

VOLKENRECHT

AAK20168166

Ige F. Dekker, Nico J. Schrijver

1 Arbitrage Filipijnen versus China over de Zuid-China zee

Op 12 juli 2016 deed het internationale arbitragetribunaal, ingesteld op grond van het VN-Verdrag inzake het Recht van de Zee (hierna VN-Zeerechtverdrag of UNCLOS), uitspraak ten gronde in de zaak die de Filipijnen op 22 januari 2013 hadden ingesteld tegen China over het gebruik van de Zuid-China zee. China heeft vanaf het begin geweigerd mee te werken aan de procedure omdat naar zijn mening het VN-Zeerechtverdrag geen grondslag voor deze procedure bood. Zowel de Filipijnen als China zijn partij bij het VN-Zeerechtverdrag, resp. vanaf 1984 en 1996. Deel XV van het VN-Zeerechtverdrag voorziet in een uitgebreide internationale geschillenbeslechtsprocedure, die deels een verplichtend karakter heeft. Artikel 298, lid 1 sub a biedt een verdragsstaat de mogelijkheid om zich via een verklaring te onttrekken aan de verplichte beslechting van geschillen die betrekking hebben op territoriale soevereiniteit, historische baaien of rechten, afbakening van zee grenzen, militaire activiteiten of rechtshandhaving ter zee. China heeft op 25 augustus 2006 van deze mogelijkheid gebruik gemaakt, evenals ruim 30 andere staten. De Filipijnen hadden hun claim, bestaande uit 15 vorderingen, echter zo geformuleerd dat deze beperkingen niet expliciet in het vizier kwamen, al is de grote onderliggende kwestie wel een soevereiniteitsgeschil over

de eilanden en wateren in de Zuid-China zee. Artikel 9 van Annex VII UNCLOS houdt reeds rekening met het feit dat een partij weigert te verschijnen en mee te werken en bepaalt dat dit de instelling en rechtsmacht van een dergelijk tribunaal niet in de weg hoeft te staan. Wel verplicht het dan het Tribunaal om alvorens uitspraak te doen zich er goed van te vergewissen dat het niet alleen rechtsmacht over het geschil heeft, maar ook dat de vordering degelijk gegrond is op feiten en het recht.

Op 21 juni 2013 werd het Tribunaal ingesteld. Zoals gebruikelijk had allereerst een uitgebreide schriftelijke procedure plaats met pleitnota's van de Filipijnen en een steeds herhaalde weigering van China om hierop te reageren. Wel bracht China op 7 december 2014 een uitvoerige *position paper* uit, waarin de Chinese regering haar standpunt uiteenzette waarom dit Tribunaal geen rechtsmacht had. Dit omdat de Filipijnse claims in feite handelden over vraagstukken van soevereiniteit en zee grensafbakening en de twee staten zich bovendien rechtens verbonden hadden hun geschillen via onderhandelingen op te lossen. Na een hoorzitting met de Filipijnen in juli 2015, deed het Tribunaal op 29 oktober 2015 uitspraak over zijn rechtsmacht en de ontvankelijkheid van de Filipijnse vorderingen. Daarbij betrof het Tribunaal ook de Chinese *position paper* en andere officiële verklaringen van de Chinese regering. Het Tribunaal concludeerde dat het rechtsmacht had om de zaak in behandeling te nemen, dat zeven eisen van de Filipijnen ontvankelijk waren en dat de overige acht vorderingen nadere studie en overweging in de bodemprocedure behoefden. Reeds eind november 2015 organiseerde het een hoorzitting met de Filipijnen en met de door het Tribunaal benoemde technische deskundigen om de zaak volledig in behandeling te nemen. Sneller dan bij het Internationaal Gerechtshof gebruikelijk is, deed het Tribunaal al op 12 juli 2016 uitspraak ten gronde, waarbij het tevens besliste over de resterende jurisdictiepunten.

