



I, the undersigned, Harm Lassche, certified translator in the English language, sworn in at the District Court of Zwolle, hereby declare that the above constitutes a true and complete translation of the original Dutch text that has been attached to it.

Sint Jans klooster, 04-05-2012



Certified Translator

IN THE NAME OF THE QUEEN!

judgement

DISTRICT COURT OF THE HAGUE

Civil Division

Judgement of 2 May 2012

in the consolidated cases with case numbers 386934 / HA ZA 11-402 and 408948 / HA ZA 11-2813 of:

legal entity governed by foreign public law
the REPUBLIC OF ECUADOR,
established in Quito, Ecuador,
plaintiff in both cases,
lawyer: *mr.* G.W. van der Bend,

against

1. the company established under foreign law
CHEVRON CORPORATION (USA),
 2. the company established under foreign law
TEXACO PETROLEUM COMPANY,
- both with their registered offices in San Ramon, California, United States of America,
defendant in both cases,
Lawyer: *mr.* J.M.K.P. Cornegoor.

The parties shall hereinafter be referred to as Ecuador, Chevron and TexPet. The defendants shall hereinafter be jointly referred to as Chevron et al.

1. Both proceedings

The proceedings with case number 11-402

- 1.1 The course of the proceedings is evident from:
 - the summons of 7 July 2010 (with exhibits);
 - the statement of defence (with exhibits);
 - the reply (with exhibits);
 - the rejoinder (with exhibits);
 - the court case decisions dated 7 September 2011 and 30 November 2011;
 - the "*farewell advertorial*" document and the digital exhibit 3 from Ecuador.
- 1.2 The pleadings then took place on 2 February 2012, whereby both lawyers presented their pleadings and the judgement was set for 2 May 2012.

The proceedings with case number 11-2813

- 1.3 The course of the proceedings is evident from:
 - the summons of 30 November 2011 (with exhibits);
 - the statement of defence (with exhibits);
 - the "*farewell advertorial*" document and the digital exhibit 3 from Ecuador.

- 1.4 The pleadings then took place on 2 February 2012, whereby both lawyers presented their pleadings and the judgement was set for 2 May 2012.

2. The facts in both cases

- 2.1 Chevron is an indirect shareholder in TexPet. At the beginning of the 1960s Ecuador granted TexPet a concession for oil extraction and oil exploitation in the Amazon area of Ecuador. In 1971 Ecuador set up a state oil company, CEPE, later Petroecuador (CEPE/PE). In 1973 the terms and conditions of the 1964 concession were renegotiated and the parties entered into a concession agreement for a period of 19 years for a smaller area in the Amazon Basin (hereinafter referred to as: the Concession Agreement).
- 2.2 The Concession Agreement ended on 6 June 1992 after the agreed term lapsed. On 17 November 1995 Ecuador, CEPE/PE and TexPet concluded a Global Settlement Agreement and Release (hereinafter referred to as: the Global Settlement Agreement) relating to the termination and settlement of the Concession Agreement. Amongst other things, this provided for the restoration of the environmental damage caused by the oil extraction.
- 2.3 In the period from December 1991 to December 1993 TexPet commenced seven proceedings in the Ecuadorian courts in connection with, according to TexPet, attributable breaches by Ecuador under the Concession Agreement. According to TexPet, Ecuador systematically breached the Concession Agreement by presenting domestic need too high and by demanding more oil from TexPet than it was entitled to and which it then exported itself. In those proceedings TexPet claimed more than USD 354 million in respect of excessive oil contributions to Ecuador for which, according to TexPet, Ecuador should have had to pay the international market price instead of the lower domestic price.
- 2.4 In 1993 the United States of America (hereinafter referred to as: the USA) and Ecuador concluded a Bilateral Investment Treaty (hereinafter referred to as: BIT) which came into force on 11 May 1997. The aim of the BIT is to encourage and to protect investments made by investors from one state that is party to the treaty in the territory of the other state that is party to the treaty.
- 2.5 The text of the BIT reads, insofar as this is important for these proceedings, as follows:

(...) Article II

(...)

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

(...)

Article VI

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

(...)

4. Each Party hereby consents to the submission of any investment dispute for settlement by binding arbitration in accordance with the choice specified in the written consent of the national or company under paragraph 3. Such consent, together with the written consent of the national or company when given under paragraph 3 shall satisfy the requirement for: (a) written consent of the parties to the dispute (...); and (b) an "agreement in writing" (...).

Article XII

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

- 2.6 On 21 December 2006 Chevron et al. instituted BIT arbitration proceedings against Ecuador. In accordance with the UNCITRAL Rules, Charles N. Brower, A.J. van den Berg and K-H Böckstiegel were appointed as arbitrators in those arbitration proceedings (hereinafter referred to as: the Arbitration Tribunal). In those arbitration proceedings Chevron et al. argued the point that Ecuador was liable for the damage that they had suffered as a result of (amongst other things) breach of Article II(7) of the BIT. That breach was, according to Chevron et al., the result of an undue delay in the settlement of the seven proceedings by the Ecuadorian courts.
- 2.7 In the arbitral interim award of 1 December 2008 (hereinafter referred to as: the Interim Award) the Arbitration Tribunal declared that it was competent to take cognizance of the claims made by Chevron et al. In the arbitral (partial) final award of 30 March 2010 (hereinafter referred to as: the Partial Award and 'PA' when reference is made to the paragraphs of the Partial Award) the Arbitration Tribunal found that Ecuador was guilty of "*denial of justice*" in respect of the "*undue delay*" because a judgement had not been made in a timely manner in the seven proceedings with the Ecuadorian courts. For that reason Ecuador was ordered to pay Chevron et al. compensation. In its arbitral final award of 31 August 2011 (hereinafter referred to as: the Final Award) the Arbitration Tribunal set the level of compensation at USD 96,355,369.17 (including interest). The Interim Award, the Partial Award and the Final Award shall be jointly referred to hereinafter as the Arbitral Awards.

3. The disputes

The proceedings with case number 11-402

- 3.1 Ecuador claims – in summary – that the Interim Award of 1 December 2008 and the Partial Award of 30 March 2010 be set aside with immediate effect, with the defendants being ordered, jointly and severally, to pay the costs of the proceedings in question.
- 3.2 Chevron et al. presented a motivated defence. For the exact statements of the detailed points of view of the parties the court refers, for the sake of brevity, to the case documents with exhibits of each of the parties. The court shall discuss the arguments and defences relevant to the judgement below.

The proceedings with case number 11-2813

- 3.3 Ecuador claims – in summary – that the Final Award of 31 August 2011 be set aside with immediate effect, with the defendants being ordered, jointly and severally, to pay the costs of the proceedings in question.
- 3.4 Chevron et al. presented a motivated defence. For the exact statements of the detailed points of view of the parties the court refers, for the sake of brevity, to the case documents with exhibits of each of the parties. The court shall discuss the arguments and defences relevant to the judgement below.

