

TvA 2015/6: Vordering tot vernietiging van drie arbitrale vonnissen op grond van het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage. Bevoegdhd...

Essentie

Vordering tot vernietiging van drie arbitrale vonnissen op grond van het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage. Bevoegdheid gegrond op uitleg van Bilateraal Investeringsverdrag.

Samenvatting

De bevoegdheid van het scheidsgerecht wordt in het kader van de vernietigingsprocedure door de overheidsrechter (opnieuw) ten gronde beoordeeld. Daarbij legt de rechter het toepasselijke verdrag tussen de VS en Ecuador (hierna: het BIT) uit aan de hand van het Weens Verdragenverdrag. Het BIT, waarbij Nederland geen partij is, dient te worden aangemerkt als 'recht van vreemde staten' in de zin van artikel 79 RO. Oordelen van het hof omtrent inhoud en uitleg van het Verdrag kunnen daarom in cassatie niet op juistheid worden getoetst.

Partij(en)

Republiek Ecuador,
eiseres tot cassatie,
advocaten: mrs. E.D. van Geuns en L.J. Burgman
tegen
Chevron Corporation (USA) en Texaco Petroleum Company
verweersters in cassatie,
advocaat: mr. J. van der Beek

Uitspraak

Het arrest van de Hoge Raad

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten:

- (i) Chevron Corporation is indirect aandeelhoudster van Texaco Petroleum Company ("TexPet"). In 1964 heeft Ecuador aan TexPet een concessie verleend voor oliewinning en olie-exploitatie in het Amazone-gebied in Ecuador. In 1973 is over de voorwaarden van de concessie opnieuw onderhandeld en zijn partijen voor de duur van negentien jaar een concessieovereenkomst aangegaan (hierna: de concessieovereenkomst).
- (ii) De looptijd van de concessieovereenkomst is op 6 juni 1992 verstreken. Op 17 november 1995 heeft TexPet met Ecuador en de staatsoliemaatschappij van Ecuador een *Global Settlement Agreement and Release* gesloten in verband met de beëindiging en afwikkeling van de concessieovereenkomst. Daarin is onder meer afgesproken dat TexPet of Chevron Corporation de door de oliewinning veroorzaakte milieuschade zou herstellen.
- (iii) TexPet heeft in de periode van december 1991 tot december 1993 zeven procedures bij Ecuatoriaanse gerechten aanhangig gemaakt in verband met gestelde tekortkomingen van Ecuador onder de concessieovereenkomst. Volgens TexPet heeft Ecuador de concessieovereenkomst stelselmatig geschonden door de binnenlandse behoefte te hoog voor te stellen en meer olie van TexPet op te eisen dan waarop zij recht had, en die olie vervolgens zelf te exporteren. TexPet heeft in die procedures meer dan US \$ 354 miljoen gevorderd ter zake van overmatige olieafdrachten aan Ecuador, waarvoor Ecuador volgens TexPet de internationale marktprijs had moeten betalen in plaats van de lagere binnenlandse prijs.
- (iv) In 1993 hebben de Verenigde Staten van Amerika (hierna: de VS) en Ecuador een Bilateraal Investeringsverdrag (hierna: het BIT, of het verdrag) gesloten dat op 11 mei 1997 in werking is getreden.
- (v) Onder de in het verdrag bepaalde voorwaarden kunnen geschillen tussen een verdragsstaat en een persoon of vennootschap afkomstig uit de andere verdragsstaat worden beslecht door middel van arbitrage.
- (vi) Voor zover in cassatie van belang luidt de titel van het verdrag als volgt:

"Treaty (...) concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment"

De preambule van het verdrag houdt onder meer in:

"Desiring to promote greater economic cooperation between them [de VS en Ecuador, toevoeging Hoge Raad], with respect to investment by nationals and companies of one Party in the territory of the other Party;

Recognizing that agreement upon the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties;

Agreeing that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maxim effective utilization of economic resources;

(...)"

Voor zover in cassatie van belang houdt het verdrag verder onder meer de volgende bepalingen in:

"Article I

1. For the purposes of this Treaty,

- (a) "investment" means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party,

- such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes:
(...)
- (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment;
(...)
3. Any alteration of the form in which assets are invested or reinvested shall not affect their character as investment.

Article II

(...)

7. Each Party shall provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment, investment agreements, and investment authorisations.
(...)

Article VI

1. For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to
(...)
- (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment.

Article XII

1. This Treaty (...) shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter. (...)"

(vii) Chevron heeft op 21 december 2006 een BIT-arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen Ecuador. Deze procedure is in Den Haag gevoerd volgens de UNCITRAL Rules. Chevron heeft zich in die arbitrage op het standpunt gesteld dat Ecuador aansprakelijk is voor de schade die zij heeft geleden wegens schending van art. II lid 7 BIT. Die schending was volgens Chevron het gevolg van een ontoelaatbare vertraging in de afdoening van de hiervoor onder (iii) bedoelde zeven procedures bij de Ecuadoriaanse gerechten.

(viii) In zijn tussenvonnissen van 1 december 2008 (hierna: de *Interim Award*) heeft het scheidsgerecht zich bevoegd verklaard om van de vorderingen van Chevron kennis te nemen. In zijn gedeeltelijk eindvonnis van 30 maart 2010 (hierna: de *Partial Award*) heeft het scheidsgerecht geoordeeld dat Ecuador zich schuldig heeft gemaakt aan rechtsweigeren (*denial of justice*) in verband met ontoelaatbare termijnoverschrijding (undue delay), omdat in de zeven procedures bij de Ecuadoriaanse gerechten niet tijdig vonnis is gewezen. Daarom is Ecuador veroordeeld om aan Chevron schadevergoeding te betalen. Het scheidsgerecht heeft in zijn eindvonnis van 31 augustus 2011 (de *Final Award*) de hoogte van de schadevergoeding bepaald op US \$ 96.355.369,17 (inclusief rente).

(ix) Op 31 augustus 2011 is de *Final Award* gedeponneerd ter griffie van de rechtbank Den Haag.

3.2.1 In dit geding vordert Ecuador dat de *Interim Award*, de *Partial Award* en de *Final Award* op de voet van art. 1065 lid 1, aanhef en onder a, Rv worden vernietigd op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, zodat het scheidsgerecht zich in de *Interim Award* ten

onrechte bevoegd heeft verklaard. Ecuador heeft met name aangevoerd dat de investering van TexPet in Ecuador op 6 juni 1992 is geëindigd, terwijl het BIT pas op 11 mei 1997 in werking is getreden. Gelet op in het bijzonder art. XII lid 1 BIT was daarom op laatstgenoemde datum geen sprake meer van een *investment* van TexPet in Ecuador als bedoeld in het BIT. Daarom is evenmin sprake van een *investment dispute* als bedoeld in art. VI BIT.

3.2.2 Chevron heeft verweer gevoerd. Zij stelt dat zij ten tijde van inwerkingtreding van het BIT nog wel degelijk een *investment* in Ecuador had in de zin van het BIT. Op dat moment was tussen partijen immers nog een aantal rechtszaken aanhangig over de afwikkeling van hun relatie, en bovendien was zij toen nog bezig met de uitvoering van de door Ecuador verlangde werkzaamheden tot herstel van milieuschade in de voormalige concessiegebieden.

3.3 De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd. Het hof heeft, samengevat weergegeven, het volgende overwogen.

Het eerste geschilpunt is of de inhoud van de art. I en XII BIT moet worden betrokken bij de beoordeling van de bevoegdheid van het scheidsgerecht. Deze bevoegdheidsvraag kan niet worden beantwoord zonder daarbij de vraag te betrekken of bij de uitleg van het arbitraal beding (art. VI BIT) de inhoud van de art. I en XII BIT moet worden betrokken. Het is een kwestie van uitleg van art. VI BIT zelf of dat zo is. (rov. 12) Deze uitleg geschiedt volgens de regels, neergelegd in het Weens Verdragenverdrag (hierna: WVV), in het bijzonder de art. 31 en 32 WVV (rov. 13).

Chevron heeft zich ter onderbouwing van de bevoegdheid van het scheidsgerecht mede beroepen op art. VI lid 1, aanhef en onder c, BIT, op grond waarvan “an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (...) (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment” (onderstreping hof). In dit arbitrale beding wordt een koppeling gelegd tussen het geschil en het toepassingsbereik van het verdrag. Immers, arbitrage wordt aangeboden voor geschillen met betrekking tot rechten die door het verdrag worden gecreëerd of toegekend. Nu Chevron een beroep doet op het recht, haar toegekend in art. II lid 7 BIT, wordt van belang of Chevron aanspraak kan maken op dat recht en dient de toepasselijkheid van het BIT *ratione materiae* en *ratione temporis* te worden beoordeeld. (rov. 16) Over de toepasselijkheid van het BIT *ratione temporis* bepaalt art. XII lid 1 BIT dat dit verdrag van toepassing is op “*investments existing at the time of entry into force*”. Voor de vaststelling van de betekenis van het woord *investment* is de definitie in art. I van het verdrag bepalend. Behoudens wanneer er indicaties zijn voor het tegendeel moet, elke keer wanneer in het verdrag het woord *investment* voorkomt, dit worden begrepen in de in art. I BIT gedefinieerde zin. (rov. 17)