Allereerst stelde het Tribunaal vast dat de geschillen tussen de twee staten wel degelijk de uitleg en de toepassing van het VN-Zeerechtverdrag betreffen, zonder dat deze noodzakelijkerwijs raken aan de uitgesloten kwesties betreffende soevereiniteit over de eilanden in de Zuid-China zee of de afbakening van de maritieme zones van de twee landen. Voorts verwierp het Tribunaal ook de Chinese bewering dat de in 2002 overeengekomen Gedragscode over de Zuid-China zee tussen China en de ASEAN-landen, alsmede eerdere bilaterale verklaringen tussen China en de Filipijnen om via onderhandelingen hun geschillen op te lossen, de Filipijnen verhinderden de arbitrageprocedure van het VN-Zeerechtverdrag in te roepen. Naar het oordeel van het Tribunaal betroffen deze diplomatieke teksten geen juridisch bindende overeenkomsten.

De inhoudelijke kern van de uitspraak van het Tribunaal kan in vier punten worden samengevat. Het eerste punt draaide om de implicaties van de zogenaamde negenstrepenlijn ('nine-dash line') op de kaart van de Zuid-China zee, waarbij China sinds 1948 historische rechten op de eilanden en natuurlijke hulpbronnen (levende en niet-levende) in een groot deel van deze zee claimt. Naar

het oordeel van het Tribunaal is een dergelijke omvangrijke historische claim niet verenigbaar met het VN-Zeerechtverdrag, dat al niet zuinig is met het toekennen van uitgebreide rechtsmacht over grote zeegebieden aan kuststaten.

Het tweede punt betreft de status van een groot aantal eilandjes, rotsen, bij eb droogvallende bodemverheffingen ('low water elevations'), zandbanken en riffen in het uitgestrekte gebied van de Spratley-eilanden. Het VN-Zeerechtverdrag bepaalt niet alleen dat een eiland een natuurlijk gevormd landgebied is, omgeven door water, dat bij vloed boven water uitsteekt (art. 121, lid 1 UNCLOS), maar ook dat dit geschikt moet zijn voor duurzame menselijke bewoning en een zelfstandig economisch leven (lid 3). Is aan die laatste twee eisen niet voldaan, dan zijn het rotsen. Dit onderscheid is van groot belang omdat alleen aan volwaardige eilanden een continentaal plat en 200 mijl Exclusieve Economische Zone (EEZ) toekomt, terwijl rotsen alleen 12 mijl territoriale zee genereren. Aan maritieme formaties ('maritime features') die bij hoogtij niet boven water zijn, komt geen enkele maritieme zone toe. Naar geldend recht gaat het Tribunaal daarbij uit van hun oorspronkelijke, natuurlijke staat en neemt het kunstmatige landaanwinning daarbij niet in aanmerking. Vooral op basis van door het Tribunaal zelf gecontracteerde deskundigenrapporten bepaalt het voor een groot aantal koraalriffen, rotsen en eilandjes of deze al dan niet als hoogtijlandgebieden en daarmee als eilanden aangemerkt kunnen worden. Daar waar dat het geval is, voldoet evenwel geen van deze eilandgebieden aan de eisen van duurzame menselijke bewoning en eigen economisch leven. Anders dan zowel China als de Filipijnen in individuele gevallen claimen, komt daarbij aan geen van deze eilanden een maritieme zone buiten de 12 mijl territoriale zee toe. Het is duidelijk dat het Tribunaal, op basis van een analyse van de tekst en de ontstaansgeschiedenis van het VN-Zeerechtverdrag, hiermee een dam wil opwerpen tegen excessieve claims van kuststaten. Deze resulteren niet alleen in vaak betwiste overlappende gebieden van naast of tegenover elkaar gelegen kuststaten, maar ook in een aanzienlijke verkleining van het gebied van de traditionele 'vrije' volle zee en de diepzeebodem, die krachtens Deel XI van het VN-Zeerechtverdrag het gemeenschappelijk erfgoed der mensheid vormt (zie ook *Kwartaalsignaal* 120, p. 6764-6765, AAK20116764 over een advies van een kamer van het ITLOS over diepzeebodemactiviteiten).

