

Verzet tegen eiswijziging in procedure tot vernietiging arbitraal vonnis

Gerechtshof Den Haag
25 september 2018, nr. 200.197.079/01,
ECLI:NL:GHDHA:2018:2476
(mr. Boele, mr. Joustra, mr. Van der Helm)
Noot mr. C.L. Schleijsen

Arbitrage. Rechtsverwerking. Tijdigheid aanvoeren vernietigingsgronden. Tijdigheid aanvoeren feitelijke en/of juridische stellingen. Bedrog. Eiswijziging in hoger beroep.

[Rv art. 130, 1052 lid 2, 1064 lid 5 (oud), 1064a lid 4 (nieuw), 1065 lid 2, 1068]

Vernietigingsgronden moeten tijdig in de vernietigingsprocedure worden aangedragen, namelijk in de dagvaarding (art. 1064 lid 5 (oud) en art. 1064a lid 4 (nieuw) Rv). Nadere onderbouwing daarvan is mogelijk, binnen de kaders van het civiele procesrecht en het arbitragerecht, met name de bepalingen inzake rechtsverwerking (art. 1065 lid 2-4 Rv) en de goede procesorde (bijvoorbeeld art. 130 Rv). Dit is niet anders indien de betreffende feitelijke of juridische stellingen reeds ten aanzien van een ander verweer, dat niet ziet op een vernietigingsgrond, zijn aangevoerd. Art. 1064 lid 5 (oud) Rv stelt niet de eis dat bij elke aangevoerde grond ook de specifieke beslissing wordt genoemd waartegen hij is gericht. Daarnaast betekent het feit dat een beslissing in de dagvaarding niet is bestreden, niet dat daartegen later geen vernietigingsgrond kan worden aangevoerd. Tot slot is het niet toegelaten om argumenten die aanleiding kunnen zijn tot herroeping van een arbitraal vonnis (art. 1068 Rv) in een vernietigingsprocedure aan te voeren, gelet op de verschillen tussen de procedures.

1. De rechtspersoon naar het recht van Cyprus *Veteran Petroleum Limited* te Nicosia, Cyprus, hierna te noemen: VPL,

2. de rechtspersoon naar het recht van de Isle of Man *Yukos Universal Limited* te Douglas, Isle of Man,

hierna te noemen: YUL,

3. de rechtspersoon naar het recht van Cyprus *Hulley Enterprises Limited* te Nicosia, Cyprus,

hierna te noemen: Hulley,

appellanten,

hierna gezamenlijk ook wel aan te duiden als HVY (meervoud),

advocaat: mr. M.A. Leijten te Amsterdam,

tegen

de *Russische Federatie* te Moskou, Russische Federatie,

hierna te noemen: de Russische Federatie,

geïntimeerde,

advocaat: mr. J.A. Dullaart te Naaldwijk.

1. Het geding

(...; red.)

2. Inleiding en achtergrond

2.1. Het gaat in deze zaak, kort samengevat en voor zover in dit stadium van het geding van belang, om het volgende.

2.2. HVY zijn, althans waren, aandeelhouder in Yukos Oil Company (hierna: Yukos). Zij hebben in 2004 een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen de Russische Federatie op de voet van art. 26 van de Energy Charter Treaty (Trb. 1995, 108, hierna: ECT), stellende dat de Russische Federatie hun investeringen in Yukos heeft onteigend en heeft nagelaten deze investeringen te beschermen. HVY vorderden dat de Russische Federatie veroordeeld zou worden schadevergoeding te betalen. De plaats van de arbitrage was Den Haag.

2.3. Het scheidsgerecht heeft in drie afzonderlijke *Interim Awards on Jurisdiction and Admissibility* van 30 november 2009 (hierna: de Interim Awards) geoordeeld over een aantal preliminaire verweren die de Russische Federatie had opgeworpen, onder meer met betrekking tot de bevoegdheid van het scheidsgerecht. In de Interim Awards heeft het scheidsgerecht bepaalde bevoegdheids- en ontvankelijkheidsverweren verworpen en ten aanzien van andere preliminaire verweren beslist dat het oordeel daarover zou worden aangehouden tot de inhoudelijke fase (“the merits phase”) van het geding.

2.4. In drie afzonderlijke *Final Awards* van 18 juli 2014 (hierna: de Final Awards) heeft het scheids-

gerecht de nog resterende bevoegdheids- en/of ontvankelijkheidsverweren van de Russische Federatie verworpen, geoordeeld dat de Russische Federatie haar verplichtingen onder art. 13 lid 1 ECT heeft geschonden en de Russische Federatie veroordeeld aan HVY schadevergoeding te betalen van respectievelijk USD 8.203.032.751 (aan VPL), USD 1.846.000.687 (aan YUL) en USD 39.971.834.360 (aan Hulley), vermeerderd met rente en kosten.

2.5. De Russische Federatie heeft bij afzonderlijke dagvaardingen van 10 november 2014 Hulley, VPL en YUL voor de rechtbank Den Haag gedaagd en gevorderd dat de rechtbank de door het scheidsgerecht in ieder van hun zaken gewezen Interim Awards en Final Awards zal vernietigen. Deze drie zaken zijn op vordering van de Russische Federatie door de rechtbank gevoegd.

2.6. Op 20 april 2016 heeft de rechtbank in één vonnis, gewezen in de drie gevoegde zaken, de Interim Awards en de Final Awards vernietigd wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst. HVY hebben tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld.

2.7. Bij Wet van 2 juni 2014 tot wijziging van Boek 3, Boek 6 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de modernisering van het Arbitragerecht (Stb. 2014, 200), in werking getreden op 1 januari 2015 (zie Stb. 2014, 254), is het arbitragerecht herzien. Ingevolge art. IV lid 4 j° lid 2 van deze wet blijft op het onderhavige geding het Vierde Boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) van toepassing zoals dat voor de datum van inwerkingtreding van de wet gold. Wanneer in dit arrest wordt verwezen naar bepalingen inzake de vernietiging of herroeping van arbitrale vonnissen gaat het om artikelen uit Boek IV van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in de tot 1 januari 2015 geldende versie.

2.8. Hoewel het scheidsgerecht in drie afzonderlijke arbitrages drie afzonderlijke Interim Awards en drie afzonderlijke Final Awards heeft gewezen in de zaken van Hulley, VPL en YUL, verschillen deze uitspraken niet wezenlijk van elkaar waar het gaat om de onderwerpen die in deze vernietigingsprocedure aan de orde zijn. Het hof zal daarom hierna ook wel verwijzen naar “de” arbitrage, “de” Interim Award en “de” Final Award. Aangezien de nummering van de paragrafen in de Interim Awards van elkaar verschillen, zal het hof

verwijzen naar de nummering van de Interim Award inzake Hulley. De Interim Awards en de Final Awards zullen ook wel tezamen worden aangeduid als de “Yukos Awards”.

Beoordeling van het bezwaar van HVY

3.1. HVY heeft in dit incident bezwaren geformuleerd tegen een aantal stellingen die de Russische Federatie in de memorie van antwoord naar voren heeft gebracht. De bezwaren van HVY richten zich tegen stellingen die betrekking op de volgende onderwerpen:

(I) *unclean hands*;

(II) bedrog gepleegd door HVY in de arbitrage;

(III) art. 1 leden 6 en 7 ECT en de vraag of HVY's aandelen in Yukos als “Investing” in de zin van het zesde lid kunnen worden aangemerkt, en of HVY kunnen worden aangemerkt als “Investeerder” in de zin van het zevende lid.

Bij de behandeling van HVY's bezwaren zal het hof deze indeling aanhouden.

3.2. De Russische Federatie stelt zich op het standpunt dat het hof in dit incident niet zou mogen beslissen over de stellingen van HVY die kort gezegd er op neerkomen (i) dat bedrog gepleegd in de arbitrage niet een vernietigingsgrond ex art. 1065 lid 1 Rv oplevert maar slechts aan de orde kan worden gesteld door middel van een vordering tot herroeping op de voet van art. 1068 Rv, (ii) dat bepaalde stellingen door de Russische Federatie niet in de arbitrage zijn aangevoerd zodat art. 1052 lid 2 en art. 1065 lid 2 Rv er aan in de weg staan dat de Russische Federatie deze stellingen in dit vernietigingsgeding alsnog aan de orde stelt, en (iii) dat de Russische Federatie afstand heeft gedaan van zijn recht vernietiging op grond van het *unclean hands*-argument te vorderen, althans dat zij dit recht heeft verwerkt. Volgens de Russische Federatie heeft het hof in zijn brief van 17 januari 2018 slechts gesteld te zullen beslissen over de vraag of bepaalde door de Russische Federatie aangevoerde vernietigingsgronden buiten beschouwing moeten worden gelaten omdat deze niet in de dagvaarding zijn aangevoerd.

3.3. Dit standpunt van de Russische Federatie wordt verworpen. In de eerste plaats is het niet aan het hof om aan HVY voor te schrijven wat in een incident als het onderhavige wel en niet aan de orde kan worden gesteld. Het staat HVY (net als iedere andere procespartij) vrij in iedere stand van de procedure een incident op te werpen, tenzij dit in strijd is met de wet of de goede procesor-

de is of indien het misbruik van recht oplevert. Bovendien gaat de Russische Federatie uit van een te beperkte lezing van de brief van het hof van 17 januari 2018. De achtergrond van de beslissing van het hof om – voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling – niet alleen over HVY's bezwaar op de voet van art. 130 Rv te willen beslissen, maar ook over HVY's bezwaren die zijn ontleend aan het arbitragerecht, is dat deze beide categorieën van bezwaar nauw met elkaar samenhangen zodat daarover bezwaarlijk los van elkaar kan worden beslist. Achtergrond was ook dat duidelijkheid zou worden gegeven over de vraag welke stellingen wel en welke niet onderdeel van het (inhoudelijke) partijdebat zouden zijn. Dit geldt niet alleen voor HVY's bezwaar dat de Russische Federatie in strijd met art. 1064 lid 5 Rv niet alle vernietigingsgronden in de dagvaarding heeft aangevoerd, maar evenzeer voor het beroep van HVY op art. 1068 en de artt. 1052 lid 2 en art. 1065 lid 2 Rv, en het beroep op afstand van recht/rechtsverwerking ten aanzien van het *unclean hands*-argument. HVY hebben ook in alle gevallen waarin zij bezwaar maken op grond van art. 1068 en de artt. 1052 lid 2 en art. 1065 lid 2 Rv, tevens een beroep op art. 130 Rv gedaan. Het zou weinig zinvol zijn om in dit stadium ten aanzien van, bijvoorbeeld, het *unclean hands*-argument wel te beslissen naar aanleiding van het bezwaar gegrond op art. 130 Rv maar niet voor zover het gebaseerd is op art. 1052 lid 2, art. 1065 lid 2 Rv of op afstand van recht dan wel rechtsverwerking. Partijen zouden dan nog niet weten waar zij ten aanzien van de toelaatbaarheid van het *unclean hands*-argument aan toe zijn. Ook voor de Russische Federatie moet duidelijk zijn geweest dat het de bedoeling van het hof was om reeds in dit stadium van het geding duidelijkheid te verschaffen over wat wel en wat niet onderdeel van het debat zou zijn.

3.4. De Russische Federatie heeft nog aangevoerd dat HVY tijdens de comparitie van partijen op 16 januari 2017 afstand heeft gedaan van het recht om bezwaar te maken tegen het *unclean hands*-argument. Op de vraag van het hof of partijen nog voornemens waren incidenten op te werpen heeft mr. Ynzonides, destijds een van de advocaten van HVY, geantwoord:

“We hebben even overwogen om apart aan uw hof voor te leggen of het argument van de *unclean hands* in deze procedure nog wel aan de orde kan komen maar daar hebben we van afgezien.”

Deze mededeling houdt echter geen afstand van recht in en de Russische Federatie mocht dat daar in redelijkheid ook niet uit afleiden. Uit deze mededeling, die kennelijk met het oog op de toenmalige stand van zaken is gedaan, blijkt niet dat HVY haar recht prijs gaf om in de toekomst over dit onderwerp een incident aanhangig te maken. HVY hebben kennelijk in reactie op de standpunten die de Russische Federatie in de memorie van antwoord heeft ingenomen, aanleiding gezien alsnog een incident op te werpen. Overigens is niet duidelijk welk belang de Russische Federatie met dit betoog heeft. Zij voert niet aan dat HVY ook afstand heeft gedaan van haar recht om in de processtukken het standpunt in te nemen dat het *unclean hands*-argument niet meer aan de orde kan komen. Het hof acht het overigens ook in verband met de goede procesorde van belang dat over deze vraag reeds thans wordt beslist.

