ()

3. Meningsverschillen tussen partijen met betrekking tot dwingende bepalingen uit de Ley de Pensiones (pensioenwet) en de Regelgevende normen, de bevoegdheden inzake regulering, controle en toezicht van de Superintendencia, de uitvoering en de inning van de borgsom van de Garant, het verlenen van de Diensten en de betaling van de Regelingsvergoeding door AFP kunnen niet aan arbitrage worden onderworpen.”

2.4 In 2009 is de Grondwet van Bolivia gewijzigd. De aangepaste Grondwet voorziet erin dat de Boliviaanse overheid het sociale zekerheidsstelsel zou gaan beheren. In lijn hiermee is in 2010 een nieuwe pensioenwet aangenomen, waarin is bepaald dat het beheer van het pensioenstelsel onder de verantwoordelijkheid kwam van een publiekrechtelijke entiteit: de Openbare Beheermaatschappij voor Sociale Zekerheid op Lange Termijn. De pensioenwet voorziet in de overdracht van het beheer van het pensioenstelsel naar Bolivia.

2.5 Bolivia en BBVA hebben jarenlang onderhandeld om kort gezegd het beheer van het pensioenstelsel voor zover dat werd uitgevoerd door Previsión, aan Bolivia over te dragen. Dit heeft niet tot het beoogde resultaat geleid.

### Procesverloop

2.6 BBVA heeft op 31 juli 2018 een arbitrage aanhangig gemaakt bij het *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (hierna: **ICSID**).<sup>2</sup> De arbitrage is gebaseerd op een bilateraal investeringsverdrag tussen Spanje en Bolivia uit 2001 (hierna: het **BIT**).<sup>3</sup>

2.7 BBVA heeft in de arbitrale procedure het volgende gevorderd:<sup>4</sup>

“ a. TO DECLARE that Bolivia violated and is violating Articles 3(1) and 3(2) of the Treaty and international law and that it especially:

(i) failed to comply with its obligation to confer BBVA's investment a fair and equitable treatment in violation of Article 3(1) of the Treaty;

(ii) it did not comply with the obligation not to adopt arbitrary measures included in Article 3(2) of the Treaty.

b. TO ORDER Bolivia:

(i) to immediately cease in its violation of the Treaty by (1) consummating the nationalization established by Nationalization Act by acquiring BBVA's shares in Previsión, and to that effect, to authorize BBVA to deposit the shares in an account in which Bolivia is a beneficiary and with the corresponding Bolivia's obligation to pay a fair market value for the shares as of the date of the Award, excluding the negative effects of Bolivia's unlawful measures and of the decision to nationalize (); and (2) promptly dismissing any claim related with the coupons of fragmented bonds and Debt Stock, and any other harassment measure, including any action to execute BBVA's guarantee established in the pre-nationalization system.

(ii) Subsidiarily, if the ceasing is ordered without payment of fair market value of BBVA's investment: (1) to remedy the damage sustained by BBVA by the payment of fair market value for its share in Previsión as of the date of the Award, as specified above, authorizing BBVA once this compensation is awarded by the Tribunal to make its shares in Previsión available to Bolivia, depositing them in an account for the benefit of Bolivia, or as the Tribunal deems appropriate; and

(2) to promptly dismiss, also in this scenario, the claims related with the coupons of fragmented bonds and Debt Stock, and any other harassment measures, including any action to execute BBVA's guarantee established in pre-nationalization system;

(iii) to pay post-Award interest calculated as of the effective date over the total amount of the Award at the rate of cost of Bolivia's sovereign debt, capitalized on an annual basis (or with the frequency that the Tribunal deems appropriate);

c. ()

d. ()

e. ()

f. TO GRANT any additional or different remedy that the Tribunal deems appropriate."

2.8 Het scheidsgerecht heeft op 12 juli 2022 vonnis gewezen.<sup>5</sup> In overweging 653 van het vonnis is het scheidsgerecht tot de conclusie gekomen dat Bolivia heeft nagelaten "*to provide fair and equitable treatment to BBVAs investments*" (art. 3(1) BIT) en tevens haar verplichting "*not to adopt arbitrary measures*" (art. 3(2) BIT) heeft geschonden. Meer concreet oordeelt het scheidsgerecht dat Bolivia op de volgende punten nalatig was:

"(i) It failed to timely implement the nationalization of services,

(ii) It failed to ensure a clear and stable legal framework for the process of transfer of information; and

(iii) It required the payment of Debt Stock."

2.9 Het scheidsgerecht is van oordeel dat BBVA als gevolg van de handelwijze van Bolivia schade heeft geleden en heeft aan BBVA een vergoeding toegewezen, die is verbonden aan de voorwaarde dat BBVA haar aandelen in Previsión aan Bolivia ter beschikking stelt (overwegingen 784, 787 en 789).

2.10 Het dictum van het arbitrale vonnis luidt als volgt:

"Based on the reasons stated in this Award, the Tribunal unanimously resolved the following:

- (i) To reject the jurisdictional objection submitted by Respondent and, in consequence, to declare it has jurisdiction on Claimant's claims and that the claims are admissible.
- (ii) To declare that Respondent has breached the BIT by not providing fair and equitable treatment to Claimant's investment, in violation of Article 3(1) of the Treaty.
- (iii) To declare that Respondent has breached the BIT by taking arbitrary measures that hinder any disposition of the investment in violation of Article 3(2) of the Treaty.
- (iv) To order Respondent to pay Claimant the amount of USD 94.8 million on account of compensation.
- (v) To order Claimant to make its shares in Previsión available to Respondent. Respondent will have a term of one year as from the date of this Award to accept the transfer of shares.
- (vi) To order Respondent to pay Claimant the amount of USD 10,217,182.61 on account of compound interest at the annual rate of 6.36% on the amount established in (iv) above accrued from 1 October 2020 to 1 June 2022.
- (vii) To order Respondent to pay Claimant interest capitalized annually on the amounts established in (iv) and (vi) at an interest rate of 6.36% as from the date of issue of this Award up to the date of effective payment of compensation.
- (viii) ()
- (ix) ()."

2.11 Bij dagvaarding van 11 oktober 2022 heeft Bolivia vernietiging van het arbitrale vonnis gevorderd. Het hof Den Haag (hierna: **het hof**) heeft de vordering bij arrest van 23 juli 2024 afgewezen.<sup>6</sup> Het heeft daartoe zakelijk weergegeven als volgt overwogen:

- a) Art. 30 lid 3 van de Overeenkomst staat niet in de weg aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Doorslaggevend is dat het aanbod tot arbitrage (uit het BIT) van latere datum is dan de Overeenkomst. Met het BIT is er ter zake van investeringsgeschillen een geschillenbeslechtsinstantie bijgekomen. Uit art. 30 lid 3 van de Overeenkomst volgt niet dat BBVA bij voorbaat afstand heeft gedaan van die mogelijkheid. De Overeenkomst is in zoverre schriftelijk gewijzigd. De vraag in hoeverre dit geschil naar (intern) Boliviaans recht kan worden onderworpen aan arbitrage hoeft niet nader te worden besproken. (rov. 4.2-4.8)
- b) De beslissing van het scheidsgerecht kan niet worden gelijkgesteld met een gebod aan Bolivia om Previsión te nationaliseren door overname van aandelen. (rov. 4.9-4.14)
- c) Niet kan worden gezegd dat het oordeel van het scheidsgerecht over de aanwezigheid van schade niet is gemotiveerd of dat enige steekhoudende verklaring voor de beslissing daarover ontbreekt. Ook is geen sprake van tegenstrijdige oordelen. De klacht over het passeren van een essentiële stelling over dividenden is ongegrond. (rov. 4.15-4.26)
- d) Bolivia heeft haar stelling over een ontbrekende motivering ter zake van het causaal verband onvoldoende toegelicht. (rov. 4.27-4.28)
- e) Het scheidsgerecht heeft onder ogen gezien dat BBVA wettelijke rente heeft gevorderd vanaf de datum van het vonnis. BBVA ging daarbij ervan uit dat het waarderingsmoment van de aandelen in Previsión zou samenvallen met de vonnisdatum. De deskundigen hebben echter als waarderingsmoment 1 oktober 2020 aangehouden, terwijl het arbitrale vonnis op 12 juli 2022 is gewezen. Het scheidsgerecht heeft BBVA niet toegestaan om de waardering te updaten. In plaats

daarvan heeft het scheidsgerecht de wettelijke rente toegewezen vanaf 1 oktober 2020. Het scheidsgerecht is met deze praktische oplossing niet wezenlijk buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden, temeer nu in het petitum (onder f) ruimte is geboden om een veroordeling uit te spreken die het scheidsgerecht passend zou vinden. Ook van een verrassingsbeslissing is geen sprake. Bolivia heeft zich niet op het standpunt gesteld dat zij door de beslissing in een nadeliger positie is komen te verkeren. (rov. 4.29-4.32)

- 2.12 Bolivia heeft tijdig cassatieberoep ingesteld.<sup>7</sup> BBVA heeft een (voorwaardelijk) incidenteel cassatiemiddel opgeworpen. Partijen voeren over en weer verweer en hebben hun zaak schriftelijk laten toelichten, Bolivia mede door mr. A.J.J. Kool en BBVA mede door mr. P.B. Fritschy. BBVA heeft vervolgens in het principaal beroep gedupliceerd.

### **3 Bespreking van het principale cassatiemiddel**

- 3.1 De procesinleiding van Bolivia bevat een inleiding (onder A.) met daarin een samenvatting van de feiten, het procesverloop en de cassatieklachten. Daarop volgen de klachten (onder B.) die zijn verdeeld over zes onderdelen. De onderdelen laten zich als volgt samenvatten:

- Onderdeel 1: het hof is niet ingegaan op de rechtsregel dat de instemming van een soevereine staat met arbitrage duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn.
- Onderdeel 2: het is onduidelijk welke maatstaven het hof toepast bij uitleg van de Overeenkomst en het hof heeft niet op essentiële stellingen gerespondeerd over wijziging of aanvulling van de Overeenkomst en over afstand van recht.
- Onderdeel 3: het hof miskent internationaal gewoonterecht en rechtsbeginselen.
- Onderdeel 4: er zijn te strenge eisen gesteld aan de stelplicht over het ontbreken van causaal verband.
- Onderdeel 5: het hof miskent dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door meer rente toe te wijzen dan is gevorderd.
- Onderdeel 6: het oordeel over de gestelde schending van het beginsel van hoor en wederhoor getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, waarbij onder meer ten onrechte nadere eisen voor vernietiging worden gesteld.