Het derde punt handelt over de rechtmatigheid onder het VN-Zeerechtverdrag van diverse Chinese activiteiten in de Zuid-China zee. Nu sommige eilandgebieden geen volwaardige eilanden vormen, vallen deze binnen het gebied van het continentaal plat en de EEZ van de Filipijnen. Dat betekent dat China zonder Filipijnse toestemming daar geen economische activiteiten mag ondernemen, laat staan daar Filipijnse vissers mag weghouden en Filipijnse olieboringen mag voorkomen, kunstmatige installaties mag bouwen en landaanwinning mag plegen. Voorts laat het Tribunaal zich op basis van overlegde

deskundigenrapporten zeer kritisch uit over de effecten van de grootschalige Chinese landaanwinning op het zeemilieu, in het bijzonder op de staat van de kwetsbare koraalgebieden; deze activiteiten zijn strijdig met de artikelen 192 en 194 van het VN-Zeerechtverdrag. Ook nagelt het de Chinese regering aan de schandpaal omdat het niet of nauwelijks optreedt tegen de grootschalige vangst door Chinese vissers van bedreigde en internationaal beschermde zeeschildpadden, koraal en grote schelpdieren ('giant clams'). Voorts heeft de Chinese marine door zijn bruuske optreden menigmaal de veiligheid van Filipijnse vissersschepen en hun bemanning ernstig in gevaar gebracht.

Het vierde en laatste punt betreft de verscherping van het geschil tussen de partijen sinds de aanvang van de arbitrage. Door de intensivering van de Chinese landaanwinning in bepaalde gebieden die naar het oordeel van het Tribunaal in het continentaal plat en de EEZ van de Filipijnen liggen, de daarmee samenhangende schade aan het ecologisch systeem van bepaalde koraalgebieden en de onomkeerbare verandering van de natuurlijke staat van die gebieden, heeft China volgens het Tribunaal zijn verplichtingen geschonden om zich, hangende deze geschillenbeslechtingsprocedure, te onthouden van het verergeren of uitbreiden van het geschil tussen de partijen. In een kennelijke poging beide partijen enigszins aan boord te houden concludeert het Tribunaal dat het overeenkomstig het internationale recht geen kwade trouw bij een van de partijen veronderstelt, maar dat er sprake is van fundamenteel verschillende opvattingen bij beide partijen over wat hun respectievelijke rechten onder het VN-Zeerechtverdrag in de wateren van de Zuid-China zijn. Daarbij herinnert het Tribunaal er flijntjes aan dat krachtens artikel 11 van Annex VII beide partijen de uitspraak moeten naleven. China heeft echter verklaard de uitspraak als van nul en generlei waarde ('null and void') te beschouwen.

Het Tribunaal bestond uit vijf leden: naast president Thomas Mensah (Ghana) waren dat Jean-Pierre Cot (Frankrijk), Stanislaw Palak (Polen), Alfred Soons (Nederland) en Rüdiger Wolfrum (Duitsland). Beide uitspraken, waarvan de tweede meer dan 500 pagina's omvatte, waren unaniem. Hoger beroep is niet mogelijk. Zie voor *The Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China concerning the South China Sea* en alle daarbij behorende stukken de website van het Permanente Hof van Arbitrage in Den Haag: www.pca-cpa.org. De standpunten van de Chinese regering zijn met name vermeld op de website van haar ministerie van Buitenlandse Zaken, www.fmprc.gov.cn/mfa_eng. Over het geschil bestaat reeds een aantal boeken en tijdschriftartikelen, waaronder: S. Jayakumar, T. Koh & R. Beckman (eds), *The South China Sea Disputes and the Law of the Sea*, Cheltenham: Edward Elgar 2014; Z. Gao & B.B. Jia, 'The Nine-Dash Line in the South China Sea: History, Status and Implications', *American Journal of International Law* (107) 2013, p. 98; Sienhoo Yee, 'The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Potential Jurisdictional Obstacles or Objections', *Chinese Journal of Interna-*

tional Law (13) 2014, p. 663; en John E. Noyes, 'Case note Arbitration Between the Philippines and China', *American Journal of International Law* (110) 2016, p. 102.