4. (I) *unclean hands*

De stellingen met betrekking tot unclean hands waartegen HVY bezwaar maken

4.1. De stellingen waartegen HVY bezwaar maken onder het hoofd *unclean hands* komen er kort gezegd op neer dat HVY, althans (rechts)personen wier handelingen aan HVY kunnen worden toegerekend, zelf onrechtmatig hebben gehandeld, met name bij het verrichten en consolideren van hun investeringen in Yukos. Het gaat HVY, zo begrijpt het hof, om de volgende stellingen in de memorie van antwoord (verwezen wordt naar de hoofdstukindeling van de memorie van antwoord):

4.1.1. *memorie van antwoord III onder B*

In de memorie van antwoord nader aangeduid als: *Onderdeel III* (Achtergronden: de onwettige verkrijging, exploitatie en plundering van Yukos Oil Company) *onder B* (de onwettige handelingen van Russische Oligarchen en HVY).

In dit onderdeel van de memorie van antwoord gaat de Russische Federatie in op de, ook reeds in de arbitrages aangevoerde en in de memorie van antwoord in voetnoten 760 tot en met 763 gespecificeerde, achtentwintig gevallen van onrechtmatig handelen van HVY, alsmede van de “Russische Oligarchen”. Deze laatsten zijn in de memorie van antwoord (onder 13) omschreven als de “Russische personen die HVY hebben opgericht, in eigendom hebben en zeggenschap over HVY hebben”. De gestelde onrechtmatige handelingen zijn

in de memorie van antwoord onderverdeeld in vier fasen, welke fasen als volgt zijn omschreven: de Russische Oligarchen verkrijgen de Yukos aandelen van HVY door fraude, omkoping en samenzwering: steekpenningen worden voldaan door YUL (fase 1), de Russische Oligarchen hebben Hulley, YUL en VPL opgericht om zeggenschap over hun Yukos aandelen te verhullen en om dividendbelastingen te ontduiken (fase 2), de Russische Oligarchen misbruikten lege vennootschappen om belastingfraude in de lage belastingregio's van de Russische Federatie te plegen (fase 3), de Russische Oligarchen belemmerden de belastinginning, terwijl ze tegelijkertijd miljarden dollars aan Yukos onttrokken via HVY (fase 4).

4.1.2. memorie van antwoord IV onder C sub b

In de memorie van antwoord nader aangeduid als: *Onderdeel IV* (Grond voor vernietiging 1 (vervolg) – het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst) *onder C* (Jurisdictie grond 2 – Het scheidsgerecht was niet bevoegd omdat HVY en hun aandelen in Yukos niet onder de bescherming van de ECT vallen) *sub b* (de ECT beschermt HVY's aandelen in Yukos niet omdat het uiteindelijk investeringen zijn van Russische staatsburgers in de Russische Federatie).

De Russische Federatie heeft deze stelling in de memorie van antwoord verder uitgewerkt met de volgende argumenten: (i) HVY zijn schijnvennootschappen die economisch eigendom zijn en onder zeggenschap staan van Russische staatsburgers voor illegale doeleinden – de Russische Federatie beroept zich in dit verband mede op nieuwe documenten die sinds 2015 openbaar zijn gemaakt; (ii) HVY zijn geen “Investeerders” en deden geen “Investeringen” in de zin van de ECT want de ECT biedt geen bescherming voor “U-bocht” investeringen door staatsburgers van een gastland via schijnvennootschappen; (iii) HVY hebben geen “Investering” onder de ECT gedaan, omdat zij geen economische bijdrage hebben geleverd in het gastland; en (iv) het misbruik door de Russische Oligarchen van de vennootschapsstructuur van HVY voor illegale doeleinden rechtvaardigt doorbraak van aansprakelijkheid om deze Russische staatsburgers achter HVY te onthullen.

4.1.3. memorie van antwoord IV onder C sub c

In de memorie van antwoord nader aangeduid als: *Onderdeel IV* (Grond voor vernietiging 1 (vervolg) – het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst) *onder C* (Jurisdictie grond 2 –

Het scheidsgerecht was niet bevoegd omdat HVY en hun aandelen in Yukos niet onder de bescherming van de ECT vallen) *onder c* (de ECT beschermt de investeringen van HVY niet omdat ze in strijd met de wet zijn gedaan).

De Russische Federatie beroept zich ter ondersteuning van deze stelling op het illegale karakter van zowel het doen als de uitvoering van de “vermeende investering” van HVY, waaronder de frauduleuze verwerving door de Russische Oligarchen van de Yukos-aandelen. Volgens de Russische Federatie verwierven HVY hun investeringen in Yukos door wijdverbreide overtredingen van de wet, waarbij de Russische Federatie verwijst naar hoofdstuk III van de memorie van antwoord (zie 4.1.1 hiervoor). HVY waren direct betrokken bij de illegale verwerving van de Yukos aandelen, aldus de Russische Federatie. Voorts voert de Russische Federatie in dit verband aan dat: (i) de Russische Oligarchen via (voorlopers van) HVY door bedrog, corruptie en fraude de economische eigendom, zeggenschap en macht over Yukos verkregen en behielden, (ii) HVY door de Russische Oligarchen zijn opgericht en gebruikt om belasting te ontduiken, de Russische Oligarchen aan het zicht te onttrekken en claims te kunnen indienen onder de ECT, en (iii) HVY slechts schijnvennootschappen zijn die geen enkele bedrijfsactiviteit ontplooiën.

4.1.4. memorie van antwoord VII onder H

In de memorie van antwoord nader aangeduid als: *Onderdeel VII* (Grond voor vernietiging 5 – de Yukos awards zijn in strijd met de openbare orde) *onder H* (openbare orde grond 6 – tenuitvoerlegging van de Yukos Awards zal leiden tot een schending van de openbare orde wat betreft de fraude, corruptie en andere serieuze onwettigheden).

De Russische Federatie voert in dit verband aan dat de uitkomst van de Awards neerkomt op een rechtvaardiging en instandhouding van HVY's frauduleuze, corrupte en illegale activiteiten, hetgeen reeds zelfstandig – en zeker in samenhang met de wijze waarop de arbitrages zijn gevoerd – strijdig is met de fundamentele beginselen van de openbare orde en de goede zeden genoemd in art. 1065 lid 1 sub e Rv. Voor het gestelde wangedrag van HVY verwijst de Russische Federatie naar hoofdstukken III.B, III.C en IV.C onder c. Met de “wijze waarop de arbitrages zijn gevoerd” doelt de Russische Federatie kennelijk op haar stelling dat het scheidsgerecht in strijd met het beginsel van

hoor en wederhoor en *equality of arms*, alsmede op speculatieve, subjectieve en inconsistente wijze tot zijn bevindingen is gekomen.

De bezwaren van HVY met betrekking tot het unclean hands-argument

4.1.5. De bezwaren van HVY tegen deze stellingen kunnen worden onderscheiden in de volgende categorieën:

- (a) de stellingen zijn niet tijdig in de arbitrage naar voren gebracht zoals vereist op grond van art. 1052 lid 2 en art. 1065 lid 2 Rv;
- (b) de desbetreffende beslissing van het scheidsgerecht is in de dagvaarding niet bestreden conform HR22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8099 (Bursa/Güris) respectievelijk de desbetreffende stellingen zijn niet in de inleidende dagvaarding aangevoerd zoals art. 1064 lid 5 Rv eist;
- (c) de stellingen zijn in strijd met de goede procesorde als bedoeld in art. 130 Rv;
- (d) de Russische Federatie heeft afstand gedaan van haar recht het *unclean hands*-argument aan haar vordering ten grondslag te leggen, dan wel dit recht verwerkt.

Beoordeling van de bezwaren van HVY met betrekking tot het unclean hands-argument

4.2. (a) art. 1052 lid 2 Rv

4.2.1. HVY voeren aan dat de Russische Federatie heeft nagelaten het *unclean hands*-argument tijdig in de arbitrage, te weten in haar Statement of Defense, naar voren te brengen. De Russische Federatie heeft dat argument weliswaar in de Statement of Defense aangevoerd, maar alleen als argument omtrent de ontvankelijkheid (*admissibility*), niet ter bestrijding van de bevoegdheid (*jurisdiction*) van het scheidsgerecht, aldus HVY. Dit is volgens HVY in strijd met art. 1052 lid 2 Rv, dat bepaalt dat een beroep op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt, door een in de arbitrage verschenen partij voor alle weren moet worden gedaan, op straffe van het verval van haar recht op dat ontbreken later, in het arbitraal geding of bij de gewone rechter, alsnog een beroep te doen. Daarnaast voeren HVY aan dat het de Russische Federatie niet vrijstaat het *unclean hands*-argument aan te voeren ter onderbouwing van de stelling dat HVY geen "Investering" hebben gedaan in de zin van art. 1 lid 6 ECT en geen "Investeerders" zijn in de zin van art. 1 lid 7 ECT,

omdat de Russische Federatie het *unclean hands*-argument daartoe ook niet in de Statement of Defense heeft aangevoerd.

4.2.2. De Russische Federatie heeft in de arbitrage het *unclean hands*-argument in de volgende context gebruikt. In de Statement of Defense van 15 oktober 2005 heeft de Russische Federatie op een aantal gronden de bevoegdheid (*jurisdiction*) van het scheidsgerecht bestreden, maar niet met het *unclean hands*-argument ("Claimant Does Not Come To The Tribunal With Clean Hands"), dat zij daarin wel als argument voor de niet-ontvankelijkheid (*inadmissibility*) van HVY's vordering onder het ETC heeft aangevoerd ("These unlawful acts preclude this claim under the Treaty"). Ook in het First Memorial on Jurisdiction and Admissibility van 28 februari 2006 is het *unclean hands*-argument (uitsluitend) aangevoerd in het kader van de *inadmissibility*. Vervolgens heeft het scheidsgerecht in zijn Procedural Order No. 3 besloten dat omtrent de stellingen van partijen met betrekking tot de *unclean hands* en de beschuldiging van "criminal enterprise" zal worden beslist in de "merits phase" van het geding. In die zin ook de Interim Award onder 20 en 435. In de Interim Award heeft het scheidsgerecht ten aanzien van het *unclean hands*-argument het volgende beslist:

"(c) CONFIRMS that its decision on the objections to jurisdiction and/or admissibility involving the Parties' contentions concerning 'unclean hands' and Respondent's contention that 'Claimant's personality must be disregarded because it is an instrumentality of a criminal enterprise' is deferred to the merits phase of the arbitration, consistent with Procedural Order No. 3;"

In de "Respondent's Skeleton Argument" van 1 oktober 2012 heeft de Russische Federatie in hoofdstuk VIII ("The Tribunal Lacks Jurisdiction Over Claimants' Claims, Or Must Dismiss Them, Because They Are Based On Illegal Conduct By Claimants And The Yukos Managers They Installed And Controlled") onder 96 aangevoerd:

"96. The history of repeated illegal conduct by Claimants (...) deprives the Tribunal of jurisdiction over Claimants' claims, because ECT protection does not extend to illegal investments, or requires that the Tribunal dismiss those claims under the principle of unclean hands. (...)"

In de Final Award heeft het scheidsgerecht het *unclean hands*-argument behandeld als een argument dat tot een of meer van de volgende beslis-

singen zou kunnen leiden: “(a) the Tribunal does not have jurisdiction over Claimants’ claims; (b) Claimants’ claims are inadmissible; and/or Claimants should be deprived of the substantive protections of the ECT” (Final Award nrs. 1273, 1280, 1313, 1349, 1373). Het scheidsgerecht was van oordeel dat het niet hoefde te beslissen welk rechtsgevolg honorering van het *unclean hands*-argument zou hebben (Final Award nr. 1353). Ten slotte heeft het scheidsgerecht in het dictum van de Final Award beslist:

“(b) DISMISSES the objections to jurisdiction and/or admissibility, pertaining to Respondent’s contentions concerning ‘unclean hands’ and ‘illegal and bad faith conduct’;”

4.2.3. Uit dit procesverloop blijkt, samenvattend, dat de Russische Federatie in de arbitrage vóór alle weren een beroep heeft gedaan op het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst, maar dat zij deze stelling eerst in een later stadium van het geding heeft onderbouwd met het *unclean hands*-argument. Het *unclean hands*-argument is door de Russische Federatie in de arbitrage wel vóór alle weren aangevoerd, zij het als argument in het kader van de door haar bepleite *inadmissibility*.