- 3.2 Bij de bespreking van de klachten houd ik de in het middel gehanteerde volgorde aan. Die bespreking laat ik vooraf gaan door een enkele algemene opmerkingen over bilaterale investeringsverdragen.<sup>8</sup>

#### *Bilaterale investeringsverdragen*

- 3.3 Een bilateraal investeringsverdrag (*Bilateral Investment Treaty* of BIT) is een internationaalrechtelijke overeenkomst tussen twee staten die inhoudt dat over en weer bescherming wordt geboden aan investeerders uit de ene staat die investeren in de andere staat. Deze verdragen zijn gesloten ter bevordering van grensoverschrijdende investeringen.
- 3.4 De meeste BITs, ook het BIT gesloten tussen Spanje en Bolivia, voorzien in de mogelijkheid van arbitrage. De ratio daarvan was van oudsher dat investeerders voor rechtsbescherming tegen maatregelen van de gaststaat niet afhankelijk mochten zijn van gerechten van dat land maar terecht moesten kunnen bij een onafhankelijke en onpartijdige instantie.

- 3.5 Een verdragsrechtelijk arbitragebeding zoals in BITs vormt een (open) aanbod tot arbitrage door de gaststaat. De overeenkomst tot arbitrage komt tot stand door aanvaarding van dat aanbod door een investeerder uit de andere verdragsstaat. Met dit open aanbod tot arbitrage heeft een verdragsstaat zich ertoe verbonden de bevoegdheid van een scheidsgerecht te aanvaarden en daarmee de bevoegdheid van de eigen overheidsrechter prijs te geven.<sup>9</sup> In de praktijk wordt de arbitrageregeling gezien als een kernelement van een BIT.
- 3.6 Het procedurele kader van een investeringsarbitrage wordt bepaald door het betreffende BIT en door het van toepassing zijnde arbitragereglement, dat soms in een BIT staat vermeld maar vaker daarin is opengelaten, in welk geval partijen ad hoc kiezen welk reglement van toepassing is. In deze zaak zijn van toepassing de Additional Facility Arbitration Rules van ICSID (versie 2006).<sup>10</sup> De arbiters bepalen de plaats van arbitrage na raadpleging van partijen en het secretariaat van ICSID (art. 20 lid 1). Indien een plaats in Nederland wordt gekozen (zoals in dit geval: Den Haag<sup>11</sup>), zijn art. 1020-1073 Rv van toepassing (art. 1073 lid 1 Rv). In de Additional Facility Rules (versie 2006) is uitdrukkelijk vastgelegd dat de ICSID-conventie dan niet van toepassing is.<sup>12</sup>

#### *Onderdeel 1: Instemming met arbitrage*

- 3.7 De klachten in dit onderdeel (en onderdelen 2 en 3) zijn gericht tegen rov. 4.2-4.8. Daarin beoordeelt het hof de vraag of er tussen partijen een geldige arbitrageovereenkomst bestaat. Daarvoor gelden de volgende uitgangspunten.<sup>13</sup>
- 3.8 Ingevolge art. 1020 lid 1 Rv kunnen partijen bij overeenkomst geschillen die tussen hen uit een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan dan wel zouden kunnen ontstaan, aan arbitrage onderwerpen. Een op die basis samengesteld scheidsgerecht is gerechtigd te oordelen over zijn eigen bevoegdheid (art. 1052 lid 1 Rv). Het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter brengt evenwel mee dat de beantwoording van de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst is gesloten, ter beoordeling van de rechter staat. Het fundamentele karakter van dit recht brengt verder mee dat een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (art. 1065 lid 1, onder a, Rv) door de rechter niet terughoudend wordt getoetst. De stelplicht en bewijslast ter zake van het bestaan van een geldige overeenkomst tot arbitrage rusten op de partij die zich daarop beroept. Dat geldt ook in een vernietigingsprocedure bij de overheidsrechter waarin de andere partij het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage als vernietigingsgrond aanvoert.
- 3.9 De door Bolivia aangevallen overwegingen luiden als volgt (mijn onderstrepingen, ook in de citaten hierna, A-G):

#### *“Grond 1: een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt*

- 4.2 Bolivia heeft aangevoerd dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt. De overeenkomst uit 1997 voorziet in arbitrage voor geschillen over de interpretatie van de Overeenkomst (art. 30 lid 1), maar sluit arbitrage voor andere onderwerpen uit (art. 30 lid 3). Art. 30 van de Overeenkomst strookt met het Boliviaanse recht, dat slechts in beperkte mate toestaat dat geschillen met de overheid door middel van arbitrage worden beslecht. Het geschil dat Bolivia en BBVA verdeeld houdt, valt volgens Bolivia onder de reikwijdte van art. 30 lid 3 van de Overeenkomst. Weliswaar biedt het BIT de mogelijkheid tot arbitrage, maar in dit geval hebben partijen arbitrage contractueel uitgesloten. Het BIT heeft volgens Bolivia geen invloed op de regeling die partijen in art. 30 van de Overeenkomst hebben getroffen. Bolivia wijst in dit verband op art. 24 van de Overeenkomst, dat bepaalt dat wijzigingen alleen schriftelijk kunnen worden overeengekomen. Zij is daarom van mening dat het arbitrale vonnis vernietigd moet worden op grond van art. 1065 lid 1 sub a Rv.
- 4.3 Het Scheidsgerecht heeft over zijn bevoegdheid het volgende overwogen. De rechtsmacht van het Scheidsgerecht is gebaseerd op art. 11 BIT. Het geschil valt onder het toepassingsgebied van het

verdrag. Het Scheidsgerecht overweegt:

"373. The Tribunal rejects the objection made by Respondent [hof: Bolivia] for two reasons: first, the requirements to conclude that there is an express waiver to arbitration under the BIT in the dispute resolution clause of the Agreement [hof: de Overeenkomst] have not been met; and secondly, it finds that the claims made by Claimant are mainly based on the Treaty [hof: het BIT] and not on breaches of the Agreement."

4.4 Op grond van art. 1065 lid 1 sub a Rv wordt een arbitraal vonnis vernietigd wanneer een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt. Het tussen Bolivia en Spanje gesloten BIT bepaalt in art. 11 het volgende [voetnoot 2: Vertaling in nr. 17 van de memorie van antwoord, A-G]:

"1. Any investment dispute which may arise between one Contracting Parties and an investor of the other Contracting Party in relation to matters regulated by this Agreement shall be notified in writing (). The parties to the dispute shall endeavour to settle their differences, to the extent possible, by amicable accord.

2. If the dispute cannot be settled in this way within six months (), it may be submitted at the investors choice to:

o ()

o An "ad hoc" arbitral tribunal established in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law; or

o The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) ()"

4.5 Het hiervoor geciteerde verdragsrechtelijk arbitragebeding vormt een (open) aanbod tot arbitrage door de gaststaat (in dit geval Bolivia) voor geschillen met betrekking tot rechten die door het verdrag worden gecreëerd of toegekend. De overeenkomst tot arbitrage komt tot stand door aanvaarding van dat aanbod door een investeerder uit de andere verdragsstaat (in dit geval BBVA). Deze aanvaarding heeft plaatsgevonden door het aanhangig maken van het geschil bij het Scheidsgerecht. Omdat tussen partijen vaststaat dat hun geschil een "investment dispute" is in de zin van het BIT, is het Scheidsgerecht bevoegd om hiervan kennis te nemen.

4.6 Bolivia is evenwel van mening dat art. 30 lid 3 van de Overeenkomst aan de bevoegdheid van het Scheidsgerecht in de weg staat. Volgens haar volgt uit die bepaling dat het geschil aan de Boliviaanse overheidsrechter moet worden voorgelegd. Naar het oordeel van het hof gaat die stelling niet op. Daarvoor is doorslaggevend dat het aanbod tot arbitrage (uit het BIT) van latere datum is dan de tussen Bolivia en BBVA gesloten Overeenkomst. Met de totstandkoming van het BIT is er voor BBVA ter zake van investeringsgeschillen die onder het BIT vallen, dus een geschillenbeslechttingsinstantie bijgekomen die zij eerder niet had. Uit art. 30 lid 3 van de Overeenkomst volgt niet dat BBVA reeds bij voorbaat afstand heeft gedaan van het (toekomstige) recht om een internationaal investeringsgeschil te laten beslechten door middel van internationale arbitrage.

4.7 De tussen partijen gesloten Overeenkomst is dus in zoverre gewijzigd. Deze wijziging heeft schriftelijk plaatsgevonden: het aanbod van Bolivia is (schriftelijk) gedaan in het BIT, terwijl de aanvaarding door BBVA (schriftelijk) heeft plaatsgevonden door het uitbrengen van het "Request for Arbitration". Dit betekent dat het Scheidsgerecht terecht heeft geoordeeld dat het bevoegd was om kennis te nemen van de vordering van BBVA.

4.8 De vraag in hoeverre dit geschil naar (intern) Boliviaans recht kan worden onderworpen aan arbitrage, hoeft dus niet nader te worden besproken. Met de inwerkingtreding van het BIT heeft Bolivia geaccepteerd dat Spaanse investeerders eventuele schendingen van het BIT aan een scheidsgerecht kunnen voorleggen. Als gevolg van de inwerkingtreding van het BIT is art. 30 lid 3 van de Overeenkomst ook niet ongeldig geworden. Op grond van het BIT kan BBVA zich in dit geval tot het

Scheidsgerecht wenden, maar laat dat de gelding van art. 30 lid 3 van de Overeenkomst voor het overige onverlet.”

3.10 In de procesinleiding onder 12 klaagt Bolivia dat het hof niet is ingegaan op de rechtsregel dat de instemming van een soevereine staat met arbitrage duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn. In het arrest is ook niet tot uitdrukking gebracht dat aan deze maatstaf is voldaan. Volgens Bolivia heeft het hof niet de juiste maatstaf toegepast, althans niet op de juiste wijze toegepast. Voor zover het arrest zo zou moeten worden gelezen dat volgens het hof sprake is van duidelijke en ondubbelzinnige instemming met arbitrage, is dat oordeel onvoldoende gemotiveerd. Het hof is immers niet ingegaan op de stelling dat in dit geval aan die maatstaf *niet* is voldaan.

3.11 Deze klachten falen. Het hof heeft in rov. 4.5 overwogen dat art. 11 BIT een (open) aanbod tot arbitrage door Bolivia behelst en dat dit aanbod is aanvaard door BBVA. Verder overweegt het hof in rov. 4.8 dat Bolivia met de inwerkingtreding van het BIT heeft geaccepteerd dat Spaanse investeerders eventuele schendingen van het BIT aan een scheidsgerecht kunnen voorleggen. Uit deze overwegingen blijkt naar het oordeel van het hof dat Bolivia duidelijk en ondubbelzinnig heeft ingestemd met arbitrage aangespannen door Spaanse investeerders in Bolivia.<sup>14</sup> Het hof is daarmee wél ingegaan op de stelling dat niet aan de door Bolivia bedoelde maatstaf zou zijn voldaan. Het oordeel vormt een impliciete verwerping van het verweer van Bolivia.<sup>15</sup> De hier aangevoerde rechtsklacht mist dus feitelijke grondslag (art. 419 lid 2 Rv). Voorts is de verwerping van het standpunt van Bolivia in rov. 4.5 en 4.8 niet onvoldoende gemotiveerd. Het hof geeft voldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang om de gegeven beslissing controleerbaar en aanvaardbaar te maken.<sup>16</sup>

#### *Onderdeel 2: Uitlegmaatstaven voor Overeenkomst*

3.12 Dit onderdeel bestaat uit vier subonderdelen.

3.13 In subonderdeel 2.1 stelt Bolivia dat het hof de Overeenkomst heeft uitgelegd. In rov. 4.6 (slotzin) stelt het hof vast dat uit art. 30 lid 3 van de Overeenkomst niet volgt dat BBVA bij voorbaat afstand heeft gedaan van het recht een (internationale) arbitrage aanhangig te maken. Ook het oordeel in rov. 4.7 dat en onder welke voorwaarde de overeenkomst kon worden gewijzigd, wijst op uitleg. Het hof heeft niet duidelijk gemaakt welke uitlegmaatstaven en rechtsregels het heeft toegepast. Daarmee heeft het onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang. Onder 13 stelt Bolivia dat het arrest om die reden onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd.