4. The judgement in both cases

- 4.1 Because of the fact that the consolidated cases with case numbers 11-402 and 11-2813 both relate to the setting aside of the judgements of the Arbitration Tribunal in the same arbitration proceedings, these related cases shall be judged together.

-
- 4.2 It is an established fact between the parties that the Netherlands is the location of the arbitration, so that on the basis of Article 1073 paragraph 1 of the Code of Civil Procedure (hereinafter referred to as: Rv) the provisions of Part 1 of Book 3 of the Rv (Articles 1020-1073 of the Rv) are applicable to these proceedings.
- 4.3 The grounds for Ecuador claiming set-aside of the Arbitral Awards are (A) that a valid arbitration agreement is lacking and that the Arbitration Tribunal incorrectly declared itself to be competent in the Interim Award, as referred to in Article 1065 paragraph 1 sub a. Furthermore, Ecuador argues (B) that the Arbitration Tribunal has infringed its mandate on a number of points by not taking into consideration the essential defence of Ecuador. It is partly for these reasons that, according to Ecuador, the Arbitral Awards can no longer be reasoned. With regard to this Ecuador has made reference to the grounds for setting aside in Article 1065, paragraph 1, sub c and d of the Rv. In both cases, Ecuador is relying on the same grounds for setting aside. Because the Final Award is built upon the earlier Awards, according to Ecuador the Final Award can also not be upheld.

Framework of the judgement

- 4.4 It must be stated first and foremost that on the grounds of settled case law (Supreme Court 17 January 2003, Dutch Law Reports 2004, 384 and Supreme Court 22 December 2006, Dutch Law Reports 2008, 4) the possibility of impairment of arbitral awards is limited and that when examining whether there are grounds for setting aside the court must exercise restraint. Set-aside proceedings may not be used as a disguised appeal and the general importance of an effectively operating arbitration procedure means that the civil court may only intervene in arbitral awards in significant cases. Furthermore, the court considers that the method of reviewing that the court has to apply for the various grounds for setting aside as contained in Article 1065 of the Rv – a reticent or full review – depends on the ground for setting aside that is being relied upon.

Article 1065 paragraph 1 sub a of the Rv

- 4.5 When reviewing Article 1065 paragraph 1 sub a of the Rv the court must not adopt a reticent attitude. The intention of that article is that a party is not prevented, against its will, from approaching a court that the law allows it to approach. After all, that would be in conflict with the basic right contained in Article 17 of the Netherlands Constitution (Gw) and with Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The judgement by an arbitration tribunal about its competence on the grounds of Article 1052 paragraph 1 of the Rv consequently forms a provisional judgement that then has to be fully reviewed by the court in order to protect that basic right. That full review concerns the preliminary question as to whether there is evidence of a valid arbitration agreement and, following on from that, whether the parties are not prevented from approaching the court that the law allows them to approach. However, the full review is limited to that preliminary question. Once that preliminary question has been answered in the affirmative other judgements of an arbitration tribunal concerning its competency have to be reviewed with restraint by the regular court (according to Supreme Court 9 January 1981, Dutch Law Reports 1981, 203).

Article 1065 paragraph 1 sub c and d of the Rv

- 4.6 However, if it concerns the grounds for setting aside as contained in Article 1065 paragraph 1 sub c and d then the court must automatically review with restraint. The legislator wants to maintain a restriction on the possibility of impairing arbitral awards and does not wish to accept insufficient grounds in itself as a ground for setting aside. According to settled case law, the setting aside of an arbitral award on the grounds that it is not reasoned is only possible when the reasoning is lacking and not therefore in cases of unsound reasoning. The court is not competent to review the content of an arbitral award on this ground for setting aside (Supreme Court 25 February 2000,

Dutch Law Reports 2000, 508). According to settled case law, the lack of reasoning is considered to be on a par with the case that a reason is indeed given but that within that reason any well-founded explanation for the relevant judgement cannot be recognised (Supreme Court 9 January 2004, Dutch Law Reports 2005, 190). This criterion also has to be applied with restraint by the court, in the sense that the court – still in the words of the Supreme Court – may only intervene in arbitral awards in significant cases. It is only if a reason is lacking, or if an arbitral award is reasoned so inadequately that it has to be considered to be on a par with a fully unreasoned award that the court can set aside this award on the ground that the award is not reasoned (Supreme Court 22 December 2006, Dutch Law reports 2008, 4). How explicit the judgement of the arbitrators has to be about a point subjected to their opinion so that an arbitral award is not exposed to set-aside due to a breach of mandate depends on the nature of that point when viewed in the context of the whole of the legal dispute brought before the arbitrators (Supreme Court 30 December 1977, Dutch Law Reports 1978, 449). Arbitrators must take a more or a less explicit decision on the basis of actual arguments or defences, though it must in particular be a *reasoned* judgement (Supreme Court 9 January 2004, Dutch Law Reports 2005, 190). The review of the ground for setting aside sub c (breach of mandate) and the review of the ground for setting aside sub d (unreasoned arbitral award) are therefore, in that sense, communicating vessels.

4.7 In light of the aforementioned assumptions the court shall hereafter successively judge the grounds for setting aside as argued by Ecuador under (A) and (B).

(A) Lack of a valid arbitration agreement (Article 1065 paragraph 1 sub a of the Rv)

4.8 First of all Ecuador is claiming set-aside of the arbitral awards on the grounds of Article 1065 paragraph 1 sub a of the Rv. According to Ecuador a valid arbitration agreement is lacking and the Arbitration Tribunal has incorrectly declared itself to be competent. Amongst other things, this position relies on the argument that the arbitration clause in Article VI of the BIT has to be read in conjunction with Article XII paragraph 1 of the BIT in which it is stipulated that the BIT is only applicable to investments that existed on or after the BIT coming into force. According to Ecuador, Article XII of the BIT also limits the (temporal) scope of the arbitration clause. The temporal scope of Article XII of the BIT is therefore a (part) determining factor for assessing the question as to whether a valid arbitration agreement exists and (following on from that) the question as to whether the Arbitration Tribunal is competent. According to Ecuador, the arbitration clause in Article VI paragraph 4 of the BIT only provides for “*investment disputes*” that existed on or after the BIT coming into force on 11 May 1997. The Concession Agreement was ended in the normal way on 6 June 1992 (therefore a long time before the Treaty came into force) and Chevron et al. voluntarily terminated their investments in Ecuador on that date by ending their activities, disposing of assets and the withdrawal of personnel. The only interests that still remained were the legal claims in the seven legal proceedings brought before the Ecuadorian courts. According to Ecuador, when the BIT came into force Chevron et al. therefore no longer had any investments in the country. According to Ecuador, within the framework of a full review the court is obliged to analyse thoroughly all relevant provisions of the BIT (including Article XII) and the considerations of the Arbitration Tribunal and to form its own opinion with regard to these.