4.2.4. De Hoge Raad (HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443 inzake Smit/Ruwa) heeft het volgende beslist ten aanzien van de vraag, of en in hoeverre het toelaatbaar is dat een partij, die in het arbitraal geding voor alle weren een beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage heeft gedaan, het beroep daarop in het verdere verloop van het arbitraal geding dan wel in de vernietigingsprocedure met nieuwe feitelijke of juridische stellingen onderbouwt:

“3.4.1. (...) Dit samenstel van bepalingen [art. 1052 lid 1 en 2, art. 1065 lid 1 aanhef en onder a, art. 1065 lid 2, hof] strekt ertoe te bewerkstelligen dat, indien een partij de bevoegdheid van het scheidsgerecht wil betwisten vanwege het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, daarover door het scheidsgerecht in een vroeg stadium van de procedure een beslissing kan worden genomen, waardoor zoveel mogelijk voorkomen wordt dat onnodige proceshandelingen verricht zouden worden indien een later (in het arbitraal geding of bij de gewone rechter) gedaan beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, alsnog zou moeten leiden tot het oordeel dat het scheidsgerecht onbevoegd is.

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

4.2.5. Beoordeeld aan de hand van deze maatstaf is de Russische Federatie gebleven binnen de grenzen van art. 1052 lid 2 Rv. Toen de Russische Federatie zich in de arbitrage op het *unclean hands*-argument ging beroepen als argument voor de onbevoegdheid van het scheidsgerecht, was dat geen nieuw argument. Het was immers al in de Statement of Defense aangevoerd in het kader van de (*in*)*admissibility* en door HVY ook als zodanig bestreden. Het *unclean hands*-argument dat in het kader van de *jurisdiction* werd aangevoerd kwam overeen met datzelfde argument dat al eerder in het kader van de (*in*)*admissibility* was aangevoerd. Het valt ook niet in te zien, en HVY stellen ook niet, dat het *unclean hands*-argument op een wezenlijk andere wijze of met andere argumenten bestreden moest worden doordat het in een later stadium van de arbitrage ook in het kader van de *jurisdiction* werd aangevoerd. Van strijd met de goede procesorde is ook overigens niet gebleken. Art. 1052 lid 2 Rv staat er dus niet aan in de weg dat de Russische Federatie het *unclean hands*-argument later dan in de Statement

of Defense in de arbitrage dan wel in de onderhavige vernietigingsprocedure aanvoert.

4.2.6. HVY maken er ook bezwaar tegen dat de Russische Federatie thans het *unclean hands*-argument aanvoert ter onderbouwing van de stelling dat HVY geen “Investerings” hebben gedaan in de zin van art. 1 lid 6 ECT en geen “Investerders” zijn in de zin van art. 1 lid 7 ECT, terwijl zij dat argument in de Statement of Defense niet in dat verband heeft aangevoerd. Het hof verwerpt dit bezwaar. De Russische Federatie heeft in de Statement of Defense zowel een beroep gedaan op het *unclean hands*-argument (nr. 47) als op het ontbreken van een “Investerings” in de zin van art. 1 lid 6 ECT (nrs. 30-34). De Russische Federatie heeft in de Statement of Defense daarnaast aangevoerd dat het scheidsrecht “Lacks Jurisdiction *Ratione Personae*” (nrs. 24-29), welk argument niet anders kan worden begrepen dan als een beroep op art. 1 lid 7 ECT. Uit de Skeleton Argument van HVY (nrs. 19-23) blijkt dat HVY dat argument ook inderdaad als een beroep op art. 1 lid 7 ECT hebben opgevat.

4.2.7. Juist is dat de Russische Federatie het *unclean hands*-argument in de Statement of Defense niet heeft aangevoerd in het kader van haar beroep op art. 1 lid 6 of 1 lid 7 ECT. Door deze argumenten te combineren is de Russische Federatie echter niet getreden buiten de grenzen die zijn uitgezet in het Smit/Ruwa-arrest. Er is immers geen sprake van dat het *unclean hands*-argument een nieuw verweer was. HVY maken ook niet duidelijk in welk opzicht de goede procesorde zich zou verzetten tegen het combineren van bestaande argumenten, dan wel in hoeverre zij hierdoor onredelijk in haar verdediging zou worden geschaad.

4.2.8. Het beroep van HVY op strijd met art. 1052 lid 2 Rv slaagt niet.

4.3. (b) art. 1064 lid 5 Rv en het Bursa/Güris-arrest

4.3.1. HVY voeren voorts aan, dat het scheidsrecht de beschuldigingen van de Russische Federatie die gebaseerd waren op het *unclean hands*-argument, uitdrukkelijk in het dictum van de Final Award heeft verworpen en dat de Russische Federatie die beslissing in de dagvaarding die deze vernietigingsprocedure inleidde niet met enige vernietigingsgrond heeft bestreden. Dat de Russische Federatie dat voor het eerst in de memorie van antwoord doet is volgens HVY in strijd met het arrest HR 22 maart 2013,

ECLI:NL:HR:2013:BY8099 (Bursa/Güris). In dat arrest heeft de Hoge Raad volgens HVY uitgemakt dat beslissingen van het scheidsrecht die niet in de dagvaarding met een vernietigingsgrond zijn bestreden, niet later in de loop van het vernietigingsgeding alsnog kunnen worden bestreden.

4.3.2. De Russische Federatie heeft in de inleidende dagvaarding wel als vernietigingsgrond aangevoerd dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt (art. 1065 lid 1 onder a), maar in dat verband geen beroep gedaan op het *unclean hands* argument. De Russische Federatie heeft de in de memorie van antwoord (hoofdstuk III.B) genoemde achtentwintig onrechtmatigheden in de dagvaarding (nrs. 30 e.v.) wel als “achtergrondinformatie” naar voren gebracht en daarover gesteld:

“(…) dat de juridische gebreken rond de oprichting van Yukos niet een van de gronden vormt waarop de Russische Federatie de vernietiging van de Yukos Awards vordert.” (dagvaarding nr. 27)

4.3.3. In de conclusie van repliek heeft de Russische Federatie aangevoerd dat aan het scheidsrecht geen bevoegdheid toekwam, omdat HVY’s investeringen in strijd met de wet en de goede trouw zijn verkregen en omdat vaststaat dat HVY zich op grote schaal aan belastingontduiking schuldig hebben gemaakt (*unclean hands*) en dus niet beschermd worden door art. 1 lid 6 ECT. Tevens heeft de Russische Federatie in de conclusie van repliek aangevoerd dat de illegaliteit van HVY’s investering op grond van een fundamenteel beginsel van investeringsarbitrages in de weg staat aan bescherming op grond van de ECT en dat (ook) om die reden aan het scheidsrecht geen bevoegdheid toekwam. De Russische Federatie heeft daarbij verwezen naar de 28 gevallen van illegaal of malafide gedrag (repliek nr. 265). In de conclusie van dupliek hebben HVY met een beroep op het Bursa/Güris-arrest aangevoerd dat dit beroep tardief is, omdat dit in strijd is met het bepaalde in art. 1064 lid 5 Rv nu het *unclean hands*-argument zich richt tegen beslissingen van het scheidsrecht die de Russische Federatie niet heeft bestreden in de dagvaarding. De rechtbank is niet toegekomen aan een beoordeling van het *unclean hands*-argument of van de stelling van HVY dat dit argument te laat is aangevoerd.

4.3.4. In art. 1064 lid 5 Rv is bepaald dat alle gronden tot vernietiging op straffe van verval van het

recht daartoe in de dagvaarding moeten worden voorgedragen. De Hoge Raad heeft in zijn arrest HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003 (Breeders/Burshan) beslist dat met de in art. 1064 lid 5 Rv gebruikte woorden “gronden tot vernietiging” bedoeld is op de in art. 1065 lid 1 onder a tot en met e Rv vermelde gronden. Aan een in de dagvaarding opgenomen vernietigingsgrond mag later in het geding een nadere juridische of feitelijke uitwerking worden gegeven, mits dit niet in strijd komt met art. 130 Rv of met art. 1052 lid 2 Rv in verband met art. 1065 lid 2 Rv, aldus de Hoge Raad. Hieruit volgt dat het de Russische Federatie in beginsel is toegestaan het *unclean hands*-argument later dan in de dagvaarding aan te voeren ter onderbouwing van haar beroep op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage, mits dit niet in strijd komt met de goede procesorde of het bepaalde in art. 1052 lid 2 j° art. 1065 lid 2 Rv.

4.3.5. Het standpunt van HVY, dat doorslaggevend zou zijn dat de Russische Federatie de beslissing van het scheidsrecht (in het dictum van de Final Award) over het *unclean hands*-argument in de dagvaarding niet heeft bestreden, is onjuist. Het systeem van de wet gaat er van uit dat de vernietiging van een arbitraal vonnis wordt gevorderd op grond van een of meer van de in art. 1065 lid 1 Rv genoemde vernietigingsgronden. Het is niet vereist dat de partij, die vordert dat een arbitraal vonnis wordt vernietigd, in de dagvaarding ook (of in plaats daarvan) de specifieke beslissingen noemt die hij met de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv wil bestrijden. Hieraan doet niet af dat de Hoge Raad in het Bursa/Güris-arrest heeft beslist, dat indien een specifieke beslissing van het scheidsrecht (in dat geval omtrent de kosten van de arbitrage) in de dagvaarding met een bepaalde vernietigingsgrond is bestreden, het niet is toegestaan die beslissing in een later stadium van het geding tevens met een andere vernietigingsgrond te bestrijden, ook al werd die andere vernietigingsgrond in de dagvaarding wel ter bestrijding van een andere beslissing aangevoerd. Die specifieke situatie, waarbij later in het geding een nieuwe vernietigingsgrond in de zin van art. 1064 lid 5 Rv werd aangevoerd om een reeds in de dagvaarding met een andere vernietigingsgrond aangevochten arbitrale beslissing te bestrijden, doet zich in het onderhavige geval niet voor. Ook kan uit het Bursa/Güris-arrest, anders dan HVY bepleiten, niet als algemene regel worden afgeleid

dat waar tegen een specifieke arbitrale beslissing bij dagvaarding niet met zoveel woorden een vernietigingsgrond is voorgedragen, tegen die beslissing in de loop van het geding in het geheel geen vernietigingsgronden meer kunnen worden aangevoerd. De Russische Federatie heeft in de dagvaarding de bevoegdheid van het scheidsrecht bestreden met de vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1 onder a Rv. Op grond van het arrest inzake Breeders/Burshan mag die grond, binnen de hiervoor aangegeven grenzen, in een later stadium van het geding nader worden onderbouwd met nieuwe feitelijke of juridische argumenten, zoals met het *unclean hands*-argument. Anders dan HVY ook nog aanvoeren valt uit dat arrest niet af te leiden dat een dergelijke nadere onderbouwing uitsluitend is toegestaan in reactie op het verweer van de gedaagde of het vonnis van de rechtbank.

4.3.6. Voor zover HVY betogen dat het aanvoeren van het *unclean hands*-argument later dan in de dagvaarding de grenzen genoemd in het Breeders/Burshan-arrest overschrijdt, komt het hof daarop hierna terug voor zover het gaat om het bezwaar dat HVY baseren op art. 130 Rv. Daaruit blijkt dat dit bezwaar niet opgaat. Voor zover HVY aanvoeren dat sprake is van strijd met art. 1052 lid 2 Rv faalt dat betoog op grond van wat het hof hiervoor heeft overwogen.

4.3.7. Het beroep van HVY op art. 1064 lid 5 Rv slaagt dan ook niet.

4.4. (c) art. 130 Rv

4.4.1. HVY hebben hun stelling, dat het in strijd is met de goede procesorde dat het *unclean hands*-argument aan het partijdebat wordt toegevoegd, met de volgende argumenten onderbouwd: (i) de late eiswijziging is van zeer ingrijpende aard doordat geheel nieuwe onderwerpen ter discussie worden gesteld; dit is onacceptabel, ook omdat de Russische Federatie in dit geding wordt bijgestaan door in het arbitragerecht gespecialiseerde advocaten;

(ii) het toelaten van het *unclean hands*-argument zal leiden tot een zeer aanzienlijke en onredelijke vertraging van de procedure; het toelaten van het *unclean hands*-argument betekent behandeling van 13 getuigen- en expertverklaringen met 554 daarbij behorende producties, waarop HVY dan weer zouden moeten reageren, met het vooruitzicht van verder debat daarover;

(iii) door het *unclean hands*-argument eerst in haar memorie van antwoord aan te voeren, wordt HVY het recht ontnomen op een volledige beoordeling van de zaak in twee instanties en tracht de Russische Federatie te voorkomen dat HVY op dat argument in een volledige memorie kunnen reageren;

(iv) de Russische Federatie gaat volledig voorbij aan de waarborgen die binnen een strafrechtelijke procedure van toepassing zijn, zoals de onschuld-presumptie;

(v) de meeste handelingen waarop het *unclean hands*-argument berust zijn gepleegd door derden, die geen partij zijn in deze procedure;

(vi) de wijze waarop het *unclean hands*-argument in de memorie van antwoord is uiteengezet is ondeugdelijk, omdat dit argument berust op uitgebreide verwijzingen naar “nieuwe” getuigen- en expertverklaringen die op hun beurt weer naar ander materiaal verwijzen, terwijl deugdelijke stellingen in de memorie van antwoord zelf ontbreken.