3.14 De klacht faalt. In rov. 4.3 stelt het hof voorop dat het scheidsgerecht heeft overwogen dat de rechtsmacht is gebaseerd op art. 11 BIT en dat het geschil onder het toepassingsgebied van het BIT valt. Het hof citeert vervolgens overweging 373 van het arbitraal vonnis. Die overweging geeft een korte samenvatting van het oordeel van het scheidsgerecht over het bevoegdheidsbezwaar van Bolivia. Dat oordeel, voor zover relevant voor de beoordeling van de klacht, luidt als volgt (zonder voetnoten):

“370. () Respondent [Bolivia, A-G] denies the jurisdiction of the Tribunal alleging that the Agreement executed by BBVA Previsión and the Bolivian State includes a forum selection clause whereby the Parties expressly waived to arbitration established in the BIT for the resolution of certain disputes [art. 30 lid 3 van de Overeenkomst, A-G].

()

373. The Tribunal rejects the objection made by Respondent for two reasons: first, the requirements to conclude there is an express waiver to arbitration under the BIT in the dispute resolution clause of the Agreement have not been met; and secondly, it finds that the claims made by the Claimant are mainly based on the Treaty and not on breaches of the Agreement.

a) Absence of a clear and express waiver

374. It is widely established that the existence of an exclusive jurisdiction clause in an agreement between an investor and the State hosting the investment does not necessarily represent an impediment to invoke the dispute resolution mechanism provided in the respective treaty.

375. Precisely, in the cases quoted by Respondent to support its objection (*Crystallex v. Venezuela*, *TSA Spectrum v. Argentina*, *Aguas del Tunari v. Bolivia* and *SGS v. Paraguay*), it was stated that for a waiver to be effective and limit the jurisdiction of an international tribunal, such waiver “would have to be formulated in clear and specific terms”; that there [must be] a clear indication in the contract () that the parties to the contract intended in such manner to limit the application of the treaty” or “absent any indication that the parties specifically intended that the conflicting clause act as a waiver or modification of an otherwise existing grant of jurisdiction to ICSID” to prevent the tribunal hear the claims made on the basis of the international convention.

376. Even in certain decisions, the waiver was required to include a general reference to the rights of claimant under this treaty itself.

377. The Tribunal agrees with the requirements established in such cited decisions. Therefore, it concludes that Article 30 of the Agreement is not a clear and specific waiver to the arbitration agreement included under Article 11 of the BIT, as argued by the Respondent.

378. Even though the third paragraph of Article 30 provides that [], the Article does not make any express reference to the BIT or the rights granted to investor thereunder.

379. The Tribunal may neither infer that there is an implied reference to the Treaty since the Agreement was executed on 18 March 1996, i.e. six (6) years before the BIT became effective on 9 July 2002.

380. Additionally, the Tribunal agrees with Claimant [BBVA, A-G] in that a comprehensive interpretation of Article 30 of the Agreement allows to conclude that, in spite of being titled “Arbitration”, this clause entails a waiver to domestic arbitration and not a waiver to any type of arbitration. The contents of paragraphs one and two of Article 30 exclusively deal with domestic arbitration []. Therefore, the Tribunal holds that the third paragraph should be read in that context and deemed a waiver to domestic arbitration.

().”

3.15 Het scheidsgerecht toetst aan de hand van maatstaven geformuleerd in uitspraken van internationale scheidsgerechten of afstand van de arbitragemogelijkheid in het BIT kan worden aangenomen. Gezien de formulering van rov. 4.4-4.6 van zijn arrest heeft het hof dit oordeel in essentie gevolgd.<sup>17</sup> Het hof legt daarbij de nadruk op de verdragsrechtelijke context waarin de vraag naar afstand moet worden beantwoord. Ik verwijs naar 3.9 hiervoor voor de tekst van deze rechtsoverwegingen.

3.16 De vraag of art. 30 lid 3 van de Overeenkomst in de weg staat aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht, plaatst het hof uitdrukkelijk in de context van verdragsrecht. Op basis van een verdrag tussen Spanje en Bolivia (het BIT) en het onderwerp van het geschil is het scheidsgerecht bevoegd (rov. 4.4-4.5). Vanuit deze internationaalrechtelijke context beziet het hof of BBVA met de Overeenkomst afstand heeft gedaan van haar verdragsrecht om internationaal te arbitreran over het internationale investeringsgeschil dat tussen haar en Bolivia is ontstaan (rov. 4.6). Daarmee volgt het hof het standpunt van BBVA dat de vraag of afstand is gedaan van rechten uit het BIT moet worden beantwoord naar verdragsrecht c.q. internationaal publiekrecht.<sup>18</sup> Dit wordt bevestigd daar waar het hof nadat het in rov. 4.7 (laatste zin) heeft geconcludeerd dat het scheidsgerecht terecht bevoegdheid heeft aangenomen in rov. 4.8 (eerste zin) overweegt dat *dus* geen nadere bespreking behoeft de vraag in hoeverre het geschil naar (intern) Boliviaans recht kan worden onderworpen aan arbitrage. Het hofoordeel acht ik in het licht van al het voorgaande juist en voldoende begrijpelijk gemotiveerd.

- 3.17 Anders dan Bolivia betoogt onder 14 van de procesinleiding heeft het hof de vraag welk recht van toepassing is niet in het midden gelaten en heeft het geen toepassing gegeven aan de zogeheten antikiesregel.<sup>19</sup> Die klachten missen feitelijke grondslag. Verder faalt ook de rechtsklacht dat het uitgaan van een ander rechtssysteem dan het recht van Bolivia zou neerkomen op een miskenning van de toepasselijke regels van internationaal privaatrecht (zie voetnoot 18 van de procesinleiding). Deze klacht voldoet niet aan het vereiste van bepaaldheid en precisie bij rechtsklachten, omdat niet (zonder meer) duidelijk is op welke relevante rechtsregel wordt gedoeld en waarom die regel dan is geschonden.
- 3.18 In subonderdeel 2.2 zoomt Bolivia in op het oordeel van het hof in rov. 4.7 dat een wijziging heeft plaatsgevonden van de afspraken over geschilbeslechting in de Overeenkomst. Volgens Bolivia heeft het hof niet gerespondeerd op een essentiële stelling over de mogelijkheid tot wijziging (procesinleiding onder 16-17) en is het hof buiten het partijdebat getreden (procesinleiding onder 18).
- 3.19 Deze klachten kunnen niet tot cassatie leiden omdat het belang daarbij ontbreekt. Het eventueel sneuvelen van het oordeel in rov. 4.7 dat in zoverre een wijziging van de Overeenkomst heeft plaatsgevonden en dat dit schriftelijk is geschied, is namelijk niet fataal voor het oordeel van het hof dat een geldige overeenkomst tot arbitrage bestaat. Het oordeel in rov. 4.4-4.6 (eventueel in samenhang met rov. 4.8) over de bevoegdheid op grond van art. 11 van het BIT is voldoende om die conclusie te kunnen dragen.
- 3.20 Subonderdeel 2.3 start onder 19 van de procesinleiding met een klacht die voortbouwt op het vorige subonderdeel. Die klacht faalt gelet op mijn bespreking van dat subonderdeel.
- 3.21 Verder betoogt Bolivia onder 20-21 van de procesinleiding dat het hof niet heeft gerespondeerd op essentiële stellingen over de uitleg van art. 30 lid 3 van de Overeenkomst. Het gaat dan om stellingen over de bewoordingen van dit beding, de achtergrond daarvan en de bedoelingen van partijen, alsook de vraag hoe het beding moet worden uitgelegd naar Boliviaans recht.
- 3.22 Onder 23-25 van de procesinleiding wordt deze klacht in essentie herhaald in subonderdeel 2.4. De klacht richt zich op het oordeel in rov. 4.8 dat het hof niet hoeft in te gaan op de vraag in hoeverre het geschil naar (intern) Boliviaans recht kan worden onderworpen aan arbitrage.
- 3.23 Al deze klachten missen doel. Het hof heeft naar maatstaven van verdragsrecht c.q. internationaal publiekrecht getoetst of afstand van de arbitragemogelijkheid in het BIT kan worden aangenomen (zie reeds de bespreking van subonderdeel 2.1 hiervoor). Daarin ligt besloten dat het hof bij de beantwoording van die vraag het (intern) Boliviaans recht niet relevant acht. Het hof overweegt dat ná het sluiten van de Overeenkomst er met het BIT een internationale geschillenbeslechtsinstantie voor internationale investeringsgeschillen is bijgekomen en dat zeker gezien de latere datum van het BIT uit art. 30 lid 3 van de Overeenkomst niet volgt dat BBVA afstand heeft gedaan van die aanvullende internationale instantie. Dit oordeel houdt een verwerping in van de hier centraal staande stellingen van Bolivia. Een dergelijke verwerping kan ook groepsgewijs en impliciet plaatsvinden, mits de beoordeling voldoende begrijpelijk is.<sup>20</sup> Dat is hier het geval.
- 3.24 Uit één en ander volgt dat de voortbouwklacht onder 22 van de procesinleiding faalt.