4.9 Chevron et al. on the other hand primarily argue that in their vision the question of competency is limited to the single question as to whether the parties agreed in Article VI of the BIT to have the existing dispute between them settled through arbitration. According to Chevron et al. this question has to be answered in the affirmative because the condition in Article VI paragraph 4 of the BIT – that the dispute relates to an investment agreement, namely the Concession Agreement – is complied with, so that the Arbitration Tribunal is competent. Chevron et al. have disputed with reasons the position of Ecuador that Article XII of the BIT also limits the (temporal) scope of the arbitration clause and have argued that this point is not valid for evaluation by this court. In the opinion of Chevron et al., whilst the court must undertake a full review, that review only provides for the preliminary question into the validity of the arbitration agreement, and this may not lead to

a review of the *material* aspects of the arbitration cause, including the question about the temporal scope of the BIT.

- 4.10 The court finds as follows. It is not disputed between the parties that Ecuador and the USA agreed in Article VI paragraph 4 of the BIT that they would subject disputes about investments to binding arbitration. In the case in question the competency of the Arbitration Tribunal is not directly based on an arbitration agreement that was concluded between Ecuador and Chevron et al., but that agreement is considered to be embodied in the BIT, which both parties have correctly argued. Article VI paragraph 4 of the BIT is applicable in the sense that it is an open offer from one state which is party to the Treaty to nationals and companies of the other state that is party to the Treaty to settle "*any investment dispute*" by means of arbitration. Article VI therefore forms the basis for (nationals of) the states that are party to the Treaty to take the route of arbitration in the event of investment disputes. Pursuant to Article VI paragraph 1 there is an "*investment dispute*" if the criteria contained in the first paragraph under (a) up to and including (c) are met. Ecuador has not contested that the dispute between the parties arises from, or relates to, the Concession Agreement which can be deemed to be an investment agreement in the sense of Article VI paragraph 1 under a. Nor has Ecuador contested that the dispute between the parties constitutes a dispute in the sense of Article VI paragraph 1 under c. The conditions for the dispute to be settled through the Arbitration Tribunal as prescribed in Article VI are therefore met.
- 4.11 Unlike the argument put forward by Ecuador, the full review of the competency of the Arbitration Tribunal pursuant to Article 1065 paragraph 1 sub a of the Rv does not mean that the court also has to decide on the follow-on question as to whether the arbitration clause in Article VI has to be read in conjunction with Article XII of the BIT, and in that sense limits the (temporal) scope of the *arbitration clause*. A distinction has to be made between, on the one hand, the question about the competency of the Arbitration Tribunal to settle the dispute brought by Chevron et al. (the question about a valid arbitration agreement) and, on the other hand, the question about the competency of the Arbitration Tribunal to make a decision about investments that had ended at the time of the BIT coming into force (the interpretation and scope of Article XII). Although the Arbitration Tribunal clustered its opinion about the interpretation of Article XII on this point under the denominator "competency" in the Interim Award, this rather concerns an opinion about the scope of protection of the BIT. Unlike the preliminary question as to whether there is evidence of a valid arbitration agreement, this opinion of the Arbitration Tribunal is not applicable for a full review by the court. After all, the answer to the question about the temporal scope of the BIT has no relation to the intention to protect of Article 17 of the Gw and Article 6 of the ECHR that a party can not be prevented from approaching the regular court against its will. Reference is made to the assumptions formulated above under 4.5.
- 4.12 Furthermore, such a line of reasoning also appears to tie in with the selected formulation of the first paragraph of Article VI ("*for the purposes of this article*"). The authors of the BIT have excluded from this that for the assessment of "*investment dispute*" it is necessary to revert to the definition of, for example, "*investment*" in Article I of the BIT or to the temporal scope of Article XII. These articles are apparently not considered important when determining which investment disputes have to be included under the arbitration clause of Article VI of the BIT. In that sense, Article VI involves a completely independent provision when dealing with the question about the cases in which the arbitration tribunals stipulated in the Article are competent to take cognizance of a dispute. As considered, the question as to whether the scope of protection of the BIT extends to the relevant investments by Chevron et al. (which according to Ecuador had already ended at the time of the BIT coming into force) then has to be answered; however, that opinion is explicitly reserved for the Arbitration Tribunal and does not form part of the court's opinion about the competency of the Arbitration Tribunal on the grounds of Article VI.

4.13 The foregoing leads to the conclusion that there is evidence of a valid arbitration agreement, so that Ecuador's application for setting aside the arbitral awards pursuant to Article 1065 paragraph 1 sub a of the Rv has to be refused.

(B) Breaching the mandate and unreasoned arbitral awards (Article 1065 paragraph 1 sub c and sub d of the Rv)

4.14 Ecuador has also based its set-aside action on the argument that the Arbitration Tribunal has apparently failed to adhere to its mandate on various points, as referred to in Article 1065 paragraph 1 sub c of the Rv, and that the Partial Award (partly for the same reasons) is unreasoned, as referred to in Article 1065 paragraph 1 sub d of the Rv. First of all, Ecuador blames the Arbitration Tribunal in this respect of (1) that it did not address various essential defences from Ecuador, including:

- (i) the defence that the phrasing of Article I(1)(a)(iii) of the BIT and Article 1139(j) NAFTA differ materially from each other;
- (ii) the defence with regard to the causality and extent of the damage, whereby Ecuador has relied upon the Amazonas Refinery case and the Imported Products case;
- (iii) the defence that the Arbitration Tribunal has to refrain from taking the place of the Ecuadorian court by making its own and independent judgement about the seven cases;
- (iv) the defence concerning the *loss of chance* principle;
- (v) the defence that the position adopted by Chevron et al. in the *Aguinda* proceedings is incompatible with the acceptance of *undue delay* in respect of the delays in the seven Ecuadorian proceedings.

4.15 In addition, Ecuador argues (2) that the Arbitration Tribunal acted outside of the legal dispute between the parties with regard to the *loss of chance* principle and (3) has incorrectly failed to apply customary law.

4.16 In light of the assumptions referred to in 4.4 and 4.6 the court shall successively judge Ecuador's points of view.

(1) *Failure to make a (reasoned) decision on Ecuador's essential defences*

Defence (i)

4.17 The court does not agree with Ecuador's argument that the Arbitration Tribunal ignored the defence that the phrasing of Article I(1)(a)(iii) of the BIT and Article 1139(j) of the NAFTA differ materially from each other and has incorrectly considered that the phrasing of those articles are "*similar*". The Arbitration Tribunal did indeed consider the relevant defence from Ecuador. In paragraphs 185 and 186 of the Interim Award the Arbitration Tribunal – partly in light of the *Mondev* judgement based on the NAFTA Treaty – implicitly discussed and rejected this defence from Ecuador within the framework of the legal dispute brought before it regarding the competency. In paragraph 193 of the Interim Award the Arbitration Tribunal then gave a number of considerations superfluously on this point.

