

2 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1809 (*Sanderink/Van Egten*), r.o. 3.13 ((...)) Voor toepassing van art. 611d Rv is namelijk alleen plaats als niet meer inspanning en zorgvuldigheid mag worden verwacht dan de veroordeelde aan de dag heeft gelegd. Van [appellant] mocht juist wél meer worden verwacht. Juist nu [appellant] kon weten dat hij van de medewerking van Quote afhankelijk was voor de verwijdering van het artikel, had hij meer en vaker kunnen aandringen op verwijdering en, zo nodig, een procedure daartoe kunnen instellen. Hij heeft het echter gelaten bij twee e-mailberichten. Dat is onvoldoende) en hof Arnhem-Leeuwarden 2 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1810 (*Sanderink/Van Egten*), r.o. 3.8 (Naar het oordeel van het hof heeft [appellant] door het sturen van deze brief voldaan aan zijn verplichting om Quote tot verwijdering van de Verklaring te bewegen. Het was vervolgens aan Quote de juiste actie te ondernemen om daarvoor daadwerkelijk te zorgen. Dat Quote kennelijk niet volledig aan de sommatie van [appellant] heeft voldaan door niet ook de op de website opgenomen URL te verwijderen, komt niet zonder meer voor rekening van [appellant]. Het verschuldigd zijn van dwangsommen is namelijk niet rechtstreeks afhankelijk van de vraag of het resultaat van de inspanningen, verwijdering van de Verklaring, al dan niet is bereikt. De dwangsom is erop gericht om zoveel mogelijk te verzekeren dat [appellant] zoveel moeite doet als redelijkerwijs mogelijk is om dat resultaat te bewerkstelligen. Alleen daarop kan de pressie van dit dwangmiddel gericht zijn en voor de verschuldigdheid van dwangsommen is beslissend of [appellant] aan die verplichting heeft voldaan. Anders schiet de dwangsomveroordeling haar doel voorbij).

12. Overigens moet worden bedacht dat uit BenGH 29 april 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD4245, NJ 2008/309 (*Pet Center/Schouten*) blijkt dat de rechter slechts onder bijzondere omstandigheden de in art. 611d Rv bedoelde maatregelen mag weigeren als de veroordeelde zich erop beroept dat de onmogelijkheid het gevolg is van een eigen gebrek aan zorgvuldigheid daterend van vóór de veroordeling. Het betekent dat de rechter bij de oorspronkelijke beslissing moet oordelen over de vraag of er sprake is van onmogelijkheid. Is dit het geval dan zal geen veroordeling op verbeurte van een dwangsom worden uitgesproken. Is dat niet het geval dan zal er een veroordeling

volgen en nodig een dwangsom worden opgelegd. Rijst naderhand de vraag of er sprake is van een tijdelijke of blijvende onmogelijkheid in de zin van art. 611d Rv, dan moet als uitgangspunt dit argument zelfstandig worden beoordeeld zonder dat naar de oorspronkelijke veroordeling wordt gekeken. In dat geval kon Pet Center niet worden verweten dat zij nalatig was geweest en dat de stambomen al eerder had kunnen worden opgevraagd.

13. Zie over de door de Hoge Raad beoordeelde rechtsvraag ook Asser-Steneker, Deventer 2019, nr. 699; M.B. Beekhoven van den Boezem, *De dwangsom in het burgerlijk recht*, prft. RU Groningen 2007, par. 6.2 en par. 16.5.73; J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en gebod*, Deventer 2019, par. 4.2 en A.W. Jongbloed, *De privaatrechtelijke dwangsom*, Nijmegen 2015, par 6.6 en par. 11.4 e.v.

prof. mr. A.W. Jongbloed
hoogleraar executie- en beslagrecht Molengraaff
instituut voor privaatrecht Universiteit Utrecht

10

Verzoek tot schorsing tenuitvoerlegging arbitrale vonnissen hangende cassatieberoep

Hoge Raad
4 december 2020, nr. 20/01892,
ECLI:NL:HR:2020:1952
(mr. Van den Brink, mr. Van Buchem-Spaspens, mr. Wattendorff)
(Concl. A-G Vlas)
Noot mr. C.L. Schleijsen

Arbitrage. Verzoek tot schorsing tenuitvoerlegging arbitrale vonnissen hangende cassatieberoep. Verzoek tot zekerheidstelling.

[Rv art. 1066 (oud)]

Bij de beslissing op een schorsingsverzoek op de voet van art. 1066 lid 2 (oud) Rv moet de rechter zich een voorlopig oordeel vormen over de vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis en daarnaast de belangen van partijen afwegen. Bij

de vorming van dit voorlopig oordeel zal de rechter ervan moeten uitgaan dat de vernietigingsvordering alleen kan slagen indien zich een vernietigingsgrond als bedoeld in art. 1065 (oud) Rv voordoet. Indien in de vernietigingsprocedure de rechter in de voorgaande instantie reeds een oordeel heeft gegeven over de vordering tot vernietiging, dan dient de schorsingsrechter met het eerdere oordeel rekening te houden. Indien de vordering tot vernietiging in eerdere instantie is afgewezen, dan dient de rechter meer terughoudendheid te betrachten dan in een geval waarin door de rechter in de vernietigingsprocedure nog niet is beslist. In geval het schorsingsverzoek hangende het cassatieberoep in de vernietigingsprocedure wordt gedaan, dan zal de Hoge Raad zich een voorlopig oordeel moeten vormen over de vraag of de in cassatie tegen het oordeel van het hof gerichte klachten, mede gelet op de aan de controle in cassatie verbonden beperkingen, tot vernietiging van het (een van de) arrest(en) van het hof zullen leiden. Ook moet de Hoge Raad zich een voorlopig oordeel vormen over de vraag of het slagen van een of meer van de cassatieklachten tot een andere uitkomst in de vernietigingsprocedure zal leiden.

De Russische Federatie te Moskou, Rusland, verzoekster, hierna: de Russische Federatie, advocaten: R.S. Meijer en R.R. Verkerk, tegen

1. Hulley Enterprises Limited te Nicosia, Cyprus, 2. Veteran Petroleum Limited te Nicosia, Cyprus, 3. Yukos Universal Limited te Douglas, Isle of Man, verweersters,

hierna: HVY en afzonderlijk ook Hulley, VPL en YUL, advocaten: T. Cohen Jehoram, J. de Bie Leuveling Tjeenk en B.M.H. Fleuren.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Vlas)

1. Inleiding

1.1. Bij beschikking van 25 september 2020 heeft de Hoge Raad zich bevoegd verklaard kennis te nemen van het op art. 1066 lid 2 (oud) Rv gegronde verzoek van de Russische Federatie tot schorsing van de tenuitvoerlegging van drie afzonderlijke arbitrale beslissingen ('Final Awards') en van het op art. 1066 lid 5 (oud) Rv gegronde subsidiai-

re verzoek tot het stellen van zekerheid.¹ De Hoge Raad heeft ten aanzien van deze verzoeken HVY in de gelegenheid gesteld bij verweerschrift te reageren en iedere verdere beslissing aangehouden. HVY hebben op 9 oktober 2020 een verweerschrift ingediend. Op 30 oktober 2020 hebben de Russische Federatie en HVY hun standpunten mondeling toegelicht, gevolgd door mondelinge re- en dupliek.

1.2. In deze conclusie bespreek ik de vraag of het verzoek van de Russische Federatie tot schorsing van de tenuitvoerlegging resp. het subsidiaire verzoek tot zekerheidstelling, kan worden toegewezen.

1.3. Vooraf merk ik op dat deze zaak nog door het oude arbitragerecht wordt beheerst, dat wil zeggen door de artikelen 1064 e.v. Rv zoals die golden tot aan de invoering van de Wet modernisering Arbitragerecht op 1 januari 2015.² In deze conclusie wordt, tenzij anders vermeld, telkens verwezen naar het oude recht.

2. Feiten en procesverloop

2.1. Met het oog op de inhoudelijke behandeling van de verzoeken van de Russische Federatie kan, kort samengevat, van de volgende feiten worden uitgegaan.³

2.2. HVY zijn, althans waren, aandeelhouder in Yukos Oil Company (hierna: Yukos), een in de Russische Federatie gevestigde oliemaatschappij, die op 1 augustus 2006 in Rusland failliet is verklaard en op 21 november 2007 uit het Russische handelsregister is geschrapt.

*2.3. HVY hebben in 2004 een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen de Russische Federatie op de voet van art. 26 van de *Energy Charter Treaty* (hierna: ECT).⁴ Zij hebben gesteld dat de*

¹ ECLI:NL:HR:2020:1511, NJ 2020/360.

² Wet van 2 juni 2014, Stb. 2014, 200. Het overgangrecht is geregeld in art. IV van die wet.

³ De weergave van de feiten is ontleend aan rov. 2.2-2.6 van het eindarrest van het hof Den Haag van 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234. Zie ook rov. 2.2 van de beschikking van de Hoge Raad van 25 september 2020, alsmede nr. 2.2-2.9 van mijn conclusie vóór die beschikking (ECLI:NL:PHR:2020:796).

⁴ Verdrag inzake het Energiehandvest, met Bijlagen, gesloten te Lissabon op 17 december 1994, Trb. 1995, 108 (Engelse en Franse teksten, met correcties in Trb. 1995, 250), Trb. 1995, 250 (Nederlandse vertaling). Voor Nederland is dit verdrag in werking sedert

Russische Federatie in strijd met de ECT hun investeringen in Yukos heeft onteigend en heeft nagelaten deze investeringen te beschermen. HVY hebben gevorderd dat de Russische Federatie veroordeeld wordt schadevergoeding te betalen. De plaats van de arbitrage was Den Haag.

2.4. Het ingevolge het UNCITRAL-arbitragereglement benoemde Scheidsgerecht (hierna: 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.

2.5. In drie afzonderlijke *Final Awards* van 18 juli 2014 heeft het Scheidsgerecht 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. Het Scheidsgerecht heeft, kort gezegd, geoordeeld dat de Russische Federatie door het nemen van een aantal belasting- en invorderingsmaatregelen jegens Yukos, heeft aangestuurd op het faillissement van Yukos met geen ander doel dan de uitschakeling van de heer Mikhail Khodorkovsky, de *chairman* van Yukos en één van haar aandeelhouders, als potentiële politieke tegenstander van president Poetin en het verwerven van de activa van Yukos.

2.6. 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 (hierna gezamenlijk: de Yukos Awards) zal vernietigen. Deze

drie zaken zijn op vordering van de Russische Federatie door de rechtbank gevoegd.

2.7. 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 bij het hof Den Haag.

2.8. Bij tussenarrest van 25 september 2018 heeft het hof een aantal preliminaire bezwaren van HVY tegen de behandeling van bepaalde stellingen van de Russische Federatie beoordeeld.⁵ Het gaat onder meer (voor zover thans nog van belang) om de stelling van de Russische Federatie dat HVY in de arbitrageprocedure fraude zouden hebben gepleegd, bestaande in het indienen van valse verklaringen en het achterhouden van documenten (rov. 5.1-5.2). HVY hebben hier tegen bezwaar gemaakt, onder meer op de grond dat het bedrog aan de orde had moeten worden gesteld in een aparte procedure tot herroeping op de voet van art. 1068 Rv (rov. 5.3 onder (b)).

2.9. Het hof heeft het bezwaar van HVY gehonoreerd. Daartoe heeft het hof, kort samengevat, overwogen dat het beweerdelijke bedrog alleen in een herroepingsprocedure op de voet van art. 1068 Rv aan de orde kan worden gesteld, en niet (alsnog) in een procedure tot vernietiging op grond van art. 1065 Rv. Beide procedures resulteren weliswaar in vernietiging van het arbitrale vonnis, maar zij kennen verschillende termijnen en verschillende bevoegde rechterlijke instanties. Een herroepingsprocedure kan binnen drie maanden na ontdekking van het bedrog aanhangig worden gemaakt, ook als reeds meer dan drie maanden zijn verstreken nadat het arbitrale vonnis gezag van gewijsde heeft gekregen. De herroepingsprocedure kent verder slechts één feitelijke instantie (het gerechtshof). Zowel de geldende termijnen als deze exclusieve bevoegdheid van het gerechtshof zouden worden omzeild indien gesteld bedrog (door middel van een eisvermeerdering) alsnog in de vernietigingsprocedure zou kunnen worden voorgelegd. Een dergelijke consequentie is niet aanvaardbaar (rov. 5.7).

2.10. Bij tussenarrest van 18 december 2018 heeft het hof enkele beslissingen genomen over het verdere verloop van de procedure.⁶

16 april 1998, voor de Russische Federatie geldt de voorlopige toepassing sedert 17 december 1994.

5 ECLI:NL:GHDHA:2018:2476.

6 ECLI:NL:GHDHA:2018:3437.

2.11. Bij eindarrest van 18 februari 2020 (hierna: het eindarrest) heeft het hof de zaak inhoudelijk behandeld.⁷ Gezien het voorlopige karakter van de beoordeling in deze schorsingsprocedure, volsta ik met een beknopte samenvatting van de relevante onderdelen.

2.12. HVY heeft onder meer grieven gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat het Scheidsgerecht onbevoegd was, omdat art. 26 ECT – dat arbitrage mogelijk maakt – in strijd is met het Russische recht.

2.13. Het hof heeft beoordeeld of tussen partijen een geldige arbitrageovereenkomst tot stand is gekomen (art. 1065 lid 1, onder a, Rv) en overwogen dat dit afhangt van de uitleg van art. 26 en 45 ECT in het licht van het recht van de Russische Federatie (rov. 3.1.2). Het standpunt van de Russische Federatie komt er, kort gezegd, op neer dat zij de ECT wel heeft ondertekend, maar nooit heeft bekrachtigd. Art. 45 lid 1 ECT staat weliswaar toe dat iedere partij die de ECT heeft ondertekend dit ‘voorlopig’ toepast, maar enkel ‘to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations’ (hierna: de *Limitation Clause*). Volgens de Russische Federatie is de arbitragebepaling van art. 26 ECT in strijd met de Russische Grondwet en met meerdere wettelijke bepalingen die inhouden dat geschillen van publiekrechtelijke aard niet arbitraal zijn.

2.14. HVY hebben zich primair op het standpunt gesteld dat het bij uitleg van art. 26 ECT erom gaat of het *beginsel* van voorlopige verdragstoepassing in strijd is met Russisch recht. In hoger beroep hebben HVY, subsidiair, betoogd dat het erom gaat of *voorlopige toepassing* van een of meer bepalingen van de ECT onverenigbaar is met het recht van een verdragsstaat, en niet om de vraag of een specifieke bepaling van de ECT met dat recht in strijd is (rov. 3.3.2 en 4.2.2).

2.15. Het hof heeft in rov. 4.4.3-4.4.7 overwogen, dat het zijn oordeel mag baseren op dit subsidiaire standpunt van HVY over de uitleg van art. 26 ECT, ondanks dat dit in de arbitrageprocedure niet naar voren is gebracht, en het Scheidsgerecht zijn bevoegdheid dus niet daarop heeft gebaseerd. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat een arbitraal vonnis moet worden vernietigd omdat het Scheidsgerecht op onjuiste gronden bevoegdheid

heeft aangenomen, terwijl de overheidsrechter van oordeel is dat het Scheidsgerecht op andere gronden wel bevoegd was. Dit is in strijd met het beginsel dat de overheidsrechter op dit punt het laatste woord heeft.

2.16. Vervolgens heeft het hof het subsidiaire standpunt van HVY beoordeeld en gegrond bevonden (rov. 4.5.8-4.5.48). In rov. 4.5.48 is het hof tot de slotsom gekomen, dat de *Limitation Clause* aldus moet worden uitgelegd, dat een onderteekende staat die niet de verklaring als bedoeld in art. 45 lid 2 (a) ECT heeft afgelegd, gehouden is de ECT voorlopig toe te passen, behoudens voor zover voorlopige toepassing van een of meer bepalingen van de ECT strijdig is met nationaal recht in die zin, dat de wet- of regelgeving van die staat voorlopige toepassing van een verdrag voor bepaalde (soorten of categorieën van) verdragsbepalingen uitsluit. Volgens het hof is niet gebleken, dat voorlopige toepassing van art. 26 ECT in strijd is met Russisch recht (rov. 4.6.1). Het hof heeft ten overvloede onderzocht of, uitgaande van de uitleg die de Russische Federatie aan de *Limitation Clause* geeft, art. 26 ECT met bepalingen van Russisch recht in conflict komt (art. 4.6.2-4.7.65). Het hof heeft die vraag ontkennend beantwoord.

2.17. Volgens het hof zijn de grieven van HVY dus deels gegrond en kan de door de rechtbank gegeven motivering haar oordeel dat geen geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen, niet dragen (rov. 4.9.1). Op grond van de devolutieve werking van het hoger beroep heeft het hof nagegaan of de andere stellingen gegrond zijn die de Russische Federatie heeft aangevoerd om te betogen dat het Scheidsgerecht onbevoegd is. Het betreft de stellingen die betrekking hebben op (i) de uitleg van art. 1 lid 6 en 7 ECT (de begrippen ‘investering’ en ‘investeerder’), (ii) de uitleg van art. 1 lid 6 en 7 ECT (legaliteit van de investeringen), (iii) de door de Russische Federatie genomen belastingmaatregelen die een legitieme uitoefening van de bevoegdheid van de Russische Federatie zijn en die vallen onder het bereik van art. 21 lid 1 ECT.

(i) *Uitleg van art. 1 lid 6 en 7 ECT (investering en investeerder)*

2.18. De Russische Federatie heeft aangevoerd dat niet is voldaan aan het vereiste van art. 26 ECT dat sprake is van een ‘investment’ (investering) in de zin van art. 1 lid 6 ECT en dat HVY geen ‘investors’ (investeerders) zijn in de zin van art. 1 lid

7 ECLI:NL:GHDHA:2020:234.

7 ECT, omdat zij slechts schijnvennootschappen zijn die economisch eigendom zijn en onder zeggenschap staan van Russische staatsburgers. Ook is geen buitenlands, maar Russisch kapitaal geïnvesteerd (rov. 3.3.2 en 5.1.3).

2.19. Het hof is in rov. 5.1.7.3 tot het oordeel gekomen dat van een investering in de zin van art. 26 ECT sprake is wanneer een rechtspersoon die volgens het recht van de ene verdragsluitende staat is opgericht een investering doet in een andere verdragsluitende staat. Om de nationaliteit van een investeerder te bepalen is in de ECT gekozen voor 'het recht van het land volgens de wetten waarvan de investeerder is georganiseerd'. De opstellers van de ECT hebben geen nadere eisen willen stellen aan het internationale karakter van de investeringen. De ECT vereist dus niet dat de investeerder een daadwerkelijke band heeft met het land volgens de wetten waarvan zij is georganiseerd (rov. 5.7.1.2). Voorts volgt uit art. 17 ECT niet dat investeringen als door HVY gedaan buiten de bescherming van de ECT vallen, omdat zij zogenaamde 'U-bochtinvesteringen' zouden zijn (rov. 5.1.8.1 e.v.).