4.4.2. Het hof stelt voorop dat, anders dan HVY stellen, het *unclean hands*-argument niet voor het eerst in de memorie van antwoord is aangevoerd maar in de conclusie van repliek (zie hiervoor onder 4.3.3). Dat de Russische Federatie dit onderwerp bewust heeft weggelaten uit het debat in eerste aanleg is dus niet juist. HVY hebben in eerste aanleg tegen de introductie van het *unclean hands*-argument geen bezwaar gemaakt op grond van art. 130 Rv. In art. 130 lid 1 Rv ligt besloten dat het bezwaar uiterlijk vóór het eindvonnis in de desbetreffende instantie aanhangig moet worden gemaakt, bij gebreke waarvan de rechtbank dient uit te gaan van de gewijzigde eis. Dit betekent dat HVY tegen het *unclean hands*-argument als zodanig niet voor het eerst in hoger beroep met vrucht bezwaar kunnen maken wegens strijd met de goede procesorde. Daaraan doet niet af dat HVY bij dupliek wel hebben aangevoerd dat het *unclean hands*-argument in strijd is met het bepaalde in art. 1064 lid 5 Rv. Een (gemotiveerd) bezwaar op grond van de goede procesorde bedoeld in art. 130 Rv valt daarin immers niet te lezen.

4.4.3. Daarnaast is het volgende van belang. Het bezwaar van HVY dat zij niet in de gelegenheid zullen zijn om adequaat op het *unclean hands*-argument te reageren slaagt niet. Aangezien het *unclean hands*-argument door de Russische Federatie voor het eerst in de conclusie van repliek

werd aangevoerd, hebben HVY daar in de conclusie van dupliek, bij pleidooi in eerste aanleg en in de memorie van grieven inhoudelijk op kunnen reageren. Van die mogelijkheid hebben zij ook gebruik gemaakt. Dit betekent dat HVY voldoende gelegenheid hebben gehad om te reageren op het *unclean hands*-argument, zoals dat door de Russische Federatie in de conclusie van repliek naar voren was gebracht en tijdens het pleidooi nader was toegelicht. Van strijd met de goede procesorde is in zoverre geen sprake.

4.4.4. Het hof begrijpt de stellingen van HVY zo, dat zij óók, en met name, aanvoeren dat de goede procesorde zich verzet tegen de *uitbreiding* die de Russische Federatie volgens HVY in de memorie van antwoord aan het *unclean hands*-argument heeft gegeven. Voor zover HVY zich in dit verband beroepen op de introductie van “geheel nieuwe onderwerpen” verwerpt het hof dat bezwaar. HVY hebben immers niet aangegeven op welke nieuwe onderwerpen zij het oog hebben. Voor zover HVY zich beroepen op het overleggen van nieuwe producties bij memorie van antwoord, spitst hun bezwaar zich kennelijk toe op het volgende:

(i) de Russische Federatie beroept zich op 13 getuigen- en expertverklaringen met 554 daarbij behorende producties, waarbij de materialen bij vier van deze 13 verklaringen reeds bijna 10.000 pagina's beslaan;

(ii) de Russische Federatie heeft aangekondigd nieuwe getuigen over dit onderwerp te willen aandragen, zal gebruik willen maken van een lopend strafrechtelijk onderzoek inzake Yukos, en wil door middel van een akte reageren op de akte waarin HVY zullen reageren op de bij memorie van antwoord overgelegde producties.

4.4.5. Het hof verwerpt dit bezwaar omdat HVY niet (voldoende gemotiveerd) heeft gesteld dat bij de hiervoor in 4.4.4 onder (i) bedoelde getuigen- en expertverklaringen en producties inderdaad sprake is van een verandering of vermeerdering van de eis of de gronden daarvan als bedoeld in art. 130 lid 1 Rv. Niet is gesteld of gebleken dat het bij die producties gaat om iets anders dan schriftelijk bewijs van stellingen (daaronder begrepen stellingen ten aanzien van internationaal of buitenlands recht) met betrekking tot het *unclean hands*-argument die de Russische Federatie reeds in eerste aanleg naar voren heeft gebracht. Daarbij moet bedacht worden dat de Russische Federatie reeds in eerste aanleg meerdere gevallen van on-

rechtmatig handelen van HVY had aangevoerd (repliek nr. 28) en een (algemeen) bewijsaanbod had gedaan. De meeste van deze stellingen lenen zich voor een uitvoerig feitelijk en juridisch debat, en zonodig bewijsoverlevering. Aan bewijsoverlevering zijn partijen in eerste aanleg niet toegekomen, maar dat wil niet zeggen dat de Russische Federatie haar eis (op ontoelaatbare wijze) vermeerderd indien zij in hoger beroep nader schriftelijk bewijs van haar stellingen in het geding brengt.

4.4.6. Voor zover het bezwaar zich richt tegen de omstandigheid dat de Russische Federatie heeft aangekondigd nieuwe getuigen over dit onderwerp te willen aandragen, gebruik zal willen maken van een lopend strafrechtelijk onderzoek inzake Yukos, en door middel van een akte wil reageren op de akte waarin HVY zullen reageren op de bij memorie van antwoord overgelegde producties, is dat bezwaar prematuur. Het hof kan bezwaarlijk oordelen over proceshandelingen die de Russische Federatie in de toekomst wellicht wel maar misschien ook niet zal verrichten. Overigens zal het hof, zoals aangekondigd in de brief van het hof van 23 januari 2017, nog over het verdere procesverloop na dit arrest beslissen, na partijen te hebben gehoord, waarbij de eisen van een goede procesorde leidend zullen zijn.

4.4.7. Ook is niet aannemelijk dat het overleggen van de bedoelde producties zal leiden tot een onredelijke vertraging van het geding. Gezien de zeer grote financiële belangen die in dit geding op het spel staan, de tien jaar die de arbitrage heeft geduurd, de complexiteit van de vraagstukken waarover partijen debatteren en de omvang van de processtukken (ook indien de bij memorie van antwoord overgelegde producties worden weggedacht), weegt een eventuele vertraging onvoldoende op tegen het belang van de Russische Federatie om datgene naar voren te brengen wat zij ter onderbouwing van haar vordering van belang acht. Dat de Russische Federatie wordt bijgestaan door in het arbitragerecht gespecialiseerde advocaten legt in dit verband onvoldoende gewicht in de schaal. De introductie van het *unclean hands*-argument bij repliek heeft ook niet in een onredelijk laat stadium van het geding plaatsgevonden. Daarbij is ook van belang dat de rechtbank weliswaar niet aan het *unclean hands*-argument is toegekomen, maar dat de devolutieve werking van het appel kan meebrengen dat het hof alsnog op dit argument moet beslissen, in welk kader ook bewijsoverlevering aan de orde zal

kunnen komen. Tegen die achtergrond is het niet evident dat er uiteindelijk (onredelijke) vertraging van het geding ontstaat indien reeds in dit stadium van het geding bewijsmateriaal in het geding wordt gebracht en bediscussieerd.

4.4.8. HVY voeren ook aan dat, doordat de Russische Federatie het *unclean hands*-argument eerst in haar memorie van antwoord aanvoert, HVY het recht wordt ontnomen op een volledige beoordeling van de zaak in twee instanties. Dit argument gaat reeds niet op omdat, zoals hiervoor is geconstateerd, het *unclean hands*-argument reeds bij repliek is aangevoerd. De rechtbank is aan het *unclean hands*-argument (en aan het daartegen door HVY aangetekende bezwaar) niet toegekomen, omdat de rechtbank de Yukos Awards reeds op een andere grond vernietigde. Indien het hof de tegen dit vonnis aangevoerde grieven gegrond zou achten zal het in verband met de devolutieve werking van het appel toekomen aan de andere door de Russische Federatie aangevoerde vernietigingsgronden, waaronder – aangezien zoals hierna zal worden geconcludeerd het bezwaar van HVY daartegen niet opgaat – het *unclean hands*-argument. Het hof zal de beslissing over dit argument niet naar de rechtbank mogen terugwijzen. Indien aan HVY aldus de mogelijkheid wordt onthouden over het *unclean hands*-argument (inclusief de daaraan volgens HVY in de memorie van antwoord gegeven uitbreiding) in twee instanties te procederen, is dat het gevolg van de devolutieve werking van het hoger beroep en het verbod van terugwijzing naar de rechtbank, niet van het feit dat de Russische Federatie dit argument te laat heeft aangevoerd. Dat het terugwijzingsverbod in voorkomend geval tot gevolg kan hebben dat over bepaalde geschilpunten niet in twee instanties wordt geprocedeerd, is een door de Hoge Raad aanvaarde consequentie van het systeem van hoger beroep.

4.4.9. Het beroep van HVY op strijd met de onschuldpresumptie gaat niet op. Dit geding strekt er niet toe dat aan één van partijen een punitieve sanctie wordt opgelegd. Het staat de Russische Federatie vrij datgene aan te voeren wat zij bij het bepleiten van haar standpunt wenselijk acht. Dat de handelingen waarop het *unclean hands*-argument berust gepleegd zouden zijn door derden, betekent niet dat het de Russische Federatie niet vrij zou staan aan te voeren dat die handelingen aan HVY moeten worden tegengeworpen. Van strijd met de goede procesorde is geen sprake.

4.4.10. HVY voert ten slotte aan dat de wijze waarop het *unclean hands*-argument in de memorie van antwoord is gepresenteerd ondeugdelijk is. Daarbij gaat het HVY kennelijk met name om de wijze waarop wordt verwezen naar bij de memorie van antwoord overgelegde getuigen- en expertverklaringen, en de manier waarop in die verklaringen weer wordt verwezen naar andere verklaringen en bronnen. HVY geven hiervan een paar voorbeelden (Akte houdende bezwaar nr. 139 met voetnoten 159-161). HVY zijn er echter niet in geslaagd aan te tonen dat het *unclean hands*-argument in zijn geheel onbegrijpelijk is gepresenteerd. Ook indien juist is dat de Russische Federatie mogelijk in een aantal gevallen haar argumenten op onduidelijke of ondeugdelijke wijze heeft gepresenteerd, brengt dat enkele feit nog niet mee dat het *unclean hands*-argument als zodanig in strijd met de goede procesorde is. HVY zullen op de gestelde onduidelijkheden in hun reactie op de producties kunnen wijzen en het hof zal aan een eventuele onduidelijkheid of onbegrijpelijkheid de consequenties kunnen verbinden die het passend acht.

4.4.11. De conclusie is dat geen sprake is van strijd met de goede procesorde in de zin van art. 130 Rv.

4.5. (d) afstand van recht en rechtsverwerking

4.5.1. HVY voert ten slotte aan dat de Russische Federatie afstand heeft gedaan van haar recht het *unclean hands*-argument aan te voeren ter ondersteuning van haar vordering tot vernietiging van de Yukos Awards, dan wel dat zij het recht daartoe heeft verwerkt.

4.5.2. Voor afstand van recht is beslissend of ondubbelzinnig blijkt dat het bewuste argument is prijsgegeven. In het onderhavige geval heeft de Russische Federatie in de inleidende dagvaarding onder 26 en 27 het volgende gesteld:

“II. ACHTERGRONDEN

26. In deel A van dit hoofdstuk wordt een korte beschrijving gegeven van (a) de omstandigheden rond de verwerving van de controle over Yukos door dezelfde Russische oligarchen – met name Michail Khodorkovski, Leonid Nevzlin, Vladimir Dubov en Platon Lebedev – die nu zeggenschap hebben over Eiseressen [bedoeld zijn HVY, hof] de zeggenschap over Yukos verkregen; (b) de belangrijkste kenmerken van de constructie van Yukos om belasting te ontduiken, welk constructie ten grondslag ligt aan het geschil tussen partijen en (c) de spanningen van de Russische auto-

riteiten om de aan Yukos opgelegde aanslagen voor vennootschapsbelasting en BTW te innen.

27. Bij het vaststellen van deze samenvatting is de Russische Federatie zich ervan bewust dat de Rechtbank, bij de beoordeling van de Yukos Awards, niet fungeert als een beroepsinstantie *en dat de juridische gebreken rond de oprichting van Yukos niet een van de gronden vormen waarop de Russische Federatie de vernietiging van de Yukos Awards vordert*. De Russische Federatie is echter van mening dat deze achtergrondinformatie nuttig kan zijn voor de Rechtbank om te begrijpen wat Eiseressen na die oprichting van Yukos allemaal hebben gedaan.” (onderstreping hof (gecuriveerd; red.))