2 Haagse rechtbank vernietigt arbitrale vonnissen *Yukos tegen Rusland*

Op 24 april 2016 deed de Haagse rechtbank een opmerkelijke uitspraak. Het vernietigde in totaal zes arbitrale vonnissen die een internationaal investeringstribunaal in Den Haag onder auspiciën van het Permanente Hof van Arbitrage had gewezen in de zaak van de Yukos-maatschappij en tegen de Russische staat. Deze maatschappijen waren aandeelhouder in de voormalige grote oliemaatschappij Yukos Oil Company van de Rus Mikhail Khodorkovsky. Deze was in onmin geraakt met de Russische regering, in het bijzonder met president Poetin. Naar de stelling van Khodorkovsky werden zijn bedrijven en economische activiteiten stelselmatig door de Russische overheid gedwarsboemd en via onder meer allerlei belastingmaatregelen aan een kruipende onteigening onderworpen. Om die reden was zijn bedrijf in 2006 uiteindelijk failliet gegaan.

Op basis van de investeerder-staat geschillenbeslechtingsprocedure in artikel 26 van het Energiehandvest, spanden drie bedrijven die aanzienlijke aandelen in het oliebedrijf hadden (Yukos Universal Limited, Hulley Enterprises Limited en Veteran Petroleum Limited) in 2005 een procedure aan tegen Rusland. Dit vanwege schending van de in artikel 10 opgenomen beschermingsbepalingen van buitenlandse investeringen inzake een eerlijke en rechtvaardige behandeling. Het Energiehandvest, dat voluit het Energie Handvest Verdrag heet, is een multilateraal investeringsverdrag dat in 1994 mede op Russisch initiatief tot stand kwam (zie *Trb.* 1995, 108; *Katern* 54, p. 2574). Het Tribunaal werd in 2005 ingesteld en bestond vanaf 2007 uit Yves Fortier (president), Charles Poncet en Stephen Schwebel.

Rusland heeft destijds het Energiehandvest wel ondertekend, maar een ratificatie, die krachtens artikel 39 voor internationaalrechtelijke binding noodzakelijk is, is achterwege gebleven. Artikel 45 bepaalt echter dat elke ondertekende partij ermee instemt dat het verdrag voorlopige werking heeft 'voor zover deze voorlopige toepassing niet strijdig is met haar constitutie, wetten of voorschriften' (lid 1). Lid 2 van dit artikel biedt de ondertekenende staat de mogelijkheid een verklaring in te dienen dat hij niet instemt met de voorlopige toepassing, maar daar heeft Rusland geen gebruik van gemaakt. In 1996 heeft de Russische regering een goedkeuringswet van het Energiehandvest voorgelegd aan het Russische parlement, de Doema, maar deze heeft de goedkeuring nooit verleend. Ten langen leste heeft de Russische regering op 20 augustus 2009 de depositaris van het verdrag in kennis gesteld van haar voornemen om geen partij te worden bij het Energiehandvest.

Op 30 november 2009 verklaarde het Tribunaal zich desondanks bevoegd om van het geschil kennis te nemen, omdat naar zijn oordeel ten tijde van het geschil het

verdrag voor Rusland inderdaad voorlopige werking had en naar zijn oordeel geen tegenstrijdigheid bestond tussen het verdrag en het Russische recht. Hierdoor was de 'voor zover'-beperkingsclausule van artikel 45, lid 1 niet van toepassing. Op basis daarvan stelde het Tribunaal in 2014 uiteindelijk de klagende partijen in het gelijk en kende het aan de drie investeringsmaatschappijen een totale schadevergoeding van € 50 miljard toe, een recordbedrag in de internationale investeringsarbitrage.