(ii) Uitleg van art. 1 lid 6 en 7 ECT (legaliteit van de investeringen)

2.20. Het hof heeft het standpunt van de Russische Federatie beoordeeld dat de ECT geen bescherming biedt aan investeringen die in strijd met het recht van het gastland zijn gedaan (rov. 3.2.3 en 5.1.11.1). Volgens het hof is in art. 1 lid 6 ECT geen legaliteits eis opgenomen. Het is niet vereist dat een investering moet zijn gedaan in overeenstemming met het recht van het gastland. Ook voor de toegang tot arbitrage als bedoeld in art. 26 ECT bevat de tekst van de ECT op dit punt geen beperkingen (rov. 5.1.11.5). Het hof heeft overwogen dat het beroep van de Russische Federatie op art. 1 lid 6 en 7 ECT faalt.

(iii) Belastingmaatregelen (art. 21 ECT)

2.21. Het hof heeft overwogen dat art. 21 ECT geen verwijzingen bevat naar de bevoegdheid van arbiters, maar enkel bepaalt dat de ECT geen rechten verleent of verplichtingen oplegt met betrekking tot belastingmaatregelen. De bevoegdheid van het Scheidsgerecht wordt uitsluitend bepaald door art. 26 ECT. Volgens het hof is aan de voorwaarden van art. 26 ECT voldaan, zodat het bepaalde in art. 21 lid 1 ECT niet tot de conclusie kan leiden dat het Scheidsgerecht onbevoegd zou

zijn indien zich een situatie voordoet die door art. 21 lid 1 ECT wordt bestreken (rov. 5.2.5). Het hof heeft verder overwogen dat art. 21 lid 1 ECT uitsluitend ziet op *bona fide* belastingmaatregelen. Het Scheidsgerecht heeft geconcludeerd dat van een *bona fide* belastingheffing geen sprake was, omdat de door de Russische Federatie genomen maatregelen niet uitsluitend bedoeld waren om belasting te innen, maar veeleer om het faillissement van Yukos uit te lokken en Khodorkovsky uit de politieke arena te verwijderen (rov. 5.2.15 en 5.2.16).

2.22. Het hof heeft geconcludeerd dat alle gronden die de Russische Federatie heeft aangevoerd om te betogen dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt, die gevolgtrekking niet kunnen dragen, zodat er geen aanleiding bestaat de Yukos Awards te vernietigen op de voet van art. 1065, lid 1, onder a, Rv (5.3.1).

2.23. Het hof heeft vervolgens in rov. 6.1 e.v. de stellingen besproken die de Russische Federatie heeft aangevoerd in verband met de vernietigingsgrond van schending van de opdracht (art. 1065 lid 1, onder c, Rv): (a) niet-naleving van art. 21 lid 5 ECT, (b) vaststelling van de schadevergoeding door het Scheidsgerecht, (c) het Scheidsgerecht heeft beslist door te gissen en buiten de rechtsstrijd te treden, (d) de rol van de assistent in het Scheidsgerecht, en (e) het ontbreken van motivering.

(a) Schending van opdracht (art. 1065 lid 1, onder c, Rv) door niet-naleving van art. 21 lid 5 ECT

2.24. In rov. 6.3.1 heeft het hof de stelling besproken dat het Scheidsgerecht in strijd met art. 21 lid 5 ECT heeft nagelaten om het geschil aan de relevante bevoegde belastingautoriteiten voor te leggen. Volgens het hof is dit verzuim niet voldoende ernstig om vernietiging van het arbitrale vonnis te rechtvaardigen, omdat niet aannemelijk is geworden dat de Russische Federatie daarvan enig na-deel heeft ondervonden (rov. 6.3.2). Volgens het hof moet worden aangenomen dat de Russische Federatie tijdens de uitvoerige behandeling van het geschil door het Scheidsgerecht alle relevante informatie naar voren heeft gebracht of heeft kunnen brengen die het Scheidsgerecht ook zou hebben kunnen verkrijgen door de Russische belastingautoriteiten om advies te vragen. Niet goed valt in te zien welke aanvullende informatie het Scheidsgerecht van de Russische belastingautoriteiten had kunnen verkrijgen die tot een ander

oordeel over de 'toerekening van inkomsten van lege handelsmaatschappijen (...) aan Yukos' had kunnen leiden (rov. 6.3.3).

2.25. De Russische Federatie heeft nog aangevoerd dat het geschil ook aan de belastingautoriteiten van Cyprus en het Verenigd Koninkrijk had moeten worden voorgelegd. Volgens het hof gaat deze stelling niet op, omdat art. 21 lid 5 ECT slechts voorschrijft dat advies aan de 'relevant competent tax authority' moet worden gevraagd indien het gaat om de vraag 'whether a tax constitutes an expropriation'. HVY hebben echter niet aangevoerd dat belastingmaatregelen van Cyprus of het Verenigd Koninkrijk een onteigening inhouden (rov. 6.3.4). Voorts heeft het hof overwogen dat de handelwijze van het Scheidsgerecht niet in strijd is met het prognoseverbod, zoals betoogd door de Russische Federatie (rov. 6.3.5).

(b) Vaststelling schadevergoeding

2.26. Het hof heeft in rov. 6.4.1-6.4.27 uitvoerig aandacht besteed aan de stelling van de Russische Federatie dat het Scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden door een schadevergoeding toe te kennen op basis van een eigen nieuwe en uiterst gebrekkige berekeningsmethode, die afweek van het partijdebat en waarover partijen niet zijn gehoord, zodat sprake is van een verrassingsbeslissing. Het hof heeft geconcludeerd dat van een verrassingsbeslissing geen sprake is (rov. 6.4.23) en dat de wijze waarop het Scheidsgerecht de schadevergoeding heeft bepaald, geen schending van de opdracht van het Scheidsgerecht vormt.

(c) Beslissen door te gissen en te treden buiten de rechtsstrijd

2.27. Het hof heeft in rov. 6.5.1-6.5.15 de stelling van de Russische Federatie beoordeeld dat het Scheidsgerecht zich voor zijn beslissing heeft gebaseerd op eigen speculaties over wat de Russische Federatie in een fictief scenario mogelijk zou hebben gedaan in plaats van op wat zij daadwerkelijk heeft gedaan. Het hof is tot de slotsom gekomen dat de argumenten van de Russische Federatie geen hout snijden en dat het Scheidsgerecht in dit opzicht zijn opdracht niet heeft geschonden noch heeft verzuimd een steekhoudende motivering voor zijn oordeel te geven. Ook is geen sprake van schending van de openbare orde (rov. 6.5.15).

(d) De rol van de assistent in het Scheidsgerecht

2.28. In rov. 6.6.1-6.6.15 heeft het hof het betoog van de Russische Federatie besproken dat de Yukos Awards moeten worden vernietigd wegens de onevenredig grote betrokkenheid van de assistent van het scheidsgerecht Martin Valasek bij het concipiëren daarvan (rov. 6.6.1). Volgens de Russische Federatie levert deze betrokkenheid strijd op met het beginsel dat de arbiters de hun opgedragen taak persoonlijk moeten vervullen, zodat het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (art. 1065 lid 1, onder c, Rv). Daarnaast zou door de betrokkenheid van Valasek in feite sprake zijn van een 'vierde arbiter', zodat het Scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regels is samengesteld (art. 1065 lid 1, onder b, Rv).

2.29. Het hof heeft dit betoog verworpen. Het hof heeft veronderstellenderwijs aangenomen dat Valasek grote bijdragen heeft geleverd aan het concipiëren van delen van de tekst (rov. 6.6.5), maar dit betekent niet dat hij zelfstandig beslissingen heeft genomen die tot de wezenlijke taak van de arbiters behoren (rov. 6.6.10). Uit het feit dat de Final Awards door de drie arbiters zijn ondertekend, volgt dat zij die hebben gewezen, zodat geen sprake is van een even aantal arbiters (rov. 6.6.13). Als veronderstellenderwijs wordt uitgegaan van de juistheid van de stelling van de Russische Federatie dat Valasek enkel als assistent en contactpersoon is geïntroduceerd, kan worden geconstateerd dat het Scheidsgerecht heeft verzuimd partijen op dit punt volledig in te lichten over de aard van de werkzaamheden van Valasek. Dit levert in de gegeven omstandigheden echter geen zodanige ernstige schending van de opdracht op dat dit moet leiden tot vernietiging van de arbitrale vonnissen (rov. 6.6.14.2).

(e) Het ontbreken van motivering

2.30. Het hof heeft in rov. 8.4.1-8.4.17 het betoog van de Russische Federatie besproken dat de arbitrale vonnissen ondeugdelijk zijn gemotiveerd (art. 1065 lid 1, onder d, Rv) waar het gaat om de stelling van de Russische Federatie dat Yukos' Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen waren. Het Scheidsgerecht is tot de slotsom gekomen dat hiervoor in 'het omvangrijke dossier' geen bewijs is te vinden, waarbij het gaat om het dossier dat voorlag in de fiscale procedures die Yukos in Rusland heeft gevoerd. Volgens het hof gaat het om ontbreken van bewijs in

dat dossier en zijn de talrijke verwijzingen van de Russische Federatie naar bewijsmateriaal dat zij in de arbitrageprocedure heeft overgelegd dus niet relevant (rov. 8.4.13). Het hof heeft geconcludeerd dat de klacht over de motivering van het oordeel dat geen bewijs is geleverd dat de Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen zijn, faalt (rov. 8.4.17).

2.31. Het hof is tot de slotsom gekomen dat de grieven van HVY in ieder geval deels slagen en het Scheidsgerecht bevoegd was om van de vorderingen van HVY kennis te nemen en daarop te beslissen. De overige door de Russische Federatie aangedragen vernietigingsgronden kunnen niet tot vernietiging van de Yukos Awards leiden (rov. 10.1). Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van de Russische Federatie afgewezen (rov. 10.3 en dictum).

2.32. De Russische Federatie heeft beroep in cassatie ingesteld tegen het tussenarrest van 25 september 2018 en het eindarrest. HVY hebben verweer gevoerd. Een datum voor mondeling pleidooi is bepaald op 5 februari 2021. Deze zaak is bij de Hoge Raad aanhangig onder zaaknummer 20/01595.

2.33. Zoals in de Inleiding van deze conclusie is vermeld, heeft de Russische Federatie in het kader van haar cassatieberoep een verzoekschrift ingediend tot (onder meer) schorsing van de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards en tot het bevelen van zekerheidstelling door HVY (hierna kortheidshalve: 'het schorsingsverzoek'). HVY hebben verweer gevoerd en geconcludeerd tot niet-ontvankelijkverklaring van de Russische Federatie in dit verzoek, omdat de Hoge Raad niet bevoegd zou zijn hiervan kennis te nemen. Bij de reeds vermelde beschikking van 25 september 2020 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat hij hier toe bevoegd is.

2.34. De Russische Federatie heeft in haar verzoekschrift de Hoge Raad het volgende verzocht: 'A. bij wijze van voorlopige schorsingsmaatregel: aan HVY te bevelen, gezamenlijk en afzonderlijk, om onmiddellijk alle reeds lopende en alle toekomstige tenuitvoerleggingsmaatregelen met betrekking tot de Yukos Awards te schorsen totdat de Hoge Raad een beslissing zal hebben gegeven op het schorsingsverzoek op de voet van art. 1066 Rv onder B.

tenzij HVY, gezamenlijk en afzonderlijk, zich reeds uitdrukkelijk en ondubbelzinnig tot zo'n

voorlopige schorsing, schriftelijk in het Engels en het Nederlands, hebben verbonden, om geen tenuitvoerleggingsmaatregel voort te zetten of te beginnen totdat de Hoge Raad zal hebben beslist over het onderhavige schorsingsverzoek, zoals vermeld onder B. hierna;

B. in het schorsingsverzoek ex art. 1066 Rv:

(i) om de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards te schorsen totdat over de vordering tot vernietiging onherroepelijk is beslist, zulks met ingang van het aan de Nederlandse advocaten van HVY bekend maken van het honoreren van dit schorsingsverzoek door de Hoge Raad, mits die bekendmaking binnen vijf werkdagen wordt gevolgd door een op verzoek van de Russische Federatie aan deze advocaten uit te brengen deурwaardersexploot;

(ii) HVY te bevelen, gezamenlijk en afzonderlijk, om iedere lopende tenuitvoerleggingsmaatregel te stoppen en geen nieuwe tenuitvoerleggingsmaatregel ten aanzien van de Yukos Awards te beginnen, zodra de Hoge Raad dit schorsingsverzoek heeft gehonoreerd en zulks heeft medege-deeld aan de advocaten van HVY, zulks onder dezelfde voorwaarden van een exploit als hierboven onder B.(i), slot, genoemd.

Ad A en B, op straffe van een door HVY, gezamenlijk en afzonderlijk te verbeuren dwangsom van € 5 miljard per keer en – cumulatief – van € 5 miljard per (gedeelte van een) dag dat HVY, of een of meer van hen afzonderlijk, in gebreke zullen komen of blijven ten aanzien van de hierboven onder A. en B. verzochte bevelen;

C. *subsidiar*, indien dit schorsingsverzoek ex art. 1066 Rv zou worden afgewezen,

(i) HVY te bevelen, gezamenlijk en afzonderlijk, zulks ingevolge art. 1066 lid 5, 2e volzin, Rv om zekerheid te stellen in de vorm van een door een eersteklas internationale bank te verstrekken garantie, gebaseerd op de criteria van art. 6:51 lid 2 BW, ter dekking van het restitutierisico en van aanvullende schade van de Russische Federatie, vermeerderd met rente en kosten, indien HVY dan wel een of meer van hen zouden voortgaan met de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards, indien vervolgens de arresten van het hof zullen worden vernietigd en/of deze Yukos Awards zelf vernietigd zullen worden, en

(ii) te bepalen dat HVY, gezamenlijk en afzonderlijk, op geen enkele wijze mogen doorgaan met of beginnen aan het ten uitvoer leggen van de Yukos Awards totdat de hierboven bedoelde zekerheid

aan de Russische Federatie zal zijn verstrekt, zulks op straffe van een, gezamenlijk en afzonderlijk, te verbeuren dwangsom van € 5 miljard per keer en – cumulatief – van € 5 miljard per (gedeelte van een) dag te betalen aan de Russische Federatie, dat HYY of een of meer van hen enige daad van tenuitvoerlegging van de Yukos Awards zouden verrichten, zonder dat de onder C.(i) hierboven bedoelde zekerheid al zal zijn verstrekt aan de Russische Federatie.’

2.35. HVY heeft zich bij verweerschrift van 9 oktober 2020 over het schorsingsverzoek uitgelaten en primair verzocht de verzoeken van de Russische Federatie af te wijzen. Subsidiair heeft zij verzocht het schorsingsverzoek af te wijzen, en ‘(i) HVY te bevelen iedere door hen ten behoeve van executie maatregelen – gebaseerd op de Arbitrale Vonnissen – aangezochte deurwaarder te instrueren een eventueel verkregen executieopbrengst op de derdengeldenrekening van de desbetreffende deurwaarder te laten staan totdat de Nederlandse rechter bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak heeft beslist over de vernietigingsvorderingen van de Russische Federatie (het “Depot”), waarna het saldo op deze derdengeldenrekening na een beslissing van de Nederlandse rechter tot vernietiging die in kracht van gewijsde is gegaan wordt geretourneerd aan de Russische Federatie, en na een beslissing van de Nederlandse rechter tot afwijzing van de vernietigingsvorderingen die in kracht van gewijsde is gegaan, aan HVY wordt uitgekeerd, en (ii) te bepalen dat HVY de kosten zullen dragen van het Depot, inclusief het aanvullen van de executieopbrengst voor het bedrag van eventuele negatieve rente over het saldo op deze derdengeldenrekening.

Meer subsidiair indien het (voorlopige) schorsingsverzoek zou worden toegewezen, aan die toewijzing als voorwaarde te verbinden een bevel dat de Russische Federatie binnen 14 dagen na de uitspraak zekerheid stelt in de vorm van een door een eersteklas in Nederland gevestigde bank (ING Bank, Rabobank of ABN AMRO Bank) te verstrekken garantie ter hoogte van USD 7 miljard, dan wel ter hoogte van een door de Hoge Raad in goede justitie te bepalen bedrag en op een door de Hoge Raad in goede justitie te bepalen wijze.

Primair, subsidiair en meer subsidiair kosten rechs-

2.36. Zoals reeds vermeld, hebben partijen op 30 oktober 2020 mondeling gepleit, gevolgd door

mondelijke re- en dupliek. Vervolgens is conclusie bepaald op heden.

3. Bespreking van het schorsingsverzoek

3.1. Voordat ik het schorsingsverzoek en de daartoe aangevoerde gronden bespreek, stel ik het volgende voorop over de aan te leggen maatstaf.

3.2. Art. 1066 lid 1 Rv bepaalt, dat een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis de tenuitvoerlegging van dat vonnis niet schorst. Op grond van art. 1066 lid 2 Rv kan de rechter die omtrent de vernietiging oordeelt, de tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis op verzoek van een van de partijen schorsen ‘indien daartoe gronden zijn’, totdat over de vordering tot vernietiging onherroepelijk is beslist. Hoewel de bevoording van deze bepaling (de rechter ‘kan’ de tenuitvoerlegging schorsen) duidt op een discretionaire bevoegdheid, volgt uit verschillende arresten van de Hoge Raad dat de rechter zijn beslissing op het schorsingsverzoek deugdelijk moet motiveren en het verzoek ook zal moeten toewijzen, indien daarvoor gronden aanwezig zijn.⁸ Uit het arrest van de Hoge Raad van 21 maart 1997 volgt de maatstaf die ten aanzien van een schorsingsverzoek moet worden gehanteerd.⁹ In die zaak werd schorsing van de tenuitvoerlegging op de voet van art. 1066 Rv verzocht in afwachting van de beoordeling van de vordering tot herroeping van het arbitrale vonnis. De Hoge Raad overwoog, in navolging van A-G Vranken, dat de kans van slagen van de herroepingsvordering daarbij een belangrijke rol speelt:

‘3.5 Een verzoek als in dit geding gedaan is gericht op het verkrijgen van een voorlopige voorziening. Bij de beslissing daarop zal de rechter zich een voorlopig oordeel vormen over de vordering tot herroeping in request-civil en tevens de belangen van partijen afwegen. Bij de vorming van dit voorlopig oordeel zal de rechter ervan moeten

8 HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4947, NJ 2000/508, m.nt. H.J. Snijders (*Benetton/Eco Swiss*) en HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2314, NJ 1998/206, m.nt. H.J. Snijders onder NJ 1998/207 (*Benetton/Eco Swiss*). Zie ook H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht* 2018/9.5.2 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1066 Rv, aant. 2), en in gelijke zin A.J. van den Berg e.a., *Nederlands Arbitragerecht*, 1992, p. 132.

9 ECLI:NL:HR:1997:ZC2314, NJ 1998/206, m.nt. H.J. Snijders onder NJ 1998/207.

uitgaan dat de vordering tot herroeping, voor zover gegrond op art. 1068 lid 1 onder a, alleen kan slagen indien aan alle in die bepaling vermelde vereisten is voldaan. Voor het slagen van die vordering geldt niet de eis dat – positief – vaststaat dat het gestelde bedrog tot een andere dan de door arbiters gegeven uitspraak zal leiden. Of het bedrog daartoe leidt, kan worden beslist in een na de herroeping te voeren procedure in de hoofdzaak. (...).