4.18 The court is therefore of the opinion that the Arbitration Tribunal, considering the whole of the legal dispute presented to it, did indeed consider and reject Ecuador's relevant defence more or less explicitly, and that it provided reasons for its decision. The considerations of the Arbitration Tribunal in the aforementioned paragraphs are each provided with a greater or less detailed reasoning and in no case is there evidence of such unsound reasoning that it has to be considered to be on a par with the lack of reasoning. Insofar as Ecuador has intended to argue that the given reasoning is unsound then, considering the jurisprudence as referred to above under 4.6, this cannot lead to setting aside on the grounds of Article 1065 paragraph 1 sub c or sub d of the Rv. Ecuador's arguments on this point are therefore rejected.

Defences (ii), (iii) and (iv)

- 4.19 Ecuador has further argued the point of view that in the Partial Award the Arbitration Tribunal has ignored two judgements by the Ecuadorian court when dealing with the causality question and the extent of the damage, which were pronounced during the course of the arbitration procedure (and submitted by Ecuador during that procedure). These concern the Amazonas Refinery case (case 153-93) of 14 July 2009 and the Imported Products case (case 154-93) of 10 September 2009. According to Ecuador, the Arbitration Tribunal has (partly as a result of that) ignored the essence of Ecuador's defence in relation to the *loss of chance* principle. This defence implied that to establish a causal link and the extent of the damage it is necessary to examine the chance that the Ecuadorian court would have granted the Chevron et al. claims and in doing so would have to take into account the judgements in the aforementioned cases 153-93 and 154-93. According to Ecuador, the Arbitration Tribunal also incorrectly ignored its defence that the Arbitration Tribunal should have refrained from directly delivering its own and independent judgement about those legal proceedings, without taking into account the (subsequent) judgements of the Ecuadorian court in those cases. As Ecuador continued to argue, partly as a result of this the Arbitration Tribunal acted outside of the legal dispute between the parties.
- 4.20 Ecuador's aforementioned accusations all come down to the claim that the Arbitration Tribunal was inadequate in its appraisal of Ecuador's defences concerning the causal link and the extent of the damage, that the Partial Award on these points fails to comply with the minimum reasoning requirements and that the Arbitration Tribunal has failed to decide on the point of dispute raised by these defences. According to Ecuador, these accusations, individually and jointly, represent a breach of mandate as well as a lack of reasoning.
- 4.21 The court finds that the mandate of the Arbitration Tribunal in the arbitration procedure involved deciding on the Chevron et al. claim lodged against Ecuador for payment of compensation, whereby the Arbitration Tribunal was also obliged to decide on the causality defences put forward by Ecuador. Amongst other things, the Chevron et al. claim was based on a breach of Article II(7) of the BIT ("*failing to provide Claimants effective means of asserting claims and enforcing rights*", paragraph 3 of the Interim Award). In paragraphs 270 and 271 of the PA the Arbitration Tribunal has accepted such a breach of Article II(7) of the BIT due to "*undue delay*". In doing so it is considered that this breach was already definite on the day that the arbitration procedure was brought before the court. In paragraph 273 of the PA the Arbitration Tribunal then considered that a decision by the Ecuadorian court *after* that date does not detract, for that reason, from Ecuador's liability as a result of *undue delay* and can therefore be taken into consideration in the judgement regarding the extent of the damage.
- 4.22 In Section V under 2 (paragraphs 365-373 of the PA) the Arbitration Tribunal then described in detail Ecuador's arguments about the damage, including the defence of applying the *loss of chance* principle when estimating the damage. The Arbitration Tribunal then considered this defence in detail in the same section under 3 (paragraphs 374-388 of the PA) and rejected it in paragraphs 377 and 378 of the PA, with reference to that which it had already considered in paragraphs 270 and 271 of the PA, namely that the breach of the BIT was already definite at the moment that the arbitration was commenced and *before* the judgement was pronounced in cases 153-93 and 154-93 as referred to by Ecuador. For this reason, in paragraph 377 of the PA, the Arbitration Tribunal found that it had to decide what the content of the Ecuadorian judgements would have been from a hypothetical, fair, independent and impartial local court and that in that assessment it could use the Ecuadorian judgements referred to and had to consider these against other evidence. From the further review of the *loss of chance* principle in paragraphs 378-382 of the PA it is also not evident that the Arbitration Tribunal failed to appreciate the essence of the *loss of chance* defence and as a result of which failed to review an essential defence, as argued

by Ecuador. In paragraphs 379 and 380 of the PA the Arbitration Tribunal has explicitly assessed the discussion between the parties about the content of that principle.

- 4.23 Considering the aforementioned the court finds that the Arbitration Tribunal, considering the whole of the legal dispute presented to it, did indeed consider and reject Ecuador's relevant defence about the causal link and the extent of the damage more or less explicitly, and that in each case it provided reasoning for its decision. The court finds that in no case is there evidence of such unsound reasoning that it has to be considered to be on a par with the lack of reasoning. Nor can it be said that in the reasoning for the decision a well-founded explanation cannot be found for the decision. Considering the jurisprudence as referred to above under 4.6, these complaints from Ecuador cannot therefore lead to setting aside on the grounds of Article 1065 paragraph 1 sub c or sub d of the Rv. Ecuador's arguments on this point are therefore rejected.

Defence (v)