De Russische Federatie liet het daarbij niet zitten en vorderde onder Nederlands recht – doordat Den Haag de plaats van arbitrage was – vernietiging van al deze Yukos Awards van het internationale investeringstribunaal. Daarbij beriep hij zich op artikel 1073 lid 1 Rv, juncto artikel 1064 lid 2 Wetboek van Rechtsvordering (Rv). In haar vonnis beslist de Haagse rechtbank allereerst dat zij niet gebonden is aan de in beginsel beperkte toetsing in een vernietigingsprocedure, nu het hier gaat om een vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat een geldige arbitrageovereenkomst ontbreekt. Daarbij verwijst zij naar het arrest van de Hoge Raad van 26 september 2014 in de zaak *Ecuador Chevron* (ECLI: NL:HR:2014:2837; zie *KwartaalSignaal* 133, p. 7676, AAK20147676). Terwijl het Arbitragetribunaal tot het oordeel kwam dat de voorlopige toepassing op basis van artikel 45 Energiehandvest niet strijdig is met de Russische wetgeving en daarbij een 'alles of niets-benadering' volgde, concludeert de Haagse rechtbank tot een meer genuanceerde en gedifferentieerde benadering, waarbij de mogelijkheid van voorlopige toepassing is toegespitst op en afhangt van de verenigbaarheid van afzonderlijke verdragsbepalingen met het Russische nationale recht (par. 5.18).

De rechtbank onderzoekt uitvoerig het voorwerp en doel van het Energiehandvest en de aard van het internationale recht, de statenpraktijk, de voorbereidende documenten van het Energiehandvest, e.d. Vervolgens onderzoekt zij of de voorlopige toepassing van het in artikel 26 Energiehandvest neergelegde arbitraal beding 'not inconsistent' is met de Russische constitutie, wetgeving en andere regelgeving. Opvallend is dat de rechtbank in deze vernietigingsprocedure de inhoud van het Russische recht zelf moet vaststellen. Daarbij gaat zij allereerst in op de materiële wet- en regelgeving, waaronder de Wet betreffende Internationale Verdragen en in het bijzonder de Wet inzake de Buitenlandse Investerings, die nimmer arbitrage heeft toegelaten voor geschillen die voortvloeien uit publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen. De rechtbank concludeert dat de arbitrageclausule van artikel 26 Energiehandvest geen wettelijke basis heeft in het Russische recht en zich niet verdraagt met de uitgangspunten die in dat recht zijn neergelegd. Daartoe zou eerst een federale wet nodig zijn geweest om de ratificatie van het Energiehandvest te bekrachtigen nu dat verdrag bepalingen bevat die het Russische recht aanvullen of wijzigen. Het beginsel van de machtenscheiding, zoals verankerd in de Russische Grondwet, brengt met zich mee dat een besluit van de uitvoerende macht tot ondertekening van een

verdrag daarvoor onvoldoende is. Alhoewel de Russische grondwet een voorrangsbepaling bevat die ertoe strekt dat universeel erkende normen van internationaal recht en internationale verdragen en overeenkomsten boven Russisch recht gaan (art. 15, lid 4), komt op grond van dezelfde grondwet het federale parlement de exclusieve bevoegdheid toe om in te stemmen met de gebondenheid aan verdragen. Dit impliceert, aldus de rechtbank, dat verdragen die een afwijking van of een aanvulling op het Russisch recht vormen, niet op basis van de enkele ondertekening kunnen worden toegepast maar voorafgaande ratificatie verlangen (par. 5.93).

Dit leidt de Haagse rechtbank tot de eindconclusie dat met de enkele ondertekening van het Energiehandvest de Russische Federatie zich niet heeft gebonden aan de voorlopige toepassing van de arbitrageregeling van artikel 26 Energiehandvest. Ook anderszins is geen geldige overeenkomst tot arbitrage tot stand gekomen. Dat betekent, zo concludeert de rechtbank, dat het Tribunaal zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard kennis te nemen van de vorderingen van de investeringsmaatschappijen en daarover te beslissen. De onbevoegdheid van het Tribunaal leidt noodzakelijkerwijze tot vernietiging van zowel de tussen- als de eindvonnissen van dit Tribunaal van resp. 30 november 2009 en 18 juli 2014 op grond van artikel 1065 lid 1 onder a Rv.

De uitspraak van de Haagse rechtbank van 20 april 2016 is geregistreerd als ECLI:NL:RBDHA:2016:4229. De drie investeringsmaatschappijen hebben hoger beroep tegen het vonnis van de Haagse rechtbank aangetekend. Zie diverse artikelen over de arbitrageuitspraak in de *Yukos*-zaak in *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* 2015, afl. 2 en *Journal of World Investment and Trade* 2016, afl. 1 en 2.