Bij de beantwoording van de vraag hoe *investment* in art. I BIT is gedefinieerd, is van belang dat de concessieovereenkomst in 1992 is beëindigd, en daarmee ook de oliewinningsactiviteiten die daarvan het onderwerp waren. Deze activiteiten – de operationele fase – moeten (in ieder geval) worden gekwalificeerd als *investment* in de zin van het BIT. Chevron stelt dat de term *investment* in het BIT en ook in de ‘BIT-praktijk’ ruim wordt opgevat en de gehele levenscyclus van een investering omvat, inclusief de afwikkelingsfase. Volgens Chevron moeten daaronder mede worden begrepen de vorderingen die Chevron heeft ingesteld bij de Ecuadoriaanse gerechten, alsmede de activiteiten die zij heeft ondernomen om de in de operationele fase veroorzaakte milieuschade te herstellen. (rov. 18) Ecuador daarentegen betoogt dat de afwikkeling van een investering slechts onder het BIT valt, indien de investering ten tijde van de inwerkingtreding van het BIT nog in de operationele fase verkeerde, althans in een fase die bijdroeg aan de economie van het land waarin wordt geïnvesteerd (rov. 19). Het hof overwoog hieromtrent:

- “21. Zoals blijkt uit de titel en de preambule van het BIT, is het doel daarvan het stimuleren en beschermen van investeringen door onderdanen van een verdragsstaat in de andere verdragsstaat. Bescherming vindt plaats door een eerlijke en redelijke behandeling van investeringen. In die zin is bescherming van investeringen dienstbaar aan de stimulering van (nieuwe) investeringen; zie ook het tweede onderdeel van de preambule, waarin wordt erkend dat “*agreement upon the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties*”. Daarnaast kan als ervaringsfeit worden aangemerkt dat een faire afwikkeling van een investering bevorderlijk is voor het aantrekken van nieuwe investeringen. Het door partijen aangedragen feit dat wereldwijd enkele duizenden, soortgelijke bilaterale investeringsverdragen zijn afgesloten, vormt daarvan een bevestiging.
22. Uit de stellingen van partijen volgt dat (in hun beider perceptie) onder ‘*investment*’ in het normale spraakgebruik wordt verstaan: de operationele fase. Reeds uit art. I (a) blijkt dat in het BIT de term ‘*investment*’ een ruimere betekenis heeft. Ook Ecuador erkent dat (...). In zoverre blijkt uit het verdrag zelf dat voldaan is aan het bepaalde in art. 31, lid 4 WVV. Uit de woorden in art. I (a), aanhef, “*and includes*” volgt dat de verschijnselen genoemd in de daarop volgende opsomming (i) tot en met (v), tot onderdeel van het begrip ‘*investment*’ worden gemaakt. Aldus behoren onder andere ‘*claims to money, associated with an investment*’ (onder iii) tot een ‘*investment*’ onder het BIT. Het hof is met Chevron en het Scheidsgerecht van oordeel dat het woord ‘*investment*’ in de aanduiding ‘*associated with an investment*’, evenals het tweede woord ‘*investment*’ in de frase “*“investment” means every kind of investment*” in de aanhef van art. I (a), klaarblijkelijk is bedoeld in de betekenis die het woord in het normale spraakgebruik heeft. Immers, anders zou een circulaire definitie ontstaan, hetgeen vanuit een oogpunt van logica en werkbaarheid niet voor de hand ligt. Een investering in de zin van art. I (en daarmee: in de zin van het verdrag) omvat (‘*includes*’) dus (onder meer) een vorderingsrecht dat samenhangt met een investering in operationele zin. De bepaling in lid 3 van art. I, inhoudend dat een wijziging in de vorm waarin middelen zijn geïnvesteerd daaraan niet het karakter van een investering ontnemt, is hiermee in lijn.
23. Het hof verwerpt het betoog van Ecuador dat een vorderingsrecht pas dan samenhangt met een investering, in de zin van art. I (a) (iii), indien die investering (in operationele zin) ten tijde van de inwerkingtreding van het verdrag nog bestond. Dat volgt niet uit de bewoordingen van art. I. Voorts zou die uitleg ertoe leiden dat het woord ‘*investments*’ in art. XII de betekenis heeft die daaraan in het normale spraakgebruik wordt toegekend, in plaats van de gedefinieerde betekenis. Zoals het hof hiervoor, in rov. 17, heeft overwogen, is niet van enige aanwijzing gebleken dat het woord ‘*investments*’ in art. XII anders dan in de in art. I gedefinieerde (ruimere) zin moet worden opgevat. Een dergelijke aanwijzing is, anders dan Ecuador betoogt, niet gelegen in de doelstelling van het BIT. Zoals hiervoor, in rov. 21 is overwogen, is een faire en redelijke afhandeling van een investering (in de betekenis volgens het normale spraakgebruik) bevorderlijk voor het aantrekken van nieuwe investeringen en daarmee voor het investeringsklimaat. Dat geldt in gelijke mate voor de afhandeling van investeringen waarvan de operationele fase reeds is geëindigd. (...)”

Op het moment van inwerkingtreding van het BIT had Chevron vorderingsrechten als bedoeld in art. I lid 1 (a)(iii) BIT en had zij daarmee een *investment* in Ecuador in de zin van art. I lid 1 (a) BIT en (dus) van art. XII lid 1 BIT. Daarmee was sprake van een ‘*alleged breach of any right conferred or*

created by this Treaty with respect to an investment in de zin van art. VI, lid 1, onder c. Het door Chevron aan het scheidsgerecht voorgelegde geschil valt derhalve onder de reikwijdte van het in art. VI van het BIT opgenomen aanbod aan (rechts)personen afkomstig uit de andere verdragsstaat om een geschil door middel van arbitrage te laten beslechten, zodat het scheidsgerecht ter zake bevoegd was. (rov. 25)

Het hof overwoog ten slotte nog dat aldus niet aan het BIT, in afwijking van art. 28 WVV, terugwerkende kracht wordt verleend. Krachtens art. XII BIT is het verdrag van toepassing op bestaande en toekomstige investeringen in de zin van art. I(a). Aldus is sprake van onmiddellijke werking. Onweersproken is voorts dat het geschil over schending van art. II lid 7 van het verdrag is ontstaan na de inwerkingtreding ervan en dat arbiters slechts het handelen van Ecuador van nadien hebben beoordeeld. (rov. 27)

4. Inleidende beschouwingen

4.1 Voordat de klachten van het middel worden behandeld, gaat de Hoge Raad in op de volgende punten:

- (i) de maatstaf aan de hand waarvan de bevoegdheid van arbiters dient te worden onderzocht;
- (ii) de maatstaven aan de hand waarvan het BIT dient te worden uitgelegd;
- (iii) de mate waarin de oordelen van het hof op juistheid en begrijpelijkheid kunnen worden onderzocht (art. 79 RO).

Ad (i)

4.2 Ingevolge art. 1020 lid 1 Rv kunnen partijen bij overeenkomst geschillen die tussen hen uit een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan, aan arbitrage onderwerpen. Het aldus benoemde scheidsgerecht is gerechtigd te oordelen over zijn bevoegdheid (art. 1052 lid 1 Rv), maar het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter brengt mee dat de beantwoording van de vraag of een geldige arbitrageovereenkomst is gesloten, uiteindelijk aan de rechter is opgedragen (vgl. art. 1022 lid 1 Rv en art. 1065 lid 1, aanhef en onder a, Rv, alsmede HR 9 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4130, *NJ* 1981/203). Dit fundamentele karakter brengt voorts mee dat een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond, vermeld in art. 1065 lid 1, onder a, Rv, door de rechter niet terughoudend wordt getoetst. Terecht, en in cassatie dan ook niet bestreden, hebben rechtbank (rov. 4.5) en hof (rov. 10) in deze zin geoordeeld.

Ad (ii)

4.3 Het scheidsgerecht heeft zijn bevoegdheid gegrond op art. VI BIT, waarin een arbitragebeding is opgenomen. Het hof heeft dus terecht, en in cassatie onbestreden, de vraag of het scheidsgerecht ter zake bevoegd is, beantwoord aan de hand van uitleg van art. VI BIT. Eveneens terecht heeft het hof geoordeeld dat deze uitleg dient te geschieden volgens de regels die zijn neergelegd in de art. 31 en 32 WVV, dat wil zeggen – voor zover van belang voor de onderhavige zaak – overeenkomstig de betekenis die de bewoordingen van het BIT in het normale spraakgebruik hebben, met inachtneming van hun context, en in het licht van voorwerp en doel van het BIT (art. 31 lid 1 WVV). Voorts dient aan een term in het BIT een bijzondere betekenis te worden toegekend indien wordt vastgesteld dat dit de bedoeling van partijen is geweest (art. 31 lid 4 WVV). De zojuist bedoelde context omvat niet alleen de tekst, maar ook de preambule van, en de bijlagen bij het BIT (art. 31 lid 2 WVV).