3.3. Voor de beoordeling van het schorsingsverzoek bestaat de aan te leggen maatstaf dus uit twee zelfstandige elementen waarover de schorsingsrechter zich een beeld zal moeten vormen. In de eerste plaats dient de rechter de kans van slagen van de vordering tot vernietiging te beoordelen. In de tweede plaats dient de rechter de belangen van partijen af te wegen. Ik bespreek deze twee elementen achtereenvolgens.

I. De kans van slagen van de vordering tot vernietiging

3.4. Bij het beoordelen van de kans van slagen van de vordering tot vernietiging moet worden benadrukt dat het gaat om een voorlopig oordeel in welk kader slechts een summier beoordeling van de voor vernietiging voorgedragen gronden kan plaatsvinden. Bij die beoordeling moet bovendien in het oog worden gehouden dat de vernietigingsprocedure geen verkapt hoger beroep tegen het arbitraal vonnis mag inhouden. Dat betekent dat de rechter zich moet onthouden van een beoordeling van de inhoud van het arbitrale vonnis. De rechter moet zich beperken tot een toetsing aan de in art. 1065 Rv limitatief opgesomde vernietigingsgronden, die grotendeels betrekking hebben op procedurele aspecten.¹⁰ Ik wijs in dit verband op de conclusie van A-G Vranken vóór het genoemde arrest van de Hoge Raad van 21 maart 1997:

‘18. Het beoordelen van de kans van slagen van de vernietigingsprocedure geschiedt zonder dat ten gronde wordt ingegaan op de ingeroepen reden(en) voor vernietiging. Dat impliceert terughoudendheid, een terughoudendheid die de op zichzelf al terughoudende opstelling van de vernietigingsrechter tegenover het arbitrale vonnis alleen nog maar versterkt. De vernietigingsrechter mag niet overdoen wat de arbiters al hebben

gedaan, de schorsingsrechter moet zich tevreden stellen met een taxatie van de uitspraak waartoe de vernietigingsrechter naar alle waarschijnlijkheid zal komen. Bezien vanuit de schorsingsrechter is dit een dubbele c.q. getrapte beperking. Het belang van deze beperkingen is dat partijen niet de kans moeten hebben steeds opnieuw hetzelfde geschilpunt onder een andere vlag aan andere rechters voor te leggen. In casu hebben arbiters beslist. De beslissing heeft executoriale kracht gekregen door het exequatur van de president. In beginsel dient ze te worden nagekomen. Ze staat slechts bloot aan een buitengewoon, en dus beperkt rechtsmiddel, waaraan — en ook dat wijst erop dat het rechtsmiddel beperkt is — geen schorsende werking is toegekend. Dan moeten er bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, wil desondanks schorsing gerechtvaardigd zijn.¹¹

3.5. De schorsingsrechter moet dus in zijn voorlopig oordeel terughoudendheid betrachten. Een vergelijking kan worden gemaakt met de toets die moet worden aangelegd bij de beoordeling of het verlot tot tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis moet worden geweigerd (art. 1063 lid 1 Rv). Ook die bepaling heeft tot doel te voorkomen dat een arbitraal vonnis dat aan vernietiging blootstaat ten uitvoer wordt gelegd zonder dat de rechter daartoe een uitvoerig onderzoek moet doen.¹²

Art. 1063 lid 1 Rv luidde als volgt:

‘1. De president van de rechtbank kan de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis slechts weigeren, indien het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, kennelijk in strijd is met de openbare orde of de goede zeden (...).

Uit de wetsgeschiedenis van deze bepaling volgt dat het door de president te verrichten onderzoek ‘summier’ moet zijn. De strijd met de openbare orde of de goede zeden zal uit het arbitrale vonnis *prima facie* moeten blijken. Dit blijkt ook uit het gebruik van het woord ‘kennelijk’ in de geciteerde bepaling. Met ingang van 1 januari 2015 is art. 1063 lid 1 Rv gewijzigd. Met die wijziging is geen inhoudelijke verandering beoogd, maar is getracht het summier karakter van het onderzoek

10 Kamerstukken II 1983/84, 18464, nr. 3 (MvT), p. 28.

11 HR 21 maart 1997, reeds aangehaald; zie ook nr. 3.1 van de conclusie van A-G Bakels vóór het reeds aangehaalde arrest van HR 25 februari 2000.

12 Zie ook Snijders, a.w., nr. 8.2.1.2 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1063 Rv, aant. 1.2).

ook in de wettekst tot uitdrukking te brengen.¹³

Art. 1063 lid 1 (nieuw) Rv luidt thans als volgt:

‘1. De voorzieningenrechter van de rechtbank kan de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis slechts weigeren, indien hem na een *summierlijk* onderzoek is gebleken dat het *aanmemelijk* is dat het vonnis zal worden vernietigd op een van de gronden genoemd in artikel 1065, eerste lid, (...)’ (mijn curs., A-G)

3.6. Hoe voert de feitenrechter de toets van art. 1066 Rv uit? In de rechtspraak lopen de toets van art. 1066 Rv en die van art. 1063 Rv weinig uit elkaar. Zo heeft de rechtbank Groningen in een uitspraak uit 1993 tot uitgangspunt genomen dat bij de beoordeling van een schorsingsverzoek moet worden nagegaan ‘in hoeverre de vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis kans van slagen heeft, waarbij de rechtbank slechts met een summier inschatting van de kans van slagen kan volstaan.’¹⁴ Het hof Den Haag heeft getoetst of de verzoeker ‘voorshands aanmemelijk [had] gemaakt’ dat haar vordering tot vernietiging ‘een grote kans van slagen’ had. Volgens het hof was dit niet het geval, omdat in de vernietigingsprocedure een zeer ingewikkelde kwestie werd voorgelegd die op een bijzondere situatie zonder precedenten betrekking had.¹⁵ Ook heeft meegewogen dat een van de door de verzoeker bepleite standpunten reeds door verschillende arbitrale colleges en een rechterlijke instantie was onderzocht én verworpen. Het hof Amsterdam heeft een schorsingsverzoek wél toewijsbaar geacht, omdat het arbitrale vonnis niet door alle arbiters was ondertekend en daaraan na het wijzen van het vonnis een nieuwe pagina was toegevoegd, waarvan onduidelijk was of alle arbiters ermee hadden ingestemd.¹⁶ De rechtbank Breda heeft een schorsingsverzoek toegewezen, omdat de motivering voor een bepaalde beslissing geheel ontbrak.¹⁷ In deze laatste twee

zaken lieten de gebreken aan het arbitrale vonnis zich door summier onderzoek vaststellen.

3.7. Naar de kans van slagen van de vernietigingsvordering dient dus in het kader van een schorsingsverzoek geen grondig onderzoek te worden gedaan, maar slechts te worden bezien of het beroep op een vernietigingsgrond reeds op het eerste gezicht gerechtvaardigd lijkt. Het summier karakter van het onderzoek brengt mee dat de rechter zich bij zijn onderzoek baseert op het arbitrale vonnis en op de weergave van de bezwaren die daartegen in het schorsingsverzoekschrift (en eventueel in de dagvaarding in de vernietigingsprocedure) zijn geuit, maar in beginsel niet op in het geding gebrachte bewijsstukken, deskundigenrapporten en dergelijke. Verder zal voor schorsing slechts ruimte zijn wanneer aanmemelijk is dat een vernietiging zal volgen, met andere woorden wanneer een grote kans op vernietiging bestaat. Voor schorsing bestaat geen aanleiding in het geval dat de gronden die voor vernietiging worden aangedragen, betrekking hebben op een standpunt dat reeds eerder in de procedure is verworpen of in het geval dat sprake is van een zeer ingewikkelde kwestie die niet zonder grondig onderzoek kan worden beoordeeld.

3.8. Voor een schorsingsverzoek dat in de cassatieprocedure wordt gedaan, gelden bovendien de beperkingen die op grond van de wet aan het rechtsmiddel van cassatie zijn gesteld en die onder meer voortvloeien uit art. 79 lid 1 RO. In het onder zaaknr. 20/01595 aanhangige cassatieberoep tegen de beslissing van het hof om de Yukos Awards niet te vernietigen, moet de Hoge Raad de gegrondheid van de cassatieklachten beoordelen. In het algemeen geldt dat klachten over de uitleg van de arbitrageovereenkomst sterk met de feiten zijn verweven, zodat dergelijke klachten in cassatie geen grote kans van slagen zullen hebben.¹⁸

3.9. Ten aanzien van het schorsingsverzoek zal de Hoge Raad zich, in de eerste plaats, een voorlopig oordeel moeten vormen over de vraag of het cassatieberoep gegrond is: heeft het hof het beroep op de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 Rv terecht en op begrijpelijke wijze verworpen?

13 Zie G.J. Meijer e.a., Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/I.73.3.

14 Rb Groningen 23 april 1993, TvA 1993, p. 169, m.nt. P. Sanders. Zie Snijders, a.w., nr. 9.5.2 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1066 Rv, aant. 2).

15 Hof Den Haag 11 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1452, rov.6.3 en 6.10.

16 Hof Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:65.

17 Rechtbank Breda 30 december 2008, ECLI:NL:RBRE:2008:BG8891.

18 Zie bijvoorbeeld HR 2 november 1991, ECLI:NL:HR:1990:AB8151, NJ 1991/123, m.nt. H.J. Snijders, TvA 1991, p. 76, m.nt. P. Sanders, rov. 3.1. Zie Snijders, a.w., nr. 2.1.1.2 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1020 Rv, aant. 1.2).

Mocht de Hoge Raad oordelen dat dit niet het geval is, dan moet worden bezien of (in de aanhangige hoofdzaak) vernietiging en verwijzing naar een ander hof zal volgen. Dit betekent dat de Hoge Raad bij de beoordeling van het schorsingsverzoek rekening houden met de vraag in hoeverre het waarschijnlijk is dat het beroep op een bepaalde vernietigingsgrond in de procedure na verwijzing alsnog zal worden gehonoreerd. Het gaat immers uiteindelijk om de kans van slagen van de vernietigingsvordering zelf.

3.10. De gronden voor vernietiging van een arbitraal vonnis zijn, zoals eerder vermeld, limitatief in art. 1065 lid 1 Rv opgesomd.¹⁹ Art. 1065 lid 1 Rv luidt als volgt:

‘1. Vernietiging kan slechts plaatsvinden op een of meer van de navolgende gronden:

- a. een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt;
- b. het scheidsgerecht is in strijd met de daarvoor geldende regelen samengesteld;
- c. het scheidsgerecht heeft zich niet aan zijn opdracht gehouden;
- d. het vonnis is niet overeenkomstig het in artikel 1057 bepaalde ondertekend of niet met redenen omkleed;
- e. het vonnis, of de wijze waarop dit tot stand kwam, strijdt met de openbare orde of de goede zeden.’

3.11. Ik ga in het navolgende kort op deze vernietigingsgronden in. De rechter zal bij de toepassing van de vernietigingsgronden terughoudend te werk moeten gaan en slechts in uitzonderlijke gevallen tot vernietiging mogen overgaan.²⁰ In zijn arrest van 9 januari 2004 heeft de Hoge Raad overwogen dat deze regel onder meer hiermee samenhangt dat een vernietigingsprocedure niet mag worden gebruikt als een verkapt hoger beroep, en dat het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging meebrengt

dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.²¹

3.12. Ook geldt dat bij een vordering tot vernietiging, zoals bij elke rechtsvordering, voldoende belang moet bestaan (art. 3:303 BW). Dit betekent dat de vordering moet worden afgewezen indien aanstonds duidelijk is dat het gebrek geen gevolgen heeft gehad voor de uitkomst van de zaak.²² De rechter kan soms volstaan met een partiële vernietiging.²³

3.13. Naast de beperking dat de rechter terughoudend te werk moet gaan en dat voldoende belang moet bestaan, geldt nog de beperking dat alle gronden tot vernietiging, op straffe van verval van het recht daartoe, in de dagvaarding moeten worden voorgedragen (art. 1064 lid 5 Rv). Ook kan rechtsverwerking optreden in het geval dat de partij die een beroep doet op een vernietigingsgrond haar bezwaar reeds in de arbitrageprocedure had kunnen aandragen, maar dit heeft nagelaten.²⁴

3.14. Over de eerste vernietigingsgrond van het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst (art. 1065 lid 1, onder a, Rv) merk ik het volgende op. Het staat partijen op grond van art. 1020 lid 1 Rv vrij om tussen hen ontstane geschillen bij overeenkomst aan arbitrage te onderwerpen. Hiermee wordt echter afstand gedaan van het fundamentele recht op toegang tot de overheidsrechter (art. 6 EVRM), zodat de beantwoording van de vraag of een geldige overeenkomst tot arbitrage is gesloten, aan de rechter is opgedragen.²⁵ Het fundamentele karakter van het recht op toegang tot de rechter brengt mee dat de rechter bij de beantwoording van die vraag *niet* terughoudend te

19 Art. 1065 Rv is bij de wetswijziging van 1 januari 2015 vrijwel ongewijzigd gebleven. Dit betekent dat voor de uitleg van art. 1065 (oud) Rv de literatuur over art. 1065 (nieuw) Rv relevant is. Zie ook Snijders, a.w., nr. 2.1.1.1 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1020 Rv, aant. 1.1).

20 Zie P. Sanders, Het Nederlandse arbitragerecht - nationaal en internationaal, 2001, p. 186-18; Snijders, a.w., nr. 9.3.1.2 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 1.2); Van den Berg e.a., a.w., p. 132.

21 ECLI:NL:HR:2004:AK8380, NJ 2005/190, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.5.2, onder verwijzing naar HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, NJ 2004/384, m.nt. H.J. Snijders.

22 Snijders, a.w., nr. 9.3.1.2 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, 1065 Rv, aant. 1.2).

23 Snijders, t.a.p.; T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 2 onder d (G.J. Meijer).

24 Art. 1065 lid 4 Rv bepaalt dit uitdrukkelijk voor de schending van de opdracht (grond c), maar rechtsverwerking kan ook optreden ten aanzien van gronden a en b. Zie Sanders, a.w., p. 191-195.

25 Zie over art. 6 EVRM in verhouding tot arbitrage ook: G.J. Meijer, Overeenkomst tot arbitrage, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, deel 13, 2011, p. 34-90.

werk zal moeten gaan. Dit is vaste rechtspraak van de Hoge Raad.²⁶ Voor de uitleg van de overeenkomst tot arbitrage moet de maatstaf worden gehanteerd die het op deze overeenkomst toepasselijke recht voorschrijft.²⁷

3.15. De tweede vernietigingsgrond (art. 1065 lid 1, onder b, Rv) betreft de ongeldige samenstelling van het scheidsgerecht. Daarvan kan sprake zijn in het geval dat de samenstelling in strijd is met de wet of met hetgeen tussen partijen is overeengekomen. Dwingend is bijvoorbeeld de regel dat een scheidsgerecht een oneven aantal arbiters heeft (art. 1026 Rv). Van strijd met hetgeen tussen partijen is afgesproken kan bijvoorbeeld sprake zijn, als de samenstelling van het scheidsgerecht in strijd is met een door hen als toepasselijk aangewezen arbitragereglement (art. 1020 lid 6 Rv).²⁸

3.16. De derde vernietigingsgrond is gelegen in de omstandigheid dat het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (art. 1065 lid 1, onder c, Rv). Het scheidsgerecht moet oordelen over de geschilpunten die partijen aan hem hebben voorgelegd.²⁹ Het scheidsgerecht mag niet meer toewijzen dan gevorderd, maar ook niet minder of anders.³⁰ Van schending van de opdracht kan ook sprake zijn als het scheidsgerecht een andere maatstaf heeft aangelegd dan overeengekomen³¹, meer of anders heeft behandeld dan in de arbitrageovereenkomst is opgedragen (los van de vordering van de eiser)³², of heeft gehandeld in strijd met de overeengekomen procesregels.³³ Het

scheidsgerecht mag niet aan essentiële stellingen of verweren voorbijgaan.³⁴ Wel zal de schending van de opdracht ernstig genoeg moeten zijn om vernietiging te kunnen rechtvaardigen, hetgeen volgt uit de in het algemeen in acht te nemen terughoudendheid.³⁵ Bepalend is of de beslissing anders zou zijn uitgevallen als de arbiters zich aan hun opdracht hadden gehouden.³⁶

3.17. De vierde grond voor vernietiging is gelegen in een gebrekkige ondertekening van het arbitrale vonnis of wanneer dit vonnis niet met redenen is omkleed (art. 1065 lid 1, onder d, Rv).³⁷ Vernietiging op deze grond is slechts mogelijk wanneer motivering *ontbreekt*, en dus niet in gevallen van *ondeugdelijke* motivering, aldus de Hoge Raad.³⁸ Het controleren van de deugdelijkheid van de motivering van het arbitrale vonnis kan immers neerkomen op een inhoudelijke herbeoordeling van dat vonnis, waartoe de rechter niet bevoegd is. Wel kunnen zich gevallen voordoen waarin weliswaar een motivering is gegeven, maar daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet valt te onderkennen.³⁹ Vernietiging op grond van art. 1065 lid 1, onder d,

26 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, NJ 2015/318, m.nt. H.J. Snijders, rov. 4.2.

27 Snijders, a.w., nr. 2.1.1.2 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1020 Rv, aant. 1.2).

28 Snijders, a.w., nr. 9.3.3 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 3); Sanders, a.w., p. 192.

29 Snijders, a.w., nr. 9.3.4.1.1-9.3.4.1.3 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 4.1.1-4.1.3); Sanders, a.w., p. 193.

30 Snijders, t.a.p.; Sanders, a.w., p. 195.

31 Snijders, a.w., nr. 9.3.4.2.2 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 4.2.2); Sanders, a.w., p. 194.

32 HR 2 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB8151, NJ 1991/123, m.nt. H.J. Snijders; Snijders, a.w., nr. 9.3.4.2.3 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 4.2.3).

33 Snijders, a.w., nr. 9.3.4.2.4 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 4.2.4).

34 Bijvoorbeeld HR 13 maart 1973, ECLI:NL:HR:1973:AB6417, NJ 1973/226, m.nt. P.A. Stein; Snijders, a.w., nr. 9.3.4.2.6 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 4.2.6).

35 Dit is thans vastgelegd in art. 1065 lid 4 Rv (zie Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/1.76.3) maar gold reeds voor het oude recht: zie Van den Berg e.a., a.w., p. 134; Snijders, a.w., nr. 9.3.4.3 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 4.3).

36 T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 4 (G.J. Meijer); Snijders, a.w., nr. 9.3.1.2 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 1.2).

37 Zie T&C Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1065 Rv, aant. 6 (G.J. Meijer); Snijders, a.w., nr. 6.9.5.2 en 9.3.6 (= Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering, art. 1057, aant. 5.2 en art. 1065 Rv, aant. 6); Sanders, a.w., p. 197.