### *Onderdeel 3: Uitlegregels internationaal recht*

- 3.25 Dit onderdeel valt uiteen in drie subonderdelen.
- 3.26 Het oordeel van het hof over de (uit)werking van art. 11 BIT staat centraal. In dat licht stel ik het volgende voorop. Nederland is geen partij bij het BIT en is ook niet anderszins daaraan gebonden. Dat betekent dat het BIT wordt beschouwd als recht van een vreemde staat in de zin van art. 79 lid 1, onder b, Wet RO. Oordelen van het hof omtrent de inhoud en uitleg van het BIT in cassatie kunnen dus

niet op juistheid worden onderzocht.<sup>21</sup> Motiveringsklachten over de door het hof aan het BIT 1998 gegeven uitleg kunnen 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 BIT te betrekken. Klachten over de uitleg en toepassing van het Weens Verdragenverdrag<sup>22</sup> (hierna: **WVV**) kan de Hoge Raad wél volledig beoordelen.<sup>23</sup>

- 3.27 Subonderdeel 3.1 bevat onder 26 de motiveringsklacht dat het hof nergens expliciet duidelijk maakt welke uitlegmaatstaven en rechtsregels het heeft toegepast.
- 3.28 De klacht faalt. Het hof is niet gehouden de uitlegmaatstaven en rechtsregels die het toepast *expliciet* in het arrest te vermelden. De vraag welk rechtsoordeel is gegeven, is immers een kwestie van uitleg van de bestreden uitspraak.<sup>24</sup>
- 3.29 Onder 27 van de procesinleiding stelt Bolivia vervolgens dat het BIT moet worden uitgelegd aan de hand van de uitlegregels van internationaal gewoonterecht. Het WVV is in dit geval niet van toepassing omdat Bolivia geen partij is bij dat verdrag.<sup>25</sup> Toch kan voor de uitleg van het BIT worden aangesloten bij art. 31 en 32 WW, omdat deze bepalingen het internationaal gewoonterecht over de uitleg van verdragen reflecteren.<sup>26</sup> Verder komt volgens Bolivia ook betekenis toe aan internationaal gewoonterecht (naar ik begrijp: regels anders dan voormelde uitlegregels) en algemeen aanvaarde rechtsbeginselen.
- 3.30 De *eerste klacht* luidt dat voor zover het hof dit zou hebben miskend, de beoordeling rechtens onjuist is. De *tweede klacht* gaat over de mogelijke lezing van het arrest dat het hof de vraag welke rechtsregels van toepassing zijn in het midden heeft gelaten en/of de antikiesregel heeft toegepast.
- 3.31 Beide klachten falen. De eerste klacht voldoet niet aan het vereiste van bepaaldheid en precisie bij rechtsklachten, omdat niet wordt gesteld *waarom* het oordeel van het hof in strijd is met de door Bolivia vooropgestelde uitlegregels.<sup>27</sup> De tweede klacht mist feitelijke grondslag omdat uit het bestreden arrest niet blijkt dát het hof in het midden heeft gelaten welke rechtsregels van toepassing zijn of dat het de antikiesregel heeft toegepast.
- 3.32 In subonderdeel 3.2 stelt Bolivia voorop dat zij uitgaat van de lezing dat het hof het BIT zo heeft uitgelegd dat het *beoogt* bestaande clausules over geschilbeslechting te wijzigen of aan te vullen. Doordat het middel deze lezing aanvalt, ontberen de klachten onder 28-29 van de procesinleiding feitelijke grondslag. Deze lezing berust echter op een onjuiste lezing van het arrest, nu daar niet uit blijkt dat het hof het BIT in die zin heeft uitgelegd. Het hof constateert alleen dat er met het BIT ná het sluiten van de Overeenkomst een geschillenbeslechttingsinstantie is bijgekomen (rov. 4.6) en dat *in zoverre* de Overeenkomst schriftelijk is gewijzigd (rov. 4.7). Dat is niet hetzelfde als (en ook niet gelijk te stellen aan) een oogmerk om bestaande clausules over geschilbeslechting te wijzigen of aan te vullen.
- 3.33 Bolivia gaat in subonderdeel 3.3 uit van de lezing dat het hof in de kern heeft geoordeeld dat geen betekenis meer toekomt aan de tussen partijen overeengekomen afspraak dat publiekrechtelijke geschillen niet door arbitrage zullen worden beslecht. Ook dit is echter niet wat het hof heeft geoordeeld, zodat voor de klachten opgenomen onder 30-32 al evenzeer de feitelijke grondslag ontbreekt. Het hof oordeelt in rov. 4.6 dat er *ter zake van investeringsgeschillen die onder het BIT vallen* een geschillenbeslechttingsinstantie is bijgekomen en dat met art. 30 lid 3 van de Overeenkomst geen afstand is gedaan van deze mogelijkheid van *internationale arbitrage voor internationale investeringsgeschillen*. Deze geschillen vallen volgens het hof dus niet onder art. 30 lid 3 van de Overeenkomst. Daarmee wordt niet overwogen dat geen betekenis meer toekomt aan de afspraak die wél is neergelegd in die bepaling van de Overeenkomst. In rov. 4.8 voegt het hof bovendien toe dat het BIT de gelding van art. 30 lid 3 van de Overeenkomst onverlet laat.
- 3.34 Het voorgaande betekent dat de klachten van onderdeel 3 geen doel treffen.

#### Onderdeel 4: Causaal verband

3.35 Dit onderdeel bestaat uit twee subonderdelen. Subonderdeel 4.1 behelst een voortbouwklacht die gelet op mijn bespreking van onderdelen 1 t/m 3 niet opgaat.

3.36 Met subonderdeel 4.2 richt Bolivia het vizier op rov. 4.28. In zijn context luidt deze overweging als volgt:

*“Grond 4: ontbreken van motivering over het causaal verband*

4.27 Bolivia heeft aangevoerd dat het Scheidsgerecht voorbij is gegaan aan haar essentiële stelling dat het causaal verband tussen de verdragsschending (de vertraging in de implementatie van de nieuwe wetgeving) en de aan BBVA toegekende schadevergoeding ontbreekt. Zij is van mening dat BBVA op dit punt warrige en tegenstrijdige stellingen heeft ingenomen. Het Scheidsgerecht heeft als schadevergoeding de waarde van Previsión toegewezen, maar het vonnis bevat volgens Bolivia geen enkele steekhoudende verklaring hoe een dergelijke schade het gevolg zou kunnen zijn van de vertraging bij de implementatie van de nieuwe wetgeving en hoe deze vertraging en schade aan Bolivia zijn toe te rekenen.

4.28 Hiervoor heeft het hof al geoordeeld dat het Scheidsgerecht heeft gemotiveerd dat de verdragsschending heeft geleid tot schade aan de zijde van BBVA. Er kan niet worden gezegd dat er in het arbitrale vonnis geen steekhoudende verklaring van de beslissing valt te onderkennen. Evenmin is het arbitrale vonnis in dit verband innerlijk tegenstrijdig. Tegen deze achtergrond heeft Bolivia haar stelling over een ontbrekende motivering ter zake van het causaal verband, onvoldoende toegelicht.”

3.37 Het hof verwijst in rov. 4.28 terug naar rov. 4.16 t/m 4.19. In de eerste zin van rov. 4.16 overweegt het hof dat Bolivia allereerst heeft aangevoerd dat zij in de arbitrale procedure uitvoerig heeft betoogd dat de vertraging in de implementatie van de nieuwe wetgeving in het geheel *niet heeft geleid tot* schade bij BBVA. Met de tweede zin van rov. 4.18 wordt vervolgens geoordeeld dat het scheidsgerecht heeft beslist dat BBVA schade heeft geleden *omdat* BBVA genoodzaakt was haar dienstverlening in Bolivia voort te zetten, dat zij Bolivia niet kon verlaten en geen reële mogelijkheid had haar investering van de hand te doen. Het hof citeert vervolgens overwegingen 778-780 en 782-783 waaruit volgt dat het scheidsgerecht het argument van Bolivia “*() that BBVA has not sustained any damages as a result of the delay in the implementation of the nationalization ()*” (punt 778) gemotiveerd heeft weerlegd en vervolgens uitdrukkelijk concludeert “*() that the Claimant did sustain damages as a result of the intentionally wrongful acts of the Respondent consisting in failing to implement the nationalization ()*”.

3.38 Bolivia klaagt onder 36 van de procesinleiding dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is omdat het geen respons zou bevatten op de volgende twee door Bolivia als essentieel bestempelde stellingen:

- Er is geen schade geleden als gevolg van de vertraging van de implementatie van de pensioenwetgeving, nu de vertraging ertoe heeft geleid dat de zeer winstgevende bedrijfsvoering van BBVA langer kon voortduren (procesinleiding onder 34).
- Het scheidsgerecht heeft geen vertragingsschade toegewezen, maar een bedrag gelijk aan de waarde van de aandelen van BBVA Previsión. Niet valt in te zien waarom de schade die het gevolg is van de vertraging in de implementatie van wetgeving gelijk is aan de waarde van de aandelen (procesinleiding onder 35).

3.39 Deze klacht slaagt niet. De *eerste stelling* is wel degelijk geadresseerd in rov. 4.18 (waarnaar het hof verwijst in rov. 4.28). In overweging 778 heeft het scheidsgerecht precies dit argument weergegeven en in het vervolg van het arbitrale vonnis uitgelegd waarom dit niet overtuigt. Dit alles is geciteerd door het hof. De *tweede stelling* is niet essentieel, omdat zij niet ziet op het causaal verband tussen de vertraagde implementatie en de schade, maar op de maatstaf voor het bepalen van de omvang van de

schade.

3.40 Bolivia klaagt tot slot, nog steeds onder 36 van de procesinleiding, dat het hof gezien de vermelde stellingen te hoge eisen heeft gesteld aan de stelplicht van Bolivia. Ook deze klacht faalt. Ik lees de laatste zin van rov. 4.28 aldus dat het hof de stellingen van Bolivia niet vindt afdoen aan (of opwegen tegen) de eerder in het arrest neergelegde beoordeling waarbij de conclusie is dat geen sprake is van een situatie waarin in het arbitrale vonnis geen steekhoudende verklaring voor de beslissing valt te onderkennen (rov. 4.19). Het oordeel houdt dus in dat het hof de stellingen van Bolivia niet overtuigend acht en het door haar ingeroepen rechtgevolg daarom niet kan intreden. Een te hoge lat ten aanzien van de stelplicht valt daarin niet te lezen.

#### *Onderdeel 5: Datum ingaan rente*

3.41 In dit onderdeel staat rov. 4.31 centraal. In die recjtsoverweging bespreekt het hof het betoog van Bolivia dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden. De ingangsdatum van de toegewezen rente wijkt volgens Bolivia af van wat is gevorderd. Bij de beoordeling gelden de volgende uitgangspunten.