Ad (iii)

- 4.4.1** Art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO belet dat in cassatie de juistheid wordt onderzocht van oordelen omtrent de uitleg en toepassing van het recht van vreemde staten. Chevron heeft aangevoerd dat het BIT in deze zin heeft te gelden als “recht van vreemde staten”; Ecuador heeft dit betwist.
- 4.4.2** Uit de wetsgeschiedenis valt niet af te leiden dat bij de totstandkoming van art. 79 RO (destijds art. 99 RO) is gedacht aan een geval als het onderhavige, waarin het gaat om een verdrag tussen twee staten waarbij Nederland geen partij is. Op grond van het aanvankelijk voorgestelde art. 99 RO kon de Hoge Raad rechterlijke uitspraken vernietigen wegens schending van vreemd recht indien bestaan en inhoud van de rechtsregel zonder nadere bewijslevering met voldoende zekerheid kon worden vastgesteld (*Kamerstukken II 1950-1951, 2079, nr. 2*). Van een dergelijke ruime mogelijkheid tot toetsing van vreemd recht is de regering in een later stadium van het wetgevingsproces teruggekomen, met name op de grond dat de Hoge Raad niet met hetzelfde gezag kan oordelen over regels van vreemd recht als toekomt aan zijn beslissingen over Nederlands recht. In dit licht werd aanvankelijk voorgesteld dat schending van Nederlands, Surinaams en Antilliaans recht tot cassatie kon leiden (*Kamerstukken II 1962-1963, 2079, nr. 6*). Teneinde buiten twijfel te stellen dat ook de toepassing van het Europese recht en het in de Nederlandse rechtsorde geldende internationaal publiekrecht in cassatie op juistheid kan worden onderzocht, is uiteindelijk de formulering gekozen die thans in art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO is opgenomen (*Kamerstukken II 1962-1963, 2079, nr. 11 en 12*).
- 4.4.3** Het BIT is gesloten tussen twee vreemde staten. Het BIT schept rechten en verplichtingen voor Ecuador en de VS, alsmede rechten voor (rechts)personen afkomstig uit die staten tegenover de andere verdragsstaat. Nederland is geen partij bij het BIT en is daaraan ook niet anderszins gebonden. Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor in 4.4.2 is overwogen, dient het BIT daarom te worden aangemerkt als ‘recht van vreemde staten’ in vorenbedoelde zin. Het gaat hier immers om internationaal publiekrecht dat niet geldt in de Nederlandse rechtsorde. Hieruit volgt dat oordelen van het hof omtrent de inhoud en uitleg van het BIT in cassatie niet op juistheid kunnen worden onderzocht. Voor zover het middel rechtsklachten over de door het hof aan het BIT gegeven uitleg bevat, faalt het dus reeds op deze grond; zodanige klachten worden daarom hierna niet afzonderlijk vermeld of behandeld. Voorts worden motiveringsklachten over de door het hof aan het BIT gegeven uitleg slechts 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 (vgl. HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225). Rechtsklachten over de toepassing van het WVV worden hierna echter wel vermeld en beoordeeld.
- 4.4.4** Ecuador heeft aangevoerd dat door de onderhavige arbitrage zijn soevereiniteit tot op zekere hoogte wordt beperkt, meer in het bijzonder wat betreft de grondwettelijke opdracht tot geschillenbeslechting aan zijn nationale rechterlijke macht. Dit klemt temeer gezien de zeer ruime definitie van de term *investment* en van het arbitrale beding zelf in het BIT (waarover nader hierna in 5.2 en 5.7.4). Dat argument kan echter geen gewicht in de schaal leggen nu Ecuador zich vrijwillig,

5. Beoordeling van het middel in het principale beroep

De door het hof aan de term *investment* gegeven uitleg

5.1 Het middel voert diverse klachten aan tegen de hiervoor in 3.3 samengevat weergegeven overwegingen van het hof. De Hoge Raad ziet aanleiding eerst de door onderdeel 2 aangevoerde klachten te bespreken die zijn gericht tegen de uitleg die het hof heeft gegeven aan de term *investment*, zoals gedefinieerd in art. I lid 1 (a)(iii) BIT.

Het hof heeft in rov. 22, om een circulaire definitie van deze term te voorkomen, diezelfde term, voor zover deze (ook) voorkomt in de begripsomschrijving daarvan, op de navolgende (door de Hoge Raad onderstreepte) plaatsen uitgelegd naar de betekenis die daaraan toekomt in het normale spraakgebruik:

“‘investment’ means every kind of investment in the territory of one Party (...); and includes (...) (iii) a claim (...) associated with an investment (...).”

Onderdeel 2.1 betoogt, kort weergegeven, dat deze uitleg onbegrijpelijk is omdat de term *investment* in het normale spraakgebruik geen territoriale of temporele beperking kent. Het BIT, en dus ook de daarin gedefinieerde term *investment*, kent volgens het onderdeel echter wel degelijk zulke beperkingen omdat het uitsluitend investeringen betreft van ingezetenen van, of bedrijven gevestigd in de VS en Ecuador die bestonden op 11 mei 1997, of nadien zijn gedaan. Het oordeel van het hof is ook onbegrijpelijk omdat het hof aan de term *investment* zowel een specifieke betekenis toekent zoals bedoeld in het BIT, als – op de hiervoor bedoelde plaatsen – de betekenis die daaraan toekomt naar normaal spraakgebruik.

Onderdeel 2.2 bestempelt het oordeel van het hof als onbegrijpelijk omdat het vanuit een oogpunt van logica en werkbaarheid juist voor de hand ligt om de term *investment* op alle plaatsen waarin het voorkomt in het BIT, op dezelfde wijze uit te leggen. Voorts is onduidelijk welke bezwaren tegen een cirkelredenering bestaan.

Onderdeel 2.3 voert aan dat rov. 22 mede berust op een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 31 WVV. Het hof heeft miskend dat onder het WVV groot gewicht moet worden toegekend aan de bewoordingen van het BIT zelf. Het hof had de circulaire definitie van de term *investment* dus moeten beschouwen als een gegeven dat voortvloeit uit de wijze waarop partijen aan het BIT vorm hebben gegeven. Bovendien heeft het hof deze term ten onrechte niet uitgelegd in het licht van de preambule en overige inhoud van het BIT, waaronder art. XII lid 1 BIT.

5.2 Bij de beoordeling van deze onderdelen wordt het volgende vooropgesteld.

Het hof zag zich voor de moeilijkheid geplaatst dat art. I lid 1 (a)(iii) BIT een definitie geeft van de daarin omschreven term *investment* met gebruikmaking van diezelfde term. Als het aan deze term telkens dezelfde betekenis zou hechten, zou de daarvan gegeven definitie circulair zijn.

Het hof heeft een uitweg uit dit uitlegdilemma gezocht door – terecht; zie hiervoor in 4.3 – voorop te stellen dat de uitleg van de onderhavige bepaling dient te geschieden in overeenstemming met de regels die zijn neergelegd in de art. 31 en 32 WVV. Ingevolge art. 31 lid 4 WVV moet aan een term in het BIT een bijzondere betekenis worden toegekend indien wordt vastgesteld dat dit de bedoeling van partijen is geweest. Het hof was van

oordeel dat dit laatste het geval is met betrekking tot de in art. I lid 1 (a)(iii) BIT gedefinieerde term *investment*. Partijen hebben hieraan een ruime, van het normale spraakgebruik afwijkende, betekenis gehecht.

Zij hebben deze term immers omschreven als *every kind of investment*, onder meer omvattend “(iii) *a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment*”. Wil deze omschrijving niet circulair zijn, hetgeen uit een oogpunt van logica niet voor de hand ligt, dan dient de term *investment* op de hiervoor in 5.1 onderstreepte plaatsen echter wél naar normaal spraakgebruik te worden uitgelegd, aldus nog steeds het hof.

- 5.3** Onderdeel 2.1 faalt. Op zichzelf is juist dat de term *investment* in het normale spraakgebruik geen territoriale of temporele beperking kent. Het hof heeft niet anders geoordeeld, maar heeft deze term uitgelegd met inachtneming van de bijzondere betekenis die overeenstemt met de bedoeling van partijen. Door deze term uitsluitend op de hiervoor in 5.1 vermelde plaatsen uit te leggen overeenkomstig de betekenis die hij naar normaal spraakgebruik heeft, heeft het hof zijn oordeel niet onbegrijpelijk gemotiveerd. Het hof heeft met name niet miskend dat het BIT specifiek investeringen betreft van (rechts)personen afkomstig uit de andere verdragsstaat, en dat het hier gaat om investeringen die bestonden op 11 mei 1997, of nadien zijn gedaan. Het hof heeft immers in rov. 21 overwogen dat het doel van het BIT is het stimuleren en beschermen van investeringen door onderdanen van een verdragsstaat in een andere verdragsstaat, en in rov. 27 dat het BIT krachtens art. XII van toepassing is op bestaande en toekomstige investeringen.
- 5.4** Ook onderdeel 2.2 treft geen doel. Het hof heeft zijn oordeel dat het vanuit een oogpunt van logica en werkbaarheid niet voor de hand ligt om de term *investment* op alle plaatsen – ook die welke hiervoor in 5.1 zijn onderstreept – op dezelfde wijze uit te leggen, alleszins begrijpelijk gemotiveerd door te overwegen dat anders een cirkelredenering zou ontstaan. Tegen een dergelijke definitie bestaat naar het kennelijke oordeel van het hof het bezwaar dat zij zinledig zou zijn, terwijl ook een andere uitleg mogelijk is waarin de definitie wél zin heeft.
- 5.5.1** Onderdeel 2.3 mist feitelijke grondslag voor zover het aanvoert dat het hof in rov. 22 heeft miskend dat “onder het WVV” groot gewicht moet worden toegekend aan de bewoordingen van het BIT zelf. Het hof heeft juist groot gewicht toegekend aan deze bewoordingen, die het heeft uitgelegd aan de hand van de in de art. 31 en 32 WVV besloten maatstaven.
- 5.5.2** De klacht dat het hof de circulaire definitie van de term *investment* als een gegeven had moeten beschouwen dat voortvloeit uit de wijze waarop partijen het BIT vorm hebben gegeven, faalt. Bij de uitleg van een verdragsbepaling aan de hand van de art. 31 en 32 WVV dienen de bewoordingen daarvan in beginsel zodanig te worden uitgelegd dat die bepaling een redelijke zin heeft, en dus niet op een wijze die de bepaling zinledig doet zijn (vgl. International Court of Justice 1 april 2011 (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, p. 70, rov. 133-134, alsmede International Court of Justice 13 juli 2009 (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, rov. 50-52).
- 5.5.3** Het onderdeel mist feitelijke grondslag voor zover het betoogt dat het hof de term *investment* in art. I lid 1 (a)(iii) BIT ten onrechte niet heeft uitgelegd in het licht van de preambule van het BIT. Het hof heeft deze preambule immers in rov. 21 van zijn arrest betrokken in zijn uitleg van deze term.