38 HR 25 februari 2000, rov. 3.3, reeds aangehaald.

39 HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, NJ 2005/190, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.5.2. Zie ook nr. 3.18 van de conclusie van A-G Bakels vóór het reeds genoemde arrest van de Hoge Raad van 25 februari 2000, waarin hij bepleit dat onder het ontbreken van een motivering ook zou moeten worden verstaan 'een motivering die zó gebrekkig is, dat zij naar informatief gehalte en overtuigingskracht, met een geheel ontbrekende motivering op één lijn is te stellen'.

Rv is dan gerechtvaardigd, ook al moet de rechter van deze bevoegdheid terughoudend gebruik maken, in die zin dat hij slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.⁴⁰

3.18. De vijfde en laatste vernietigingsgrond betreft strijd met de openbare orde (art. 1065 lid 1, onder e, Rv). De openbare orde heeft een materiele en een processuele kant. Van strijd met de materiële openbare orde is sprake, wanneer de inhoud van het arbitrale vonnis in strijd is met dwingend recht dat van een zodanig fundamenteel karakter is dat de naleving ervan niet door beperkingen van procesrechtelijke aard mag worden verhinderd.⁴¹ Uit deze maatstaf blijkt reeds dat deze vernietigingsgrond terughoudend moet worden toegepast. Van strijd met de processuele openbare orde is sprake indien de wijze waarop het vonnis in stand is gekomen in strijd is met fundamentele beginselen van procesrecht, bijvoorbeeld in het geval dat het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden⁴², of als blijkt dat de arbiter(s) niet onpartijdig of onafhankelijk is (zijn) geweest.⁴³

II. Belangenafweging

3.19. Na deze uiteenzetting van het eerste element van de maatstaf die de schorsingsrechter bij de beoordeling van het schorsingsverzoek moet hanteren, bespreek ik het tweede element van deze maatstaf. Dat element ziet op de afweging van de belangen van partijen. In zijn reeds genoemde arrest van 21 maart 1997 heeft de Hoge Raad niet overwogen aan welke belangen in dit verband moet worden gedacht. De factoren die bij deze afweging een rol spelen zijn naar mijn mening de belangen van partijen in het licht van de duur van de vernietigings- en herroepingsprocedure, de onomkeerbare gevolgen van de tenuitvoerlegging en het restitutierisico.⁴⁴ Kennelijk gaat de Russi-

sche Federatie in haar schorsingsverzoek ook van deze factoren uit.

3.20. Naast de genoemde factoren kunnen in individuele gevallen nog andere belangen relevant zijn. Zo worden in de feitenrechtspraak genoemd de omstandigheid dat de bedrijfsvoering van de partij die schorsing verzoekt door betaling in gevaar kan komen⁴⁵ en de omstandigheid dat de partij die schorsing verzoekt (een natuurlijk persoon) over onvoldoende liquide middelen beschikt om te kunnen betalen en daarom haar woonhuis zal moeten verkopen.⁴⁶ Ook is als relevante factor genoemd de mogelijkheid dat de continuïteit van de patiëntenzorg in gevaar komt (in een procedure waarin een scheidsgerecht een medisch specialist had verboden nog langer in een ziekenhuis werkzaam te zijn).⁴⁷ Uiteraard geldt ook bij dergelijke factoren dat het bestaan ervan aannemelijk moet worden gemaakt.

3.21. Na deze algemene uiteenzetting over de vernietigingsgronden van art. 1065 Rv en de aan te leggen maatstaf voor de beoordeling van het schorsingsverzoek, kom ik in het kader van de bespreking van het schorsingsverzoek toe aan de voorlopige beoordeling van de gegrondheid van de cassatieklachten (hierna, onder 4) en aan de afweging van de belangen van partijen (hierna, onder 5).

4. De slagingskans van het cassatieberoep

4.1. Voor de bespreking van de slagingskans van het cassatieberoep ga ik uit van de klachten zoals die zijn weergegeven in paragraaf 5 van het verzoekschrift tot schorsing. Daarin gaat de Russische Federatie in op de onderdelen 2-4 van het cassatiemiddel in de vernietigingsprocedure. Deze onderdelen hebben betrekking op de bevoegdheid van het Scheidsgerecht. Ik bespreek de onderdelen achtereenvolgens en houd daarbij de volgorde van het verzoekschrift tot schorsing aan.

Onderdeel 2: uitleg bepalingen ECT

4.2. *Onderdeel 2.3* van het middel is gericht tegen rov. 4.4.3-4.4.6 van het eindarrest. Het hof heeft in

40 HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1593, NJ 2008/4, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3.

41 HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, NJ 1998/207, m.nt. H.J. Snijders, rov. 4.2.

42 Bijvoorbeeld HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1003, NJ 1994/449, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.3.

43 Onder meer HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1266, NJ 1994/765, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.8.

44 Zie ook Hof Den Haag 11 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1452.

45 Hof Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:65, NJF 2005/274, rov. 3.14

46 Rb Amsterdam 9 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR4040, rov. 2.15.

47 Rechtbank Breda 30 december 2008, ECLI:NL:RBRE:2008:BG8891, rov. 3.11.

de kern genomen overwogen dat er geen aanleiding bestaat voor de vernietiging van een arbitraal vonnis in het geval dat het scheidsgerecht weliswaar op onjuiste gronden bevoegdheid heeft aangenomen, maar de overheidsrechter op andere gronden tot het oordeel komt dat het gegeven bevoegdheidsoordeel juist was. Volgens het hof is het onaanvaardbaar als de overheidsrechter alsnog tot beoordeling van het geschil zou moeten overgaan, terwijl er een geldige arbitrageovereenkomst is, alleen omdat het scheidsgerecht, dat in dit opzicht juist niet het laatste woord heeft, een onjuiste motivering heeft gebruikt voor zijn bevoegdheidsoordeel (rov. 4.4.3, slot). Het onderdeel klaagt dat het wettelijk systeem van de vernietigingsprocedure dit niet toestaat en dat het HVY niet vrijstond om bij het hof nieuwe bevoegdheidsgronden aan te dragen.⁴⁸

4.3. Zoals ik onder 3.14 van deze conclusie heb geschreven, vloeit uit het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter voort dat de overheidsrechter de bevoegdheid van het scheidsgerecht mag onderzoeken. Niet het scheidsgerecht, maar de overheidsrechter heeft in dit verband het laatste woord. Het is daarom niet aanstonds duidelijk dat het in strijd is met het systeem van de wet, wanneer de overheidsrechter tot de conclusie komt dat het scheidsgerecht bevoegd was, ook in het geval dat dit gebeurt op gronden die het scheidsgerecht daaraan zelf niet ten grondslag heeft gelegd. Het gaat immers om de vraag óf het scheidsgerecht bevoegd is en niet om de vraag op welke grondslag het scheidsgerecht zijn bevoegdheid heeft gebaseerd.⁴⁹ Vooralsnog is niet in te zien dat art. 1052 lid 4 en lid 5 Rv hieraan in de weg staan. Art. 1052 lid 4 Rv bepaalt dat het bevoegdheidsoordeel van het scheidsgerecht slechts tegelijk met een daaropvolgend geheel of gedeeltelijk eindvonnis met de rechtsmiddelen van art. 1064 lid 1 Rv kan worden bestreden. Art. 1052 lid 5 Rv betreft het geval dat het scheidsgerecht zich onbevoegd heeft verklaard, waarna de gewone rechter bevoegd is van de zaak kennis te nemen. Uit art. 1052 lid 5 Rv vloeit voort dat het oordeel van het scheidsgerecht dat het onbe-

voegd is, een definitief oordeel is dat niet bij de overheidsrechter kan worden aangevochten.⁵⁰ De Hoge Raad heeft overwogen dat het samenstel van art. 1052 en 1065 Rv ertoe strekt

‘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.’⁵¹

Of in de vernietigingsprocedure nieuwe feitelijke of juridische stellingen mogen worden aangevoerd, zal in ieder concreet geval moeten worden beoordeeld, mede gelet op de eisen van een goede procesorde.⁵²

4.4. Terzijde wijs ik erop dat in de toelichting bij art. 1065a (nieuw) Rv, voor zover relevant, niet is te lezen dat de rechter een onjuist bevoegdheidsoordeel niet kan corrigeren (in die zin dat de rechter de zaak op die grond naar het scheidsgerecht kan terugwijzen). Het gaat erom dat de rechter de zaak niet zal terugwijzen (*remission*) als hij tot het oordeel komt dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt.⁵³ In dat geval heeft terugwijzing immers geen zin.

4.5. Op grond van het bovenstaande acht ik de slagingskans van onderdeel 2.3 vooralsnog gering.

4.6. In paragraaf 5.2.2 van het verzoekschrift wordt ingegaan op *onderdeel 2* van het middel dat is gericht tegen de uitleg die het hof heeft gegeven aan art. 45 lid 1 ECT. Deze uitleg is vervat in rov. 4.5.1 t/m 4.5.48 van het eindarrest.

4.7. Het hof heeft in rov. 4.5.1 art. 45 ECT geciteerd, waarvan het eerste lid als volgt luidt:

‘Article 45 Provisional application

48 Verzoekschrift tot schorsing, nrs. 40-43.

49 Zie onder 2.36 van de conclusie van A-G Wesseling-van Gent (ECLI:NL:PHR:2009:BG4003) vóór HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4003, NJ 2010/169, m.nt. H.J. Snijders onder NJ 2010/170.

50 Zie *Kamerstukken II* 1983-84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 22; N. Peters, IPR, Proces & Arbitrage, diss. Groningen 2015, a.w., p. 273; Van den Berg e.a., a.w., p. 99.

51 Zie HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443, NJ 2010/170, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.1.

52 HR 27 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG6443, NJ 2010/170, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.2.

53 G.J. Meijer e.a., Parl. Gesch. Arbitragewet 2015/1.77.3.

1. Each signatory agrees to apply this Treaty provisionally pending its entry into force for such signatory in accordance with Article 44, to the extent that such provisional application is not inconsistent with its constitution, laws or regulations.'

Het hof heeft overwogen dat het in de eerste plaats gaat om de uitleg van de zinsnede in art. 45 lid 1 ECT ('to the extent (...) regulations'), die – zoals eerder vermeld – wordt aangeduid als de 'Limitation Clause'.

4.8. Partijen hebben uitvoerig over de uitleg van de 'Limitation Clause' gedebatteerd. In het eindarrest heeft het hof aan deze ingewikkelde materie eveneens uitvoerig (in 48 rechtsoverwegingen) aandacht besteed. De Russische Federatie heeft een groot aantal rechts- en motiveringsklachten (randnummers 11 t/m 96 van de procesinleiding, in totaal 27 pagina's) gericht tegen het oordeel van het hof. Deze klachten hebben onder meer betrekking op de bij de uitleg van art. 45 ECT relevante statenpraktijk (onderdeel 2.4). Ook wordt in de onderdelen 2.4, 2.5 en 2.7 betoogd dat om duidelijkheid te verkrijgen prejudiciële vragen zouden moeten worden gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU).

4.9. Zoals de Russische Federatie ook zelf erkent, gaat het in dit onderdeel van het cassatiemiddel om een ingewikkelde kwestie van uitleg van een verdragsbepaling. Deze kwestie leent zich niet voor een voorlopig en summier onderzoek in het kader van de behandeling van dit schorsingsverzoek. Dat de materie ingewikkeld is blijkt ook uit het standpunt van de Russische Federatie dat prejudiciële vragen aan het HvJEU zouden moeten worden gesteld over de uitleg van de ECT. Verder zijn enige klachten (onderdelen 2.5-2.6) gericht tegen oordelen van het hof over het Russische recht (rov. 4.7 van het eindarrest). Bij de behandeling van deze klachten komen al snel de grenzen van art. 79 lid 1 RO in zicht, zodat de slagingskans daarvan niet groot lijkt.

U-bocht-investeringen (onderdeel 3) en illegale investeringen (onderdeel 4)

4.10. In paragrafen 5.2.3 en 5.2.4 van het verzoekschrift wordt ingegaan op de *onderdelen 3 en 4* van het middel.

4.11. *Onderdeel 3* ziet op rov. 5.1.1-5.1.12 van het eindarrest, waarin het hof uitleg heeft gegeven aan de begrippen 'investering' en 'investeerder' in de zin van art. 1 leden 6 en 7 ECT. Volgens het on-

derdeel is deze uitleg naar de geldende regels van verdragsuitleg onjuist. Het hof zou bij de uitleg van de begrippen 'investering' en 'investeerder' van art. 1 leden 6 en 7 ECT onvoldoende gewicht hebben toegekend aan (i) de normale betekenissen van deze begrippen, (ii) voorwerp en doel van de ECT en (iii) de opvolgende statenpraktijk.⁵⁴ *Onderdeel 4* ziet eveneens op de uitleg van de begrippen 'investering' en 'investeerder' en betoogt dat illegale investeringen daar niet onder vallen. Volgens het onderdeel heeft het hof onvoldoende aandacht besteed aan de gedocumenteerde beschuldigingen van de Russische Federatie inzake illegale handelingen van HVY en Russische onderdanen. Het onderdeel keert zich tegen de overweging van het hof (rov. 5.1.11.5) dat in art. 1 lid 6 ECT geen legaliteitsis is opgenomen en dat dus niet is vereist dat de investering moet zijn gedaan in overeenstemming met het recht van het gastland en dat ook voor de toegang tot arbitrage als bedoeld in art. 26 ECT de tekst van de ECT geen beperkingen bevat.

4.12. De door deze onderdelen aan de orde gestelde kwesties zijn dermate complex dat zij zich niet lenen voor een voorlopig en summier oordeel in het kader van de beoordeling van het schorsingsverzoek. Dat de materie complex is blijkt ook hier uit het standpunt van de Russische Federatie dat prejudiciële vragen aan het HvJEU zouden moeten worden gesteld over de uitleg van de ECT. Daarom kan ook van deze onderdelen niet op voorhand worden gezegd dat zij een grote kans van slagen hebben. Ten aanzien van onderdeel 3 geldt voorts dat het hof, onder meer in rov. 5.1.7.1 t/m 5.1.8.11 van het eindarrest, uitvoerig aandacht heeft besteed aan de vraag hoe de begrippen 'investering' en 'investeerder' in de context van de ECT moeten worden uitgelegd. Het hof heeft daarbij betrokken of zogenoemde 'U-bocht-investeringen' onder de ECT beschermd worden en uitvoerig het betoog van de Russische Federatie op dit punt besproken. In rov. 4.2.1 e.v. heeft het hof bovendien een beschrijving gegeven van de bij de uitleg van de ECT te hanteren maatstaven overeenkomstig art. 31 en 32 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht⁵⁵, waaronder de bewoordingen van het verdrag, in hun context beschouwd, en het voorwerp en doel daarvan.

⁵⁴ Verzoekschrift tot schorsing, onder nr. 65, p. 23.

⁵⁵ Verdrag van 23 mei 1969, Trb. 1985, 79.

Daarmee heeft het hof de juiste maatstaf aangelegd. Daarom is niet op voorhand aannemelijk dat de klachten van onderdeel 3 over de verdragsuitleg en de daarbij gehanteerde normen een grote kans van slagen zullen hebben. Hetzelfde geldt voor de klachten van onderdeel 4 over de vraag of 'illegale investeringen' binnen de reikwijdte van het begrip 'investering' vallen.

Schending procedurele openbare orde/exclusiviteit art. 1068 Rv (onderdeel 1)

4.13. In paragraaf 5.4 van het verzoekschrift wordt ingegaan op *onderdeel 1* van het middel, waarin wordt geklaagd over het oordeel van het hof in rov. 5.6 e.v. van zijn tussenarrest van 25 september 2018. Daarin heeft het hof, kort gezegd, geoordeeld dat de stellingen van de Russische Federatie over beweerdelijk bedrog en het achterhouden van stukken door HVY in de arbitrageprocedure alleen in een herroepingsprocedure op de voet van art. 1068 Rv aan de orde kunnen worden gesteld en niet in een vernietigingsprocedure. De klachten houden in dat het hof hiermee heeft miskend, dat dergelijk bedrog ook zou moeten kunnen leiden tot vernietiging van het arbitrale vonnis op grond van art. 1065 lid 1, onder e, Rv (strijd met de openbare orde).

4.14. In rov. 5.7 van het tussenarrest heeft het hof het beroep op bedrog verworpen. Het hof heeft de verschillen qua termijnen en bevoegde instantie uiteengezet tussen een vernietigingsprocedure op de voet van art. 1065 Rv en een herroepingsprocedure op de voet van art. 1068 Rv. Het hof heeft overwogen dat zowel de geldende termijnen als de exclusieve bevoegdheid van het gerechtshof zouden worden omzeild indien bedrog (door middel van een eisvermeerdering) alsnog in de vernietigingsprocedure wordt aangevoerd. Een dergelijke consequentie is niet aanvaardbaar, aldus het hof.

4.15. Voorshands wijst het bestaan van een aparte herroepingsprocedure met eigen termijnen er inderdaad op, dat deze procedure exclusief moet worden gevolgd. Noch in de wet noch in de wetgeschiedenis zijn aanwijzingen te vinden voor het tegendeel. Ik meen dat de kwestie in het kader van de beoordeling van het schorsingsverzoek niet van belang is. Het gaat immers thans niet om de vraag of bedrog een vernietigingsgrond is in de zin van art. 1065 lid 1, onder e, Rv, maar om de vraag of dat beroep succesvol zou zijn geweest en tot vernietiging van de arbitrale vonnissen zou hebben geleid. Daarover is op voorhand niets te

zeggen, omdat het hof deze kwestie in het geheel niet heeft beoordeeld. Ook daarom is vooralsnog niet aannemelijk dat dit onderdeel een grote kans van slagen heeft.

Schending van opdracht (art. 21 lid 5 ECT) (onderdeel 5)

4.16. In paragraaf 5.5 van het verzoekschrift wordt ingegaan op *onderdeel 5* van het middel. *Onderdeel 5* klaagt over de beslissing van het hof in rov. 6.3 van het eindarrest om geen gevolg te verbinden aan het feit dat het Scheidsgerecht de relevante belastingautoriteiten niet heeft geraadpleegd. Volgens het onderdeel was het Scheidsgerecht hiertoe op grond van art. 21 lid 5 ECT verplicht.

4.17. Het hof heeft dit bezwaar van de Russische Federatie verworpen met de motivering dat dit verzuim onvoldoende ernstig is om vernietiging van het arbitrale vonnis te rechtvaardigen. Volgens het hof is niet aannemelijk geworden dat de Russische Federatie hierdoor enig nadeel heeft ondervonden, omdat zij de gelegenheid heeft gehad alle informatie naar voren te brengen die het Scheidsgerecht door raadpleging van de Russische belastingautoriteiten had kunnen verkrijgen (rov. 6.3.2). Het onderdeel komt met verschillende rechts- en motiveringsklachten tegen dit oordeel op.