4.5.3. Er is in de bewuste passage geen sprake van het ondubbelzinnig prijsgeven van het *unclean hands*-argument, en HVY mochten dat daar in redelijkheid ook niet uit afleiden. In die passage wordt gesteld dat dit argument niet een van de gronden vormt waarop de Russische Federatie vernietiging van de arbitrale vonnissen vordert. Er worden echter geen bewoordingen gebruikt waaruit in redelijkheid kan worden afgeleid dat de Russische Federatie tevens te kennen geeft dat zij dat argument in een later stadium van het geding niet alsnog zal gebruiken ter onderbouwing van haar stelling dat de arbitrale vonnissen dienen te worden vernietigd op (een van) de in art. 1065 lid 1 Rv genoemde gronden. Daarbij acht het hof mede van belang dat binnen de grenzen aangegeven in het arrest Breeders/Burshan (HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003) het toelaatbaar is dat een in de dagvaarding aangevoerde vernietigingsgrond later in het geding wordt uitgewerkt met nieuwe juridische en feitelijke stellingen. HVY hadden met die mogelijkheid rekening moeten houden. Verder acht het hof niet duidelijk wat in de aangehaalde passage bedoeld wordt met “juridische gebreken rond de oprichting van Yukos”. Het *unclean hands*-argument omvat immers aanzienlijk meer dan “juridische gebreken rond de oprichting van Yukos” (zie meer in het bijzonder de achtentwintig gevallen van onrechtmatig handelen, samengevat in de Final Award onder 1281-1310 en de stellingen in de inleidende dagvaarding onder 30 e.v.). Daar komt bij dat de gestelde onrechtmatige gedragingen waarop het *unclean hands*-argument rust, wel uitgebreid in de dagvaarding zijn uiteengezet als “achtergrond” die nuttig kan zijn voor de rechtbank. Een en ander betekent dat HVY uit deze passage in redelijk-

heid niet mochten afleiden dat de Russische Federatie afstand deed van het *unclean hands*-argument.

4.5.4. Het beroep op rechtsverwerking hebben HVY in wezen niet anders onderbouwd dan door verwijzing naar de hiervoor besproken passage uit de inleidende dagvaarding. Dat beroep faalt dan ook op dezelfde gronden als het beroep op afstand van recht. De bewuste, hiervoor geciteerde en onderstreepte mededeling van de Russische Federatie in de inleidende dagvaarding is op zichzelf onvoldoende om aan te nemen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de Russische Federatie in de replek alsnog een beroep doet op het *unclean hands*-argument. Daarbij is van belang dat niet kan worden aangenomen dat HVY in haar verdediging onevenredig is benadeeld doordat de Russische Federatie zich eerst bij replek op het *unclean hands*-argument heeft beroepen. Het hof verwijst naar hetgeen het hiervoor heeft overwogen naar aanleiding van HVY's beroep op art. 130 Rv.

4.5.5. Ook het bezwaar van HVY dat gegrond is op afstand van recht en rechtsverwerking faalt.

Conclusie ten aanzien van het unclean hands-argument

4.6. De conclusie is dat het bezwaar tegen het *unclean hands*-argument ongegrond is.

5. (II) bedrog gepleegd door HVY in de arbitrage

De stellingen met betrekking tot het bedrog in de arbitrage waartegen HVY bezwaar maken

5.1. HVY maken bezwaar tegen de volgende stellingen in de memorie van antwoord, alle er op neerkomend dat HVY in de arbitrages verhoud heeft dat de begunstigden van de trusts (die uiteindelijk de aandelen houden in HVY) eigendom van en zeggenschap over HVY hebben. Het bezwaar van HVY spitst zich toe op de volgende stellingen van de Russische Federatie:

(i) de Yukos Awards zijn in strijd met de openbare orde vanwege door HVY tijdens de arbitrage gepleegde fraude, bestaande uit het indienen van valse verklaringen en het achterhouden van documenten (memorie van antwoord hoofdstuk VI.I.G);

(ii) een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt, omdat HVY en hun aandelen in Yukos niet onder de bescherming van de ECT vallen (de ECT be-

schermt de investeringen van HVY niet omdat het uiteindelijk investeringen zijn van Russische staatsburgers in de Russische Federatie), immers (a) HVY zijn schijnvennootschappen die economisch eigendom zijn van en onder zeggenschap staan van Russische staatsburgers voor illegale doeleinden – de Russische Federatie beroept zich in dit verband mede op nieuwe documenten die sinds 2015 openbaar zijn gemaakt en (b) het misbruik door de Russische Oligarchen van de vennootschapsstructuur van HVY voor illegale doeleinden rechtvaardigt doorbraak van aansprakelijkheid om deze Russische staatsburgers achter HVY te onthullen (memorie van antwoord hoofdstuk IV.C onder b sub respectievelijk (i) en (iv));

(iii) HVY hebben, in strijd met de Procedural Order nr. 12 van 16 september 2011 in de arbitrage, nagelaten de documenten genoemd in de memorie van antwoord onder 637 onder (a) tot en met (d) over te leggen, alsmede de overeenkomst uit 2011 tussen GML Limited enerzijds en de bestuurders van de Stichting Administratiekantoor Yukos International en de Stichting Administratiekantoor Financial Performance Holdings anderzijds (omschreven in de memorie van antwoord onder 637 en 640), de nadere correspondentie over deze overeenkomst, en de notulen van vergaderingen van de organen van deze Stichtingen (genoemd in de memorie van antwoord onder 640) (memorie van antwoord hoofdstuk III.C).

5.2. De Russische Federatie heeft in de memorie van antwoord hoofdstuk VII.G (zie hiervoor onder 5.1 (i)) haar stelling dat HVY tijdens de arbitrage valse verklaringen heeft ingediend en documenten heeft achtergehouden als volgt nader onderbouwd:

(i) HVY hebben het scheidsgerecht voorgelogen door valse verklaringen in te dienen en documenten achter te houden die relevant zijn voor cruciale geschilpunten in de arbitrage, met name door keihard te beweren dat niet de Russische Oligarchen maar de trustees zeggenschap hadden over HVY (memorie van antwoord nr. 1197);

(ii) HVY verzwegen hun ware relatie met de Russische Oligarchen en de wijdverbreide criminaliteit waarmee hun vermeende investering in Yukos is doordrenkt, en zij schonden de Document Production Orders van het scheidsgerecht (memorie van antwoord nr. 1198 (a));

(iii) HVY hebben nagelaten de brief van GML Limited van 2011 en “responsieve documenten en mededelingen die vermoedelijk moeten bestaan” aangaande de deelneming van de Russische Oligarchen aan de besluitvorming binnen HVY met betrekking tot belangrijke zakelijke transacties te overleggen, zulks in strijd met een Document Production Order van het scheidsgerecht (memorie van antwoord nr. 1198 (b));

(iv) HVY hebben documenten achtergehouden over de volledige keten van transacties betreffende de aandelen Yukos, waardoor de directe band van HVY met de Russische Oligarchen en de illegale verwerving van de aandelen in Yukos door de Russische Oligarchen verhuld werd, zulks in strijd met een Document Production Order van het scheidsgerecht (memorie van antwoord nr. 1198 (c));

(v) HVY hebben onjuiste verklaringen afgelegd in de stukken die zij hebben ingediend bij het scheidsgerecht, door een scheiding tussen zichzelf en de Russische Oligarchen te bepleiten en de legaliteit van hun verwerving van aandelen in Yukos te beklemtonen, ondanks het feit dat uit documenten in hun bezit anders bleek, want de verkrijging van de aandelen was onwettig, ongeldig en dus nietig (memorie van antwoord nr. 1198 (d));

(vi) de Russische Oligarchen hebben geheime betalingen gedaan aan Andrei Illarionov, een van HVY's voornaamste getuigen in de arbitrage (memorie van antwoord nr. 1198 (e)).

De bezwaren van HVY met betrekking tot bedrog in de arbitrage

5.3. HVY maakt bezwaar tegen de hiervoor onder 5.1 onder (i), (ii) en (iii) bedoelde stellingen op de volgende drie gronden:

(a) de eiswijziging is in strijd met art. 1064 lid 5 Rv: de beslissingen van het scheidsgerecht omtrent eigendom en zeggenschap over HVY zijn in de inleidende dagvaarding niet door de Russische Federatie aangevochten en op grond van het Bursa/Güris-arrest (HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8099) kan dat niet alsnog in een later stadium van de procedure gebeuren;

(b) de eiswijziging is in strijd met art. 1068 Rv: de Russische Federatie had de herroepingsprocedure van art. 1068 Rv moeten instellen, althans haar eiswijziging moeten indienen binnen drie maanden nadat zij bekend was, of bekend hoorde te zijn, met de feiten die zij ten grondslag legt aan

haar stelling dat bedrog is gepleegd dan wel stukken zijn achtergehouden;

(c) de eiswijziging is in strijd met de eisen van een goede procesorde (art. 130 Rv).

Beoordeling van de bezwaren van HVY met betrekking tot bedrog in de arbitrage

5.4. Het hof ziet aanleiding eerst het hiervoor onder (b) genoemde bezwaar te behandelen.

5.5. In de memorie van antwoord hoofdstuk IV.C onder b sub (i) heeft de Russische Federatie geen nieuwe gevallen van fraude aangevoerd, maar slechts verwezen naar “nieuwe documenten” (nr. 665) die volgens haar door HVY in de arbitrage overgelegd hadden moeten worden, waarbij de Russische Federatie kennelijk doelt op de documenten die hiervoor zijn omschreven onder 5.1 sub (iii). In de memorie van antwoord hoofdstuk IV.C.(b) onder (iv) heeft de Russische Federatie voor zover het hof kan zien geen beroep gedaan op fraude of bedrog in de arbitrage. Het gaat dus om de stellingen omtrent bedrog en het achterhouden van stukken in de arbitrage als bedoeld onder 5.1 sub (i), zoals nader uitgewerkt onder 5.2, en 5.1 sub (iii) hiervoor.

5.6. HVY voeren terecht aan dat al deze stellingen, indien juist, gronden zouden kunnen opleveren om op grond van art. 1068 lid 1 Rv herroeping van een arbitraal vonnis te vorderen. Het verwijt dat HVY heeft nagelaten bepaalde stukken in het geding te brengen die voor de beslissing van het scheidsgerecht van belang waren geweest valt onder de herroepingsgrond van art. 1068 lid 1 onder c Rv. De verwijten dat HVY – kennelijk bedoelt de Russische Federatie: opzettelijk – valse en/of onjuiste verklaringen hebben afgelegd, de werkelijke stand van zaken hebben verzwegen dan wel een getuige op onoirbare wijze hebben beïnvloed, vallen onder de herroepingsgrond van art. 1068 lid 1 onder a Rv.

5.7. HVY voeren eveneens terecht aan dat deze verwijten alleen in een herroepingsprocedure op grond van art. 1068 Rv aan de orde kunnen worden gesteld en niet in een vernietigingsgeding als het onderhavige. Het rechtsgevolg van vernietiging wegens een van de gronden van art. 1065 lid 1 Rv en wegens herroeping zijn dezelfde (vgl. art. 1068 lid 3 Rv): de bevoegdheid van de gewone rechter herleeft, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Er zijn echter verschillen ten aanzien van de termijn waarbinnen de beide rechtsmiddelen moeten worden ingesteld en ten aanzien

van de bevoegde rechterlijke instantie. Indien meer dan drie maanden zijn verstreken nadat het arbitrale vonnis gezag van gewijsde heeft verkregen, kan herroeping nog worden gevorderd binnen drie maanden nadat het bedrog of de valsheid bekend is geworden of een partij de nieuwe stukken in handen heeft gekregen. Een dergelijke extra termijn ontbreekt voor het vernietigingsgeding. Een verschil ten opzichte van de vernietigingsprocedure is ook dat de vordering tot herroeping wordt aangebracht bij het gerechtshof dat bevoegd zou zijn in hoger beroep te oordelen over de vordering tot vernietiging bedoeld in art. 1064 Rv, terwijl de vernietigingsprocedure (in dit geval, waarop het oude recht van toepassing is) wordt ingesteld bij de rechtbank. De herroepingsprocedure kent dus maar één feitelijke instantie. Indien het mogelijk zou zijn vernietiging van het arbitrale vonnis te vorderen wegens een of meer van de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv op grond van de stelling dat de wederpartij tijdens de arbitrage bedrog heeft gepleegd of stukken heeft achtergehouden, zou hetzelfde resultaat kunnen worden bereikt als met een vordering tot herroeping, maar zouden zowel de genoemde termijn van drie maanden als de exclusieve bevoegdheid van het hof als enige feitelijke instantie langs een omweg kunnen worden ontgaan, bijvoorbeeld door in een bij de rechtbank aanhangige vernietigingsprocedure meer dan drie maanden na de ontdekking van het bedrog door middel van een eisvermeerdering, bedrog aan te voeren als nieuw argument voor een reeds in de dagvaarding gedaan beroep op art. 1065 lid onder e Rv. Een dergelijke consequentie is niet aanvaardbaar.