3.42 Een arbitraal vonnis kan worden vernietigd op de grond dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (art. 1065 lid 1, aanhef en onder c, Rv). De schending van de opdracht moet ernstig zijn, wil zij tot vernietiging van het arbitraal vonnis kunnen leiden (art. 1065 lid 4 Rv). Uitgangspunt is dat de rechter terughoudendheid moet betrachten bij zijn onderzoek of het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden.<sup>28</sup> Beslissend is of de uitspraak anders had kunnen uitvallen, als de arbiters zich aan hun opdracht hadden gehouden; vernietiging van een arbitraal vonnis zal dus niet plaatsvinden als de schending van ondergeschikte betekenis is.<sup>29</sup>

3.43 De materiële zijde van de opdracht beslaat onder meer de grenzen van de rechtsstrijd.<sup>30</sup> Binnen die grenzen moet het scheidsgerecht alle vorderingen van de eiser behandelen (art. 23 Rv). *A contrario* volgt hier uit dat de rechter niet iets mag toewijzen dat niet gevorderd is.<sup>31</sup> Als een rechter dat toch doet, gaat hij *ultra petita*.<sup>32</sup>

3.44 Het verbod van *ne ultra petita* is afkomstig van het adagium *ne eat iudex ultra petita partium*.<sup>33</sup> Dit verbod vloeit voort uit het beginsel van partijautonomie, dat in het burgerlijk procesrecht zekere grenzen stelt aan het rechterlijk handelen.<sup>34</sup> Ook in de context van internationale investeringsarbitrages is dit verbod relevant.<sup>35</sup>

3.45 In art. 382 onder 3 (oud) Rv was opgenomen dat voor herroeping in aanmerking kwam een vonnis waarin "*meer is toegewezen dan geëischt was geworden*." De vraag of zon geval zich voordoet moet worden beantwoord door een vergelijking tussen wat is gevorderd en wat is toegewezen.<sup>36</sup> In de vroege literatuur werd al het voorbeeld genoemd "*dat interesten worden toegewezen, terwijl alleen de hoofdsom is gevorderd*."<sup>37</sup>

3.46 Dit rechtsmiddel van herroeping kon niet worden aangewend tegen uitspraken van een scheidsgerecht.<sup>38</sup> In art. 649 (oud) Rv was sinds 1 oktober 1838 voorzien in een rechtsmiddel waarmee beslissingen van een scheidsgerecht konden worden bestreden. Onder 4 van deze bepaling werd bepaald dat een beslissing als nietig bestreden kon worden "*indien er uitspraak is gedaan over zaken, welke niet zijn geëischt, of wanneer daarbij meer is toegekend, dan gevorderd is*".<sup>39</sup> Op grond van deze bepaling is al eens geoordeeld dat het door arbiters toekennen van rente die niet is gevorderd, aanleiding vormt tot (gedeeltelijke) vernietiging van een arbitraal vonnis.<sup>40</sup> In de literatuur werd dit eveneens aangenomen.<sup>41</sup>

3.47 Per 1 december 1986 is de wettelijke regeling van de vernietiging van arbitrale vonnissen gewijzigd. In art. 1065 lid 5 Rv stond toen expliciet het verbod van *ne ultra petita* vermeld: "*Indien het scheidsgerecht meer of anders heeft toegewezen dan werd gevorderd, wordt het arbitraal vonnis*

*gedeeltelijk vernietigd, voorzover het meer of anders toegewezen kan worden gescheiden van het overige gedeelte van het vonnis.”* In de literatuur werd dit aangemerkt als een geval waarin de arbiters zich niet aan hun opdracht houden.<sup>42</sup>

3.48 Per 1 januari 2015 is deze bepaling gewijzigd met de nieuwe Arbitragewet, in die zin dat in lid 5 nu in algemene zin de mogelijkheid van partiële vernietiging van een arbitraal vonnis wordt geregeld.<sup>43</sup> Het verbod om *ultra petita* te gaan wordt dus niet meer in de wet vermeld, maar dat betekent niet dat daarmee het verbod niet meer geldt. In de hedendaagse literatuur wordt als voorbeeld van een opdrachtschending steevast vermeld het geval dat rente wordt toegewezen terwijl rente niet is gevorderd.<sup>44</sup>

3.49 Tot zover mijn inleiding. De aangevallen overweging (rov. 4.31) luidt in zijn context als volgt:

*“Grond 5: ingangsdatum van de rente wijkt af van wat is gevorderd*

4.29 Bolivia heeft aangevoerd dat het Scheidsgerecht meer rente heeft toegewezen dan BBVA heeft gevorderd. BBVA heeft enkel rente gevorderd vanaf de datum van het arbitrale vonnis, maar het Scheidsgerecht heeft rente toegewezen vanaf 1 oktober 2020. Bolivia concludeert daarom dat het arbitrale vonnis partieel moet worden vernietigd op grond van art. 1065 lid 1 sub c Rv (het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden). Meer in het bijzonder is Bolivia van mening dat het Scheidsgerecht buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden en in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor partijen niet in de gelegenheid heeft gesteld zich hierover uit te laten. Volgens Bolivia is het vonnis op het punt van de rente daarom ook in strijd met de openbare orde (art. 1065 lid 1 sub e Rv).

4.30 Het Scheidsgerecht heeft over de ingangsdatum van de rente het volgende overwogen:

“920. The Claimant has requested, as part of its full reparation, the payment of compound interest payable from the date of the Award to the effective date of payment by the Respondent.

()

925. It is important to highlight that even though Claimant initially requested a recognition of post-Award interest because the valuation date calculated by its experts would be the same that that of the decision, as BBVA was not authorized to update its valuation to a more recent date, the Tribunal has decided to apply interest as from 1 October 2020.

926. Therefore, Bolivia must pay to BBVA interest as from 1 October 2020 at a rate of 6.36%, which will be capitalized on an annual basis up to the date of effective payment.

927. As of 1 June 2021, the total amount of interest due is USD 10,217,182.61.”

4.31 Uit deze overwegingen volgt dat het Scheidsgerecht onder ogen heeft gezien dat BBVA wettelijke rente heeft gevorderd vanaf de datum van het vonnis. BBVA ging er in haar vordering echter van uit dat het waarderingsmoment van de *fair market value* van BBVAs aandelen in Previsión zou samenvallen met de datum waarop het Scheidsgerecht vonnis zou wijzen. Echter, de deskundigen hebben 1 oktober 2020 als waarderingsmoment genomen, terwijl het arbitrale vonnis op 12 juli 2022 is gewezen. Het Scheidsgerecht heeft zoals volgt uit de hiervoor weergegeven overwegingen BBVA niet toegestaan om de waardering te updaten naar een meer recente datum, wat in overeenstemming zou zijn met de door BBVA ingestelde vordering. In plaats daarvan heeft het Scheidsgerecht wettelijke rente toegewezen. Het hof is van oordeel dat het Scheidsgerecht met deze praktische oplossing niet (wezenlijk) buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden. Dit geldt te meer nu BBVA in de door haar ingestelde vordering aan het Scheidsgerecht ruimte had geboden om een veroordeling uit te spreken die naar het oordeel van het Scheidsgerecht passend was: *“to grant any additional or other remedy that the Tribunal deems appropriate”*.

4.32

Ook de stelling van Bolivia dat het Scheidsgerecht een verrassingsbeslissing heeft gegeven door zonder partijen daarover te horen te beslissen dat ingangsdatum van de rente op een eerder tijdstip komt te liggen dan door BBVA gevorderd, is tegen deze achtergrond ongegrond. Wanneer het Scheidsgerecht had beslist overeenkomstig de vordering van BBVA (rente per datum van het arbitrale vonnis), had het BBVA in de gelegenheid moeten stellen om de deskundigen te vragen om de waardering te actualiseren. Bolivia heeft zich in deze vernietigingsprocedure niet op het standpunt gesteld dat zij door de beslissing van het Scheidsgerecht om rente vanaf 1 oktober 2020 toe te wijzen, in een nadeligere positie is komen te verkeren. Zo heeft Bolivia niet aangevoerd dat de *fair market value* van Previsión in de periode 1 oktober 2020 - 12 juli 2022 aanzienlijk is gedaald, of dat die waarde in deze periode minder is gestegen dan het bedrag aan toegewezen rente. Ook in zoverre is er dus geen aanleiding om het arbitrale vonnis partieel te vernietigen.

3.50 In subonderdeel 5.1 staat onder 41 en 42 de klacht dat het hof heeft miskent dat in die gevallen waarin uitdrukkelijk meer rente wordt toegewezen dan gevorderd, sprake is van een opdrachtschending in de zin van art. 1065 lid 1 onder c Rv. Als het hof dit niet heeft miskend, is de beoordeling onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Van een materiële schending van de opdracht blijft sprake, ook als het scheidsgerecht meent dat daarvoor een rechtvaardiging zou bestaan. Het voorgaande geldt temeer nu vaststaat dat rente is gevorderd vanaf de datum van het nog te wijzen vonnis en dat daarvan uitdrukkelijk is afgeweken door het scheidsgerecht.

3.51 De klachten falen. Voor de beoordeling van de vraag of meer is toegewezen dan gevorderd wordt hetgeen is gevorderd vergeleken met wat in het dictum van het arbitraal vonnis is toegewezen.<sup>45</sup> Het petitum bepaalt na uitleg daarvan waarover het scheidsgerecht moet beslissen.<sup>46</sup> Uit de eerste zin van rov. 4.31 volgt dat het hof, in navolging van het scheidsgerecht in zijn arbitrale vonnis (punt 920), heeft vastgesteld dat de tekst van de vordering van BBVA luidt dat samengestelde wettelijke rente is gevorderd vanaf de datum van het arbitrale vonnis.<sup>47</sup>

3.52 Het arbitrale vonnis is op 12 juli 2022 gewezen. Het volgende is, voor zover hier relevant, door het scheidsgerecht toegewezen:

“(iv) To order Respondent to pay Claimant the amount of USD 94.8 million on account of compensation.

(v) ()

(vi) To order Respondent to pay Claimant the amount of USD 10,217,182.61 on account of compound interest at the annual rate of 6.36% on the amount established in (iv) above accrued from 1 October 2020 to 1 June 2022.

(vii) To order Respondent to pay Claimant interest capitalized annually on the amounts established in (iv) and (vi) at an interest rate of 6.36% as from the date of issue of this Award up to the date of effective payment of compensation.”

Het rentepercentage van 6,36% wordt toegelicht in overweging 922-924 van het arbitraal vonnis en is gebaseerd op de kosten van de Boliviaanse staatsschuld in de relevante periode.

3.53 Het hof overweegt dat de verklaring voor het verschil tussen wat *woordelijk* (in het petitum) is gevorderd en wat is toegewezen, kan worden gevonden in de *uitleg* die het scheidsgerecht heeft gegeven aan de vordering van BBVA in overweging 925 van het arbitraal vonnis (geciteerd door het hof in rov. 4.30, zie hiervoor). Bij het formuleren van de vordering is BBVA ervan uitgegaan dat het waarderingsmoment van de aandelen zou samenvallen met de datum van het vonnis.<sup>48</sup> De waardering van de aandelen in Previsión heeft echter per 1 oktober 2020 plaatsgevonden. Een update van de waardering was niet beschikbaar ten tijde van het wijzen van het arbitraal vonnis op 12 juli 2022.<sup>49</sup> Het hof overweegt in rov. 4.31 (vijfde zin) dat het scheidsgerecht in plaats van een update

van de waardering te vragen, wettelijke rente heeft toegewezen vanaf 1 oktober 2020. Het hof kenschetst dit als een praktische oplossing, waarmee niet (wezenlijk) buiten de rechtsstrijd is getreden (zesde zin). Daaruit concludeert het hof dat het arbitraal vonnis niet kan worden vernietigd op grond van een opdrachtschending als bedoeld in art. 1065 lid 1, aanhef en onder c, Rv.