4.18. Uit het oordeel van het hof leid ik af dat de Russische Federatie het bedoelde bezwaar primair naar voren heeft gebracht in het kader van een beroep op art. 1065 lid 1, onder c, Rv (schending van zijn opdracht door het Scheidsgerecht). Het hof heeft dit bezwaar verworpen door te oordelen dat dit verzuim onvoldoende ernstig is om vernietiging van het arbitraal vonnis te rechtvaardigen. Art. 1065 lid 1, onder c, Rv laat aan het hof de ruimte om af te wegen of deze schending van de opdracht ernstig genoeg is om tot vernietiging te leiden. De rechter moet terughoudend zijn bij de beoordeling of van schending van de opdracht sprake is (zie onder 3.11 van deze conclusie). Een dergelijke beoordeling vereist een afweging die naar haar aard aan de feitenrechter is voorbehouden, zodat daartegen gerichte cassatieklachten niet snel zullen slagen.⁵⁶

⁵⁶ Vgl. hetgeen geldt voor het resultaat van een belangenafweging: Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/157.

4.19. Het verzoekschrift (nr. 99) stelt de weigering van het Scheidsgerecht om de Russische belastingautoriteiten te raadplegen duidt op 'een onaanvaardbare partijdigheid'. Hiermee wordt kennelijk een beroep gedaan op de processuele openbare orde (art. 1065 lid 1, onder e, Rv), wegens partijdigheid van het Scheidsgerecht. Daaraan worden in een arbitrale vernietigingsprocedure hoge eisen gesteld. Vernietiging wegens partijdigheid van een arbiter is, kort gezegd, slechts mogelijk als op grond van feiten en omstandigheden moet worden aangenomen dat de arbiter in feite niet onpartijdig was, of wanneer daaraan in zo ernstige mate moet worden getwijfeld dat van de in het ongelijk gestelde partij niet kan worden gevergd dat zij zich bij de uitspraak neerlegt.⁵⁷ Het cassatiemiddel (voor zover in het verzoekschrift weergegeven) stelt niet dat hiervan sprake is. In nr. 101 van het verzoekschrift is verder te lezen dat de Russische Federatie 'op voorhand het wederhoor[r]echt is ontnomen om op dergelijke deskundigenadviezen haar commentaar te geven'. Voor zover het onderdeel bedoelt een beroep te doen op de processuele openbare orde van art. 1065 lid 1, onder e, Rv, is dit beroep onvoldoende uitgewerkt. Het valt niet zonder meer in te zien dat het recht op hoor en wederhoor is geschonden, omdat een partij niet heeft kunnen reageren op een deskundigenadvies dat in het geheel niet in het geding is gebracht. In het kader van het onderhavige schorsingsverzoek acht ik de kans van slagen van de klachten van onderdeel 5 voorshands niet groot.

De rol van assistent Valasek (onderdeel 6)

4.20. Paragraaf 5.6 van het verzoekschrift gaat in op *onderdeel 6* van het middel. Dit onderdeel ziet, kort gezegd, op de betrokkenheid van de assistent van het Scheidsgerecht, Valasek, bij het concipiëren van de arbitrale vonnissen. Volgens de Russische Federatie levert deze betrokkenheid strijd op met het beginsel dat de arbiters de hun opgedragen taak persoonlijk moeten vervullen, zodat het Scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden (art. 1065 lid 1, onder c, Rv). Daarnaast zou door de betrokkenheid van Valasek in feite sprake zijn van een 'vierde arbiter', zodat het Scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende

regels is samengesteld (art. 1065 lid 1, onder d, Rv). Het hof heeft dit betoog in rov. 6.6.1-6.6.15 verworpen. Hiertegen richt het onderdeel drie klachten (nr. 106 van het verzoekschrift, onder (i) t/m (iii)). Ik ga kort op deze klachten in.

4.21. Onder (i) wordt geklaagd dat het hof de Russische Federatie had moeten toelaten tot het bewijs dat Valasek grote bijdragen heeft geleverd aan het concipiëren van (delen van) de arbitrale vonnissen.⁵⁸ Het hof heeft dit bewijsaanbod als niet ter zake dienend afgewezen, omdat het veronderstellenderwijs heeft aangenomen dat Valasek daaraan inderdaad grote bijdragen heeft geleverd. Het hof heeft deze stelling dus voor waar aangenomen, zodat geen belang bestond bij bewijslevering op dit punt. Dat betekent dat ook bij deze cassatieklacht, althans bij voorlopige beoordeling daarvan, geen belang bestaat.

4.22. Onder (ii) klaagt het onderdeel over de verwerping door het hof van het beroep op art. 1065 lid 1, onder b, Rv jo. art. 1026 lid 1 Rv (het vereiste dat het scheidsgerecht uit een oneven aantal arbiters bestaat). De klacht is dat het hof dit betoog uitsluitend heeft verworpen door erop te wijzen dat de arbitrale vonnissen zijn ondertekend door de drie door partijen aangewezen arbiters (rov. 6.6.13). Ik zou menen dat dit *prima facie* een sluitend oordeel is: uit het feit dat drie arbiters de vonnissen hebben ondertekend, volgt dat deze zijn geweest door een oneven aantal arbiters. Daarmee is aan de eisen van art. 1026 lid 1 Rv

58 Ik ga hierbij uit van de omschrijving van het bewijsaanbod in rov. 6.6.5 van het eindarrest. Die omschrijving luidt strikt genomen enigszins anders dan de omschrijving in nr. 106 onder (i) van het verzoekschrift tot schorsing. Het verzoekschrift spreekt van een te bewijzen vermoeden 'dat Valasek heeft bijgedragen aan het besluitvormingsproces van het Scheidsgerecht', terwijl volgens het hof het bewijsaanbod betrekking heeft op de vraag of Valasek 'inderdaad grote bijdragen heeft geleverd aan het concipiëren van de hoofdstukken IX, X en XII van de Final Award, doordat hij daartoe (concept)teksten heeft aangeleverd die de arbiters geheel of gedeeltelijk in de arbitrale vonnissen hebben verwerkt'. Uit nr. 106 onder (i) blijkt niet dat bedoeld is te klagen dat het hof een onjuiste opvatting van het bewijsaanbod zou hebben gehanteerd. Een dergelijke klacht zou vermoedelijk ook niet succesvol zijn, nu de uitleg van de gedingstukken aan de feitenrechter voorbehouden is (zie Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/157).

57 HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1266, NJ 1994/765, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.8.

voldaan, zodat de klacht mij voorsnog niet gegrond lijkt.

4.23. Onder (iii) klaagt het onderdeel over het oordeel dat het verzuim van het Scheidsgerecht om van tevoren toestemming aan partijen te vragen voor het laten concipiëren van delen van de arbitrale vonnissen door Valasek, onvoldoende ernstig is om vernietiging te rechtvaardigen (rov. 6.6.14). Ook van deze klacht is niet aannemelijk dat zij slaagt, nu een dergelijk oordeel een afwijging van de ernst van de schending vereist, die naar haar aard aan de feitenrechter is voorbehouden en daarom in cassatie in beginsel niet kan worden bestreden.⁵⁹

Ontbreken van motivering (onderdeel 7)

4.24. In paragraaf 5.7 van het verzoekschrift wordt ingegaan op *onderdeel 7* van het middel. *Onderdeel 7* is gericht tegen rov. 8.4.13 en 8.4.16 van het eindarrest. Deze overwegingen zien op het betoog dat de arbitrale vonnissen ondeugdelijk zijn gemotiveerd waar het gaat om de stelling van de Russische Federatie dat Yukos' Mordovische vennootschappen schijnvennootschappen waren. Het Scheidsgerecht is tot de slotsom gekomen dat hiervoor in 'het omvangrijke dossier' geen bewijs is te vinden.⁶⁰ Volgens het hof doelde het Scheidsgerecht daarmee op het dossier dat voorlag in de fiscale procedures die Yukos in Rusland heeft gevoerd (rov. 8.4.13). Volgens het onderdeel (nr. 114 van het verzoekschrift) is deze 'reparatiepoging' in strijd met art. 19 en 24 Rv, en bovendien onbegrijpelijk, onder meer omdat er niet één belastingdossier was maar verschillende (één per jaar).

4.25. Het onderdeel richt zich in de kern genomen tegen een lezing door het hof van de Final Award. De daartegen gerichte motiveringsklachten lijken op voorhand niet kansrijk, omdat het hof zijn lezing in rov. 8.4.14-8.4.16 heeft onderbouwd met verwijzingen naar de context waarin de overwegingen van het Scheidsgerecht zijn gegeven. Wat de klacht over art. 19 en 24 Rv betreft, geldt dat het de Russische Federatie is die zich in de vernietigingsprocedure heeft beklaagd over de onbegrijpelijkheid van de desbetreffende passages in de

Final Award. Daarmee lag bij het hof tevens de vraag voor hoe deze passage moest worden begrepen. Daarom is voorsnog niet in te zien waarom het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd zou zijn getreden doordat het tot een andere lezing is gekomen, of waarom het partijen nader de gelegenheid had moeten bieden om op die lezing te reageren.

Onderdeel 8 (veegklacht)

4.26. Paragraaf 5.8 van het verzoekschrift gaat in op *onderdeel 8* van het middel, waarin is betoogd dat ook de beslissing over de schadevergoeding moet worden vernietigd, indien de Hoge Raad een of meer van de onderdelen 1 t/m 7 gegrond verklaard. *Onderdeel 8* behoeft in het kader van de behandeling van het schorsingsverzoek geen bespreking.

4.27. Uit het voorgaande volgt dat naar mijn voorlopig oordeel niet op voorhand kan worden gezegd dat één of meer onderdelen van het cassatiemiddel kans van slagen zullen hebben.

5. De belangen van partijen

5.1. In het kader van de beoordeling van het schorsingsverzoek moeten behalve de kans van slagen van het cassatiemiddel, ook de belangen van partijen bij een eventuele schorsing worden afgewogen. Zoals ik reeds onder 3.19 van mijn conclusie heb vermeld, moet bij de belangenafweging in ieder geval worden gekeken naar het restitutierisico, de eventuele onomkeerbare gevolgen van de executie, en het tijdsverloop dat met de cassatieprocedure is gemoeid.

5.2. De Russische Federatie heeft haar belang bij schorsing als volgt toegelicht. Ten eerste is volgens de Russische Federatie in het verleden gebleken dat HVY een 'agressieve executiestrategie' volgt, waarbij in verschillende landen grote aantallen executiemaatregelen zijn genomen.⁶¹ In de tweede plaats betoogt de Russische Federatie dat HVY een restitutierisico van bijna 100% vertegenwoordigen, omdat zij 'lege hulzen' zijn zonder eigen activiteit, eigen werknemers en eigen vermogen.⁶² Er bestaat een grote kans dat door HVY geïnde bedragen 'verdwijnen' in ondoorzichtige netwerken van buitenlandse vennootschappen die HVY hebben opgericht. Ten slotte is met de vernietig-

59 Vgl. hetgeen geldt voor het resultaat van een belangenafweging: Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/157.

60 Zie § 639 van de Final Award, door het hof geciteerd in rov. 8.4.7 van het eindarrest.

61 Zie nr. 118 van het verzoekschrift tot schorsing.

62 Zie nr. 122 van het verzoekschrift tot schorsing.

gingsprocedure veel tijd gemoeid, zeker gelet op de mogelijkheid dat in dit geval prejudiciële vragen aan het HvJ EU zullen moeten worden gesteld, aldus de Russische Federatie.⁶³

5.3. HVY hebben gesteld dat zij groot belang hebben bij de voortzetting van de executie. Volgens HVY is executie van de arbitrale vonnissen zeer moeilijk gebleken, zodat zij hun vordering niet binnen korte tijd zullen kunnen incasseren. De Russische Federatie zal bovendien niet vrijwillig betalen: zij hanteert jegens HVY een (wettelijk vastgelegd) *never pay policy*, aldus HVY. Ten aanzien van het restitutierisico hebben HVY betwist dat sprake is van schijnvennootschappen. Hulley en YUL zijn gewone *holding companies* die daarmee nog niet als 'schijnvennootschap' kunnen worden aangeduid. VPL's voornaamste activiteit is het houden van Yukos-aandelen ten behoeve van de trustee van het Veteran Petroleum Trust, in essentie een pensioenfonds voor gepensioneerde Yukos-werknemers.⁶⁴ Ook is, als onvoldoende gemotiveerd, bestreden dat geïnde bedragen zullen verdwijnen in een ondoorzichtige vennootschapsstructuur. Verder zal de Russische Federatie eventuele geïnde bedragen kunnen verrekenen met een andere vordering die HVY op haar hebben uit hoofde van een door het EHRM toegekende schadevergoeding, aldus HVY.⁶⁵

5.4. Wat het restitutierisico betreft, merk ik op dat het vaste rechtspraak van de Hoge Raad is dat concrete en bijzondere omstandigheden moeten worden aangevoerd die aannemelijk maken dat van een restitutierisico sprake is.⁶⁶ De Russische Federatie heeft betoogd dat HVY 'schijnvennootschappen' zijn, zonder eigen activiteiten, werknemers of vermogen. Daaruit volgt, mede in het licht van de gemotiveerde betwisting door HVY, op zichzelf echter niet dat deze vennootschappen niet kredietwaardig zijn. Evenmin is duidelijk geworden waarom dit betekent dat eventueel geïnde gelden zullen 'verdwijnen'. HVY heeft dit alles bovendien, als onvoldoende geconcretiseerd, be-

twist. HVY heeft verder gesteld dat de Russische Federatie eventuele geïnde bedragen zal kunnen verrekenen. De Russische Federatie heeft onvoldoende concrete en bijzondere omstandigheden gesteld dat in dit geval sprake is van een restitutierisico. Dat executie onomkeerbare gevolgen zal hebben voor de Russische Federatie is evenmin gesteld.

5.5. In het kader van de belangenafweging kan ook de duur van de procedure worden betrokken. Uiteraard is met de cassatieprocedure tijd gemoeid. Dat betekent echter niet dat eerder aanleiding voor schorsing bestaat naarmate de vernietigingsprocedure omvangrijker en ingewikkelder is, zodat de behandeling daarvan meer tijd zal kosten. In het geval dat in de vernietigingsprocedure zodanige ingewikkelde kwesties worden voorgelegd dat de beoordeling daarvan vermoedelijk veel tijd zal vergen, betekent dit ook dat in de schorsingsprocedure niet op voorhand zal kunnen worden beoordeeld of de vernietigingsprocedure een grote kans van slagen heeft. In dat geval is dus niet voldaan aan de eis dat de vordering een grote kans van slagen heeft. Anders dan het verzoekschrift (in nr. 88) betoogt, vormt de mogelijkheid dat in deze zaak prejudiciële vragen zullen moeten worden gesteld (zodat de cassatieprocedure met 1½ tot 2 jaar verlengd wordt) geen extra reden voor toekenning van het schorsingsverzoek.

5.6. De Russische Federatie heeft verder niet gesteld dat de duur van de procedure als zodanig nadelen voor haar kan opleveren. Zij heeft enkel gesteld dat uitstel van tenuitvoerlegging geen nadelen oplevert voor HVY, omdat de Russische Federatie 'immers niet een brievenbusmaatschappij (is) maar een soevereine staat met een vermogen dat een groot veelvoud vormt van de compensatie die arbiters aan HVY hebben toegekend'.⁶⁷ Verder heeft de Russische Federatie gesteld dat zij nadeel kan ondervinden doordat 'de vruchten van de alsdan onrechtmatig gebleken executies reeds lang doorgespeeld zijn naar de vele niet-traceerbare 'geldpotten' van de Russische Oligarchen'.⁶⁸ Deze stelling heeft echter geen betrekking op nadelige gevolgen van het tijdsverloop, maar op het restitutierisico.

63 Zie nr. 126 e.v. van het verzoekschrift tot schorsing.

64 Zie nr. 112 van het verzoekschrift inzake schorsingsverzoek.

65 Zie nr. 115 van het verzoekschrift inzake schorsing.

66 Onder meer HR 17 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1400, NJ 1994/591 en HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5892, NJ 2004/291, m.nt. H.J. Snijders. Zie Asser *Procesrecht/Steneker* 5 2019/565.

67 Zie nr. 128 van het verzoekschrift tot schorsing.

68 Zie nr. 128, slot, van het verzoekschrift tot schorsing.

5.7. De slotsom is dat onvoldoende concreet is geworden dat sprake is van een restituerisico, dat niet is gesteld dat executie onomkeerbare gevolgen zal hebben en dat evenmin duidelijk is geworden dat voor de Russische Federatie nadelen zijn verbonden aan de duur van de procedure als zodanig. Daaruit volgt dat onvoldoende duidelijk is geworden dat de Russische Federatie belang heeft bij schorsing van executie, althans dat dit belang zou opwegen tegen het belang van HVY bij voortzetting daarvan. De Russische Federatie heeft verder nog gewezen op de omstandigheid, dat HVY reeds executiemaatregelen hebben genomen. Dat dergelijke maatregelen inmiddels zijn getroffen, brengt niet mee dat de belangenafweging daarom in het voordeel van de Russische Federatie moet uitvallen. Hier tegenover staat immers het belang van HVY om de arbitrale vonnissen ten uitvoer te leggen.

5.8. Nu niet is voldaan aan de tweeledige maatstaf voor schorsing van de tenuitvoerlegging dient het verzoek van de Russische Federatie te worden afgewezen. Het verzoek van de Russische Federatie om een voorlopige schorsingsmaatregel te nemen, komt evenmin voor toewijzing in aanmerking. Ik wijs er nog op dat HVY hebben meegedeeld dat zij vóór januari 2021 geen executiemaatregelen zullen treffen.⁶⁹

6. Het subsidiaire verzoek tot zekerheidstelling

6.1. De Russische Federatie heeft subsidiair verzoekt op de voet van art. 1066 lid 5 Rv te bepalen dat HVY zekerheid stellen. De Russische Federatie heeft aan dit verzoek geen andere belangen ten grondslag gelegd dan aan het verzoek tot schorsing. Hiervoor heb ik reeds geconcludeerd dat die belangen niet zwaarder wegen dan die van HVY bij de voortzetting van executie. Met name is onvoldoende concreet gesteld dat sprake is van een restituerisico. Hieruit volgt dat er geen aanleiding is voor toewijzing van het verzoek tot zekerheidstelling.

7. Slotsom

7.1. De slotsom luidt dat de verzoeken tot schorsing van de tenuitvoerlegging en tot zekerheidstelling moeten worden afgewezen. Dit geldt ook voor de daarmee samenhangende verzoeken strekkende tot voorlopige schorsing, tot het geven van een bevel aan HVY om haar executiepogingen te staken, en tot het opleggen van dwangsommen aan HVY.⁷⁰

7.2. Aan de subsidiaire en meer subsidiaire verzoeken van HVY wordt niet toegekomen.

8. Conclusie

De conclusie strekt tot afwijzing van de verzoeken van de Russische Federatie.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding tot dusver verwijst de Hoge Raad naar zijn tussenuitspraak in het bevoegdheidsincident van 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1511.

(...; red.)

2. Uitgangspunten

2.1. Deze zaak gaat over de vraag of de tenuitvoerlegging van de tussen partijen gewezen arbitrale vonnissen op grond van art. 1066 lid 2 (oud) Rv moet worden geschorst totdat over de vordering tot vernietiging onherroepelijk is beslist. Daarnaast is aan de orde of een van partijen op grond van art. 1066 lid 5 (oud) Rv zekerheid moet stellen.