Conclusie ten aanzien van bedrog in de arbitrage

5.8. De conclusie is dan ook dat HVY's bezwaar tegen de stellingen van de Russische Federatie bedoeld onder 5.1 sub (i), nader uitgewerkt onder 5.2, en 5.1 sub (iii) hiervoor, gegrond is. Aan de bezwaren van HVY onder (a) en (c) (zie 5.3 hiervoor) komt het hof niet toe.

6. (III) art. 1 leden 6 en 7 ECT en de vraag of HVY's aandelen in Yukos als "Investering" in de zin van het zesde lid kunnen worden aangemerkt, en of HVY kunnen worden aangemerkt als "Investeerder" in de zin van het zevende lid

De stellingen van de Russische Federatie met betrekking tot art. 1 lid 6 en lid 7 ECT waartegen HVY bezwaar maken

6.1. Het bezwaar van HVY, zo begrijpt het hof, richt zich tegen de volgende stellingen van de Russische Federatie:

- (i) de stelling in de conclusie van repliek dat de aandelen van HVY in Yukos geen "Investering" zijn in de zin van art. 1 lid 6 ECT;
- (ii) de onderbouwing van stelling (i) in de memorie van antwoord met de argumenten (a) dat een injectie van buitenlands kapitaal vereist is om als "Investering" in de zin van de ECT te kwalificeren en (b) dat HVY geen "economische bijdrage in het gastland" heeft geleverd (memorie van antwoord IV.C onder b sub (iii));
- (iii) de stelling dat HVY en de Russische Oligarchen vereenzelvigd moeten worden (memorie van antwoord IV.C onder b sub (iv)) en dat HVY om die reden geen investeerders zijn in de zin van art. 1 lid 7 ECT.

De bezwaren van HVY tegen de stellingen met betrekking tot art. 1 lid 6 en art. 1 lid 7 ECT

6.2. De bezwaren van HVY tegen deze stellingen komen op het volgende neer:

- (a) de Russische Federatie heeft de beslissingen van het scheidsgerecht voor zover zij betrekking hadden op art. 1 lid 6 ECT, meer in het bijzonder de beslissing van het scheidsgerecht dat een injectie van buitenlands kapitaal niet is vereist om als Investering in de zin van de ECT te kwalificeren, in de dagvaarding niet gemotiveerd bestreden, zodat het in strijd is met art. 1064 lid 5 Rv en het Bursa/Güris-arrest dat zij die beslissing nadien alsnog bestrijdt; bovendien is dit in strijd met de eisen van een goede procesorde als bedoeld in art. 130 Rv;
- (b) het argument dat HVY geen "economische bijdrage in het gastland" heeft geleverd is (a) ontoelaatbaar op grond van art. 1052 lid 2 en art. 1065 lid 2 Rv, omdat de Russische Federatie die stelling in de arbitrage niet in haar Statement of Defense heeft betrokken, (b) in strijd met art. 1064 lid 5 Rv en het Bursa/Güris-arrest omdat die stelling niet in de inleidende dagvaarding is aan-

gevoerd, en (c) in strijd met de eisen van een goede procesorde als bedoeld in art. 130 Rv; (c) de stelling dat HVY en de Russische Oligarchen vereenzelvigd moeten worden is in strijd met art. 1064 lid 5 Rv en het Bursa/Güris-arrest omdat die stelling niet in de inleidende dagvaarding is aangevoerd.

Beoordeling van de bezwaren van HVY met betrekking tot art. 1 lid 6 en lid 7 ECT

6.3. De Russische Federatie heeft in de inleidende dagvaarding vernietiging van de Yukos Awards gevorderd met in de eerste plaats een beroep op art. 1065 lid 1 onder a Rv (een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt). De Russische Federatie heeft zich in dat kader onder meer gekeerd tegen de beslissing van het scheidsgerecht, dat de aandelen van HVY beschermd werden door de ECT (in de woorden van de Russische Federatie:) “uitsluitend” omdat HVY waren opgericht in Cyprus en de Isle of Man en “zij op papier houder waren van de relevante Yukos aandelen” (dagvaarding nr. 255). Aldus ook dagvaarding nr. 9, waar de Russische Federatie stelt dat het scheidsgerecht ten onrechte het bevoegdheidsverweer van de Russische Federatie gebaseerd op art. 1 leden 6 en 7 ECT heeft verworpen, waarin wordt bepaald welke investeerders en welke investering beschermd worden door de ECT. Volgens de Russische Federatie verwierp het scheidsgerecht dit verweer, ondanks het feit dat HVY schijnvennootschappen zijn die als front voor Russische onderdanen handelen.

In dat verband heeft de Russische Federatie in de dagvaarding nog het volgende aangevoerd:

(a) de (Russische) Oligarchen hebben met name geprobeerd om hun binnenlandse geschil met de Russische belastingdienst om te zetten in een internationale investeringsarbitrage door hun vorderingen in te laten stellen door HVY, zijnde drie offshore schijnvennootschappen die specifiek opgericht werden door de Oligarchen om de aandelen in Yukos te houden (nr. 5);

(b) het scheidsgerecht is uitgegaan van een al te letterlijke uitleg van de definitie van “Investering” in art. 1 lid 6 ECT (dagvaarding nr. 256, 263); ook elders in de dagvaarding heeft de Russische Federatie aangevoerd dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbrak omdat de aandelen van HVY niet beschermd worden door art. 1 lid 6 ECT (nr. 20 onder (b) en nr. 106 onder (b));

(c) het scheidsgerecht is onbevoegd uit hoofde van art. 1 leden 6 en 7 ECT, omdat de aandelen van HVY in Yukos niet beschermd worden door de ECT; de onderhavige zaak betreft een intern Russisch geschil, HVY zijn schijnvennootschappen, Russische onderdanen zijn de economische eigenaren van HVY, en dit is dan ook geen daadwerkelijk internationaal geval binnen het toepassingsgebied van de ECT maar een intern Russisch geschil tussen Russische onderdanen en de Russische Federatie; het scheidsgerecht is derhalve onbevoegd op grond van art. 26 ECT j° art. 1 leden 6 en 7 ECT (nr. 248);

(d) HVY zijn slechts schijnvennootschappen waarvan de economische eigendom en waarover de zeggenschap toekwam aan Russische onderdanen (opschrift voor nr. 257);

(e) voor zover HVY iets betaald hebben voor hun aandelen in Yukos, deden zij dat met financiële middelen die een Russische oorsprong hadden (nr. 258); HVY hebben geen buitenlands kapitaal geïnvesteerd op het grondgebied van de Russische Federatie (nr. 220);

(f) de ECT biedt geen bescherming aan investeringen gedaan door HVY in Yukos omdat deze investeringen werden gedaan door onderdanen van een verdragsluitende partij, op het grondgebied van en met middelen uit dezelfde verdragsluitende partij; investeringsverdragen zijn louter gericht op het bevorderen en beschermen van buitenlandse en niet van binnenlandse investeringen (nr. 262).

6.5. Uit het voorgaande volgt dat de Russische Federatie in de dagvaarding de beslissing van het scheidsgerecht ten aanzien van zijn bevoegdheid en de interpretatie van het scheidsgerecht van art. 1 lid 6 en lid 7 ECT heeft bestreden, dat de Russische Federatie ter ondersteuning van de door haar aangevoerde vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1 onder a Rv een beroep heeft gedaan op de stelling dat geen sprake was van een “Investering” of “Investeerders” in de zin van art. 1 lid 6 respectievelijk lid 7 ECT, omdat de middelen waarmee HVY de investering deden een binnenlandse (Russische) oorsprong hadden en HVY schijnvennootschappen zijn, zodat het hier in wezen ging om een investering van Russische onderdanen in de Russische Federatie en dus niet om een internationaal geval dat onder de werking valt van het ECT. In deze stellingen ligt onmiskenbaar besloten dat er geen sprake was van een injectie van buitenlands kapitaal. De stelling dat de Russische

Federatie haar beroep op art. 1 lid 6 en lid 7 ECT eerst bij repliek heeft gedaan en eerst in de memorie van antwoord heeft gemotiveerd is dus onjuist. Evenzeer is onjuist dat de Russische Federatie de beslissing van het scheidsgerecht omtrent de betekenis van art. 1 lid 6 en lid 7 ECT niet heeft aangevochten, waarbij nog moet worden opgemerkt dat HVY van een verkeerde rechtsopvatting uitgaan wanneer zij zich op het standpunt stellen dat steeds vereist is dat de partij, die vordert dat een arbitraal vonnis wordt vernietigd, in de inleidende dagvaarding gespecificeerde beslissingen van het scheidsgerecht in dat vonnis met bepaalde vernietigingsgronden bestrijdt (zie hiervoor onder 4.3.5).

6.6. HVY voeren ook aan dat de stelling van de Russische Federatie dat HVY geen “economische bijdrage in het gastland” hebben geleverd ontoelaatbaar is op grond van art. 1052 lid 2 en art. 1065 lid 2 Rv, omdat de Russische Federatie die stelling in de arbitrage niet in haar Statement of Defense heeft betrokken. Het hof zal er van uitgaan dat de Russische Federatie deze stelling niet (in deze bewoordingen) in de arbitrage heeft aangevoerd, omdat de Russische Federatie dit niet heeft bestreden. De vraag of het de Russische Federatie in dat geval vrijstaat die stelling voor het eerst in dit vernietigingsgeding aan te voeren moet worden beantwoord aan de hand van de criteria geformuleerd in het arrest Smit/Ruwa, hiervoor geciteerd onder 4.2.4. De bedoelde stelling ligt in wezen besloten in en in ieder geval in het verlengde van de stelling die de Russische Federatie wel in de arbitrage (en ook reeds in de Statement of Defense) heeft aangevoerd, te weten dat HVY geen buitenlandse investering hebben gedaan omdat enige investering in Yukos uit de Russische Federatie afkomstig was. Het ligt immers voor de hand dat een buitenlandse investering in het gastland in het algemeen ook enige economische bijdrage aan de economie van dat gastland zal leveren. Het is dus niet in strijd met art. 1052 lid 2 en art. 1065 lid 2 Rv dat de Russische Federatie deze stelling alsnog in dit geding naar voren brengt.

6.7. Het argument van HVY dat het aanvoeren van de bedoelde stelling in strijd is met de eisen van een goede procesorde, is niet onderbouwd en faalt reeds om die reden. Het valt bovendien niet in te zien waarom het aanvoeren van deze stelling, die zoals opgemerkt dicht aanligt tegen hetgeen al eerder in de arbitrage en in dit geding is gesteld,

de procespositie van HVY onredelijk zou benadelen of het geding onredelijk zou vertragen. Een en ander betekent dat evenmin sprake is van strijd met art. 1064 lid 5 Rv. Het staat de Russische Federatie immers vrij de in de dagvaarding aangevoerde vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1 onder a Rv in een later stadium van het geding met nieuwe juridische of feitelijke stellingen te onderbouwen (HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003 inzake Breeders/Burshan). De grenzen die aan deze vrijheid worden gesteld zijn, zoals uit het hiervoor opgemerkte blijkt, in dit geval niet overschreden.

6.8. HVY voeren ten slotte aan dat de stelling dat HVY en de Russische Oligarchen vereenzelvigd moeten worden in strijd is met art. 1064 lid 5 Rv en het Bursa/Güris-arrest, omdat die stelling niet in de inleidende dagvaarding is aangevoerd. Dit bezwaar gaat niet op. Immers de stelling in de dagvaarding dat HVY slechts schijnvennootschappen zijn waarvan de economische eigendom en waarover de zeggenschap berust bij Russische onderdanen (waarmee de Russische Federatie onmiskenbaar doelt op de Russische Oligarchen) kan moeilijk iets anders impliceren dan dat HVY en de Russische Oligarchen vereenzelvigd moeten worden, omdat HVY als schijnvennootschappen moeten worden weggedacht. Overigens geeft het bezwaar van HVY blijk van een onjuiste opvatting omtrent de reikwijdte van art. 1064 lid 5 Rv en het Bursa/Güris-arrest. Het hof verwijst naar hetgeen daarover eerder is overwogen.