- 5.5.4 Voor zover het onderdeel ertoe strekt dat het hof de term *investment* ten onrechte niet heeft uitgelegd in het licht van art. XII lid 1 BIT, mist het feitelijke grondslag. Het hof heeft deze bepaling immers in rov. 23 betrokken in zijn uitleg van de term *investment*.
- 5.5.5 De onderdelen 2.1-2.3 kunnen dus niet tot cassatie leiden.

Art. XII BIT

- 5.6.1 Thans zullen de onderdelen 5.2, 1.1 en 3.2 worden behandeld. De klachten hebben betrekking op art. XII BIT, waarin is bepaald dat het BIT slechts van toepassing is op *investments* die bestonden ten tijde van de inwerkingtreding van het verdrag en op *investments* die nadien zijn gedaan of verkregen.
- 5.6.2 Onderdeel 5.2 voert aan dat Ecuador, anders dan het hof in rov. 19 heeft overwogen, nergens in de gedingstukken de woorden “operationele fase”, “operationele zin” of “afwikkeling” heeft gebruikt. Ecuador heeft integendeel aangevoerd dat deze door Chevron verzonden termen niet voorkomen in het BIT. Het betoog van Ecuador houdt niet in dat onderscheid moet worden gemaakt tussen verschillende fasen van een *investment*, maar dat moet worden onderzocht of sprake is van een *investment* in de zin van dit verdrag.
- 5.6.3 Onderdeel 1.1 voert aan, zakelijk weergegeven, dat de door het hof aan art. XII BIT gegeven uitleg onbegrijpelijk is omdat in lid 1 van dit artikel wordt bepaald dat het BIT alleen van toepassing is op investeringen die bestonden ten tijde van de inwerkingtreding van dit verdrag, of die daarna zijn gedaan of verkregen. Dit strookt met de preambule van het verdrag voor zover deze inhoudt dat de daarin beoogde “*fair and equitable treatment of investment*” ertoe strekt “*the flow of private capital and the economic development of the Parties*” te stimuleren. Een dergelijke stimulans gaat niet uit van een bescherming van de belangen die Chevron aan haar arbitrale vordering ten grondslag heeft gelegd (zie hiervoor in 3.1 onder (vii)). De door het hof aan art. XII BIT gegeven uitleg is bovendien onbegrijpelijk omdat de term *investment* in de door het hof daaraan toegekende betekenis niet tijd- of plaatsgebonden is, terwijl de term deel uitmaakt van het tussen de VS en Ecuador gesloten BIT dat wel degelijk temporele en geografische grenzen heeft.
- 5.6.4 Onderdeel 3.2 (de aanhef van het onderdeel en onderdeel 3.1 bevatten geen zelfstandige klachten) is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 23. In deze overweging heeft het hof, kort gezegd, het betoog van Ecuador verworpen dat een vorderingsrecht alleen dan samenhangt met een investering in de zin van art. I lid 1 (a)(iii) BIT, indien die investering in operationele zin nog bestond ten tijde van de inwerkingtreding van het BIT. Aldus heeft het hof zijn oordeel onbegrijpelijk gemotiveerd omdat Ecuador zijn standpunt baseert op art. XII BIT. Het hof heeft verzuimd bij de beantwoording van de vraag of een vordering samenhangt met een *investment* in de in dat verdrag gedefinieerde betekenis, te onderzoeken of is voldaan aan art. XII BIT. Daarmee getuigt het oordeel van het hof ook van een onjuiste rechtsopvatting over art. 31 WvV. In elk geval heeft het hof miskend dat art. XII BIT onderdeel is van de context van de zinsnede ‘*associated with an investment*’ (art. I lid 1 (a)(iii) BIT) en om die reden conform art. 31 WvV bij de uitleg daarvan in beschouwing moet worden genomen. Voor zover het hof het beroep van Ecuador op art. XII BIT heeft verworpen op de grond dat dit ertoe zou leiden dat het woord *investment* in art. XII BIT de betekenis heeft die daaraan in het normale spraakgebruik wordt toegekend, is dit onbegrijpelijk. Er is geen reden om deze term in art. XII lid 1 BIT op andere wijze uit te

leggen dan overeenkomstig de definitie in art. I lid 1 (a) BIT, aldus nog steeds het onderdeel.

Uitgangspunten

- 5.7.1** Bij de beoordeling van deze onderdelen wordt het volgende vooropgesteld.
- 5.7.2** Zoals hiervoor in 4.4.3 is overwogen, staat art. 79, aanhef en onder b, RO eraan in de weg dat de juistheid van het oordeel van het hof over de uitleg van de art. I en XII BIT in cassatie wordt onderzocht. Voor zover de klachten van de onderdelen hieraan voorbijzien, falen zij om deze reden.
- 5.7.3** Het hof heeft in rov. 27 ten overvloede overwogen dat door zijn – ruime – uitleg van de term *investment* niet aan het BIT, in afwijking van art. 28 WVV, terugwerkende kracht wordt verleend, maar dat sprake is van onmiddellijke werking. Voorts overwoog het hof dat het geschil over schending van art. II lid 7 BIT is ontstaan na de inwerkingtreding van het verdrag en dat arbiters slechts het handelen van Ecuador van nadien hebben beoordeeld (zie hiervoor in 3.3 (slot)). Tegen deze overwegingen zijn geen uitdrukkelijke klachten gericht, maar hierna zal ervan worden uitgegaan dat in de onderdelen 1.1 en 3.2, in samenhang bezien, mede een hiertegen gerichte motiveringsklacht ligt besloten.
- 5.7.4** Het hiervoor in 3.3 samengevat weergegeven oordeel van het hof houdt in de kern, en voor zover in dit verband van belang, in dat partijen hebben bedoeld (in de in art. 31 lid 4 WVV bedoelde zin) aan de in art. I lid 1 (a)(iii) BIT gedefinieerde term *investment* een bijzondere en ruime betekenis toe te kennen, zoals hiervoor in 5.2 nader omschreven. Een *investment* in de zin van dit verdrag is door de verdragsluitende partijen immers omschreven als “*every kind of investment*” en omvat mede “*a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment*”.
- In art. VI lid 1 BIT, waarin het door Chevron aanvaarde aanbod tot arbitrage ligt besloten, wordt mede gebruik gemaakt van de term *investment*. Naar het zakelijk weergegeven oordeel van het hof is ook dit aanbod ruim omschreven, met name in de aanhef daarvan in verband met hetgeen onder (c) wordt vermeld: “For purposes of this Article, an investment dispute is a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (...) (c) an *alleged* breach of *any* right conferred or created by this Treaty *with respect to an investment*” (cursiveringen aangebracht door de Hoge Raad). Dit oordeel is geenszins onbegrijpelijk. Voor zover de onderdelen anders betogen, falen zij.
- 5.7.5** Aan Ecuador kan worden toegegeven dat het naar normaal spraakgebruik niet voor de hand ligt de term *investment* (investering) aldus uit te leggen, dat daaronder de – door Chevron aan haar arbitrale vordering mede ten grondslag gelegde – rechtszaken over de afwikkeling van hun relatie zijn te begrijpen die op 11 mei 1997 tussen partijen aanhangig waren. Het hof heeft echter geoordeeld dat partijen hebben bedoeld aan deze term de hiervoor vermelde bijzondere betekenis toe te kennen. De daartegen gerichte klachten zijn bij de beoordeling van de onderdelen 2.1-2.3 ongegrond bevonden. Het oordeel van het hof dat deze rechtszaken hebben te gelden als *investment* in de bijzondere betekenis die art. VI lid 1 in verbinding met art. I lid 1 (a)(iii) BIT daaraan geeft, is niet onbegrijpelijk. De door de onderdelen aangevoerde klachten doen daaraan om de volgende redenen niet af.

De beoordeling van de onderdelen 5.2, 1.1 en 3.2

- 5.8.1** Onderdeel 5.2 mist feitelijke grondslag en kan daarom niet tot cassatie leiden. In zijn memorie van grieven nr. 2 en – blijkens het proces-verbaal van de mondelinge behandeling

in hoger beroep (p. 3) – mede bij pleidooi in appel, heeft (ook) Ecuador wel degelijk onderscheid gemaakt tussen de operationele fase van de door Chevron verrichte werkzaamheden, en de latere afwikkeling daarvan. Ecuador heeft bovendien geen belang bij het onderdeel omdat het hof in rov. 19 geen beoordeling van het geschil heeft gegeven. Waar het hof vervolgens, in rov. 22 en 23, bij de uitleg van de term *investment* in het BIT gebruik maakt van de door het onderdeel bedoelde termen, doet het dit in elk geval mede op de grond dat Chevron haar arbitrale vordering heeft toegelicht met behulp van deze onderscheidingen, en dat die onderscheidingen door het scheidsgerecht in zijn oordeel zijn betrokken.