2.2. De Hoge Raad gaat uit van de volgende feiten.

– i) HVY zijn, althans waren, aandeelhouder in Yukos Oil Company (hierna: Yukos).

– ii) In 2004 hebben VPL, YUL en Hulley ieder afzonderlijk op de voet van art. 26 van de Energy Charter Treaty⁷¹ (hierna: ECT of het Verdrag) een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen de Russische Federatie. De plaats van arbitrage was Den Haag. HVY hebben in die arbitrageprocedure – kort gezegd – gesteld dat de Russische Federatie hun investeringen in Yukos heeft onteigend en heeft nagelaten deze investeringen te beschermen, en gevorderd dat de Russische Federatie

69 Zie nr. 3 van het verweerschrift inzake schorsing. Het beslag dat HVY ten laste van (onder meer) de Russische Federatie hebben gelegd op een aantal wodka-merkcrechten is opgeheven bij vonnis in kort geding van de rechtbank Den Haag van 27 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10708.

70 Zie para. 7 van het verzoekschrift tot schorsing, onder A, B (iii), en C (ii).

71 Trb. 1995, 108.

veroordeeld wordt tot betaling van schadevergoeding.

– iii) Na drie afzonderlijke Interim Awards heeft het scheidsgerecht (hierna: het Scheidsgerecht) in drie afzonderlijke Final Awards de Russische Federatie onder meer veroordeeld om een schadevergoeding te betalen van USD 8.203.032.751,-- (aan VPL), van USD 1.846.000.687,-- (aan YUL) en van USD 39.971.834.360,-- (aan Hulley). De Interim Awards en de Final Awards worden hierina gezamenlijk aangeduid als de Yukos Awards.

– iv) De Russische Federatie heeft op de voet van art. 1064 lid 2 (oud) Rv bij de rechtbank vernietiging gevorderd van de Yukos Awards. De rechtbank heeft de Yukos Awards vernietigd wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst.⁷² Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vordering van de Russische Federatie tot vernietiging van de Yukos Awards afgewezen.⁷³

De Russische Federatie heeft cassatieberoep ingesteld tegen de arresten van het hof.⁷⁴ HVY hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Op deze beroepen is nog niet beslist.

2.3. In dit geding verzoekt de Russische Federatie de Hoge Raad op de voet van art. 1066 (oud) Rv, kort gezegd:

– primair om (i) bij wijze van voorlopige schorsingsmaatregel HVY te bevelen alle lopende en toekomstige tenuitvoerleggingsmaatregelen met betrekking tot de Yukos Awards te schorsen totdat de Hoge Raad een beslissing zal hebben gegeven op het schorsingsverzoek op de voet van art. 1066 (oud) Rv, en (ii) de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards op grond van art. 1066 (oud) Rv te schorsen totdat over de vordering tot vernietiging onherroepelijk is beslist,

– subsidiair om, indien het schorsingsverzoek mocht worden afgewezen, HVY te bevelen op grond van art. 1066 lid 5 (oud) Rv zekerheid te stellen.

2.4. Bij tussenbeschikking van 25 september 2020 heeft de Hoge Raad zich – naar aanleiding van een door HVY gevoerd bevoegdheidsverweer – bevoegd verklaard kennis te nemen van de op art. 1066 lid 2 en lid 5 (oud) Rv gegronde verzoeken van de Russische Federatie.⁷⁵

2.5. HVY hebben vervolgens inhoudelijk verweer gevoerd tegen de verzoeken van de Russische Federatie, die volgens HVY moeten worden afgewezen. Voor het geval het schorsingsverzoek van de Russische Federatie wordt toegewezen, verzoeken HVY om de Russische Federatie te veroordelen tot het stellen van zekerheid.

2.6. Partijen hebben hun standpunten nader toegelicht tijdens het mondelinge pleidooi van 30 oktober 2020.

2.7. De conclusie van de Advocaat-Generaal strekt tot afwijzing van de verzoeken van de Russische Federatie. De advocaten van de Russische Federatie hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van de verzoeken van de Russische Federatie

3.1. Op deze procedure is het Vierde Boek ('Arbitrage') van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing zoals dat gold tot 1 januari 2015.⁷⁶

3.2. De Hoge Raad zal hierna eerst ingaan op het primaire verzoek van de Russische Federatie tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards totdat over de vordering tot vernietiging onherroepelijk is beslist. Daarna zal de Hoge Raad het subsidiaire verzoek van de Russische Federatie met betrekking tot het (doen) stellen van zekerheid behandelen.

3.3.1. Op de voet van art. 1065 lid 1 (oud) Rv kan, op de in die bepaling limitatief opgesomde gronden, vernietiging van een arbitraal vonnis worden gevorderd. Bij de beoordeling van de vernietigingsvordering dient de rechter – behoudens voor zover deze vordering erop is gebaseerd (i) dat een

72 Rechtbank Den Haag 20 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4229.

73 Gerechtshof Den Haag 25 september 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2476 en Gerechtshof Den Haag 18 februari 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:234. Zie voor een samenvatting van laatstgenoemd arrest de conclusie van de Advocaat-Generaal, onder 2.13-2.31.

74 Die cassatieprocedure is bij de Hoge Raad aanhangig onder zaaknummer 20/01595.

75 HR 25 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1511.

76 Art. IV lid 4 in verbinding met art. IV lid 2 van de 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 (Stb. 2014, 254).

geldige overeenkomst van arbitrage ontbreekt⁷⁷ of (ii) dat in strijd met hoor en wederhoor is gehandeld⁷⁸ – terughoudendheid te betrachten. Een vernietigingsprocedure mag niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep. Het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt immers mee dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen.⁷⁹

De vordering tot vernietiging schorst de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis niet (art. 1066 lid 1 (oud) Rv). De rechter die omtrent de vernietiging oordeelt kan echter, indien daartoe gronden zijn, op verzoek van de meest gereede partij de tenuitvoerlegging schorsen totdat over de vordering tot vernietiging onherroepelijk is beslist (art. 1066 lid 2 (oud) Rv).

3.3.2. Het schorsingsverzoek op de voet van art. 1066 lid 2 (oud) Rv is gericht op het verkrijgen van een voorlopige voorziening. Bij de beslissing op dat schorsingsverzoek moet de rechter zich een voorlopig oordeel vormen over de vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis en daarnaast de belangen van partijen afwegen. Bij de vorming van dit voorlopig oordeel zal de rechter ervan moeten uitgaan dat de vordering tot vernietiging alleen kan slagen indien zich een vernietigingsgrond als bedoeld in art. 1065 (oud) Rv voordoet.⁸⁰

Indien in de vernietigingsprocedure de rechter in de voorgaande instantie reeds een oordeel heeft gegeven over de vordering tot vernietiging, dient de rechter die beslist op het schorsingsverzoek met dat oordeel rekening te houden. Dat brengt met zich dat in het geval waarin de rechter in de vernietigingsprocedure de vordering tot vernietiging heeft afgewezen, de rechter die beslist op het schorsingsverzoek meer terughoudendheid dient te betrachten dan in het geval waarin door de rechter in de vernietigingsprocedure nog niet is beslist.

3.3.3. In deze zaak doet zich het geval voor dat in de vernietigingsprocedure door zowel de recht-

bank als het hof reeds een oordeel is gegeven over de vordering tot vernietiging, en dat tegen de arresten van het hof, waarin de vordering tot vernietiging is afgewezen, cassatieberoep loopt (zie hiervoor in 2.2 onder (iv)).

Dat betekent dat de Hoge Raad zich in dit schorsingsgeding een voorlopig oordeel zal moeten vormen over de vraag of de in cassatie tegen het oordeel van het hof gerichte klachten – mede gelet op de beperkingen die zijn verbonden aan de controle in cassatie – tot vernietiging van (een van) de arresten van het hof zullen leiden. Daarnaast zal de Hoge Raad zich een voorlopig oordeel moeten vormen over de vraag of dat (uiteindelijk) tot een andere uitkomst in de vernietigingsprocedure – te weten: vernietiging van de Yukos Awards – zal leiden.

3.3.4. Bij het vormen van een voorlopig oordeel over de vraag of de in cassatie tegen het oordeel van het hof gerichte klachten tot vernietiging van (een van) de arresten van het hof zullen leiden, zal de Hoge Raad alleen acht slaan op cassatieklachten die in het verzoekschrift tot schorsing worden vermeld of waarnaar in dat verzoekschrift (voldoende specifiek) wordt verwezen.

3.4. De Hoge Raad zal zich hierna – met inachtneming van hetgeen hiervoor is overwogen – eerst een voorlopig oordeel vormen over de door de Russische Federatie ingestelde vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis. In dat verband komt achtereenvolgens aan de orde hetgeen de Russische Federatie in het verzoek tot schorsing heeft aangevoerd met betrekking tot (i) de geldigheid van de arbitrageovereenkomst, (ii) de opdracht aan het Scheidsgerecht, (iii) de samenstelling van het Scheidsgerecht, (iv) het niet met redenen omkleed zijn van de Yukos Awards en (v) de openbare orde. Vervolgens zal de Hoge Raad de belangen van partijen bij toe- of afwijzing van het schorsingsverzoek tegen elkaar afwegen.

De geldigheid van de arbitrageovereenkomst

3.5. Op grond van art. 1065 lid 1, aanhef en onder a, (oud) Rv kan vernietiging van het arbitraal vonnis plaatsvinden als een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt. In het schorsingsverzoek heeft de Russische Federatie in dit verband verwezen naar klachten van het cassatiemiddel in de vernietigingsprocedure die zijn gericht tegen het oordeel van het hof over (a) de uitleg en toepassing van de Limitation Clause van art. 45 lid 1 ECT, (b) de begrippen ‘investering’ en ‘investeer-

77 HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2837, rov. 4.2.

78 HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2495, rov. 3.5.

79 HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AK8380, rov. 3.5.2 en HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9395, rov. 3.3.

80 Vgl. HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2314, rov. 3.5.

der' en (c) de bescherming van illegale investeringen. Volgens de Russische Federatie moeten deze klachten leiden tot vernietiging van het oordeel van het hof dat geen aanleiding bestaat de Yukos Awards te vernietigen wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst.

De uitleg en toepassing van de Limitation Clause

3.6. Het hof heeft in rov. 4.4.1-4.5.48⁸¹ een oordeel gegeven over de uitleg van de Limitation Clause van art. 45 lid 1 ECT en vervolgens in rov. 4.6.1 geoordeeld dat, uitgaande van deze uitleg, de voorlopige toepassing van art. 26 ECT (welke bepaling internationale arbitrage met betrekking tot de in art. 26 lid 1 ECT genoemde geschillen mogelijk maakt) niet in strijd is met de 'constitution, laws or regulations' van de Russische Federatie.

Vervolgens heeft het hof in rov. 4.6.2-4.7.58 overwogen dat, ook wanneer wordt uitgegaan van de andersluidende uitleg die de Russische Federatie aan de Limitation Clause geeft, art. 26 ECT door de Russische Federatie voorlopig moet worden toegepast.

De Hoge Raad is voorshands van oordeel dat deze beide gronden ieder het oordeel van het hof dat art. 26 ECT door de Russische Federatie voorlopig moet worden toegepast, zelfstandig dragen.

3.7.1. Met betrekking tot de hiervoor in 3.6 als tweede genoemde zelfstandig dragende grond beroept de Russische Federatie zich in het verzoekschrift tot schorsing op klachten uit onderdeel 2 van het cassatiemiddel in de vernietigingsprocedure, die zijn gericht tegen de verwerping door het hof van het betoog van de Russische Federatie (i) dat naar Russisch recht geschillen over publiekrechtelijke bevoegdheden niet voor arbitrage in aanmerking komen, (ii) dat om die reden de arbitrageprocedure tussen HVY en de Russische Federatie in strijd is met Russisch recht en (iii) dat in dat licht art. 26 ECT op grond van de Limitation Clause geen voorlopige toepassing vindt. De klachten betogen dat het hof bij de verwerping van dit betoog ten onrechte art. 26 ECT heeft aangemerkt als de grondslag voor arbitrage over publiekrechtelijke geschillen als de onderhavige en daarmee heeft verondersteld dat art. 26

ECT deel uitmaakte van de Russische interne rechtsorde, zodat sprake is van een cirkelredenering.

3.7.2. Het hof heeft het hiervoor in 3.7.1 weergegeven betoog van de Russische Federatie verworpen met de overweging dat het geschil tussen HVY en de Russische Federatie niet een geschil van publiekrechtelijke aard is (rov. 4.7.35). Het hof heeft vervolgens ten overvloede beoordeeld of – wanneer veronderstellenderwijs ervan wordt uitgegaan dat naar Russisch recht arbitrage slechts voor civielrechtelijke geschillen mogelijk is en het onderhavige geschil niet civielrechtelijk is – arbitrage op de voet van art. 26 ECT 'inconsistent' is met Russisch recht, en heeft die vraag ontkennend beantwoord (rov. 4.7.36-4.7.58).

Deze overwegingen van het hof hebben naar het voorlopige oordeel van de Hoge Raad mede betrekking op de uitleg en toepassing van Russisch recht. De Hoge Raad kan op grond van art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO de arresten van het hof niet vernietigen wegens schending van Russisch recht. Ook motiveringsklachten die zich niet laten beoordelen zonder daarbij ook de juistheid van het oordeel van het hof over de inhoud en uitleg van Russisch recht te betrekken, stuiten op deze bepaling af.⁸² Mede in dat licht bezien, acht de Hoge Raad de kans dat de hiervoor in 3.7.1 genoemde klachten slagen, op voorhand niet zodanig dat dit schorsing van de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards rechtvaardigt.

3.8. Waar de Russische Federatie in het verzoekschrift tot schorsing, onder verwijzing naar klachten van onderdeel 2, nog aanvoert dat het hof (in rov. 4.7.64) heeft overwogen dat 'de ECT vorderingen van aandeelhouders mogelijk maakt die aandeelhouders naar Russisch recht niet kunnen instellen' en dat daarmee gegeven zou zijn dat voorlopige toepassing van art. 26 ECT strijdig is met Russisch recht, geldt naar het voorlopige oordeel van de Hoge Raad het volgende.

Het hof heeft de stelling dat HVY als (voormalig) aandeelhouders van Yukos naar Russisch recht geen rechtsoverdracht kunnen instellen in verband met schade toegebracht aan de vennootschap, in rov. 4.7.62-4.7.64 op drie verschillende gronden verworpen. Elk van die drie gronden kan de verwerping van de stelling van de Russische Federa-

81 Waar de Hoge Raad in dit arrest verwijst naar rechts-overwegingen van het hof, wordt – tenzij anders vermeld – verwezen naar het eindarrest van het hof van 18 februari 2020.

82 HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228, rov. 3.15.5.

tie zelfstandig dragen. Uit het verzoekschrift tot schorsing blijkt echter niet dat elk van die gronden in cassatie wordt bestreden. De klachten waarnaar in het verzoekschrift tot schorsing wordt verwezen, falen daarmee naar het voorlopige oordeel van de Hoge Raad reeds bij gebrek aan belang.

Ten overvloede merkt de Hoge Raad op dat het ook bij het hier bestreden oordeel van het hof gaat om de uitleg en de toepassing door het hof van Russisch recht, zodat gelet op art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO (zie hiervoor in 3.7.2) de kans dat deze klachten tot cassatie leiden, ook afgezien van het gebrek aan belang, op voorhand niet zodanig is dat dit schorsing van de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards rechtvaardigt.

3.9. Uit het voorgaande volgt dat de Hoge Raad voorshands van oordeel is dat de in het verzoekschrift tot schorsing genoemde klachten niet slagen voor zover zij zijn gericht tegen de hiervoor in 3.6 genoemde tweede zelfstandig dragende grond voor het oordeel van het hof dat art. 26 ECT door de Russische Federatie voorlopig moet worden toegepast. Daarmee behoeven de in het verzoekschrift tot schorsing vermelde klachten die zijn gericht tegen de hiervoor in 3.6 genoemde eerste zelfstandig dragende grond, niet voorlopig te worden beoordeeld.

De begrippen 'investering' en 'investeerder'

3.10.1. In het verzoekschrift tot schorsing heeft de Russische Federatie zich vervolgens beroepen op onderdeel 3 van het cassatiemiddel in de vernietigingsprocedure.

De Russische Federatie wijst erop dat onderdeel 3 betoogt dat het hof HVY ten onrechte heeft aangemerkt als 'buitenlandse investeerders' zoals bedoeld in art. 26 ECT. Het hof heeft hiermee volgens het onderdeel miskend dat HVY brievenbusvennootschappen zijn, die door Russische onderdanen zijn opgericht en door Russische onderdanen worden gecontroleerd en die geen (buitenlands) kapitaal in de Russische economie hebben geïnvesteerd.

Daarnaast wijst de Russische Federatie op het betoog in onderdeel 3 dat het hof bij de uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT onvoldoende gewicht heeft toegekend aan (i) de normale betekenis van de begrippen 'investering' en 'investeerder', (ii) het voorwerp en doel van de ECT en (iii) de opvolgende statenpraktijk ter zake, en daarmee ten onrechte heeft overwogen dat HVY 'investeerders'

zijn en 'investeringen' deden als bedoeld in art. 1 leden 6 en 7 ECT.

3.10.2. Het hof heeft allereerst erop gewezen dat uitgangspunt voor de uitleg van art. 1 leden 6 en 7 ECT is de tekst van de bepalingen en de gewone betekenis die aan de bewoordingen daarvan toekomt en dat HVY volgens de tekst hebben voldaan aan de eisen die art. 1 leden 6 en 7 ECT stelt. Daarnaast is volgens het hof ook voldaan aan de eis van art. 26 ECT dat sprake is van een geschil tussen een 'Contracting Party' (de Russische Federatie) en investeerders uit 'another Contracting Party' (HVY, vennootschappen naar het recht van Cyprus en de Isle of Man). (rov. 5.1.6)

Het hof vervolgt met de overweging dat in de ECT is gekozen voor 'het recht van het land volgens de wetten waarvan de investeerder is georganiseerd' om de nationaliteit van een investeerder te bepalen en dat noch uit de context van art. 1 ECT of art. 26 ECT, noch uit het doel van het Verdrag volgt dat de verdragsoptellers het oogmerk hadden nadere eisen te stellen aan het buitenlandse karakter van de investering of de investeerder, of aan het internationale karakter van het geschil (rov. 5.1.7.2-5.1.7.3). Daaraan voegt het hof toe dat er geen algemeen rechtsbeginsel is dat inhoudt dat investeringsverdragen geen bescherming verlenen aan vennootschappen die volledig onder zeggenschap staan van onderdanen van het gastland (rov. 5.1.8.1-5.1.8.10). Tot slot overweegt het hof dat onvoldoende houvast bestaat voor het oordeel dat art. 1 lid 6 ECT zo moet worden begrepen dat de buitenlandse investeerder een economische bijdrage moet leveren aan het gastland (rov. 5.1.9.1-5.1.9.5).