Conclusie met betrekking tot art. 1 lid 6 en lid 7 ECT

6.9. De slotsom is dat de bezwaren gericht tegen de stellingen van de Russische Federatie bedoeld onder 6.1 niet slagen.

7. Conclusie; verder procesverloop

7.1. Het bezwaar van HVY tegen de stellingen van de Russische Federatie bedoeld onder 5.1 sub (i), nader uitgewerkt onder 5.2, en 5.1 sub (iii) hiervoor, is gegrond. Voor het overige is het bezwaar ongegrond. Bij de gevorderde verklaringen voor recht bestaat, voor zover die passen binnen de kaders van dit incident, geen belang.

7.2. Zoals het hof heeft aangekondigd in zijn brief van 23 januari 2017 en aan het slot van de pleidooien in het incident, zullen partijen thans in de gelegenheid worden gesteld zich uit te laten over het vervolg van de procedure. Uitgangspunt daar-

bij is, en dat is tussen partijen ook niet in geschil, dat HVY in ieder geval nog bij akte zullen mogen reageren op de bij memorie van antwoord overgelegde producties. Partijen zullen zich voorts kunnen uitlaten over de vraag of HVY tevens in de gelegenheid moeten worden gesteld om te reageren op (passages uit) de memorie van antwoord.

7.3. Partijen wordt verzocht zich tevens uit te laten over de vraag of het hof, ter vermijding van een onredelijke vertraging van het geding, dient te bepalen dat partijen vanaf een bepaald moment geen producties meer in het geding kunnen brengen tijdens de schriftelijke stukkenwisseling (onverminderd hun recht om producties bij pleidooi over te leggen).

7.4. Partijen wordt voorts verzocht zich uit te laten over de vraag wat een redelijke termijn is die partijen in acht moeten nemen voor het toezenden van producties voorafgaand aan het slotpleidooi.

7.5. Partijen wordt ten slotte verzocht hun voorstellen omtrent het verdere procesverloop van een indicatief tijdschema te voorzien tot en met de slotpleidooien. Het hof heeft er een voorkeur voor dat de slotpleidooien niet later dan juni 2019 worden gehouden.

7.6. Indien partijen gezamenlijk een voorstel doen voor het verdere procesverloop heeft dat de voorkeur, met dien verstande dat het hof een eigen verantwoordelijkheid heeft en zonodig van een dergelijk voorstel zal kunnen afwijken.

7.7. De zaak wordt voor akte uitlaten verwezen naar de rol, voor het eerst aan de zijde van HVY. De Russische Federatie zal hier vervolgens op mogen reageren. Het overleggen van producties bij deze aktes is niet toegestaan.

Beslissing

Het hof:

– verklaart het bezwaar van HVY tegen de stellingen van de Russische Federatie bedoeld onder 5.1 sub (i), nader uitgewerkt onder 5.2, en 5.1 sub (iii) hiervoor, gegrond;

– verklaart het bezwaar voor het overige ongegrond en wijst de dienovereenkomstige vorderingen van HVY af;

– verwijst de zaak naar de rol van 23 oktober 2018 voor akte uitlaten als bedoeld onder 7.7 van dit arrest, voor het eerst aan de zijde van HVY;

– reserveert de beslissing ten aanzien van de kosten van het incident tot het eindarrest;

– houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

Inleiding

1. Dit tussenarrest betreft het incident in het hoger beroep van de veelbesproken Yukos-zaak. Centraal staat het bezwaar van drie aandeelhouders in Yukos Oil Company (hierna “Yukos”), Hully Enterprises Limited, Veteran Petroleum Limited en Yukos Universal Limited (hierna tezamen aangeduid als “HVY”), tegen enkele door de Russische Federatie (hierna ook Rusland) in de memorie van antwoord aangedragen nieuwe feiten en stellingen. HVY beschouwen deze punten als ontoelaatbare eiswijzigingen (art. 353 jo. 130 Rv) en hebben enkele arbitragerechtelijke bezwaren. In deze noot beperk ik mij tot de bezwaren tegen de inroeping van het *unclean hands*-argument en stellingen betreffende het bedrog van HVY in de arbitrage, aangezien het arrest voor het overige weinig nieuws biedt (zie hiervoor r.o. 6.1-6.9 van het arrest). Ik licht twee aspecten uit: de vraag naar de grenzen van art. 1064 lid 5 en art. 1065 lid 2 jo. 1052 lid 2, in het licht van de door de Hoge Raad ontwikkelde jurisprudentie en de vraag of argumenten die een herroepingsgrond (art. 1068 Rv) behelzen, ook in een vernietigingsprocedure kunnen worden aangevoerd.

2. HVY waren (indirect) aandeelhouder in Yukos, een grote Russische olieproducent. Vanaf 2003 is de Russische belastingdienst overgegaan tot heffing van aanzienlijke bedragen aan belasting en tot het leggen van beslagen ten laste van Yukos wegens belastingontduiking. Yukos is in 2006 failliet verklaard. HVY maakten vervolgens elk afzonderlijk een arbitrageprocedure tegen de Russische Federatie aanhangig op basis van art. 26 Energiehandvest 1994 (the Energy Charter Treaty, hierna “ECT”), gevoerd volgens de UNCTRAL-arbitrageregels en geadmistreerd door het Permanente Hof van Arbitrage in Den Haag. Reden was onrechtmatige ontneming van hun investeringen in Yukos door Rusland. In 2014 veroordeelde het Nederlandse scheidsgerecht Rusland in drie *Final Awards* tot betaling van een fikse schadevergoeding aan HVY. De Rechtbank Den Haag vernietigde vervolgens in een gevoegde zaak de *Final Awards* en drie *Interim Awards* (waarin het merendeel van de opgeworpen bevoegdheids- en ontvankelijkheidskwesties waren afgedaan) wegens ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage (art. 1065 lid 1 sub a

Rv). De (voorlopige) toepassing van het ECT achtte de rechtbank in strijd met Russisch recht (Rb. 's-Gravenhage 20 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4229, *TvA* 2017/19, m.nt. De Brabandere, zie ook art. 45 ECT). De zaak is gewezen onder het arbitragerecht zoals dat vóór 2015 gold, omdat de arbitrage reeds voor inwerkingtreding van de nieuwe wet is afgerond (zie art. IV lid 2 Wijzigingswet in verband met de modernisering van het Arbitragerecht, *Stb.* 2014, 200; G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, Vierde boek, aant. 2b). Aangezien de in het geding zijnde bepalingen niet ingrijpend gewijzigd zijn, is deze uitspraak mede van belang voor het huidige recht.

Tijdigheid aanvoeren argumenten: het (wettelijk) kader

3. Art. 1064 lid 5 Rv (oud), thans art. 1064a lid 4 (nieuw) Rv, bepaalt dat alle gronden voor vernietiging, op straffe van verval van het recht daartoe, in de dagvaarding moeten worden voorgedragen. De term “vernietigingsgronden” duidt op de gronden genoemd in art. 1065 lid 1 Rv, niet ook op de onderbouwing daarvan (HR 27 maart 2009, *NJ* 2010/169 (*HPB/Burshan*), r.o. 4.3.3). Over de gedachte achter art. 1064 lid 5 Rv is in de Parlementaire Geschiedenis van het oude en nieuwe arbitragerecht niets geschreven. Blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad moet hiermee voorkomen worden dat in meerdere, achtereenvolgende procedures over de rechtsgeldigheid van het arbitrale vonnis wordt gesteggeld (HR 27 maart 2009, *NJ* 2010/169 (*HPB/Burshan*), r.o. 4.3.4; HR 27 maart 2009, *NJ* 2010/170, m.nt. Snijders (*Smit/Ruwa*), r.o. 3.4.1). Volgens Snijders ziet de bepaling tevens op de efficiëntie van de vernietigingsprocedure, doordat niet steeds nieuwe redenen om het arbitrale vonnis onderuit te halen, kunnen worden aangedragen (H.J. Snijders, annotatie bij HR 27 maart 2009, *NJ* 2010/170, sub 1b). Tegenover deze proceseconomische overwegingen staat het belang dat de rechter de zaak beslist op basis van een zo volledig mogelijk plaatje van de werkelijke situatie tussen de partijen en hij daarvoor dus zoveel mogelijk feiten dient mee te (kunnen) nemen (zie ook de conclusie van A-G Huydecoper bij HR 27 maart 2009, *NJ* 2010/170 (*Smit/Ruwa*), sub 10 e.v.). De Hoge Raad onderkent dit: gedurende de vernietigingsprocedure kunnen nieuwe feitelijke of juridische stellingen worden aangedragen ter

onderbouwing van reeds (tijdig) ingeroepen vernietigingsgronden. Immers, soms kan (pas) naar aanleiding van de verdere wisseling van argumenten het belang van een nieuw argument aan het licht komen. De ruimte voor nadere onderbouwing wordt echter begrensd door de regels van (algemeen) burgerlijk procesrecht, in het bijzonder art. 130 Rv (eiswijziging) en door regels van arbitragerecht die bepalen op welk moment een vernietigingsgrond moet worden ingeroepen (HR 27 maart 2009, *NJ* 2010/169 (*HPB/Burshan*), r.o. 4.3.4). In het HPB/Burshan-arrest ging het om art. 1065 lid 2 jo. 1052 lid 2 Rv, maar aan te nemen is dat ook art. 1065 lid 3-4 en art. 1052 lid 3 Rv tot deze categorie behoren. Art. 1065 lid 2 jo. 1052 lid 2 Rv bepalen dat een partij een beroep op onbevoegdheid van het scheidsgerecht wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst vóór alle weren in de arbitrage dient te doen. De bepalingen beogen over de bevoegdheidskwestie in een vroeg stadium van het geding een oordeel te verkrijgen zodat geen onnodige proceshandelingen worden verricht indien in een latere vernietigingsprocedure alsnog wordt geoordeeld dat het scheidsgerecht niet bevoegd was. Of een nadere onderbouwing van reeds aangevoerde vernietigingsgronden toelaatbaar is, moet per concreet geval worden beoordeeld. Daarbij kan onder meer gewicht worden toegekend aan (i) de mate waarin de aangevoerde stellingen aansluiten bij eerder opgeworpen punten, (ii) de reden dat de stellingen niet eerder zijn aangevoerd en (iii) of de partij in kwestie werd bijgestaan door een advocaat (HR 27 maart 2009, *NJ* 2010/169 (*HPB/Burshan*), r.o. 4.3.4; HR 27 maart 2009, *NJ* 2010/170, m.nt. Snijders (*Smit/Ruwa*), r.o. 3.4.2). Uitruil van vernietigingsgronden in de zin dat een vernietigingsgrond die in de dagvaarding is ingeroepen tegen beslissing A in een later stadium van de vernietigingsprocedure wordt ingeroepen tegen beslissing B is *niet* toegestaan, ongeacht of tegen beslissing B reeds in de dagvaarding een andere vernietigingsgrond was gericht (HR 22 maart 2013, *NJ* 2013/189 (*Bursa/Güris*), r.o. 3.4.2).

Tijdigheid aanvoeren argumenten: het unclean hands-argument

4. Rusland betoogt in de memorie van antwoord dat HVY zélf onrechtmatig hebben gehandeld ten aanzien van het verrichten en consolideren van hun investeringen in Yukos, zodat zij niet worden

beschermde door het ECT en een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt (art. 1065 lid 1 sub a Rv). De onrechtmatigheid betrof fraude, omkoping en samenzwering om de Yukos aandelen te verkrijgen en belastingontduiking door het oprichten van schijnvennootschappen (HVY). HVY verzetten zich (tevergeefs) tegen de inroeping van het argument met een beroep op het samenspel van art. 1064 lid 5 (oud), 1065 lid 2 jo. 1052 lid 2 en 130 Rv. Ik laat de bezwaren in het kader van art. 130 Rv en afstand van recht buiten beschouwing, aangezien het arrest op die punten weinig nieuws biedt (zie r.o. 4.4-4.6).