- 5.8.2** Terecht en op goede gronden heeft het hof in rov. 27 geoordeeld dat door zijn uitleg van de term *investment* niet aan het BIT terugwerkende kracht wordt verleend, maar dat sprake is van onmiddellijke werking. De *investment* die Chevron aan haar arbitrale vordering mede ten grondslag heeft gelegd, bestond immers in voormelde zin op 11 mei 1997, de datum waarop het BIT in werking is getreden. Het oordeel van het hof is dus niet in strijd met het in art. 28 WVV besloten liggende verbod van terugwerkende kracht. Voor zover de onderdelen een motiveringsklacht richten tegen de met dit oordeel verband houdende verwerping van het door Ecuador gevoerde verweer dat van een *investment* in de zin van het BIT slechts sprake kon zijn indien die *investment* in operationele zin nog bestond ten tijde van de inwerkingtreding van het BIT, faalt deze dus.
- 5.8.3** Omdat het hof heeft onderzocht of zijn uitleg van de term *investment* voldoet aan art. XII BIT, kan de klacht dat het hof dit heeft verzuimd, bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Hetzelfde geldt voor de klacht dat het hof heeft miskend dat art. XII onderdeel is van de context van de zinsnede “*associated with an investment*” (art. I lid 1 (a)(iii) BIT) en om die reden conform art. 31 WVV bij de uitleg daarvan in beschouwing moet worden genomen. Het hof heeft deze context immers wel degelijk in zijn beoordeling betrokken en heeft daarin, geenszins onbegrijpelijk, mede een argument gevonden voor zijn uitleg van de term *investment*. En ook de klacht dat het hof het beroep van Ecuador op art. XII BIT heeft verworpen op de grond dat dit ertoe zou leiden dat het woord *investment* in art. XII BIT de betekenis heeft die daaraan in het normale spraakgebruik wordt toegekend, faalt omdat het hof begrijpelijkerwijs deze term ook in de context van art. XII BIT heeft uitgelegd in de bijzondere betekenis die partijen daaraan hebben toegekend.
- 5.8.4** Het oordeel van het hof dat zijn uitleg van de term *investment* strookt met de preambule van het BIT, in die zin dat (nieuwe) investeringen door (rechts)personen afkomstig uit de andere verdragsstaat worden gestimuleerd door bestaande investeringen te beschermen in de vorm van een eerlijke en redelijke behandeling daarvan, is niet onbegrijpelijk.
- 5.8.5** De klacht dat de door het hof aan art. XII BIT gegeven uitleg onbegrijpelijk is omdat de term *investment* in de door het hof daaraan toegekende betekenis niet tijd- of plaatsgebonden is, terwijl de term deel uitmaakt van het tussen de VS en Ecuador gesloten BIT dat wel degelijk temporele en geografische grenzen heeft, faalt. Het hof heeft deze term immers uitgelegd in de daaraan door partijen in het BIT gegeven zin, en het BIT bindt uitsluitend de VS en Ecuador als verdragsluitende partijen. Zoals hiervoor in 5.3 overwogen, heeft het hof daarbij niet miskend dat het BIT specifiek investeringen betreft van (rechts)personen afkomstig uit de andere verdragsstaat, en dat het hier gaat om investeringen die bestonden op 11 mei 1997, of nadien zijn gedaan.
- 5.8.6** De onderdelen 5.2, 1.1 en 3.2 kunnen dus niet tot cassatie leiden.

Beoordeling van de overige onderdelen

- 5.9** Onderdeel 1.2, dat is gericht tegen hetgeen het hof aan het slot van rov. 21 “daarnaast” heeft overwogen over het aldaar bedoelde ervaringsfeit, kan niet tot cassatie leiden reeds omdat het desbetreffende oordeel van het hof zelfstandig wordt gedragen door hetgeen aan het begin van rov. 21 is overwogen en beslist, en de daartegen gerichte klachten falen, blijkens hetgeen hiervoor in 5.5.3-5.5.4 is overwogen.
- 5.10** Ook de tot dusver nog niet behandelde klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu deze klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.
- 5.11** Nu het principale cassatieberoep faalt, is niet voldaan aan de voorwaarde waaronder het incidentele cassatieberoep is ingesteld. Dit behoeft dus geen behandeling.

6.Beslissing

De Hoge Raad:
verwerpt het principale beroep;
(...)”

Noot

Auteur: Mr. M.C. van Leyenhorst

1. Investeringsgeschillen hebben wereldwijd de afgelopen twee decennia een hoge vlucht genomen. Hoewel verhoudingsgewijs veel Nederlandse vennootschappen optreden als eiseres in dergelijke geschillen^[1] is er in de Nederlandse overheidsrechtspraak nog weinig ervaring met dit soort arbitrages. Met dit arrest laat de Hoge Raad zich voor het eerst uit over de verdragen die aan investeringsarbitrage ten grondslag liggen.^[2]
2. De casus is – sterk vereenvoudigd – als volgt.^[3] Chevrons groepsvennootschap TexPet heeft een concessieovereenkomst gesloten met de Staat Ecuador; die overeenkomst liep in juni 1992 af. In de jaren 1991-1993, kort nadat bleek dat partijen geen overeenstemming zouden bereiken over het verlengen van de concessieovereenkomst,^[4] entameert TexPet een zevental rechtszaken tegen Ecuador, waarin Chevron ongeveer \$ 553 miljoen vordert op grond van wanprestatie uit hoofde van de concessieovereenkomst. TexPet legt aan haar vorderingen ten grondslag dat Ecuador jarenlang een te grote hoeveelheid olie heeft aangemerkt voor nationaal gebruik; die olie mocht Ecuador op grond van de concessieovereenkomst voor een lagere prijs dan de internationale marktprijs afnemen. De wanprestatie-procedures zijn ingesteld bij overheidsrechtbanken in Ecuador. In november 1995 sluiten partijen een Settlement Agreement waarin afspraken worden gemaakt over de verdere afwikkeling van de onderlinge relatie; deze Settlement Agreement behelst onder meer afspraken over het door TexPet of Chevron doen herstellen van door de oliewinning veroorzaakte milieuschade. De Settlement Agreement omvat niet de door TexPet ingestelde wanprestatie-procedures.^[5] In 1993 sluiten de VS en Ecuador een Bilateraal Investeringsverdrag (Bilateral Investment Treaty: ‘BIT’). Het BIT treedt op 11 mei 1997 in

werking. Begin 2006 hebben de rechtbanken in Ecuador nog geen uitspraak gedaan in de wanprestatie-procedures. In december 2006 entameert Chevron een BIT-arbitrage tegen Ecuador, stellende dat het uitblijven van beslissingen van de Ecuadoriaanse rechters een schending oplevert van het tussen de VS en Ecuador gesloten BIT (art. II lid 7: “*Each Party shall provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment, investment agreements, and investment authorizations*”).^[6.]

3. Ecuador roept in zijn verweer bij het scheidsgerecht art. XII van het BIT in, volgens welke het BIT “*shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter*”. Ecuador stelt dat ten tijde van de inwerkingtreding van het BIT (11 mei 1997) geen investering meer bestond en dat ten tijde van het entameren van de arbitrageprocedure in december 2006 dus ook geen “*investment dispute*” meer kon bestaan. Het scheidsgerecht was daarom niet bevoegd zich inhoudelijk over de zaak te buigen, aldus Ecuador.
4. Het scheidsgerecht (bestaande uit Karl-Heinz Böckstiegel, Charles N. Brower en Albert Jan van den Berg) oordeelt anders; het oordeelt dat de zeven rechtszaken zien op het liquideren en afwikkelen van de investering en dat het BIT een investering gedurende de gehele cyclus, van het doen van de investering tot het afwikkelen ervan, beschermt. Op het moment dat het BIT in werking trad had TexPet nog vorderingsrechten die (ook) op het moment van het entameren van de BIT-procedure nog bestonden, aldus het scheidsgerecht.^[7.] Het scheidsgerecht wijst erop dat het, op grond van art. VI van het BIT, bevoegd is te oordelen over “*an investment dispute*” en dat het BIT “*an investment dispute*” definieert als: “*a dispute between a Party and a national or company of the other Party arising out of or relating to (a) an investment agreement between that Party and such national or company; (b) an investment authorization granted by that Party's foreign investment authority to such national or company; or (c) an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment*”. Het scheidsgerecht oordeelt dat aan dit laatste criterium (onder c) is voldaan en dat het op die basis bevoegd is van het geschil kennis te nemen.
5. In het Partial Award d.d. 30 maart 2010 oordeelt het scheidsgerecht vervolgens dat Ecuador – na inwerkingtreding van het BIT – zijn verplichting tot het bieden van “*effective means of asserting claims*” heeft geschonden.^[8.] Ecuador wordt op die grond veroordeeld tot betaling van schadevergoeding. Opmerking verdient overigens dat deze specifieke beschermingsbepaling (art. II (7) uit het BIT) in andere investeringbeschermingsovereenkomsten niet veel voorkomt.
6. De aan Chevron toekomende schadevergoeding wordt berekend aan de hand van de door het scheidsgerecht verwachte uitkomst van de rechtszaken, uitgaande van een “*honest, independent and impartial Ecuadorian judge*”.^[9.] In het Final Award wordt onder meer beslist dat een groot deel van het bedrag dat een Ecuadoriaanse rechter zou (moeten) hebben toegewezen, onderworpen zou zijn geweest aan lokale belastingen.^[10.] Het scheidsgerecht wijst uiteindelijk ruim \$ 96 miljoen toe, te vermeerderen met rente vanaf de datum van het arbitraal vonnis.^[11.]
7. De plaats van arbitrage was Den Haag. Ecuador vordert op grond van art. 1065 Rv de vernietiging van de arbitrale vonnissen.