3.10.3. Deze oordelen geven niet op voorhand blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat door de Russische Federatie over de uitleg van art. 26 ECT of art. 1 leden 6 en 7 ECT een ander standpunt wordt bepleit, maakt dit niet anders. De uitvoerige oordelen van het hof zijn voorts op voorhand, ook bezien in het licht van hetgeen in het verzoekschrift tot schorsing op dit punt is aangevoerd, niet onbegrijpelijk.

Gelet hierop is naar het voorlopige oordeel van de Hoge Raad de kans dat de hiervoor in 3.10.1 weergegeven klachten slagen – en dat dit na verwijzing tot vernietiging van de Yukos Awards zal leiden – niet zodanig dat dit schorsing van de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards rechtvaardigt.

Bescherming gestelde illegale investeringen

3.11.1. De Russische Federatie heeft zich in het verzoekschrift tot schorsing voorts beroepen op onderdeel 4 van het cassatiemiddel in de vernietigingsprocedure, dat betoogt (i) dat het hof een onjuiste uitleg aan de ECT heeft gegeven met het oordeel (in rov. 5.1.11.5) dat de ECT niet vereist dat door de ECT beschermde investeringen in overeenstemming met het recht van het gastland worden gedaan en (ii) dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat illegale handelingen alleen van belang kunnen zijn als ze rechtstreeks betrekking hebben op de verwerving van de Yukos-aandelen door HVY zelf.

3.11.2. Het hof heeft (in rov. 5.1.11.1-5.1.11.5), kort gezegd, overwogen dat ‘illegaal handelen’ ten tijde van of bij het doen van de investering onder de ECT niet leidt tot onbevoegdheid van het Scheidsgerecht (maar mogelijk wel tot een ontzegging van de vorderingen). Vervolgens heeft het hof (in rov. 5.1.11.6-5.1.11.9) overwogen dat ook wanneer moet worden aangenomen dat ‘illegaal handelen’ ten tijde van of bij het doen van de investering onder de ECT wel leidt tot onbevoegdheid van het Scheidsgerecht, dit de Russische Federatie niet kan baten omdat – kort gezegd – de illegale handelingen waarop door de Russische Federatie een beroep is gedaan, in een te ver verwijderd verband staan tot de transacties waarmee HVY hun aandelen in Yukos hebben verworven. Naar het voorlopige oordeel van de Hoge Raad heeft het hof hiermee twee zelfstandig dragende gronden gegeven voor het oordeel dat de door de Russische Federatie gestelde illegaliteit van de investeringen van HVY niet leidt tot onbevoegdheid van het Scheidsgerecht. Van belang is verder dat het hof in de bestreden overwegingen alleen beoordeelt of het door de Russische Federatie gestelde illegaal handelen leidt tot onbevoegdheid van het Scheidsgerecht, en niet of het gestelde illegaal handelen moet leiden tot afwijzing van de vorderingen van HVY. De Hoge Raad is voorshands van oordeel dat de kans dat deze beide zelfstandig dragende gronden in cassatie geen stand zullen houden en dat dit bovendien na verwijzing tot vernietiging van de Yukos Awards zal leiden, niet zodanig is dat dit tot schorsing van de tenuitvoerlegging moet leiden.

Tussenconclusie

3.12. Uit het voorgaande volgt dat de Hoge Raad voorshands van oordeel is dat de kans dat de

klachten tegen het oordeel van het hof dat er geen aanleiding bestaat de Yukos Awards te vernietigen wegens het ontbreken van een geldige overeenkomst van arbitrage slagen en dat dit bovendien na verwijzing tot vernietiging van de Yukos Awards zal leiden, niet zodanig is dat dit schorsing van de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards rechtvaardigt.

De opdracht aan het Scheidsgerecht

3.13.1. Op grond van art. 1065 lid 1, aanhef en onder c, (oud) Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis plaatsvinden als het scheidsgerecht zich niet aan zijn opdracht heeft gehouden.

De Russische Federatie heeft in dit verband in het schorsingsverzoek verwezen naar onderdeel 5 van het cassatiemiddel in de vernietigingsprocedure, dat betoogt dat het hof (in rov. 6.3.2-6.3.3) terecht heeft aangenomen dat het Scheidsgerecht de Russische belastingautoriteiten om het in art. 21 lid 5 ECT bedoelde advies had moeten vragen en dat heeft nagelaten, maar vervolgens ten onrechte heeft geoordeeld dat deze schending van art. 21 lid 5 ECT door het Scheidsgerecht niet de vernietiging van de Yukos Awards rechtvaardigt. Het Scheidsgerecht heeft daarnaast ook ten onrechte nagelaten de belastingautoriteiten van Cyprus en het Verenigd Koninkrijk om het in art. 21 lid 5 ECT bedoelde advies te vragen, zodat het andersluidende oordeel van het hof (in rov. 6.3.4) onjuist is, aldus de Russische Federatie. Dit laatstgenoemd oordeel van het hof is volgens de Russische Federatie ook in strijd met art. 19 en 24 Rv.

3.13.2. Uit het verzoekschrift tot schorsing blijkt niet dat in cassatie is bestreden het oordeel van het hof dat in art. 1065 Rv ligt besloten dat geen vernietiging plaatsvindt op de grond dat het scheidsgerecht zijn opdracht heeft geschonden, indien het schenden van de opdracht niet van ernstige aard is (rov. 6.1.5). Evenmin blijkt uit het verzoekschrift tot schorsing dat in cassatie is bestreden dat niet aannemelijk is dat de Russische Federatie nadeel heeft ondervonden doordat het Scheidsgerecht heeft nagelaten de Russische belastingautoriteiten het op grond van art. 21 lid 5 ECT bedoelde advies te vragen. In dit licht bezien is naar het voorlopige oordeel van de Hoge Raad de kans van slagen van de klacht tegen het oordeel van het hof dat de schending van art. 21 lid 5 ECT door het Scheidsgerecht niet de vernietiging van de Yukos Awards rechtvaardigt, onvoldoende om

schorsing van de tenuitvoerlegging te rechtvaardigen.

3.13.3. Met betrekking tot de belastingautoriteiten van Cyprus en het Verenigd Koninkrijk heeft het hof overwogen dat het Scheidsgerecht deze belastingautoriteiten niet om het in art. 21 lid 5 ECT bedoelde advies hoefde te vragen, omdat art. 21 lid 5 ECT het vragen van dergelijk advies slechts voorschrijft ten aanzien van de 'relevant competent tax authority' indien het gaat om de vraag 'whether a tax constitutes an expropriation', en niet is aangevoerd dat belastingmaatregelen van Cyprus of het Verenigd Koninkrijk een onteigening inhouden (rov. 6.3.4).

Naar het voorlopige oordeel van de Hoge Raad moet deze overweging van het hof aldus worden begrepen dat het hof de belastingautoriteiten van Cyprus en het Verenigd Koninkrijk niet heeft aangemerkt als *relevante* belastingautoriteiten in de zin van art. 21 lid 5 ECT, en is die overweging van het hof niet onjuist of onbegrijpelijk in het licht van (i) het als zodanig onbestreden oordeel van het hof dat het geschil tussen partijen niet erom gaat of belastingmaatregelen van Cyprus of het Verenigd Koninkrijk een onteigening inhouden en (ii) de omstandigheid dat een hierop gericht verweer door HVY ten overstaan van het Scheidsgerecht ook is gevoerd (zie de Final Award, § 1419).

Daarmee is de Hoge Raad voorshands van oordeel dat de kans dat deze klacht slaagt – en dat dit na verwijzing tot vernietiging van de Yukos Awards zal leiden –, onvoldoende is om schorsing van de tenuitvoerlegging te rechtvaardigen.

De samenstelling van het Scheidsgerecht

3.14.1. Op grond van art. 1065 lid 1, aanhef en onder b, (oud) Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis plaatsvinden als het scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regels is samengesteld. In het schorsingsverzoek beroept de Russische Federatie zich op klachten uit onderdeel 6 van het cassatiemiddel in de vernietigingsprocedure, die zich richten tegen de verwerping door het hof van de stelling van de Russische Federatie dat het delegeren door de arbiters aan assistent Valasek van een deel van hun hoogstpersoonlijke kerntaak, namelijk het concipiëren van (delen van) de Final Award, moet leiden tot vernietiging van de Yukos Awards.

3.14.2. In het verzoekschrift tot schorsing wijst de Russische Federatie in dat verband allereerst erop

dat het hof (in rov. 6.6.5) ten onrechte voorbij is gegaan aan het bewijsaanbod van de Russische Federatie voor zover dat betrekking had op de bijdrage van Valasek aan het besluitvormingsproces.

Het hof heeft veronderstellenderwijs aangenomen dat Valasek grote bijdragen heeft geleverd aan het concipiëren van de hoofdstukken IX, X en XII van de Final Award, doordat hij daartoe (concept) teksten heeft aangeleverd die de arbiters geheel of gedeeltelijk in de arbitrale vonnissen hebben verwerkt (rov. 6.6.5). Het hof heeft echter ook overwogen dat hieruit niet volgt dat de arbiters de besluitvorming aan Valasek hebben overgelaten (rov. 6.6.6). Laatstgenoemd oordeel is op voorhand niet onbegrijpelijk. Naar het voorlopig oordeel van de Hoge Raad is de kans dat de tegen het passeren van het, op de verdeling van het concipiëerwerk en de daaruit voortvloeiende bijdrage van Valasek aan het besluitvormingsproces betrekking hebbende, bewijsaanbod gerichte klacht slaagt – en dat dit na verwijzing tot vernietiging van de Yukos Awards zal leiden –, daarmee niet zodanig dat dit schorsing van de tenuitvoerlegging rechtvaardigt.

3.14.3. Ook met betrekking tot hetgeen in dit verband in het verzoekschrift tot schorsing nog is aangevoerd ten aanzien van de oordelen van het hof over (i) de ondertekening van de Final Awards en (ii) het nalaten partijen op voorhand in te lichten over de rol van Valasek, is de Hoge Raad voorshands van oordeel dat de kans dat deze klachten leiden tot vernietiging van (een van) de arresten van het hof onvoldoende is om schorsing van de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards te rechtvaardigen.

Met redenen omkleed arbitraal vonnis

3.15.1. Op grond van art. 1065 lid 1, aanhef en onder d, (oud) Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis plaatsvinden (onder meer) als het arbitrale vonnis niet met redenen is omkleed. Vernietiging van een arbitraal vonnis op deze grond vindt slechts plaats wanneer motivering ontbreekt, waarmee op een lijn moet worden gesteld het geval waarin weliswaar een motivering is gegeven, maar daarin enige steekhoudende ver-

klaring voor de desbetreffende beslissing niet valt te onderkennen.⁸³

In het schorsingsverzoek heeft de Russische Federatie in dit verband verwezen naar klachten uit onderdeel 7 van het cassatiemiddel in de vernietigingsprocedure, die zijn gericht tegen het oordeel van het hof over de zogeheten Mordovische shams.

3.15.2. Het hof heeft de stelling van de Russische Federatie dat onbegrijpelijk is dat het Scheidsgerecht heeft geoordeeld dat er geen bewijs was voor de Mordovische shams, verworpen.

Het hof heeft hiertoe allereerst overwogen dat het Scheidsgerecht in § 639 van de Final Award niet heeft bedoeld dat bewijs voor de Mordovische shams ontbrak in het arbitrage dossier, maar dat dat bewijs ontbrak in het Russische belastingdossier (rov. 8.4.13-8.4.15). Voor het geval het Scheidsgerecht wel heeft bedoeld dat het bewijs voor de Mordovische shams in het arbitrage dossier ontbrak, heeft het hof overwogen dat § 639 niet dragend is voor het oordeel van het Scheidsgerecht in § 648 dat de Russische Federatie bij de behandeling van het belastingdossier het recht van HVY op 'due process' heeft geschonden (rov. 8.4.16).

Tegen het oordeel van het hof in rov. 8.4.16 is blijkens het schorsingsverzoek de klacht gericht dat deze overweging berust op een onbegrip van wat het Scheidsgerecht in § 648 over 'undue process' overweegt, omdat dit niets anders is dan het in § 639 beweerde gebrek aan bewijs over misbruik van Mordovische shams.

De Hoge Raad is voorshands van oordeel dat de beide gronden die het hof aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, ieder zelfstandig de verwerving door het hof van de stelling van de Russische Federatie kunnen dragen en dat niet kan worden gezegd dat in de overwegingen van het hof geen steekhoudende verklaring voor die verwerving valt te onderkennen.

Openbare orde

3.16. Op grond van art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, (oud) Rv kan vernietiging van het arbitraal vonnis plaatsvinden (onder meer) als het vonnis in strijd is met de openbare orde.

3.17.1. In het verzoekschrift tot schorsing stelt de Russische Federatie in dit verband – onder verwijzing naar onderdeel 1 van het cassatiemiddel in de vernietigingsprocedure – dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat, nu de verwijten die de Russische Federatie HVY maakt vallen onder de herroepingsgrond van art. 1068 lid 1, aanhef en onder a, (oud) Rv, deze verwijten niet ten grondslag kunnen worden gelegd aan een beroep op een vernietigingsgrond van art. 1065 lid 1, aanhef en onder e, (oud) Rv.

3.17.2. Het hof heeft tot uitgangspunt genomen dat de verwijten die de Russische Federatie HVY maakt, vallen onder de herroepingsgrond van art. 1068 lid 1, aanhef en onder a, Rv (rov. 5.6, tussenarrest 25 september 2018). Dat uitgangspunt is als zodanig in cassatie niet bestreden.

Het hof heeft onder meer overwogen dat voor het instellen van een vordering tot herroeping een andere termijn geldt dan voor het instellen van een vordering tot vernietiging en dat de bevoegde rechterlijke instantie ten aanzien van een vordering tot herroeping een andere is dan die ten aanzien van een vordering tot vernietiging. Volgens het hof zou dit kunnen worden omzeild indien het mogelijk zou zijn op grond van art. 1065 (oud) Rv vernietiging van het arbitrale vonnis te vorderen op grond van stellingen die vallen onder een herroepingsgrond van art. 1068 (oud) Rv, en zou die consequentie onaanvaardbaar zijn (rov. 5.7, tussenarrest).

Naar het voorlopige oordeel van de Hoge Raad rechtvaardigt de kans dat de hiervoor in 3.17.1 weergegeven klacht slaagt – en dat dit vervolgens tot vernietiging van de Yukos Awards zal leiden –, niet een schorsing van de tenuitvoerlegging.

3.18.1. In het kader van de vernietigingsgrond strijd met de openbare orde wijst het verzoekschrift tot schorsing nog op de onderdelen 4 en 5 van het cassatiemiddel in de vernietigingsprocedure.

3.18.2. Onderdeel 4 klaagt in dit verband volgens het verzoekschrift tot schorsing dat het hof heeft miskend dat het in strijd is met de openbare orde dat op een verdrag gebaseerde vorderingen ter zake van illegaal verkregen of illegaal geëxploiteerde investeringen voor bescherming in aanmerking zouden kunnen komen.

Het hof heeft hieromtrent overwogen dat niet valt in te zien dat in strijd met de openbare orde is het oordeel van het Scheidsgerecht dat de door de Russische Federatie gestelde illegaliteiten niet re-

83 HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1593, rov. 3.3.

levant zijn voor de toewijzing van de vorderingen van HVY omdat (i) alleen een illegaliteit bij het verrichten van de investering relevant is voor de bescherming onder de ECT, (ii) de gestelde illegaliteiten door anderen dan HVY zijn begaan en (iii) HVY de aandelen in Yukos rechtsgeldig hebben verworven (rov. 9.8.7).

De tegen dit oordeel gericht klachten hebben niet op voorhand een zodanige kans van slagen dat dit tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards moet leiden.

3.18.3. Het verzoekschrift tot schorsing betoogt verder – onder verwijzing naar onderdeel 5 van het cassatiemiddel in de vernietigingsprocedure – dat de beslissing van het Scheidsgerecht om de Russische belastingautoriteiten niet op de voet van art. 21 lid 5 ECT te horen, wijst op een onaantoonbare partijdigheid en dat daarmee bovendien de Russische Federatie het recht is ontnomen op dit advies te reageren. Daarom is de beslissing in strijd met de openbare orde, aldus de Russische Federatie.

De Hoge Raad acht de kans dat deze klachten slagen – en dat dit na verwijzing tot vernietiging van de Yukos Awards zal leiden – niet zodanig dat dit in schorsing van de tenuitvoerlegging moet resulteren, reeds omdat uit het verzoekschrift tot schorsing niet blijkt dat in de cassatieprocedure wordt bestreden dat de Russische Federatie geen nadeel heeft ondervonden van deze beslissing van het Scheidsgerecht (zie hiervoor in 3.13.2).

Slotsom ten aanzien van de kans van slagen van de vernietigingsvordering

3.19. Uit het voorgaande volgt dat, ook als al hetgeen daartoe verder in het verzoek tot schorsing is aangevoerd in aanmerking wordt genomen, de kans dat de in het schorsingsverzoek genoemde klachten leiden tot vernietiging van (een van) de arresten van het hof – en vervolgens tot vernietiging van de Yukos Awards – naar het voorlopige oordeel van de Hoge Raad niet zodanig is dat de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards moet worden geschorst.

Belangenafweging

3.20. Over de belangen van partijen bij toe- en afwijzing van het schorsingsverzoek overweegt de Hoge Raad als volgt.

De Hoge Raad is voorshands van oordeel dat voldoende aannemelijk is dat de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards enig restitutie risico met

zich brengt. Hier staat echter tegenover dat ook voldoende aannemelijk is gemaakt dat de inning van hetgeen waartoe de Russische Federatie in de Yukos Awards is veroordeeld, niet eenvoudig is en dat niet valt te verwachten dat HVY gedurende de resterende looptijd van deze procedure het volledige bedrag van inmiddels (meer dan) 57 miljard USD of een aanzienlijk deel daarvan zal kunnen innen. Verder is van belang dat voorshands voldoende aannemelijk is dat HVY op grond van de uitspraak van het EHRM van 31 juli 2014⁸⁴ recht hebben op betaling door de Russische Federatie van een aanzienlijk deel van het in die uitspraak toegewezen bedrag van € 1.866.104.634,-, vermeerderd met rente. Een en ander in aanmerking nemend, leidt een afweging van belangen niet tot een andere dan de hierna ten aanzien van het schorsingsverzoek van de Russische Federatie te bereiken slotsom.

Slotsom ten aanzien van de verzoeken van de Russische Federatie

3.21. Gelet op het voorgaande, zal de Hoge Raad het verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging afwijzen. Bij behandeling van het verzoek tot voorlopige schorsing totdat de Hoge Raad een beslissing zal hebben gegeven op het schorsingsverzoek, bestaat geen belang meer.

3.22. In het licht van het voorgaande ziet de Hoge Raad eveneens onvoldoende aanleiding om HVY op grond van art. 1066 lid 5 (oud) Rv te bevelen zekerheid te (doen) stellen.

4. Beoordeling van het verzoek van HVY

Nu het verzoek tot schorsing van de Russische Federatie wordt afgewezen, komt de Hoge Raad voorts niet toe aan het – voor het geval het verzoek tot schorsing zou worden toegewezen – door HVY gedane verzoek om de Russische Federatie zekerheid te doen stellen.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

- wijst de verzoeken van de Russische Federatie af;
- veroordeelt de Russische Federatie in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van

⁸⁴ EHRM 31 juli 2014, nr. 14902/04 (*OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos/Rusland*).