5. Wat betreft art. 1065 lid 2 jo. 1052 lid 2 Rv voeren HVY aan dat het *unclean hands*-argument weliswaar in een vergelijkbare vorm in de arbitrage gehanteerd was ten aanzien van de *ontvankelijkheid* van de vernietigingsvordering, maar niet specifiek in het kader van de bevoegdheid van het scheidsgerecht. In de visie van HVY had Rusland het argument in de arbitrage al moeten koppelen aan het beroep op het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst. Het hof overweegt dat Rusland de vernietigingsgrond ex. art. 1065 lid 1 sub a Rv tijdig had ingeroepen. Ten aanzien van de vraag of nadere onderbouwing mogelijk is, overweegt het hof dat het *unclean hands*-argument op min of meer gelijke wijze in het kader van de ontvankelijkheid werd gebezigd en dat het daarmee toelaatbaar is (r.o. 4.2.5-4.2.7 van het arrest). Het hof past aldus de gevestigde jurisprudentie toe en hanteert daarbij de opvatting dat hoe meer een later aangedragen stelling in de lijn van het reeds gevoerde betoog ligt, hoe eerder het toegelaten is het in een later stadium aan te dragen (zoals bepleit door H.J. Snijders, annotatie bij HR 27 maart 2009, NJ 2010/170, sub 1e. Zie anders: B.C. Punt, annotatie bij HR 27 maart 2009, TvA 2009/50, sub 16 e.v.). Opvallend is dat het hof niet in gaat op de overige twee factoren uit het *Smit/Ruwa*-arrest. Hier lijkt enige rangschikking in naar voren te komen: pas als het nieuwe argument minder in de lijn der verwachting lag, wordt naar de overige factoren gekeken (zie ook H.J. Snijders, 'Ontwikkelingen in het Nederlandse arbitragerecht (2007-2013)', TPR 2014/2, p. 943-944). Hierbij komt dat het scheidsgerecht "the objections to *jurisdiction and/or admissibility*" in de *Final Awards* had verworpen (cursivering CLS). Het scheidsgerecht vatte het argument kennelijk zo op dat het zowel ten aanzien van de bevoegdheid als de ontvanke-

lijkheid kon worden aangevoerd. Ook in dit licht valt niet goed in te zien dat HVY in hun belang zouden zijn geschaad bij toelating van het argument in het kader van het beroep op art. 1065 lid 1 sub a Rv. Op basis van het arrest kan geconcludeerd worden dat het voor de nadere onderbouwing van het beroep op een vernietigingsgrond niet uitmaakt dat het argument reeds in het kader van een ander verweer is ingeroepen, zolang de vernietigingsgrond tijdig is ingeroepen.

6. HVY voeren voorts aan dat Rusland zich in de dagvaarding niet met een vernietigingsgrond had verzet tegen de (specifieke) beslissing van het scheidsgerecht om het *unclean hands*-argument te verwerpen. Dit zou in strijd zijn met art. 1064 lid 5 (oud) Rv en het Bursa/Güris-arrest, omdat het niet is toegestaan later in de vernietigingsprocedure een vernietigingsgrond tegen een specifieke beslissing te richten indien die beslissing in de dagvaarding in het geheel niet is bestreden (r.o. 4.3.1 van het arrest). Het hof overweegt dat de wet niet eist dat bij elke aangevoerde grond ex. art. 1065 lid 1 Rv ook de specifieke beslissing wordt genoemd waartegen hij is gericht. Daarnaast volgt uit het Bursa/Güris-arrest niet dat indien een beslissing in de dagvaarding niet is bestreden, daartegen later geen vernietigingsgrond kan worden aangevoerd (r.o. 4.3.4-4.3.5 van het arrest). Aangezien Rusland de vernietigingsgrond ex. art. 1065 lid 1 sub a Rv in de dagvaarding had aangevoerd, faalt ook dit bezwaar. Een reeds aangevoerde vernietigingsgrond kan dus later (in het kader van nadere onderbouwing) tegen een nog niet genoemde specifieke beslissing worden gericht, uiteraard met inachtneming van art. 1065 lid 2-4 of art. 130 Rv. Dit is nieuw en roept vragen op naar de betekenis van het Bursa/Güris-arrest. Mijns inziens betrof dat een specifiek geval waarin vernietigingsgronden werden uitgeruild, hetgeen in wezen neerkomt op het niet tijdig aandragen van een nieuwe vernietigingsgrond. Als een vernietigingsgrond reeds aan een bepaalde beslissing is gekoppeld, dan zal de wederpartij haar verweer daarop inrichten. Indien daarna gronden worden uitgewisseld, moet de wederpartij haar verweer geheel opnieuw opzetten. Dit kan de efficiëntie van de procedure niet ten goede komen en zou daarmee in strijd zijn met de gedachte achter art. 1064 lid 5 (oud) Rv. In het onderhavige arrest is eerder sprake van nadere onderbouwing van een ingeroepen vernietigingsgrond, hetgeen in prin-

cipe is toegestaan om eventuele omissies te ondervangen en niet steeds aan de efficiëntie van de procedure hoeft te tornen. Gelet op het voorgaande is de formulering van de dagvaarding van cruciaal belang: tegen een met een vernietigingsgrond bestreden specifieke beslissing mogen geen nadere gronden worden gericht, terwijl een breder opgezette vordering in principe wél nader mag worden “uitgebreid” met een specifieke beslissing. Dat wringt wel ergens en een verheldering van de Hoge Raad op dit punt zou fraai zijn.

Verhouding vernietigings- en herroepingsprocedure

7. Wat betreft de stellingen die zien op door HVY in de arbitrage gepleegd bedrog – afleggen van valse verklaringen en achterhouden van documenten – voeren HVY aan dat de argumenten niet ter staving van de vernietigingsgrond ex. art. 1065 lid 1 sub e Rv (in hoger beroep) kunnen worden aangedragen (zie r.o. 5.1 (i), 5.1 (iii) en 5.2 van het arrest). Het beroep van HVY op rechtsverwerking laat ik buiten beschouwing. Ik beperk mij tot de verhouding tussen art. 1065 en 1068 Rv. HVY betogen dat de door Rusland aangedragen omstandigheden neerkomen op bedrog als bedoeld in art. 1068 lid 1 sub a en c Rv en uitsluitend in een herroepingsprocedure thuishoren. Het hof verklaart het bezwaar gegrond, omdat het toelaten van dergelijke nieuwe stellingen bij eisenwijziging in een vernietigingsprocedure tot de onwenselijke consequentie zou leiden dat de termijn voor het indienen van een herroepingsvordering en de exclusieve bevoegdheid van het hof zouden worden omzeild (r.o. 5.6 van het arrest). De herroepingsvordering kan onder het arbitragerecht van vóór 2015 worden ingesteld drie maanden: na nederlegging van het vonnis ter griffie, na betekening van het verlot tot tenuitvoerlegging van het vonnis of nadat het bedrog bekend is geworden of een partij de nieuwe stukken in handen heeft gekregen (art. 1068 lid 2 (oud) jo. 1064 lid 3 (oud) Rv. Zie hierover: P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 209 (kritisch); H.J. Sniijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 370). De herroepingsprocedure wordt gestart bij het hof (art. 1068 lid 2 Rv), terwijl de vernietigingsprocedure onder het oude recht bij de rechtbank aanhangig wordt gemaakt en dus in twee feitelijke instanties kan worden gevoerd.

Onder het huidige recht verliest het argument aangaande de omzeiling van de exclusieve bevoegdheid van het hof aan kracht (zie art. 1064a lid 1 (nieuw) Rv). Het argument ten aanzien van de *termijnen* blijft wel overeind. De onder het oude recht opgenomen verwijzing naar art. 1064 lid 3 (oud) Rv is komen te vervallen, zodat thans één termijn geldt voor het indienen van een herroepingsvordering: drie maanden na bekendheid met de feiten die aanleiding zijn tot herroeping (art. 1068 lid 2 (nieuw) Rv). De termijn kan op verschillende momenten aanvagen, afhankelijk van de herroepingsgrond (G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1068, aant. 4b). Door argumenten die neerkomen op bedrog toe te laten, bestaat het risico dat de vernietigingsprocedure gebruikt wordt als verkapt herroepingsprocedure. Daarbij komt dat hoewel beide figuren leiden tot vernietiging van het arbitrale vonnis, zij verschillende situaties betreffen. Zo zien de herroepingsgronden op het handelen van één der partijen tijdens de arbitrage, terwijl dat bij de vernietigingsgronden niet het geval is. Daarnaast komt bedrog in principe na afloop van de procedure aan het licht, hetgeen bij de vernietigingsgronden niet steeds het geval hoeft te zijn (zie H.J. Sniijders, *Nederlands arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 591-592; G.J. Meijer, *T&C Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1068, aant. 3d). Aan te nemen is dat de procedures naast elkaar kunnen worden gevoerd, maar wel op de (verschillende) grondslagen waarvoor zij geschreven zijn (H.J. Sniijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 595. Dit was aan de orde in de Benetton-zaak: HR 21 maart 1997, *NJ* 1998/206 en *NJ* 1998/207, m.nt. Sniijders).

Tot slot

8. De Yukos-zaak is voorlopig nog niet klaar, mede gelet op de grote belangen van beide partijen en de complexiteit van de achterliggende feiten en juridische problematiek. Dit tussenarrest vormt een toepassing van de gevestigde jurisprudentie over de tijdigheid van het aanvoeren van (argumenten ter staving van) een vernietigingsgrond, met enkele toevoegingen. Het arrest roept ook nieuwe vragen op, met name naar de betekenis van het Bursa/Güris-arrest en het aandragen van specifieke beslissingen in de dagvaarding voor de vernietigingsprocedure. Veel komt aan op de formulering van de dagvaarding. Aanbeveling verdient om daarin zo breed moge-

lijk in te zetten op de vernietigingsgronden. Op basis van dit arrest hoeven daarbij niet de specifieke beslissingen waartegen de gronden zijn gericht te worden genoemd. Vanuit proceseconomisch perspectief is het wel verstandig om zo breed mogelijk tegen de beslissingen van het scheidsgerecht te ageren (zie ook H.J. Sniijders, *Nederlands Arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 2018, p. 544). Het arrest stelt daarnaast een grens aan het invoeren van argumenten die een grond voor herroeping kunnen vormen in de vernietigingsprocedure. Een partij die zich tegen het arbitrale vonnis wenst te verzetten dient dan ook goed voor ogen te houden welke procedure de aangewezen route is, gelet op de grond(en) waarop zij het arbitrale vonnis wenst aan te vechten.

mr. C.L. Schleijsen
docent burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en promovenda op het gebied van de aansprakelijkheid van de arbiter, verbonden aan het Onderzoekcentrum voor Onderneming en Recht (OO&R)

10

Na gedeeltelijke betaling in kort geding vermindering van na conservatoir beslag gestelde bankgarantie afdwongen

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam
12 juli 2018, nr. C/13/648118/KG ZA 18-477
MV/MV, ECLI:NL:RBAMS:2018:5813
(mr. Van der Veen)
Noot mr. E.L.A. van Emden

Vermindering bankgarantie.

[Rv art. 705; BW art. 6:248]

Kort geding over vermindering van gestelde bankgarantie. Welke maatstaf dient de rechter te hanteren: die van art. 705 Rv of die van art. 6:248 BW? De voorzieningenrechter kiest, zonder veel motivering, voor art. 6:248 BW.

De naamloze vennootschap *Vion NV* te Best, eiseres,
advocaat: mr. D.J.J. Folgering te 's-Hertogenbosch,

tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Proquire BV* te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat: mr. K. Rutten te Utrecht.

Partijen zullen hierna *Vion* en *Proquire* worden genoemd.

1. De procedure
(...; red.)

2. De feiten

2.1. Op 2 juli 2014 is tussen partijen een overeenkomst gesloten. Over de uitvoering van deze overeenkomst is een geschil ontstaan.

2.2. Op 28 augustus 2015 heeft *Proquire* de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland (locatie Utrecht) verzocht conservatoir beslag te leggen ten laste van *Vion*. Diezelfde dag heeft de voorzieningenrechter het gevraagde verlot verleend. De vordering is hierbij, inclusief rente en kosten, begroot op € 2.495.000,=.

2.3. Op 27 november 2015 heeft de ABN AMRO Bank N.V. (hierna ABN AMRO) een zogenoemde beslaggarantie ter hoogte van € 2.495.000,= afgegeven. *Proquire* is de begunstigde, *Vion* is de debiteur. Na afgifte van deze garantie is het conservatoire beslag opgeheven.

2.4. In artikel 5 van de garantie is het volgende opgenomen: “Deze bankgarantie geldt voor een termijn van 1 jaar na ondertekening van deze garantie en zal telkenmale automatisch worden verlengd met een zelfde termijn zolang het geschil tussen Debiteur en Begunstigde niet definitief is beslecht door een schikking of door een vonnis in kracht van gewijsde, hetgeen de Bank zal blijken uit een schriftelijke verklaring van een in Nederland ingeschreven advocaat, waarin wordt verklaard dat de Vordering is beslecht door schikking of door een vonnis in kracht van gewijsde, in welk geval deze garantie zal komen te vervallen 1 maand na de datum van de betreffende schikking danwel het betreffende vonnis.”

2.5. *Proquire* is tegen *Vion* een bodemprocedure gestart bij de rechtbank Oost-Brabant (locatie 's-Hertogenbosch). Zij heeft onder meer betaling gevorderd van € 2.100.000,=. Op 29 november 2017 is een vonnis gewezen. Hierin is *Vion* onder meer veroordeeld tot betaling aan *Proquire* van het bedrag van € 1.608.751,23, te vermeerderen