Nederlandse arbitragewet van toepassing?

8. In de vernietigingsprocedure worden weinig woorden vuil gemaakt aan de vraag of het Nederlandse arbitragerecht op dit geval van toepassing is. Het hof overweegt simpelweg dat Nederland de plaats van arbitrage was en dat de Nederlandse arbitragewet dus van

toepassing is. Impliciet oordeelt het hof dat de BIT-vonnissen aan art. 1065 Rv getoetst kunnen worden.^[12] In cassatie wordt tegen dit oordeel niet opgekomen.

9. De vanzelfsprekendheid van het oordeel dat de Nederlandse arbitragewet van toepassing is op investeringsarbitrages is wel betwijfeld, vanwege het bijzondere, deels volkerenrechtelijke karakter van BITs.^[13] In de staart van de behandeling van het wetsvoorstel voor de nieuwe arbitragewet is een verdere discussie hierover in de kiem gesmoord; de minister stelde begin 2014 expliciet dat investeringsarbitrages met een Nederlandse plaats van arbitrage door het Nederlandse arbitragerecht worden bestreken.^[14] Het arbitraal vonnis kan dus door de Nederlandse rechter worden getoetst en, in de gevallen genoemd in art. 1065 lid 1 Rv, worden vernietigd.^[15]

Bevoegdheid van het scheidsgerecht: geldige overeenkomst tot arbitrage?

10. In cassatie is de enige grondslag voor de vernietiging van de arbitrale vonnissen het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage (art. 1065 lid 1 onder a Rv). Zoals de Hoge Raad uiteenzet in r.o. 3.2.1 was het standpunt van Ecuador als volgt:

“Ecuador heeft met name aangevoerd dat de investering van TexPet in Ecuador op 6 juni 1992 is geëindigd, terwijl het BIT pas op 11 mei 1997 in werking is getreden. Gelet op in het bijzonder art. XII lid 1 BIT was daarom op laatstgenoemde datum geen sprake meer van een investment van TexPet in Ecuador als bedoeld in het BIT. Daarom is evenmin sprake van een investment dispute als bedoeld in art. VI BIT.”

11. Op grond van art. 1052 lid 1 Rv is het scheidsgerecht gerechtigd zelf over zijn bevoegdheid te oordelen (het leerstuk van de *compétence-compétence*), maar de rechter van de plaats van arbitrage heeft daarover het laatste woord. De rechter kan namelijk op grond van, in Nederland, art. 1065 lid 1 onder a Rv, het arbitrale vonnis vernietigen indien hij – in afwijking van de beslissing van het scheidsgerecht – oordeelt dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt.^[16] De genoemde vernietigingsgrond (het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage) kan overigens niet tot vernietiging van het arbitrale vonnis leiden indien de partij die bij de Nederlandse rechter vernietiging van het arbitraal vonnis vordert eerder in het arbitraal geding is verschenen zonder (tijdig) een beroep te doen op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage (art. 1052 lid 2 jo. 1065 lid 2 Rv). De nieuwe arbitragewet brengt hierin geen verandering.
12. Ecuador had tijdens de arbitrageprocedure uitgebreid betoogd dat het scheidsgerecht niet bevoegd was om kennis te nemen van het door Chevron voorgelegde geschil omdat er ten aanzien van dat geschil geen geldige overeenkomst tot arbitrage was gesloten. Ecuador kon dit verweer bij de Nederlandse rechter dus herhalen in het kader van de vernietigingsprocedure.
13. In het algemeen geldt dat de Nederlandse vernietigingsrechter bij zijn onderzoek of grond voor vernietiging van het arbitraal vonnis bestaat, de nodige terughoudendheid moet betrachten. De vordering tot vernietiging van het arbitraal vonnis mag niet verworden tot een verkapt hoger beroep en het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt volgens vaste rechtspraak mee dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.^[17] Deze terughoudendheid is in elk geval geboden bij de beoordeling van een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis wegens een motiveringsgebrek,^[18] wegens schending van de opdracht in formele/procedurele zin^[19] en bij het vaststellen of gedurende de arbitrale procedure sprake

is geweest van strijd met de openbare orde.^[20] De terughoudendheid geldt echter niet bij een vordering tot vernietiging die is gegrond op een schending van het fundamentele recht van hoor en wederhoor.^[21] En evenmin, zo wordt bevestigd in het onderhavige arrest, bij het beoordelen van de vernietigingsgrond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt. Het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter (zie art. 17 en 112 lid 1 Gw) brengt mee, aldus de Hoge Raad, dat een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond, vermeld in art. 1065 lid 1, onder a, Rv, door de rechter niet terughoudend wordt getoetst.^[22] Het is dus aan de Nederlandse rechter om, opnieuw en ten volle, te toetsen of tussen partijen een geldige overeenkomst tot arbitrage was gesloten.

14. In dit kader is van belang uiteen te zetten op welke wijze een overeenkomst tot arbitrage in het kader van BITs tot stand komt. Een BIT wordt gesloten tussen twee soevereine staten. Elk van beide staten zegt de andere Staat toe dat hij investeringen uit het andere land in het eigen land (de 'host state') eerlijk zal behandelen. BITs bevatten vaak een beding op grond waarvan een onderdaan (i.e. een natuurlijk persoon of een rechtspersoon) van een verdragsluitende Staat een geschil tegen de andere verdragsluitende Staat kan voorleggen aan een scheidsgerecht. Zo'n beding wordt gezien als een open uitnodiging van een Staat aan alle investeerders uit de andere verdragsluitende Staat, om tussen hen gerezen geschillen voor te leggen aan arbitrage. Door aanvaarding van dat (derden)beding door de investeerder (bijvoorbeeld door het entameren van de arbitrale procedure) komt de overeenkomst tot arbitrage tot stand.^[23]
15. In het kader van een vernietigingsprocedure zal de Nederlandse rechter, zoals gezegd, opnieuw ten gronde moeten beoordelen of het scheidsgerecht zich terecht bevoegd heeft verklaard uit hoofde van het BIT. Daartoe moet de Nederlandse rechter het BIT uitleggen. Aangezien het BIT een verdrag is, is op de uitleg ervan het Weens Verdragen Verdrag van toepassing; meer in het bijzonder de art. 31 en 32 WVV.^[24] De Nederlandse vernietigingsrechter komt dus niet toe aan het Nederlandse materiële recht (of enig ander nationaal rechtstelsel) bij het beoordelen of partijen een geldige overeenkomst tot arbitrage hebben gesloten en zo ja, wat de reikwijdte van die overeenkomst is. Internationaal publiekrecht – meer in het bijzonder: het BIT, uitgelegd aan de hand van het WVV – is het toepasselijk materieel recht op deze vragen.^[25]
16. Rechtbank en hof komen op grond van een uitleg van het BIT tot dezelfde conclusie als het scheidsgerecht; het scheidsgerecht was bevoegd van de vorderingen van Chevron kennis te nemen.

Het BIT als 'recht van vreemde staten': uitleg niet (volledig) toetsbaar door Hoge Raad

17. Ecuador stelt beroep in cassatie in. In cassatie verweert Chevron zich onder meer met de stelling dat het BIT heeft te gelden als 'recht van vreemde staten' in de zin van art. 79 lid 1 onder b RO, zodat de Hoge Raad het arrest van het hof niet kan vernietigen wegens schending van dit recht (het BIT).
18. De Hoge Raad volgt Chevron in dit verweer. Hij overweegt dat het BIT is gesloten tussen de VS en Ecuador en dat het toepasselijke materiële recht op de overeenkomst tot arbitrage in casu dus bestaat uit "*internationaal publiekrecht dat niet geldt in de Nederlandse rechtsorde*".^[26] De Hoge Raad trekt daaruit de conclusie dat het BIT (i.e. het op de overeenkomst tot arbitrage toepasselijke materiële recht) dient te worden

aangemerkt als ‘recht van vreemde staten’ in de zin van art. 79 lid 1 onder b RO.^[27.] Consequentie daarvan is dat de Hoge Raad de door het hof gegeven uitleg van het BIT in cassatie niet inhoudelijk kan toetsen (behalve zover de uitleg ziet op schending van het Weens Verdragen Verdrag, want dat is geen recht van vreemde staten (of beter: dat is, naast het recht van vreemde staten, ook het recht van Nederland)).