- 4.24 Ecuador has further argued the point of view that the Arbitration Tribunal has failed to make a decision on its defence in the arbitration procedure that Chevron et al., considering the opposing point of view adopted by them in the *Aguinda* proceedings, have unconditionally accepted the long-term delays and for that reason cannot rely on *undue delay*. This argument also fails. In the opinion of the court the Arbitration Tribunal did indeed consider Ecuador's relevant defence. In Section H.IV (paragraphs 333-354 of the PA) the Arbitration Tribunal does assess Ecuador's defence concerning the abuse of rights and forfeiture of rights, and in doing so has taken into consideration the *Aguinda* proceedings referred to by Ecuador. In paragraphs 338-347 of the PA the Arbitration Tribunal has described Ecuador's arguments regarding this point of dispute, and rejected those arguments in paragraphs 348-354 of the PA. Moreover, particularly in paragraphs 348 and 349 of the PA the Arbitration Tribunal has provided insight into its assessment of Ecuador's relevant defence. The interpretation and application under international law of an appeal based on forfeiture of rights and abuse of rights are dealt with in the subsequent paragraphs 350-354 of the PA.
- 4.25 It also applies here that the Arbitration Tribunal, considering the entirety of the legal dispute presented to it did consider and reject Ecuador's relevant defence more or less explicitly, and that in each case it provided reasoning for its decision. Moreover, there is no evidence of such unsound reasoning that it has to be considered to be on a par with the lack of reasoning. Nor can it be said that in the reasoning for the decision a well-founded explanation cannot be found for the decision. Considering the jurisprudence as referred to above under 4.6, this cannot lead to setting aside the arbitration awards due to a breach of mandate or on the grounds that these are unreasoned.
- (2) *The Arbitration tribunal acted outside of the legal dispute between the parties with regard to the loss of chance principle*
- 4.26 The court is also unable to accept Ecuador's argument that the Arbitration Tribunal acted outside of the legal dispute by deciding that the *loss of chance* principle would not/no longer apply. Contrary to what Ecuador argues, in paragraph 382 of the PA the Arbitration Tribunal does not find that the *loss of chance* principle would not/no longer apply but it does decide in that paragraph that, on the basis of the arguments presented by the parties as shown in the preceding paragraphs, it does not apply the *loss of chance* principle. The court does not see in which way the Arbitration Tribunal in doing so has acted outside of the legal dispute between the parties. Ecuador has insufficiently substantiated its arguments on this point. For that reason alone, Ecuador's appeal for set-aside on this basis cannot succeed.

(3) *The Arbitration Tribunal has incorrectly failed to apply customary law*

- 4.27 Ecuador then argued that the Arbitration Tribunal has incorrectly interpreted Article II(7) of the BIT and has failed to apply international customary law. This ground also fails. In paragraphs 241-242 of the PA the Arbitration Tribunal discussed the content and the scope of application of Article II(7) of the BIT and it found that this article represents a *lex specialis* with regard to the *denial of justice* criterion under international customary law. In the subsequent paragraphs 243 and 244 of the PA the Arbitration Tribunal provided further insight into its choice for, and interpretation of, Article II(7) of the BIT, with reference to the drafting of this article. In paragraph 275 of the PA the Arbitration Tribunal further discussed, and rejected, Ecuador's defence that international customary law has to be applied.
- 4.28 Thus, considering the whole of the legal dispute presented to it, the Arbitration Tribunal did indeed consider and reject Ecuador's defence concerning the application of international customary law more or less explicitly, and it provided reasons for its decision in the aforementioned paragraphs. Insofar as Ecuador intended to argue that the given reasoning is unsound then this cannot, considering the jurisprudence as referred to above under 4.6, lead to setting aside. In no case is there evidence of such unsound reasoning that it has to be considered to be on a par with the lack of reasoning or that in the reasoning for the decision a well-founded explanation for the decision cannot be found. The fact that another interpretation of Article II(7) of the BIT could have been possible, such as the interpretation to apply the *denial of justice* criterion under international customary law, does not detract from the fact that the Arbitration Tribunal did indeed include Ecuador's defence on this point in its considerations and did reason this.

Conclusion and legal costs

- 4.29 Because none of the grounds for setting aside the arbitral awards submitted by Ecuador have succeeded the claims have to be rejected. For the remainder the parties have not adopted any positions that can lead to a different decision.
- 4.30 As the party failing to succeed in its action Ecuador is ordered to pay the legal costs in both consolidated cases. When determining the level of the legal costs in favour of Chevron et al. the court shall assume the underlying material significance of the case. Now that Ecuador, as evident from the Final Award, has been ordered to pay Chevron et al. more than USD 77.7 million in compensation and more than USD 18.6 million in interest the court-approved scale of costs VIII at € 3,211 shall be used. Considering the connection between both consolidated cases the court shall award 1 point per case for the pleas put forward simultaneously in both cases, in total therefore the normal 2 points for plea.
- 4.31 The legal costs on the side of Chevron et al. in the case with case number 11-402 are to date estimated at **€ 10,201.00**, of which € 568.00 is for the court fee and € 9,633.00 for the lawyer's salary (3 points at € 3,211.00, according to scale of costs VIII).
- 4.31 The legal costs on the side of Chevron et al. in the case with case number 11-2813 are to date estimated at **€ 6,982.00**, of which € 560.00 is for the court fee and € 6,422.00 for the lawyer's salary (2 points at € 3,211.00, according to scale of costs VIII).

5. The decision

The court:

in the case with case number 11-402

- 5.1 rejects the claims;
- 5.2 orders Ecuador to pay the legal costs, estimated to date on the side of Chevron et al. at € 10,201.00;
- 5.3 declares this judgement to be immediately enforceable in respect of the legal costs;

in the case with case number 11-2813

- 5.4 rejects the claims;
- 5.5 orders Ecuador to pay the legal costs, estimated to date on the side of Chevron et al. at € 6,982.00;
- 5.6 declares this judgement to be immediately enforceable in respect of the legal costs;

This judgement was pronounced by *mr. H. Wien*, *mr. F.M. Bus* and *mr. M.J. van Cleef-Metsaars* and was pronounced in open court on Wednesday 2 May 2012.

[Signature]

[Signature]

[Official stamp of the District Court of The Hague]

Bailiff's copy

02 May 2012
The Clerk of the Court [Signature]

vonnis

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

Vonnis van 2 mei 2012

in de gevoegde zaken met de zaak- en rolnummers 386934 / HA ZA 11-402 en 408948 / HA ZA 11-2813 van:

de publiekrechtelijke rechtspersoon naar vreemd recht
de REPUBLIEK ECUADOR,
gevestigd te Quito, Ecuador,
eiser in beide zaken,
advocaat: mr. G.W. van der Bend,

tegen

1. de vennootschap naar buitenlands recht
CHEVRON CORPORATION (USA),
2. de vennootschap naar buitenlands recht
TEXACO PETROLEUM COMPANY,
beide gevestigd te San Ramon, Californië, Verenigde Staten van Amerika,
gedaagden in beide zaken,
advocaat: mr. J.M.K.P. Cornegoor.

Partijen zullen hierna worden aangeduid als Ecuador, Chevron en TexPet. Gedaagden zullen hierna gezamenlijk worden aangeduid als Chevron c.s.

1. De beide procedures

De procedure met rolnummer 11-402

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de dagvaarding van 7 juli 2010 (met producties);
 - de conclusie van antwoord (met producties);
 - de conclusie van repliek (met producties);
 - de conclusie van dupliek (met producties);
 - de rolbeslissingen van de rechtbank van 7 september 2011 en 30 november 2011;
 - de akte met "*farewell advertorial*" en met de digitale productie 3 van Ecuador.
- 1.2. Daarna is op 2 februari 2012 pleidooi gehouden, waarbij beide advocaten hun pleitnota's hebben voorgedragen en vonnis is bepaald op 2 mei 2012.