3.54 Het hof heeft dus geoordeeld dat het scheidsgerecht *binnen de grenzen van het petitum* zoals dat is uitgelegd rente heeft kunnen toewijzen reeds vanaf 1 oktober 2020. Dit betekent dat de klachten feitelijke grondslag missen, omdat de klachten onder 41 en 42 van de procesinleiding ervan uitgaan dat het hof goedkeurt dat het scheidsgerecht meer rente zou hebben goedgekeurd dan was gevorderd. Overigens meen ik dat het hof, mede gelet op de terughoudendheid die het moet betrachten en de beoordelingsvrijheid die het heeft (zie hiervóór 3.41), op voldoende begrijpelijke wijze tot het oordeel in rov. 4.31 is gekomen.

3.55 In subonderdeel 5.2 richt Bolivia haar pijlen op het oordeel van het hof (rov. 4.31, zesde zin) dat het scheidsgerecht een praktische oplossing heeft gehanteerd en dat daarmee "*niet (wezenlijk) buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden*".

3.56 *Ten eerste* is dat oordeel niet duidelijk, aldus de procesinleiding onder 43, omdat het woord wezenlijk tussen haakjes is geplaatst.

*Ten tweede (onder 44)*, indien het hof heeft geoordeeld dat een uitzondering op *ultra petita* gaan kan worden aanvaard als een praktische oplossing wordt gevonden waarmee niet wezenlijk buiten de rechtsstrijd wordt getreden, heeft het hof miskend dat een dergelijke uitzonderingsregel niet bestaat, althans dat in een vernietigingsprocedure geen ruimte bestaat voor een inhoudelijke beoordeling. Deze beoordeling is in ieder geval onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.

*Ten derde (onder 45)* heeft het hof een andere maatstaf aangelegd dan die is vervat in art. 1065 Rv. De schending van de opdracht moet gelet op het vierde lid van deze bepaling voldoende ernstig zijn, waarbij moet worden bezien of de uitspraak anders was uitgevallen als het scheidsgerecht zich wél aan zijn opdracht had gehouden. Daartoe is niet relevant, of beslissend, of sprake is van een praktische oplossing die geen (wezenlijke) overschrijding van de grenzen van de rechtsstrijd oplevert.

*Ten vierde (onder 46)*, voor zover het hof met niet wezenlijk heeft bedoeld niet voldoende ernstig, is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft dan niet kenbaar getoetst aan de vraag of bij handelen conform opdracht de beoordeling anders zou zijn uitgevallen. Zonder nadere motivering zou in ieder geval niet zijn in te zien dat het toewijzen van rente over alleen de gevorderde periode niet tot gevolg zou hebben dat de uitspraak anders was uitgevallen.

3.57 Aan het middel moet worden toegegeven dat de in de aangevallen zin uit rov. 4.31 gegeven beoordeling weinig strak is geformuleerd. Gelezen in het geheel van overwegingen meen ik echter dat die beoordeling niet onbegrijpelijk is. Ik acht de gegeven beoordeling bovendien juist omdat het hof daarin toepassing heeft gegeven aan de eerste volzin van art. 1065 lid 4 Rv. Daarin is bepaald dat de grond, bedoeld onder c van het eerste lid van art. 1065 Rv, niet tot vernietiging kan leiden indien het niet houden aan de opdracht *niet van ernstige aard* is. Gelet op de vierde klacht heeft het middel de door het hof gebruikte woorden "*niet (wezenlijk) buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden*" ook in die zin opgevat.

3.58 Ik meen dat de klachten reeds daarom geen doel treffen. Voor de volledigheid ga ik de in 3.56 weergegeven klachten in.

3.59 De *eerste klacht* voldoet strikt genomen niet aan de daaraan te stellen eis van bepaaldheid en precisie omdat niet wordt uitgelegd *waarom* het tussen haakjes plaatsen van het woord wezenlijk het oordeel onbegrijpelijk maakt. Welwillend gelezen, in het licht van voetnoot 59 van de procesinleiding, begrijp ik de klacht zo dat is bedoeld dat het hof in het midden zou hebben gelaten of het

scheidsgerecht niet of niet wezenlijk buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden. Ook als de klacht echter zo wordt opgevat acht ik het oordeel van het hof in de context van dit geval<sup>50</sup> niet onbegrijpelijk. Het hof oordeelt op basis van uitleg van de vordering dat het scheidsgerecht *niet* buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden (zie mijn bespreking van subonderdeel 5.1). Door het woord wezenlijk tussen haakjes te plaatsen, maakt het hof kenbaar dat indien toch sprake zou zijn van een opdrachtschending, deze in ieder geval niet wezenlijk want niet voldoende ernstig is.

3.60 De *overige klachten* missen feitelijke grondslag, omdat Bolivia ervan uitgaat dat het hof een opdrachtschending door het scheidsgerecht heeft vastgesteld, maar toch tot de conclusie komt dat dit niet tot vernietiging van het arbitraal vonnis kan leiden. Dat uitgangspunt berust op een onjuiste lezing van het bestreden arrest.

3.61 Subonderdeel 5.3 bevat klachten gericht op de laatste zin van rov. 4.31. Ik citeer hierna deze zin met de daaraan voorafgaande zin:

"() Het hof is van oordeel dat het Scheidsgerecht met deze praktische oplossing niet (wezenlijk) buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden. Dit geldt te meer nu BBVA in de door haar ingestelde vordering aan het Scheidsgerecht ruimte had geboden om een veroordeling uit te spreken die naar het oordeel van het Scheidsgerecht passend was: "to grant any additional or other remedy that the Tribunal deems appropriate".

3.62 In de procesinleiding (onder 47) staat hierover het volgende: "*Dat oordeel dat geen zelfstandig dragende gronden of argumenten bevat faalt reeds gezien het voorgaande, maar is ook overigens onjuist, althans onbegrijpelijk.*" Dat dit oordeel niet zelfstandig dragend is, heeft Bolivia wat mij betreft, en ook wat betreft BBVA,<sup>51</sup> goed gezien. Dit betekent echter dat geen belang bestaat bij de klachten (onder 47-48 procesinleiding) tegen dit oordeel.

#### *Onderdeel 6: hoor en wederhoor*

3.63 In dit onderdeel richt Bolivia klachten tegen rov. 4.32. Daarin oordeelt het hof over de stelling van Bolivia dat het scheidsgerecht in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor partijen niet de gelegenheid heeft gegeven zich uit te laten over het voornemen om rente toe te wijzen vanaf 1 oktober 2020, terwijl alleen rente vanaf de datum van het arbitrale vonnis was gevorderd.<sup>52</sup> Ik wijs ter inleiding op het volgende.

3.64 Een arbitraal vonnis kan worden vernietigd op de grond dat het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, in strijd is met de openbare orde (art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, Rv). De wijze waarop het arbitraal vonnis tot stand komt is bijvoorbeeld in strijd met de openbare orde als het scheidsgerecht handelt in strijd met het beginsel van hoor en wederhoor. Wegens de aard van deze bepaling dient deze met terughoudendheid te worden toegepast.<sup>53</sup> Voor deze terughoudende toepassing is evenwel geen plaats wanneer moet worden geoordeeld dat bij de totstandkoming van het arbitrale vonnis is gehandeld in strijd met het fundamentele recht van hoor en wederhoor, welk recht in een arbitraal geding niet van minder betekenis is dan in een geding voor de overheidsrechter.<sup>54</sup>

3.65 In de aangevochten overweging oordeelt het hof als volgt:

"4.32 Ook de stelling van Bolivia dat het Scheidsgerecht een verrassingsbeslissing heeft gegeven door zonder partijen daarover te horen te beslissen dat ingangsdatum van de rente op een eerder tijdstip komt te liggen dan door BBVA gevorderd, is tegen deze achtergrond ongegrond. Wanneer het Scheidsgerecht had beslist overeenkomstig de vordering van BBVA (rente per datum van het arbitrale vonnis), had het BBVA in de gelegenheid moeten stellen om de deskundigen te vragen om de waardering te actualiseren. Bolivia heeft zich in deze vernietigingsprocedure niet op het standpunt gesteld dat zij door de beslissing van het Scheidsgerecht om rente vanaf 1 oktober 2020 toe te wijzen, in een nadeligere positie is komen te verkeren. Zo heeft Bolivia niet aangevoerd dat de *fair market*

*value* van Previsión in de periode 1 oktober 2020 - 12 juli 2022 aanzienlijk is gedaald, of dat die waarde in deze periode minder is gestegen dan het bedrag aan toegewezen rente. Ook in zoverre is er dus geen aanleiding om het arbitrale vonnis partieel te vernietigen.”

3.66 In de procesinleiding stelt Bolivia (onder 49) dat zij heeft aangevoerd dat partijen zich niet konden uitlaten over de niet gevorderde maar wel toegewezen rente. Als gevolg daarvan is sprake van een schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Het hof heeft die feitelijke stelling geenszins verworpen, aldus nog steeds Bolivia. In plaats daarvan zou het hof hebben geoordeeld dat de gestelde schending van hoor en wederhoor niet kan leiden tot vernietiging.

3.67 Dit getuigt van een onjuiste lezing van het arrest. In de eerste zin van rov. 4.32 wijst het hof het betoog van Bolivia af op grond van wat in rov. 4.31 is overwogen. Met andere woorden: omdat het scheidsgerecht volgens het hof niet buiten het gevorderde is getreden, kan niet worden gezegd dat partijen (nog) gehoord hadden moeten worden over toewijzing van rente vanaf de datum van 1 oktober 2020. Dat oordeel is zelfstandig dragend.

3.68 Gelet hierop falen de klachten van onderdeel 6. Meer specifiek geldt het volgende.

3.69 De klachten onder 50 falen omdat het hof niet in het midden heeft gelaten of sprake is van een schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Verder staat niet vast dat een omvangrijke rentevordering is toegewezen zonder partijen daarover te horen.

3.70 De klachten onder 51 missen doel omdat het hof de beslissing niet *uitsluitend* heeft gemotiveerd met de overweging dat Bolivia niet heeft gesteld dat zij door de beslissing in een nadeliger positie is komen te verkeren.

3.71 De klachten onder 52-57 (subonderdelen 6.2 t/m 6.5) lijden schipbreuk omdat de klachten zich allemaal richten op de tweede t/m de vijfde zin van rov. 4.32. Bij die klachten bestaat geen belang, omdat het oordeel dat het beginsel van hoor en wederhoor niet is geschonden al kan steunen op het in cassatie overeind blijvende oordeel in de eerste zin van rov. 4.32.

#### Tussenconclusie

3.72 Alle klachten van het principale cassatiemiddel falen. Het beroep moet worden verworpen.

## **4 Bespreking van het incidentele cassatiemiddel**

4.1 Het incidenteel cassatieberoep is ingesteld onder de voorwaarde dat één of meer van de in het principaal cassatieberoep aangevoerde klachten slagen.<sup>55</sup> Deze voorwaarde is *niet* vervuld. Toch zal ik het incidentele cassatiemiddel (kort) bespreken.