HVY begroot op € 899,07 aan verschotten en € 1.800,- voor salaris.

NOOT

Inleiding

1. In Nederland en in het buitenland gewezen arbitrale vonnissen kunnen in Nederland worden erkend en ten uitvoer worden gelegd (art. 1063, 1075 en 1076 Rv). Een in Nederland gewezen arbitraal vonnis kan worden vernietigd op een van de in art. 1065 Rv genoemde gronden, of worden herroepen (art. 1068 Rv). Vernietiging en herroeping zijn buitengewone rechtsmiddelen die de tenuitvoerlegging van het vonnis niet schorsen. Wel kan de rechter die over de vernietiging oordeelt, indien daartoe gronden zijn en op verzoek van de meest gereede partij, de tenuitvoerlegging van het vonnis schorsen (art. 1066 lid 1 en 2 Rv). Een dergelijke schorsing is mede van belang voor toekomstige (internationale) erkenning en tenuitvoerlegging. In dit belangwekkende arrest geeft de Hoge Raad nadere richting aan de door de schorsingsrechter te hanteren toets. De zaak heeft betrekking op het arbitragerecht zoals dat vóór 2015 luidde, maar het oordeel is ook relevant voor het huidige arbitragerecht (*Stb.* 2014, 200).

2. De onderhavige zaak betreft het eindoordeel van de Hoge Raad over de door de Russische Federatie verzochte schorsing van de tenuitvoerlegging van de Yukos Awards. De vonnissen zijn gewezen in arbitrages geadmistreerd door de Permanent Court of Arbitration in Den Haag tussen drie investeerders in Yukos Oil Company ('Yukos'), namelijk Hulley Enterprises Limited, Veteran Petroleum Limited en Yukos Universal Limited ('HVY'), en de Russische Federatie. Het scheidsgerecht oordeelde, kortgezegd, dat de Russische Federatie jegens HVY was tekortgeschoten in haar verplichtingen uit hoofde van het Energiehandvest (Energy Charter Treaty, 'ECT') en kende HVY een schadevergoeding van ruim 41 miljard euro toe. De rechtbank Den Haag vernietigde de arbitrale vonnissen in drie gevoegde zaken wegens het ontbreken van een geldige arbitrageovereenkomst (art. 1065 lid 1 sub a Rv, zie *rb.* Den Haag 20 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4229). Dat oordeel werd in hoger beroep echter teruggedraaid (hof Den Haag 18 februari 2020,

ECLI:NL:GHDHA:2020:234). Op het door de Russische Federatie ingestelde cassatieberoep tegen deze uitspraak is op het moment van schrijven van deze annotatie nog niet beslist. Het voert te ver om in deze annotatie dieper op de (voorlopige) beoordeling van de vernietigingsgronden in te gaan. Ik beperk mij tot de door de schorsingsrechter aan te leggen toets.

Bevoegdheid

3. In zijn tussenarrest van 25 september 2020 (ECLI:NL:HR:2020:1511) oordeelde de Hoge Raad dat hij bevoegd is van een schorsingsverzoek ex art. 1066 (oud) Rv kennis te nemen. Daarbij overwoog de Hoge Raad dat de tekst van art. 1066 lid 2 (oud) Rv – die bepaalt dat bevoegd is 'de rechter die omtrent de vernietiging oordeelt' – zich hiertegen niet verzet. Ook staan de in art. 1066 lid 3 Rv vervatte 'procedure' voor de behandeling van het verzoek en de mogelijkheid om in kort geding schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen (art. 438 lid 2 Rv), niet aan de bevoegdheid van de Hoge Raad in de weg. Indien de bevoegdheid om over het schorsingsverzoek te oordelen in een geval als het onderhavige voorbehouden zou zijn aan de feitenrechter, dan zou daarnaast de onwenselijke situatie kunnen ontstaan dat het hof moet oordelen over een schorsingsverzoek terwijl het cassatieberoep tegen zijn uitspraak aanhangig is (conclusie A-G Vlas, ECLI:NL:PHR:2020:796, sub 3.18).

De toets van de schorsingsrechter: algemeen

4. Als daartoe gronden zijn, dan dient de rechter het schorsingsverzoek toe te wijzen. Hij dient zijn oordeel over het verzoek goed te motiveren (zie conclusie A-G Vlas, sub 3.2, verwijzend naar onder meer HR 25 februari 2000, *NJ* 2000/508, m.nt. Sniijders en HR 21 maart 1997, *NJ* 1998/206, m.nt. Sniijders onder *NJ* 1998/207 (*Eco Swiss/Benetton*)). De rechter die over het schorsingsverzoek oordeelt, moet zich een voorlopig oordeel vormen over de vordering tot vernietiging van het arbitrale vonnis en moet daarnaast de belangen van partijen afwegen. Dit zijn twee zelfstandige elementen die de schorsingsrechter moet beoordelen (zie conclusie A-G Vlas, ECLI:NL:PHR:2020:1082, sub 3.3). Daarbij moet hij ervan uitgaan dat de vordering tot vernietiging alleen kan slagen als zich een vernietigingsgrond als bedoeld in art. 1065 (oud) Rv voordoet (r.o. 3.3.2 van het arrest; HR 21 maart 1997, *NJ*

1998/206 (*Eco Swiss/Benetton*), r.o. 3.5, schorsing in verband met vordering gestoeld op art. 1068 Rv). De rechter dient zich terughoudend op te stellen bij de beoordeling van de kans van slagen van de aangevoerde vernietigingsgronden (hof Den Haag 11 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1452, «JBPR» 2020/27, m.nt. Schleijsen, overweging 5.1). Het onderzoek van de schorsingsrechter moet beperkt blijven tot een *summierlijk* onderzoek. Voor schorsing zal alleen aanleiding zijn indien *prima facie* blijkt dat een grote kans bestaat dat de vernietigingsvordering slaagt (conclusie A-G Vlas, sub 3.7). Vranken sprak in zijn conclusie voor *Eco Swiss/Benetton* in dit verband van een ‘dubbele’ terughoudendheid. De terughoudendheid bij de beoordeling van het schorsingsverzoek versterkt de terughoudendheid die in de vernietigingsprocedure moet worden betracht. Voorkomen moet worden dat partijen het in de arbitrage voorgedragde geschil steeds in een andere vorm of procedure voorleggen (conclusie voor HR 21 maart 1997, NJ 1998/207, m.nt. Sniijders, sub 18). Betreffende de vernietigingsprocedure heeft de Hoge Raad herhaaldelijk benadrukt dat de rechter terughoudendheid moet betrachten ten aanzien van de toepassing van de vernietigingsgronden en de beoordeling van het arbitrale vonnis. De vernietigingsprocedure mag niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep (r.o. 3.3.1 van het arrest en voorts HR 9 januari 2004, NJ 2005/190, m.nt. Sniijders, r.o. 3.5.2 (*Nannini/SFT*); HR 17 januari 2003, NJ 2004/384, m.nt. Sniijders, r.o. 3.3 (*IMS/Modsaf-IR*)). Deze terughoudendheid geldt niet voor zover de vernietigingsvordering is gestoeld op het argument dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt (HR 26 september 2014, NJ 2015/318, m.nt. Sniijders, r.o. 4.2 (*Ecuador/Chevron*)) of dat in strijd is gehandeld met het beginsel van hoor en wederhoor (HR 25 mei 2007, NJ 2007/294, r.o. 3.5 (*Spaanderman/Anova Food*); HR 24 april 2009, NJ 2010/171, m.nt. Sniijders r.o. 4.3.1 (*IMS/Modsaf-IR II*)). Dit neemt echter niet weg dat de rechter die over het schorsingsverzoek oordeelt met een summierlijk onderzoek volstaat, ongeacht de aangevoerde vernietigingsgrond. De beoordeling ten gronde vindt plaats in de vernietigingsprocedure (hof Den Haag 11 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1452, overweging 5.2). In dit verband ligt de parallel met de toets in de exequaturprocedure voor de hand (art. 1063 Rv;

zie ook de conclusie van A-G Vlas, sub 3.5-3.6).

De exequaturprocedure is geen oneigenlijke vernietigings- of herroepingsprocedure (*Kamerstukken II* 2012/13, 33611, nr. 3, p. 37).

5. Het onderzoek van de schorsingsrechter betreffende de kans van slagen van de vernietigingsvordering kan beperkt blijven tot het arbitrale vonnis en de daartegen gerichte bezwaren, opgenomen in het schorsingsverzoekschrift en eventueel in de dagvaarding in de vernietigingsprocedure (conclusie A-G Vlas, sub 3.7). De kans van slagen van bepaalde vernietigingsgronden kan (relatief) makkelijk op basis van een summierlijk onderzoek worden beoordeeld. Te denken valt aan vermelding van de verkeerde beslissingsmaatstaf (vgl. art. 1054 Rv) of een handtekeninggebrek (vgl. art. 1057 lid 2 en 3 jo. 1065 lid 1 sub d Rv, zie ook conclusie A-G Vlas, sub 3.6). Ten aanzien van dat laatste wijs ik op de bekende *Qnow*-zaak, waarin het vonnis door slechts één van de arbiters, mede namens de twee andere arbiters was ondertekend (hof Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:65). In andere gevallen zal echter niet op voorhand kunnen worden vastgesteld dat een grote kans bestaat dat de vernietigingsvordering slaagt. Schorsing ligt volgens A-G Vlas niet voor de hand indien de ter ondersteuning van de vernietigingsvordering aangedragen gronden betrekking hebben op een standpunt dat al eerder in de procedure is verworpen of als sprake is van een complexe kwestie die zich niet op voorhand laat beoordelen (conclusie, sub 3.7). Hoewel dit niet uitdrukkelijk in de overwegingen van de Hoge Raad naar voren komt (zie nr. 7 en 8 hieronder), illustreert de onderhavige zaak dit. Teneinde de stelling dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt te beoordelen, hebben het scheidsgerecht, de rechtbank en het hof zich gebogen over de ingewikkelde kwestie van uitleg van bepalingen en begrippen uit het Energiehandvest (vgl. ook conclusie A-G Vlas, sub 4.9 en 4.12).

6. Indien de vordering tot vernietiging in eerdere instantie is afgewezen, dan dient de rechter daar gewicht aan toe te kennen en nóg meer terughoudendheid te betrachten, zo blijkt uit onderhavig arrest (r.o. 3.3.2). Deze situatie zal zich onder het huidige arbitragerecht alleen voordoen als het schorsingsverzoek hangende cassatieberoep wordt gedaan, aangezien het gerechtshof in eerste en enige feitelijke instantie bevoegd is (art. 1066 lid 2 jo. 1064a lid 1 Rv).

De toets van de schorsingsrechter in cassatie

7. Indien het schorsingsverzoek hangende cassatie wordt ingediend, dan kleurt het ‘cassatiekamer’ bovengenoemde toets mede in. De Hoge Raad moet zich *met inachtneming van de aan de controle in cassatie verbonden beperkingen* een voorlopig oordeel vormen over (i) de kans van slagen van het cassatieberoep en over (ii) de vraag of dat (uiteindelijk) tot een andere uitkomst in de vernietigingsprocedure zal leiden (*in casu* vernietiging van de Yukos Awards; r.o. 3.3.3 van het arrest). Het onderzoek in cassatie is beperkt tot de middelen waarop het cassatieberoep steunt (art. 419 lid 1 Rv; vgl. ook r.o. 3.3.4 van het arrest). Verder vindt in cassatie in principe geen nieuw onderzoek naar de feiten plaats. De feitelijke grondslag van de middelen kan alleen gevonden worden in de bestreden uitspraak en in de stukken van het geding en de Hoge Raad is gebonden aan de feitenvaststelling door de feitenrechter (art. 419 lid 2 en 3 Rv). Voorts kan in cassatie kortgezegd (slechts) worden geklaagd over rechtsschendingen en over vormverzuimen (art. 79 lid 1 Wet RO; art. 118 lid 2 Gw). Uitgezonderd van de toetsing in cassatie is schending van het recht van vreemde staten, zij het dat de Hoge Raad wel kan casseren wegens onbegrijpelijkheid van de met toepassing van vreemd recht tot stand gekomen beslissing van het gerechtshof (W.D.H Asser, *Civiele cassatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018, p. 36; Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/124-125). In het onderhavige geval stuit de Hoge Raad op deze beperking bij de beoordeling van de klachten tegen het oordeel van het hof over de uitleg en toepassing van art. 45 lid 1 ECT, waarbij mede klachten zijn gericht tegen de toepassing en uitleg van Russisch recht.

8. De hiervoor genoemde beperkingen hebben hun weerslag op de beoordeling van de kans van slagen van het cassatieberoep, zoals ook uit de onderhavige zaak blijkt. Indien de kans van slagen van het cassatieberoep de schorsing niet rechtvaardigt, dan lijkt daarmee ook het voorlopig oordeel over de kans van slagen van de vernietigingsvordering gegeven. Indien de Hoge Raad echter tot het oordeel komt dat er een kans bestaat dat het cassatieberoep slaagt, dan zou moeten worden beoordeeld of dit (na verwijzing) tot een ander oordeel over de vernietiging leidt. Dát onderzoek zal vermoedelijk niet wezenlijk verschillen van eenzelfde beoordeling door een

feitenrechter (zie ook nr. 5 hierboven). Datzelfde geldt bij de afweging van de belangen van partijen. De Hoge Raad geeft niet aan welke omstandigheden de rechter in zijn beoordeling dient te betrekken, maar uit de in het arrest verrichte afweging blijkt dat het restitutierisico relevant kan zijn (r.o. 3.20). A-G Vlas benoemt daarnaast de belangen van partijen in het licht van de duur van de vernietigings- en herroepingsprocedure en de onomkeerbare gevolgen van de tenuitvoerlegging, alsmede specifieke omstandigheden van het geval (conclusie, sub 3.19 en 3.20, met verwijzing naar feitenrechtspraak; hof Den Haag 11 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1452). Partijen zullen dergelijke factoren aannemelijk moeten maken. In dit geval acht Hoge Raad het voorshands aannemelijk dat HVY enig restitutierisico vertegenwoordigt (r.o. 3.20), maar dit weegt niet op tegen het belang van HVY bij tenuitvoerlegging (vgl. conclusie A-G Vlas, sub 5.4). Met de uitkomst van de belangenafweging lijkt ook het oordeel over het verzoek tot zekerheidsstelling (art. 1066 lid 5 Rv) gegeven (r.o. 3.21).

Tot slot

9. De ‘gewone’ rechter vervult in aan arbitrage gerelateerde procedures veelal een controlefunctie. De rechter stelt zich daarbij terughoudend op met betrekking tot de toetsing van een arbitraal vonnis en grijpt slechts in uitzonderlijke gevallen in door *exequatur* te weigeren of het vonnis te vernietigen. Dit uitgangspunt geldt evenzeer bij de beoordeling van een schorsingsverzoek bedoeld in art. 1066 Rv. De werking en validiteit van het vonnis staat voorop. Slechts in geval van een (op voorhand) evidente *red flag* bestaat aanleiding de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis te schorsen.

mr. C.L. Schleijsen

docent burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en promovenda, verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht (OO&R)

Grondslag en maatstaf voor aansprakelijkheid bij vernietiging faillissementsvonnis

Hoge Raad
11 december 2020, nr. 19/03248,
ECLI:NL:HR:2020:2004
(mr. De Groot, mr. Polak, mr. Snijders, mr.
Kroeze, mr. Ter Heide)
(Concl. A-G Langemeijer)
Noot mr. dr. G.J.P. Molkenboer

Vernietiging faillissementsvonnis. Aansprakelijkheid aanvrager. Grondslag en beoordelingskader.

[Fw art. 1; BW art. 3:13, 6:162]

Het geval dat een aanvrager een faillissement uitlokt dat op een rechtsmiddel wordt vernietigd, kan niet op een lijn worden gesteld met het geval dat een conservatoir beslag wordt gelegd dat niet wordt gevolgd door de toewijzing van de vordering waarvoor het beslag is gelegd, of met het geval dat een uitspraak ten uitvoer wordt gelegd die naderhand op een rechtsmiddel wordt vernietigd. In die laatste gevallen is de beslaglegger of de executant aansprakelijk uit onrechtmatige daad jegens degene op wie het beslag of de executie inbreuk heeft gemaakt. Het uitspreken van het faillissement betreft immers geen rechtsuitoefening door de aanvrager, maar een beslissing van de rechter, ten behoeve van allen die bij het vermogen van de schuldenaar belang hebben, die hij geeft in het geval dat hem blijkt dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen. De aanvrager van een faillissement is alleen aansprakelijk voor een faillissement dat op een rechtsmiddel wordt vernietigd, indien hij wist of behoorde te weten dat geen grond bestond voor het uitspreken daarvan dan wel hij anderszins met de aanvraag misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt.

HSK B.V. te Hardenberg,
eiseres tot cassatie,
verweerster in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,
hierna: HSK,

advocaat: D. Rijpma,
tegen
1. [verweerster 1] B.V. te [vestigingsplaats],
2. [verweerster 2] te [woonplaats],
verweerders in cassatie,
eisers in het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep,
hierna gezamenlijk: [verweerders],
advocaat: J.P. Heering.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Langemeijer)

In deze zaak staat de vraag centraal of een vennootschap die het faillissement van een schuldenaar heeft aangevraagd en haar advocaat onrechtmatig jegens deze schuldenaar hebben gehandeld en om die reden tot schadevergoeding verplicht zijn.

1. Feiten en procesverloop

1.1. Dit geschil heeft een lange voorgeschiedenis. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die het hof in het bestreden arrest van 9 april 2019 heeft vermeld onder 2.1.1 - 2.17.¹ Deze feiten houden, enigszins verkort weergegeven, het volgende in.²

(i) Eiseres tot cassatie (hierna: HSK) exploiteert een keten van kledingwinkels.

(ii) Verweerster in cassatie onder 1 ([verweerster 1]) heeft in 2013 bouwproducten aan HSK geleverd en daarvoor een bedrag van € 5.900,93 in rekening gebracht aan HSK. De rekening bleef ondanks sommatie onbetaald. Verweerder in cassatie onder 2 is de advocaat van [verweerster 1].

(iii) Bij brief van 8 juli 2014 heeft de advocaat namens [verweerster 1] aan HSK een concept-verzoekschrift tot faillietverklaring toegestuurd, met de mededeling dat bij uitblijven van betaling het verzoekschrift bij de rechtbank zou worden ingediend.

(iv) Met een deurwaardersexploot van 22 juli 2014 heeft de advocaat namens [verweerster 1] HSK laten oproepen tegen de zitting van 2 sep-

1 De nummering in het arrest verspringt van 2.1.11 naar 2.15 en 2.17.

2 In zijn feitenweergave heeft het hof de voorafgaande rechterlijke beslissingen geparafraseerd weergegeven. In mijn conclusie heb ik voor het gemak van de lezer de relevante overwegingen integraal opgenomen en, waar nodig, vindplaatsen toegevoegd.