De procedure met rolnummer 11-2813

- 1.3. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de dagvaarding van 30 november 2011 (met producties);
 - de conclusie van antwoord (met producties);

- de akte met “*farewell advertorial*” en met de digitale productie 3 van Ecuador.

1.4. Daarna is op 2 februari 2012 pleidooi gehouden, waarbij beide advocaten hun pleitnota's hebben voorgedragen en vonnis is bepaald op 2 mei 2012.

2. De feiten in beide zaken

- 2.1. Chevron is indirect aandeelhoudster van TexPet. In het begin van de jaren '60 van de vorige eeuw heeft Ecuador aan Texpet een concessie verleend voor oliewinning en olie-exploitatie in het Amazone-gebied in Ecuador. In 1971 heeft Ecuador een staatsoliemaatschappij opgericht, CEPE, later Petroecuador (CEPE/PE). In 1973 zijn de voorwaarden van de concessie uit 1964 heronderhandeld en zijn partijen voor de duur van 19 jaar een concessieovereenkomst aangegaan met betrekking tot een kleiner gebied in het Amazone-basin (hierna: de Concessieovereenkomst).
- 2.2. De Concessieovereenkomst is door het verstrijken van de looptijd op 6 juni 1992 geëindigd. Op 17 november 1995 hebben Ecuador, CEPE/CE en Texpet een Global Settlement Agreement and Release (hierna: de Global Settlement Agreement) gesloten in verband met de beëindiging en afwikkeling van de Concessieovereenkomst. Daarin is onder meer voorzien in het herstel van milieuschade door de oliewinning.
- 2.3. TexPet heeft in de periode van december 1991 tot december 1993 zeven procedures bij Ecuadoriaanse gerechten aanhangig gemaakt in verband met volgens TexPet toerekenbare tekortkomingen van Ecuador onder de Concessieovereenkomst. Volgens TexPet heeft Ecuador de Concessieovereenkomst stelselmatig geschonden door de binnenlandse behoefte te hoog voor te stellen en meer olie van TexPet op te eisen dan waarop zij recht had en die vervolgens zelf te exporteren. TexPet heeft in die procedures meer dan USD 354 miljoen gevorderd terzake overmatige olieafdrachten aan Ecuador, waarvoor Ecuador volgens TexPet de internationale marktprijs had moeten betalen in plaats van de lagere binnenlandse prijs.
- 2.4. In 1993 hebben de Verenigde Staten van Amerika (hierna: de VS) en Ecuador een Bilateraal Investeringsverdrag (hierna: BIT) gesloten dat op 11 mei 1997 in werking is getreden. Doelstelling van het BIT is het stimuleren en beschermen van investeringen, verricht door investeerders uit de ene verdragsstaat op het grondgebied van de andere verdragsstaat.
- 2.5. De tekst van het BIT luidt, voor zover in dit geding van belang, als volgt:

“(…) Article II

(…)

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

(…)

Article VI

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

(...)

4. Each Party hereby consents to the submission of any investment dispute for settlement by binding arbitration in accordance with the choice specified in the written consent of the national of company under paragraph 3. Such consent, together with the written consent of the national or company when given under paragraph 3 shall satisfy the requirement for:

(a) written consent of the parties to the dispute (...); and

(b) an "agreement in writing" (...).

Article XII

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

- 2.6. Chevron c.s. hebben op 21 december 2006 een BIT-arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen Ecuador. In die arbitrage, volgens de UNCITRAL Rules, zijn Charles N. Brower, A.J. van den Berg en K-H Böckstiegel tot arbiters benoemd (hierna: het Scheidsgerecht). Chevron c.s. hebben zich in die arbitrage op het standpunt gesteld dat Ecuador aansprakelijk is voor de schade die zij hebben geleden wegens (onder meer) schending van artikel II(7) van het BIT. Die schending was volgens Chevron c.s. het gevolg van een ontoelaatbare vertraging in de afdoening van de zeven procedures bij de Ecuadoriaanse gerechten.
- 2.7. In het arbitraal tussenvonnis van 1 december 2008 (hierna: 'de Interim Award') heeft het Scheidsgerecht zich bevoegd verklaard om van de vorderingen van Chevron c.s. kennis te nemen. In het arbitraal (gedeeltelijk) eindvonnis van 30 maart 2010 (hierna: 'de Partial Award' en bij verwijzing naar de paragrafen daarvan 'PA') heeft het Scheidsgerecht geoordeeld dat Ecuador zich schuldig heeft gemaakt aan rechtsweigering ("*denial of justice*") in verband met ontoelaatbare termijnoverschrijding ("*undue delay*") omdat in de zeven procedures bij de Ecuadoriaanse gerechten niet tijdig een vonnis is geweest. Om die reden is Ecuador veroordeeld om aan Chevron c.s. schadevergoeding te betalen. Het Scheidsgerecht heeft in het arbitraal eindvonnis van 31 augustus 2011 (hierna: 'de Final Award') de hoogte van de schadevergoeding bepaald op USD 96.355.369,17 (inclusief rente). De Interim Award, de Partial Award en de Final Award zullen hierna gezamenlijk worden aangeduid als de arbitrale vonnissen.

3. De geschillen

De procedure met rolnummer 11-402

- 3.1. Ecuador vordert – samengevat – bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis vernietiging van de Interim Award van 1 december 2008 en de Partial Award van 30 maart 2010, met hoofdelijke veroordeling van gedaagden in de kosten van het onderhavige geding.
- 3.2. Chevron c.s. voeren gemotiveerd verweer. Voor de exacte weergave van de uitvoerige standpunten van partijen verwijst de rechtbank kortheidshalve naar de wederzijdse gedingstukken met alle producties. Op de relevante stellingen en verweren zal de rechtbank hierna bij de beoordeling ingaan.

De procedure met rolnummer 11-2813

- 3.3. Ecuador vordert – samengevat – bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis vernietiging van de Final Award van 31 augustus 2011, met hoofdelijke veroordeling van gedaagden in de kosten van het onderhavige geding.
- 3.4. Chevron c.s. voeren gemotiveerd verweer. Voor de exacte weergave van de uitvoerige standpunten van partijen verwijst de rechtbank korthedshalve naar de wederzijdse gedingstukken met alle producties. Op de relevante stellingen en verweren zal de rechtbank hierna bij de beoordeling ingaan.