4.2 Het middel bestaat uit één onderdeel. Dit komt erop neer dat *indien* het hof heeft geoordeeld dat een wijziging van de Overeenkomst noodzakelijk was om het onderhavige geschil in een internationale arbitrage te kunnen voorleggen, dat oordeel onbegrijpelijk is althans onvoldoende is gemotiveerd (zie ook kort de schriftelijke toelichting zijdens BBVA onder 18).

4.3 Het hof heeft dit niet geoordeeld. Het oordeel van het hof dat een geldige overeenkomst tot arbitrage bestaat steunt zelfstandig op rov. 4.4-4.6 over de bevoegdheid op grond van art. 11 BIT. In de laatste zin van rov. 4.5 overweegt het hof dat het scheidsgerecht bevoegd is omdat tussen partijen vaststaat dat hun geschil een investeringsgeschil is in de zin van het BIT. In rov. 4.6 overweegt het hof dat art. 30 lid 3 Overeenkomst *niet* aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht in de weg staat, waarna wordt overwogen dat met het BIT er ter zake van investeringsgeschillen die onder het BIT vallen een

geschillenbeslechtsingsinstantie is *bijgekomen* die BBVA niet eerder had.

4.4 In het licht hiervan kan niet worden gezegd dat het volgens het hof noodzakelijk was dat de Overeenkomst werd gewijzigd om het onderhavige investeringsgeschil in een arbitrageprocedure te kunnen beslechten.

4.5 De conclusie in het incidenteel cassatieberoep mocht de Hoge Raad daar toch aan toekomen strekt dus tot verwerping.

## 5 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principaal cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

---

<sup>1</sup> De feiten zijn grotendeels overgenomen uit rov. 3.2 t/m 3.5 van het bestreden arrest: Hof Den Haag 23 juli 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:1218.

<sup>2</sup> In de Nederlandse taal: Internationaal Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen. ICSID is onderdeel van de Wereldbank. ICSID werd opgericht bij Verdrag van 18 maart 1965 (Washington) inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen Staten en onderdanen van andere Staten (*Trb.* 1966, 152 en *Trb.* 1966, 225). Bolivia heeft dit verdrag in 1991 getekend en in 1995 geratificeerd, maar in 2007 heeft Bolivia zich daaruit teruggetrokken. Hoewel Bolivia dus geen partij meer is bij het verdrag, kan toch gebruik worden gemaakt van de diensten van ICSID (de Additional Facility) en de door ICSID opgestelde arbitrageregels (de Additional Facility Rules). Dat is hier gebeurd.

<sup>3</sup> Dit verdrag is op 9 juli 2002 in werking getreden. Bolivia heeft het verdrag per 9 juli 2012 opgezegd. Het verdrag bevat echter een zogenoemde horizonbepaling (art. 13 lid 2) die gedurende een periode van tien jaar de bescherming verlengt van investeringen die vóór de datum van beëindiging van het verdrag zijn gedaan. BBVA kon daarom nog een beroep doen op de investeringsbescherming uit hoofde van het beëindigde BIT. Het BIT is in de Spaanse taal te raadplegen op: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/592/bolivia-plurinational-state-of---spain-bit-2001->.

<sup>4</sup> Ik merk op dat de inzet van deze arbitrage niet was de nationalisatie tegen te gaan, maar juist om een door Bolivia wettelijk (en dus eenzijdig) vastgestelde nationalisatie uit te voeren op volgens BBVA aanvaardbare financiële en andere voorwaarden, met name een passende vergoeding gebaseerd op de waarde van de over te dragen aandelen in Previsión.

<sup>5</sup> In voetnoot 1 van het bestreden arrest staat dat het hof in de vernietigingsprocedure gebruik heeft gemaakt van de officiële Engelse vertaling van het scheidsrechterlijke vonnis, die Bolivia als productie 3 bij akte overlegging producties van 4 juli 2023 in het geding bracht. Ook ik ga uit van die vertaling. Het vonnis is in de Spaanse taal te raadplegen op: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/932/bbva-v-bolivia>.

<sup>6</sup> Hof Den Haag 23 juli 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:1218, *TvA* 2024/90.

<sup>7</sup> Bolivia heeft op 22 november 2024 op grond van art. 29 lid 1 van de Wet griffierechten burgerlijke zaken bij verzetschrift een verzoek gedaan tot vermindering van het initieel in rekening gebrachte griffierecht, omdat deze zaak een vordering van onbepaalde waarde betreft. Dit verzoek is op 25 november 2024 ingewilligd.

<sup>8</sup> Zie ter achtergrond onder meer: H.J. Snijders, BITs, MITs, TTIP en IDR, *TvA* 2016/1; M. van de Hel-Koedoot & B.R.D. Hoebeke, De bescherming voor grensoverschrijdende investeerders op grond van bilaterale investeringsverdragen, *O&F* 2013 (21); J.J. van Haersolte-van Hof, Arbitrage op grond van Bilateral Investment Treaties, *WPNR* 2014/7003; J.J. van Haersolte-van Hof, Investeringsarbitrage: wie, wat, waar en waarom?, *Ondernemingsrecht* 2010/8.

<sup>9</sup> Dit is ook de reden waarom de Europese Commissie, daarin gevolgd door het HvJEU, het standpunt is gaan innemen dat een arbitrageregeling in een BIT tussen twee EU-lidstaten (intra-EU-BITs) in strijd is met institutionele bepalingen van Unierecht, te weten art. 267 VWEU en art. 344 VWEU. Zie HvJEU 6 maart 2018, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 (*Slowaakse Republiek/Achmea*). Deze rechtspraak is als zodanig niet van toepassing op BITs tussen een EU-lidstaat en een staat *buiten* de Europese Unie (extra-EU-BITs), zoals het BIT tussen Spanje en Bolivia dat in deze zaak aan de orde is.

<sup>10</sup> Deze regeling is te raadplegen op: <https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/facility/partD.htm>.

<sup>11</sup> Zie punt 26 van het arbitrale vonnis.

<sup>12</sup> Deze regeling is te raadplegen op: <https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/facility/partA.htm>. In art. 3 van deze Additional Facility Rules staat: "*Since the proceedings envisaged by Article 2 are outside the jurisdiction of the Centre, none of the provisions of the Convention shall be applicable to them or to recommendations, awards, or reports which may be rendered therein.*" Dit betekent onder meer dat de regeling over de eigen vernietigingsprocedure van het ICSID niet van toepassing is, zodat een vernietigingsprocedure dient te worden aangebracht in het land van de zetel van de arbitrage.

<sup>13</sup> HR 6 december 2024, ECLI:NL:HR:2024:1812, *NJ* 2025/230 m.nt. C.G. van der Plas, *JBPr* 2025/26 m.nt. L. Jamalov & B. van Zelst (*Russische Federatie/Everest c.s.*), rov. 3.1.1-3.1.2 en 3.4.2.

<sup>14</sup> Zie voor een bespreking van de uiteenlopende visies op consent in deze context: M. Gronemann & M. Krajewski, The Legal Nature of the Treaty-Based Consent to Investment Arbitration, in: K. Fach Gómez & C. Titi (red.), *The Award in International Investment Arbitration*, Oxford: Oxford University Press 2024, p. 113-129.

<sup>15</sup> A.E.H. van der Voort Maarschalk & A. Knigge, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/43 (vierde alinea, in fine): ( ) *Een vordering of verweer kan echter ook impliciet worden verworpen.*" Zie ook B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/115 (in fine): "(..) *Een rechterlijke vaststelling die strijdt met een stelling van een partij, houdt een (impliciete) verwerping van die stelling in.* ( )."

<sup>16</sup> Zie over deze maatstaf bijvoorbeeld T.F.E. Tjong Tjin Tai, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 30 Rv, aant. 2 (actueel t/m 14 juli 2025), met verwijzingen naar onder meer: HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, *NJ* 1993/659 m.nt. D.W.F. Verkade, *IER* 1993/35 m.nt. S. de Wit ([ ]/[ ]), rov. 3.4; HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2743, *NJ* 1999/7 (*Stichting Finkenburgh*/[ ]), rov. 3.5; HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2219, *NJ* 2018/470, *JIN* 2019/20 m.nt. L. de Roode, rov. 3.3.2 (in fine).

<sup>17</sup> Het verweer van BBVA kwam erop neer dat het scheidsgerecht in haar redenering moest worden gevolgd, zie memorie van antwoord 31-40.

<sup>18</sup> Zie de conclusie van dupliek punten 32-38 en de pleitaantekeningen zijdens BBVA punten 31-32. Op dit standpunt is uitgebreid gereageerd in de pleitnotities zijdens Bolivia par. 5.2 en par. 6.

<sup>19</sup> Kort gezegd betekent de antikiesregel dat de rechter de in aanmerking komende rechtssstelsels vergelijkt, en tot het oordeel komt dat het niet uitmaakt welk rechtssstelsel toepasselijk is. Zie bijv. Asser/Vonken 10-I 2023/403. Zie voor een recent voorbeeld waarin werd vastgesteld dat de anti-kiesregel niet was toegepast: HR 7 november 2025, ECLI:NL:HR:2025:1665.

<sup>20</sup> B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/116 (aan het begin, op p. 122).

<sup>21</sup> HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, *NJ* 2015/318 m.nt. H.J. Snijders (*Ecuador/Chevron I*), rov. 4.4.3.