19. Dat oordeel van de Hoge Raad acht ik begrijpelijk. Blijkens de parlementaire geschiedenis van art. 79 RO (destijds: art. 99 RO) heeft de wetgever verschillende bewoordingen overwogen om de scheidslijn te trekken tussen ‘recht’ waarvan de schending wel tot cassatie zou kunnen leiden, en ‘recht’ waarvan de schending niet tot cassatie (in Nederland) zou kunnen leiden.^[28.] De bedoeling van de wetgever lijkt te zijn geweest om rechtsregels die in Nederland gelden en waarvoor de Hoge Raad als hoogste rechtscollege rechtsvormend is, in cassatie toetsbaar te laten zijn. Daaronder viel volgens genoemde kamerstukken het Nederlandse recht,^[29.] alsook “*volkenrechtelijke regelen*” voor zover die in Nederland gelden, zoals het Europese recht.^[30.] Schending van het recht van buitenlandse staten zou in Nederland niet tot cassatie moeten kunnen leiden, mede gezien het feit dat de buitenlandse hoogste rechter ten aanzien van dat recht reeds de rechtsvormende taak heeft.
20. De wetgever heeft, zoals de Hoge Raad in het Chevron-arrest opmerkt, niet kenbaar gedacht aan de situatie waarin de vraag omtrent de schending van het recht ziet op een verdrag tussen twee staten waarbij Nederland geen partij is – en waarbij, zoals in casu, (ook) geen buitenlandse hoogste rechter beschikbaar is om zich over de juistheid van de door het hof gegeven uitleg uit te laten. De rechters in Ecuador en de VS zullen immers niet bevoegd zijn in vernietigingsprocedures ter zake van de in Nederland gewezen arbitrale vonnissen en kunnen in dat kader de vraag naar een geldige overeenkomst tot arbitrage niet beoordelen.
21. Niettemin, gezien het uitgangspunt van de wetgever dat de Hoge Raad slechts het recht zou mogen toetsen dat in Nederland geldt, acht ik het begrijpelijk dat de Hoge Raad thans oordeelt dat het BIT moet worden aangemerkt als ‘recht van vreemde staten’ in de zin van art. 79 RO.
22. Dat de uitleg van dat ‘vreemde’ recht (het BIT) moet geschieden aan de hand van het Weens Verdragen Verdrag – een rechtsbron die ook in Nederland geldt, meer in het bijzonder voor de uitleg van door Nederland gesloten BITs – maakt dat niet anders. Enigszins vreemd in deze context is wel dat Nederland ongeveer honderd BITs heeft gesloten met andere landen en dat vele daarvan in sterke mate onderling vergelijkbaar zijn.^[31.] Het in de Chevron-zaak aan de orde zijnde circulaire zinsdeel “*investment’ means every kind of investment (...); and includes (...) a claim to money or a claim to performance having economic value, and associated with an investment*” is, voor zover ik weet, in geen enkele Nederlandse BIT te vinden,^[32.] maar in het algemeen zullen vele bepalingen uit BITs waarbij Nederland geen partij is (en die dus door de Hoge Raad niet beoordeeld kunnen worden) ook voorkomen in BITs waarbij Nederland wel partij is (en die dus door de Hoge Raad wel beoordeeld kunnen worden).^[33.] Zo zal de Hoge Raad dus toch (Nederlandse) BITs moeten uitleggen, en die arresten zullen vervolgens gewicht in de schaal leggen in latere procedures bij de Gerechtshoven^[34.] over de uitleg van vergelijkbare bepalingen uit BITs waarbij Nederland geen partij is. Enigszins vreemd is de oplossing die de Hoge Raad kiest, zo gezien, wel.
23. De uitkomst van het geschil bij de Hoge Raad acht ik verder niet opmerkelijk. De Hoge Raad oordeelt dat de uitleg van het BIT door het hof niet onbegrijpelijk is en dat die uitleg niet in strijd is met het Weens Verdragen Verdrag.

Conclusie van de A-G

24. De conclusie van A-G Spier vóór dit arrest (niet opgenomen in dit tijdschrift)^[35.] is, zo meen ik, wél opmerkelijk. Uit zijn lijvige conclusie blijkt dat de A-G niet gecharmeerd is van de uitkomst van de arbitrale procedure. Hij zoekt daarom – zoals hij het zelf omschrijft – de grenzen op van wat in cassatie mogelijk is.^[36.] Zo stelt de A-G zich ambtshalve de vraag “*of Chevron niet eerst de weg naar de Inter-Amerikaanse Commissie voor de rechten van de Mens had moeten bewandelen*”;^[37.] een vraag die bij het toepassen en de uitleg van het BIT m.i. niet aan de orde behoeft en behoort te komen omdat het verdrag die voorwaarde niet stelt. Ook geeft de A-G vrij uitvoerig aan dat hij het ‘*onevenwichtig*’ en “*niet aanstonds evident*” vindt dat een afwijzing van vorderingen door lokale rechters in beginsel geen schending van het BIT oplevert, maar het dralen met het doen van een uitspraak wel.^[38.] Daarbij gaat de A-G niet in op het feit dat het door Ecuador gesloten BIT het eerste scenario niet (althans: niet expliciet) dekt en het tweede scenario wél, en dat arbiters ‘simpelweg’ het toepasselijke verdrag hebben toe te passen. Bovendien gaat de A-G met dit soort overwegingen in op bezwaren tegen de inhoud van het arbitraal vonnis, hetgeen zoals gezegd in beginsel niet de bedoeling is; een vernietigingsprocedure mag niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep.
25. De A-G stelt dat er redenen zijn om aan te nemen dat het huidige arbitragesysteem in het kader van BITs niet meer optimaal functioneert. Hij verwijst daarbij naar bronnen volgens welke het aantal BIT-arbitrages de afgelopen jaren sterk is gestegen, dat de door arbiters gerekende uurtarieven zeer hoog kunnen zijn, dat de kring van arbiters klein is, en dat *hedge funds* eisers soms financieel ondersteunen in ruil voor een deel van de opbrengst.^[39.] Eén en ander leidt ertoe dat er volgens de A-G “*voldoende reden [is] om aan te nemen dat het huidige arbitragesysteem als zodanig niet (meer) optimaal functioneert*”, hetgeen volgens hem “*een voldoende klemmende reden [is] om, in geval van twijfel over de uitleg van één of meer BIT-bepalingen, te kiezen voor een uitleg waarin de bevoegdheid van arbiters wordt beperkt*”.^[40.]
26. De benadering van de A-G past in een tendens om het door staten overeengekomen beschermingsmechanisme voor investeerders argwanend te beoordelen. Ook in het kader van het TTIP-verdrag zijn dergelijke benaderingen veelvuldig te horen en te lezen. M.i. wordt daarbij te weinig aandacht besteed aan de omstandigheden dat (i) staten zelf de BITs zijn aangegaan en de bewoordingen ervan onderling zijn overeengekomen; (ii) partijen (i.e. de investeerder en de Staat) de arbiters kunnen selecteren en daarbij geenszins gebonden zijn aan de ‘*usual suspects*’; (iii) partijen zelf, tot op zekere hoogte, kunnen bepalen welke uurtarieven de arbiters in rekening brengen; en (iv) *hedge funds* of andere procesfinanciers slechts zaken zullen willen financieren indien de vordering ten gronde kansrijk is – dat wil zeggen: waarin het onrechtmatig c.q. onredelijk handelen van de Staat goed valt te beargumenteren. Bijzonder weinig aandacht wordt gegeven aan het feit dat BITs aan buitenlandse investeerders veelal de enige reële mogelijkheid bieden om daadwerkelijk onrechtmatige handelingen van overheden op onafhankelijke wijze te redresseren. Op zichzelf is het juist dat het systeem van BIT-arbitrage verbeterd zou kunnen worden (hetzelfde geldt voor de Nederlandse overheidsrechtspraak, zo veroorloof ik mij te schrijven). Het feit dat een systeem voor verbetering vatbaar is, levert echter onvoldoende grond op om een arbitraal vonnis te vernietigen, dan wel de bevoegdheid van arbiters beperkt uit te leggen zodra partijen over de uitleg van het BIT van mening verschillen

(hetgeen overigens per definitie het geval zal zijn in een investeringsarbitrage).^[41.]

Afronding

27. Zoals gezegd is dit de eerste zaak waarin de Hoge Raad zich uitlaat over een vonnis, gewezen in een investeringsarbitrage. Het zal niet de laatste keer zijn. Zo zal naar verwachting ook het arbitraal vonnis dat is gewezen in de saga tussen Yukos-aandeelhouders en de Russische Staat, te zijner tijd door de Hoge Raad beoordeeld worden. De aandeelhouders in de voormalige Russische oliemaatschappij Yukos behielden een belangrijke overwinning in een drietal arbitrale vonnissen d.d. 18 juli 2014.^[42.] De plaats van arbitrage was Den Haag. Gezien het belang van de zaak (aan de aandeelhouders werd meer dan \$ 50 miljard toegekend) zal Rusland niet nalaten een poging te doen de arbitrale vonnissen door de Nederlandse rechter te laten vernietigen. In die zaak zal de Hoge Raad overigens wel de door arbiters en het hof gegeven uitleg van de verdragsbepalingen (het Energy Charter Treaty) mogen toetsen, want Nederland is partij bij dit verdrag en dus is dat verdrag, net als het Weens Verdragen Verdrag, geen 'recht van vreemde staten' in de zin van art. 79 RO. Het lijkt er dan ook op dat de Hoge Raad het inhoudelijk toetsen van uitleg van bepalingen uit een investeringsverdrag slechts heeft kunnen uitstellen.