4. De beoordeling in beide zaken

- 4.1. Nu de gevoegde zaken met de rolnummers 11-402 en 11-2813 beide de vernietiging van beslissingen van het Scheidsgerecht in dezelfde arbitrageprocedure betreffen, zullen deze samenhangende zaken gezamenlijk worden beoordeeld.
- 4.2. Tussen partijen staat vast dat Nederland geldt als de plaats van arbitrage, zodat op grond van artikel 1073 lid 1 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (hierna: Rv) de bepalingen van Titel 1 van Boek 3 Rv (artt. 1020-1073 Rv) op de onderhavige procedure van toepassing zijn.
- 4.3. Aan zijn vordering tot vernietiging van de arbitrale vonnissen heeft Ecuador ten grondslag gelegd (A) dat een geldige overeenkomst tot arbitrage ontbreekt en dat het Scheidsgerecht zich in de Interim Award ten onrechte bevoegd heeft verklaard, als bedoeld in artikel 1065 lid 1 sub a. Verder stelt Ecuador (B) dat het Scheidsgerecht op een aantal punten zijn opdracht heeft geschonden door essentiële verweren van Ecuador buiten beschouwing te laten. Mede daarom zijn de arbitrale vonnissen volgens Ecuador niet met redenen omkleed. Ecuador heeft hierbij verwezen naar de vernietigingsgronden in artikel 1065, lid 1, sub c en d Rv. Ecuador beroept zich in de beide zaken op dezelfde vernietigingsgronden. Nu de Final Award voortbouwt op de eerdere Awards, kan ook de Final Award niet in stand blijven, zo stelt Ecuador.

Beoordelingskader

- 4.4. Vooropgesteld dient te worden dat op grond van vaste rechtspraak (HR 17 januari 2003, NJ 2004, 384 en HR 22 december 2006, NJ 2008, 4) de mogelijkheid van aantasting van arbitrale beslissingen beperkt is en dat de rechter bij zijn onderzoek of er grond voor vernietiging bestaat, terughoudendheid dient te betrachten. Een vernietigingsprocedure mag niet worden gebruikt als een verkapt hoger beroep en het algemeen belang bij een effectief functionerende arbitrale rechtspleging brengt mee dat de burgerlijke rechter slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. De rechtbank overweegt voorts dat de wijze van toetsing die de rechter moet aanleggen bij de verschillende vernietigingsgronden van artikel 1065 Rv – een terughoudende of volledige toetsing – afhangt van de ingeroepen vernietigingsgrond.

Artikel 1065 lid 1 sub a Rv

-
- 4.5. Bij de toetsing aan artikel 1065 lid 1 sub a Rv dient de rechter zich niet terughoudend op te stellen. De ratio van dat artikel is dat een partij niet tegen zijn wil wordt afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent. Dat zou immers strijdig zijn met het grondrecht van artikel 17 van de Grondwet (Gw) en van artikel 6 van het Europees verdrag van de rechten van de mens (EVRM). De eigen beoordeling door een scheidsgerecht van zijn bevoegdheid op grond van artikel 1052 lid 1 Rv vormt derhalve een voorlopig oordeel, dat door de rechtbank vervolgens volledig getoetst dient te worden ter bescherming van dat grondrecht. Die volle toetsing betreft de voorvraag of er sprake is van een geldige arbitrageovereenkomst en, in het verlengde daarvan, of partijen niet worden afgehouden van de rechter die de wet hen toekent. Tot die voorvraag is de volle toetsing echter ook beperkt. Indien die voorvraag eenmaal bevestigend is beantwoord, moeten andere oordelen van een scheidsgerecht die verband houden met zijn bevoegdheid door de overheidsrechter terughoudend worden getoetst (vgl. HR 9 januari 1981, NJ 1981, 203).

Artikel 1065 lid 1 sub c en d Rv

- 4.6. Als het echter gaat om de in artikel 1065 lid 1 sub c en d opgenomen vernietigingsgronden, dient de rechter zonder meer terughoudend te toetsen. De wetgever heeft de mogelijkheid van aantasting van arbitrale beslissingen beperkt willen houden en heeft een motiveringsgebrek op zichzelf niet als vernietigingsgrond willen aanvaarden. Volgens vaste rechtspraak is vernietiging van een arbitraal vonnis op de grond dat dit niet met redenen is omkleed slechts mogelijk wanneer de motivering ontbreekt, en dus niet in gevallen van ondeugdelijke motivering. Aan de rechter komt niet de bevoegdheid toe om op deze vernietigingsgrond een arbitraal vonnis naar zijn inhoud te toetsen (HR 25 februari 2000, NJ 2000, 508). Met het ontbreken van een motivering moet volgens vaste rechtspraak op één lijn worden gesteld het geval dat weliswaar een motivering gegeven is, maar dat daarin enige steekhoudende verklaring voor de desbetreffende beslissing niet te onderkennen valt (HR 9 januari 2004, NJ 2005, 190). Ook dit criterium moet door de rechter met terughoudendheid worden toegepast, in die zin dat hij – nog steeds in de woorden van de Hoge Raad – slechts in sprekende gevallen dient in te grijpen in arbitrale beslissingen. Uitsluitend indien een motivering ontbreekt, of indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet worden gesteld, mag de rechter dit vonnis vernietigen op de grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed (HR 22 december 2006, NJ 2008, 4). Hoe expliciet de uitspraak van arbiters over een aan hun oordeel onderworpen punt moet zijn om een arbitraal vonnis niet wegens schending van opdracht aan nietigheid te doen blootstaan, hangt af van de aard van dat punt bezien in het geheel van de aan arbiters voorgelegde rechtsstrijd (HR 30 december 1977, NJ 1978, 449). Arbiters dienen op wezenlijke stellingen of verweren een meer of minder expliciete, doch met name een *gemotiveerde* beslissing te nemen (HR 9 januari 2004, NJ 2005, 190). De toetsing aan de vernietigingsgrond sub c (schending van opdracht) en de toetsing aan de vernietigingsgrond sub d (arbitraal vonnis niet met redenen omkleed) zijn in die zin dus communicerende vaten.
- 4.7. De rechtbank zal hierna in het licht van bovengenoemde uitgangspunten achtereenvolgens de door Ecuador gestelde vernietigingsgronden onder (A) en (B) beoordelen.

(A) Ontbreken van geldige overeenkomst tot arbitrage (artikel 1065 lid 1 sub a Rv)?