- <sup>22</sup> Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969, *Trb.* 1972, 51 en *Trb.* 1985, 79.
- <sup>23</sup> HR 6 december 2024, ECLI:NL:HR:2024:1812, *NJ* 2025/230 m.nt. C.G. van der Plas, *JBPr* 2025/26 m.nt. L. Jamalov & B. van Zelst (*Russische Federatie/Everest c.s.*), rov. 3.1.3. Zie ook recent Hof Den Haag 28 oktober 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:2281 (*Venezuela/VUS*), rov. 8.4.
- <sup>24</sup> B.T.M. van der Wiel, in: Van der Wiel (red.), *Cassatie* 2019/105.
- <sup>25</sup> Bolivia heeft het verdrag op 23 mei 1969 wel ondertekend, maar vervolgens niet geratificeerd. Eén en ander blijkt uit informatie van de depositaris (het Secretariaat van de Verenigde Naties), te raadplegen op: <https://treaties.un.org/> Dat ratificatie nodig is om gebonden te zijn aan het WVV volgt uit art. 82 WVV.
- <sup>26</sup> Art. 31 en 32 WVV moeten worden beschouwd als codificatie van het geldende volkenrecht inzake de uitleg van verdragen, aldus o.m. HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2363, *NJ* 2018/144, *IER* 2017/67 m.nt. F.W.E. Eijvogels (*KPN/High Point I*), rov. 4.1.4 (eerste alinea).
- <sup>27</sup> Zie: A.E.B. ter Heide, Het cassatiemiddel in burgerlijke zaken, in: *WB der Nederlanden. 25 jaar wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 202; A. Hammerstein, Aan een cassatiemiddel te stellen eisen ofwel: een paardenmiddel, in: M. Bruning & A. van Staden ten Brink (red.), *Met recht bevlogen. Liber amicorum mr. Eduard van Staden ten Brink*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 14.
- <sup>28</sup> HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1645, *NJ* 2022/102, *JBPr* 2022/16, *JOR* 2022/79 (*Russische Federatie/HVY*), rov. 5.5.4.
- <sup>29</sup> *Kamerstukken II 2012/13*, 33 611, nr. 3 (*MvT*), p. 39, zoals weergegeven in G.J. Meijer e.a. (red.), *Parlementaire Geschiedenis Arbitragewet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. I.76.3 (p. 157).
- <sup>30</sup> Asser Procesrecht/Sanders, Meijer & Ernste 8 2023/501.
- <sup>31</sup> Dat ook deze rechtsregel binnen de materiële zijde van de opdracht valt, volgt ook uit: *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3 (*MvT*), p. 30 (vierde alinea).
- <sup>32</sup> Zie reeds HR 9 april 1847, *W.* 800, p. 3 (eerste kolom).
- <sup>33</sup> Zie bijv. A-G Mengozzi in punt 83 van zijn conclusie van 30 mei 2017 (ECLI:EU:C:2017:406) vóór HvJ (Grote Kamer) 14 november 2017, C-122/16 P, ECLI:EU:C:2017:861 (*British Airways/Europese Commissie*).
- <sup>34</sup> Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy uitgevers 2024, nr. 5 (p. 14-15).
- <sup>35</sup> Zie uitgebreid: A.M. Tanzi, On the Adjudicative Discretion of Investment Arbitrators, Between *ne ultra petita*, *ne infra petita*, and *jura novit curia*, in: K. Fach Gómez & C. Titi (red.), *The Award in International Investment Arbitration*, Oxford: Oxford University Press 2024, p. 147-160.
- <sup>36</sup> HR 22 mei 1908, *W.* 8713 (derde kolom): "dat ( ) het Hof ( ) de vraag of uitspraak is gedaan omtrent zaken die niet waren geëischt, terecht heeft beantwoord door eene vergelijking van hetgeen bij dagvaarding was gevorderd met het dispositief van het gewraakte arrest;"
- <sup>37</sup> J.H.D. Schenkenberg van Mierop, *Request Civiel* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1890, p. 21.
- <sup>38</sup> De wetgever gaf daarvoor de volgende reden: "Zoodra de scheidsmannen hebben uitspraak gedaan, heeft hunne zending opgehouden, en zij kunnen derhalve niet worden bijeengeroepen, om van een request-civiel kennis te nemen." Zie Van den Honert, *Handboek voor de burgerlijke regtsvordering in het Koninkrijk der Nederlanden*, Amsterdam: Van der Vinne 1839, p. 621. Onder het Franse recht bestond die mogelijkheid overigens wel: J.H.D. Schenkenberg van Mierop, *Request Civiel* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1890, p. 8.
- <sup>39</sup> P. Sanders, *Aantasting van arbitrale vonnissen* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940, p. 169: "In dit nummer wordt het nietigheidsmiddel ten dienste gesteld (a) wanneer uitspraak is gedaan over zaken welke niet zijn geëischt of (b) wanneer bij de uitspraak meer is toegekend dan gevorderd was. Geval b valt mijns inziens onder geval a. Ook wanneer meer wordt toegekend dan gevorderd was, wordt immers, voorzoover dit meerdere betreft, uitspraak gedaan over zaken welke niet geëischt waren. ( )."
- <sup>40</sup> Rechtbank Rotterdam 13 april 1922, *W.* 10924, p. 4 (eerste en tweede kolom): "O. ( ) dat toch gedaagde blijkens den tekst van het arbitraal vonnis in eersten aanleg voor de scheidsmannen heeft gevorderd

veroordeling van [... 1] tot betaling van f. 1920, alsmede in de kosten van de arbitrage, terwijl de scheidsmannen in hooger beroep [... 1] hebben veroordeeld tot betaling van f. 1920 aan hoofdsom, benevens 6 pct. rente over dit bedrag, te berekenen van den dag van het vonnis in eerste aanleg, alsmede in de kosten; O. dat partij [ 2] heeft bestreden dat de arbiters door rente toe te kennen meer zouden hebben toegekend dan was gevorderd, doch dat hetgeen [ 2] in dit verband aanvoert namelijk de vroegere bereidverklaring van [... 1] tot het betalen van rente, het handelsgebruik, hetwelk de verplichting tot rentebetaling zou meebrengen enz. alles wel dienstig zou kunnen zijn tot staving van een vordering tot rente van de hoofdsom, doch dit alles niet kan verhelpen, dat de rente niet voor de arbiters en daarop komt het aan was gevorderd, zoodat de toekenning geschiedde buiten de grenzen van het gevorderde, in strijd met no. 4 van art. 649 B.R."

<sup>41</sup> P. Sanders, *Aantasting van arbitrale vonnissen* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1940, p. 169-170; W. Nolen, *Handleiding voor arbiters*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957, p. 180.

<sup>42</sup> P.A. Stein, *De nieuwe arbitragewet*, Deventer: Kluwer 1986, p. 23; A.J. van den Berg, R. van Delden & H.J. Snijders, *Arbitragerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 133; P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht, nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer 2001, p. 195. Sanders heeft op p. 194 als voorbeeld van het treden buiten de opdracht het geval waarin rente wordt toegewezen terwijl een partij vergeten is die te vorderen.

<sup>43</sup> G.J. Meijer & A.I.M. van Mierlo, *Aantasting van arbitrale vonnissen*, *WPNR* 2014/7003, p. 69, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2012/13, 33 611, nr. 3 (*MvT*), p. 40 (bovenaan).

<sup>44</sup> Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy uitgevers 2024, nr. 247 (p. 378); Asser *Procesrecht*/Sanders, Meijer & Ernste 8 2023/502; A. Marsman, *International arbitration in the Netherlands*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2021, p. 475 (par. 18-093); H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 561.

<sup>45</sup> Asser *Procesrecht*/Sanders, Meijer & Ernste 8 2023/502.

<sup>46</sup> Vgl. F.J.P. Lock, in: *T&C Rv*, commentaar op art. 23 Rv, aant. 1 (actueel t/m 1 april 2025).

<sup>47</sup> Punt 920 luidt: "*Claimant has requested, as part of its full reparation, the payment of compound interest payable from the date of the Award to the effective date of payment by respondent.*" Zie ook de weergave van deze vordering in punt 345, onder b en (iii) van het arbitraal vonnis: "*to pay post-Award interest calculated as of the effective date over the total amount of the Award ( )*". In punt 74(b)(iii) van het laatste processtuk (de *post hearing brief*) heeft BBVA deze vordering geformuleerd ("*ordene a Bolivia ( ) pagar intereses posteriores al Laudo ( )*"). In punt 73 van dit document heeft BBVA, onder het kopje "*Existe acuerdo respecto al interés post-laudo aplicable*", gesteld dat de experts van beide partijen het erover eens zijn dat samengestelde rente zou moeten worden toegepast vanaf de datum van het vonnis ("*en aplicar un interés compuesto a partir de la fecha del laudo*").

<sup>48</sup> Zie punt 808-809 van het arbitraal vonnis (onder het kopje *date of valuation*): "*808. Claimant considers that to be fully compensated ( ), its compensation should be valued at the time nearest to the date of the Award, taking into account that it would make its interest in Previsión available to Bolivia. 809. According to Claimant, an ex post valuation would reflect more accurately the FMV [fair market value, A-G] of its shares in the AFP and would prevent Bolivia from taking advantage of its international wrongful conduct. Initially, Claimants experts estimated in their first report that the date would be 10 September 2019, which was then updated to 30 September 2020.*"

<sup>49</sup> Uit punt 66 (en voetnoot 6) van het arbitraal vonnis blijkt dat BBVA op 5 mei 2021 onder meer had verzocht om in te dienen: "*Financial information of a date subsequent to the Reply and updated valuation model.*" Het scheidsgerecht heeft op 21 mei 2021 (in zijn vijfde *procedural order*) beslist dat deze documentatie niet mocht worden ingediend. In punt 73 van het arbitraal vonnis wordt de beslissing op dit punt weergegeven: "*If required, and subject to the Tribunals decision on jurisdiction and liability, the Tribunal would request the experts of both Parties to update their valuation models at a further instance.*"

<sup>50</sup> Het tussen ronde haakjes plaatsen van woorden is een gewoonte die men minder ziet in andere talen dan het Nederlands, zoals het Engels en het Frans, en die gemakkelijk tot al dan niet bedoelde vaagheid en daarmee tot interpretatievragen leiden. Het gebruik van haakjes om in wezen meer dan één situatie te willen dekken kan in juridische teksten beter worden vermeden. Zie hierover recent punt 3.40 van de conclusie van A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2025:396) vóór HR 11 juli 2025, ECLI:NL:HR:2025:1133, *RvdW*

2025/880, JA 2025/119 m.nt. B.M.G. Bijnen (*Menzis/Achmea Schadeverzekeringen c.s.*).

<sup>51</sup> Schriftelijke toelichting zijdens BBVA onder 47: "Subonderdeel 5.3 klaagt over s hofs overweging ten overvloede in de laatste zin van rov. 4.31. Zoals het subonderdeel zelf erkent, bevat die overweging geen zelfstandig dragende gronden voor s hofs oordeel, waarmee het subonderdeel reeds faalt bij gebrek aan belang. ()"

<sup>52</sup> In zoverre doet de onderhavige zaak denken aan een betrekkelijk recent arrest: HR 24 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:438, NJ 2023/124, JBPr 2023/55 m.nt. P.E. Ernste, JIN 2023/103 m.nt. S.E. Poutsma (*HCCEEH/Alpha*). In die zaak had het scheidsgerecht in een herstellvonnis een hoger rentepercentage over de hoofdsom toegekend dan in het oorspronkelijke arbitrale vonnis was toegekend. De gedeeltelijke vernietiging door het hof was onder andere gebaseerd op een schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Dat oordeel bleef in cassatie overeind (beslissing in het incidentele beroep, art. 81 lid 1 Wet RO).

<sup>53</sup> HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384 m.nt. H.J. Snijders, JBPr 2003/38 m.nt. I.P.M. van den Nieuwendijk (*International Military Services/Modsaf-IR*), rov. 3.3 (derde alinea, in fine).

<sup>54</sup> HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, NJ 2007/294, JBPr 2007/75 m.nt. J.F. Fleming, TvA 2008/10 m.nt. J.J. van Haersolte-van Hof (*Spaanderman/Anova Food*), rov. 3.5 (in fine).

<sup>55</sup> Verweerschrift tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, p. 2 (onder het kopje Voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep).

---