Voetnoten

- [1.] Dit wordt veroorzaakt door de vele (tussen)holdings van internationaal opererende bedrijven die – veelal om fiscale redenen – in Nederland zijn gevestigd, in combinatie met het feit dat de Nederlandse investeringsverdragen in het algemeen op een voor de investeerder gunstige wijze zijn geformuleerd.
- [2.] Een eerdere vordering tot vernietiging van arbitraal vonnis dat op basis van een investeringsverdrag is gewezen is kenbaar uit Rb. Den Haag 15 augustus 2012), *TvA 2013/12 (Adria Beteiligungs GmbH/Republiek Kroatië)*.
- [3.] Het onderhavige arrest is onderdeel van een veel groter geheel van procedures waarin Chevron, Ecuador en andere belanghebbenden (inclusief procesfinanciers) verwickeld zijn. Zie voor een – informeel en incompleet – overzicht: http://en.wikipedia.org/wiki/Lago_Agrio_oil_field#Litigation. Zie ook www.italaw.com/cases/257.
- [4.] Zie Interim Award d.d. 1 december 2008 (beschikbaar op <http://italaw.com/documents/Chevron-TexacovEcuadorInterimAward.pdf>), paragraaf 54-55.
- [5.] Zie Interim Award, paragraaf 59.
- [6.] Het BIT is – samen met vrijwel alle andere wereldwijd gesloten BITs – in te zien op <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.
- [7.] Interim Award, paragraaf 180-184.
- [8.] Partial Award on the Merits d.d. 1 december 2008, <http://italaw.com/documents/ChevronTexacoEcuadorPartialAward.pdf>, met name paragraaf 251-262.
- [9.] Partial Award, paragraaf 438-498.
- [10.] Final Award, onder meer paragraaf 327-328, waarin de *direct damages* worden onderworpen aan een 87.31% Unified Tax Rate.
- [11.] <http://italaw.com/documents/ChevronEcuadorFinalAward.pdf>.
- [12.] Zie r.o. 4 van het Hof Den Haag d.d. 18 juni 2013 (ECLI:NL:GHDHA:2013:1940). Het scheidsgerecht had dit zelf overigens ook al gesteld: zie paragraaf 117 van het Interim Award en paragraaf 158 van het Partial Award.
- [13.] J.J. van Haersolte-van Hof, *Het scheidsgerecht*, *TvA 2013/34*, paragraaf 6. Zie ook J.J. van Haersolte-van Hof, *Arbitrage op grond van Bilateral Investment Treaties*, *WPNR 2014(7003)*.
- [14.] Nota naar aanleiding van het verslag, 30 januari 2014, *Kamerstukken II 2013/14*, 33611, nr. 5, p. 3.
- [15.] Een uitzondering hierop geldt voor vonnissen in investeringsarbitrages die worden gewezen onder auspiciën van het *International Centre for Settlement of Investment Disputes* ("ICSID"). ICSID-vonnissen kennen een autonoom regime, inclusief een regeling voor het doen vernietigen van ICSID-vonnissen: de *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* uit 1965 (*Trb.* 1966, 152). ICSID-vonnissen kunnen niet door een nationale rechter

vernietigd worden. Ook de tenuitvoerlegging van een dergelijk vonnis gaat buiten de bepalingen van de arbitragewet om; zie artikel 54 van de ICSID Convention in samenhang met de uit één artikel bestaande uitvoeringswet (“*Wet houdende aanwijzing van een rechter op grond van artikel 54 van het Verdrag van Washington van 18 maart 1965 inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen Staten en onderdanen van andere Staten*”).

- [16.] Zie r.o. 4.2 van het onderhavige arrest, verwijzend naar HR 9 januari 1981, *NJ* 1981/203, waarin werd beslist dat partijen de vraag of een geldige overeenkomst tot arbitrage is gesloten niet aan het oordeel van de rechter kunnen onttrekken. Zie over het laatste woord ter zake de bevoegdheid van arbiters ook HR 27 maart 2009, *NJ* 2010/170 (*Smit Bloembollen/Ruwa Bulbs*), m.nt. Snijders, r.o. 3.4.1.
- [17.] HR 9 januari 2004, *NJ* 2005/190 (*Nannini/SFT Bank*), m.nt. Snijders, r.o. 3.5.2.
- [18.] HR 9 januari 2004, *NJ* 2005/190 (*Nannini/SFT Bank*), m.nt. Snijders, r.o. 3.5.2, alsmede HR 22 december 2006, *NJ* 2008/4, m.nt. Snijders en *TvA* 2007/20, m.nt. Roelvink (*Kers/Rijpma*), r.o. 3.3.
- [19.] HR 17 januari 2003, *NJ* 2004/384 (*IMS/MoDSAF*), m.nt. Snijders, r.o. 3.3.
- [20.] HR 17 januari 2003, *NJ* 2004/384 (*IMS/MoDSAF*), m.nt. Snijders, r.o. 3.3.
- [21.] HR 25 mei 2007, *NJ* 2007/294 en *TvA* 2008/10 (*Spaanderman/Anova*), m.nt. Van Haersolte-van Hof, r.o. 3.5.
- [22.] Zie r.o. 4.2 van het onderhavige arrest.
- [23.] Zie nader: D. Brian King en J.J. van Haersolte-van Hof, ‘*Arbitrage zonder (contractuele) grenzen: Heden en toekomst van investeringsarbitrage*’, *TvA* 2005/15, paragraaf 2. Zie ook r.o. 5 van het arrest van het Hof d.d. 18 juni 2013 (ECLI:NL:GHDHA:2013:1940).
- [24.] Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht, Wenen, 23 mei 1969. Zie r.o. 4.3 van het arrest en artikel 1 van het verdrag (“*The present Convention applies to treaties between States*”). De hoofdregel voor de uitleg van verdragen luidt (art. 31 lid 1 WVV): “*A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*”
- [25.] Zie r.o. 4.3 van het arrest van de Hoge Raad. Vergelijk ook, in algemene zin, G.J. Meijer, *Overeenkomst tot Arbitrage*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 13, Kluwer, Deventer, 2011, paragraaf 7.4.3.2.
- [26.] Zie r.o. 4.4.3 van het arrest.
- [27.] Zie r.o. 4.3.3 en 5.7.2 van het arrest. Artikel 79 RO bepaalt voor zover thans relevant: “*De Hoge Raad vernietigt (...) arresten (...) wegens schending van het recht met uitzondering van het recht van vreemde staten.*”
- [28.] Zie parlementaire geschiedenis van (destijds) artikel 99 RO, in het bijzonder *Kamerstukken II* 1950/51, 2079, nr. 2 (ontwerp van wet), *Kamerstukken II* 1962/63, 2079, nr. 6 (Nota van Wijziging), *Kamerstukken II* 1962/63, 2079, nr. 11 (Verslag omtrent mondeling overleg) en *Kamerstukken II* 1962/63, 2079, nr. 12 (Tweede Nota van Wijziging).
- [29.] Plus, als “*inconsequentie, die haar rechtvaardiging vindt in de Koninkrijksband*”, het Surinaamse en Antilliaanse recht, aldus de Minister in het Verslag omtrent mondeling overleg (*Kamerstukken II* 1962/63, 2079, nr. 11).
- [30.] *Kamerstukken II* 1962/63, 2079, nr. 11 (Verslag omtrent mondeling overleg).
- [31.] Overzichten van gesloten BITs en de inhoud van die BITs kan men bekijken op de website <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. Deze website is overigens niet volledig en voor de precieze inhoud van BITs dient men altijd de officiële, door de betrokken landen gepubliceerde, versie te raadplegen.
- [32.] Een vergelijkbare bepaling staat bijvoorbeeld wel in het BIT tussen de VS en Argentinië.
- [33.] Weliswaar zal het niet vaak voorkomen dat in een arbitrage die is gegrond op een Nederlands BIT, een Nederlandse plaats van arbitrage wordt overeengekomen, maar het kan wel (een juridisch beletsel daarvoor is er niet). In de hierna genoemde Yukos-arbitrage is gearbitreerd op basis van een investeringsverdrag waarbij Nederland partij is en was de plaats van arbitrage Den Haag.
- [34.] Vernietigingsprocedures worden onder de nieuwe arbitragewet ingesteld bij het Gerechtshof; art. 1064a lid 1 Rv.
- [35.] Conclusie A-G J. Spier d.d. 28 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1774.
- [36.] Vergelijk bijvoorbeeld paragraaf 5.22.1 (“*Ik denk dat in mijn aanpak de grenzen van art. 419 leden 1 en 2 Rv. nog net niet worden overschreden*”), 6.8.2 (“*Hiervan uitgaande zijn we, als we dat zouden willen, verlost van de knellende band van art. 79 RO*”), en 8.8.1 – 8.8.2 van de conclusie (“*Ecuador heeft in cassatie niet aangevoerd dat het “Mondev-argument” toch van belang is (...). Toch zou ik, zij het niet zonder aarzeling, willen aannemen dat het niet opwerpen van een klacht over het niet meewegen van een “Mondev-argument” niet hoeft mee te brengen dat aan de Mondev-kwestie geen aandacht mag worden besteed.*”).
- [37.] Zie paragraaf 4.1-4.5 van de conclusie.
- [38.] Zie paragraaf 5.1-5.19 van de conclusie.
- [39.] Zie onder meer paragraaf 11.10.2 van de conclusie.
- [40.] Paragraaf 11.13.2 van de conclusie. In voetnoot 186 van zijn conclusie zwakt hij zijn standpunt, als ik het goed zie, enigszins af.
- [41.] Recent liet Judge S.M. Schwebel, voormalig president van het Internationaal Gerechtshof, zich – in reactie op de steeds luider wordende klachten over BITs – zich ook uit over enige tekortkomingen en verbeterpunten van investeringsarbitrage, alsook

over de neiging het kind met het badwater te willen wegwerpen. Zie *Columbia FDI Perspectives, Perspectives on topical foreign direct investment issues*, No. 135, 24 november 2014, <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-135-Schwebel-FINAL.pdf> (“*To cast aside investor-state arbitration because of an unrealized apprehension of adverse effects upon states would be a profound misjudgment of the procedures for the peaceful settlement of international disputes.*”).

[42.] De arbitrale vonnissen zijn beschikbaar op www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1599. Het gaat bij de Yukoszaak overigens om arbitrale vonnissen die zijn gewezen op basis van het Energy Charter Treaty (een multilateraal verdrag); ook dat verdrag kent een mechanisme waarmee investeerders een geschil met de gaststaat van de investering aan een scheidsgerecht kunnen voorleggen.