- 4.8. Allereerst vordert Ecuador vernietiging van de arbitrale vonnissen op grond van artikel 1065 lid 1 sub a Rv. Volgens Ecuador ontbreekt een geldige overeenkomst tot arbitrage en heeft het Scheidsgerecht zich ten onrechte bevoegd verklaard. Dit standpunt berust onder meer op de stelling dat de arbitrageclausule in artikel VI van het BIT moet worden gelezen in samenhang met artikel XII lid 1 van het BIT waarin is bepaald dat het BIT slechts van toepassing is op investeringen die op of na de inwerkingtreding van het BIT bestonden. Volgens Ecuador begrenst artikel XII van het BIT ook de (temporele) reikwijdte van de arbitrageclausule. De temporele reikwijdte van artikel XII van het BIT is daardoor (mede) bepalend voor de beoordeling van de vraag of een geldige overeenkomst tot arbitrage bestaat en (in het verlengde daarvan) de vraag of het Scheidsgerecht bevoegd is. De arbitrageclausule in artikel VI lid 4 van het BIT ziet volgens Ecuador alleen op “*investment disputes*” die op of na de inwerkingtreding op 11 mei 1997 van het BIT bestonden. De Concessieovereenkomst is op 6 juni 1992 (dus lange tijd vóór de inwerkingtreding van het Verdrag) op reguliere wijze geëindigd en Chevron c.s. hebben hun investeringen in Ecuador op die datum vrijwillig beëindigd door beëindiging van hun activiteiten, de vervreemding van activa en het terugtrekken van personeel. De enige belangen die nog resteerden waren de rechtsvorderingen in de zeven bij de Ecuadoriaanse rechtbanken aanhangige rechtszaken. Bij de inwerkingtreding van het BIT hadden Chevron c.s. volgens Ecuador dus geen investeringen meer in haar land. De rechtbank is gehouden om in het kader van een volledige toetsing alle relevante bepalingen van het BIT (waaronder artikel XII) en de overwegingen van het Scheidsgerecht grondig te analyseren en zich daarover een eigen oordeel te vormen, aldus Ecuador.
- 4.9. Chevron c.s. hebben daartegen primair aangevoerd dat de bevoegdheidsvraag in hun visie beperkt is tot de enkele vraag of partijen in artikel VI van het BIT zijn overeengekomen het tussen hen bestaande geschil door middel van arbitrage te beslechten. Die vraag moet volgens Chevron c.s. bevestigend worden beantwoord, omdat aan de voorwaarde in artikel VI lid 4 van het BIT – dat het geschil met een investeringsovereenkomst verband houdt, namelijk de Concessieovereenkomst – is voldaan, zodat het Scheidsgerecht bevoegd is. Chevron c.s. hebben het standpunt van Ecuador dat artikel XII van het BIT ook de (temporele) reikwijdte van de arbitrageclausule begrenst, gemotiveerd betwist en aangevoerd dat dit punt niet ter beoordeling van deze rechtbank staat. Weliswaar moet de rechtbank een volledige toetsing uitvoeren, echter die volledige toetsing ziet slechts op de voorvraag naar de geldigheid van de arbitrageovereenkomst, en deze mag niet uitmonden in een toetsing van de *materiële* aspecten van de arbitrageclausule, waaronder de vraag naar de temporele reikwijdte van het BIT, zo menen Chevron c.s.
- 4.10. De rechtbank overweegt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat Ecuador en de VS in artikel VI lid 4 van het BIT zijn overeengekomen dat zij geschillen aangaande investeringen zullen onderwerpen aan bindende arbitrage. In het onderhavige geval is de bevoegdheid van het Scheidsgerecht niet rechtstreeks gebaseerd op een overeenkomst tot arbitrage die tussen Ecuador en Chevron c.s. is gesloten, maar wordt die overeenkomst geacht in het BIT te zijn vervat, zo hebben beide partijen

terecht betoogd. Artikel VI lid 4 van het BIT geldt in die zin als een open aanbod van de ene verdragsstaat aan onderdanen en ondernemingen van de andere verdragsstaat om “*any investment dispute*” door middel van arbitrage te beslechten. Aldus vormt artikel VI voor (onderdanen van) de verdragsstaten de grondslag om in geval van geschillen over investeringen de weg van arbitrage te volgen. Blijkens het eerste lid van artikel VI is er sprake is van een “*investment dispute*” als is voldaan aan de in lid 1 onder (a) tot en met (c) genoemde criteria. Door Ecuador is niet weersproken dat het geschil tussen partijen voortvloeit uit, dan wel betrekking heeft op de Concessieovereenkomst, die als investeringsovereenkomst in de zin van artikel VI lid 1 onder a kan worden aangemerkt. Evenmin heeft Ecuador betwist dat het geschil tussen partijen een geschil in de zin van artikel VI lid 1 onder c vormt. Aan de voorwaarden die artikel VI voorschrijft voor beslechting van het geschil door het Scheidsgerecht is derhalve voldaan.

- 4.11. Anders dan Ecuador heeft betoogd, brengt de volledige toetsing van de bevoegdheid van het Scheidsgerecht ingevolge artikel 1065 lid 1 sub a Rv niet mee dat de rechtbank zich ook dient uit te spreken over de vervolgvraag of de arbitrageclausule in artikel VI moet worden gelezen in samenhang met artikel XII van het BIT, en in die zin de (temporele) reikwijdte van de *arbitrageclausule* begrenst. Onderscheid dient te worden gemaakt tussen enerzijds de vraag naar de bevoegdheid van het Scheidsgerecht om het door Chevron c.s. voorgelegde geschil te beslechten (de vraag naar een geldige arbitrageovereenkomst), en anderzijds de vraag naar de bevoegdheid van het Scheidsgerecht om te oordelen over investeringen die ten tijde van de inwerkingtreding van het BIT waren beëindigd (de interpretatie en reikwijdte van artikel XII). Alhoewel het Scheidsgerecht zijn oordeel over de interpretatie van artikel XII op dit punt in de Interim Award heeft geschaard onder de noemer “bevoegdheid”, betreft dit veeleer een oordeel over de beschermingsomvang van het BIT. Dit oordeel van het Scheidsgerecht staat, anders dan de voorvraag of sprake is van een geldige arbitrageovereenkomst, niet ter volledige toetsing van de rechtbank. De beantwoording van de vraag naar de temporele reikwijdte van het BIT houdt immers geen verband met de beschermingsgedachte van artikel 17 Gw en artikel 6 EVRM dat een partij niet tegen zijn wil kan worden afgehouden van de overheidsrechter. Verwezen wordt naar de hiervoor in rov. 4.5. geformuleerde uitgangspunten.
- 4.12. Een dergelijke gedachtegang lijkt overigens ook aan te sluiten bij de gekozen formulering van het eerste lid van artikel VI (“*for the purposes of this article*”). De opstellers van het BIT hebben hierin niet opgenomen dat bij de beoordeling van “*investment dispute*” moet worden teruggegrepen naar de definitie van bijvoorbeeld “*investment*” in artikel I van het BIT of naar de temporele reikwijdte van artikel XII. Deze artikelen zijn kennelijk niet van belang geacht bij de bepaling welke investeringsgeschillen onder de arbitrageclausule van artikel VI van het BIT moeten worden begrepen. Artikel VI behelst in die zin een geheel zelfstandige bepaling als het gaat om de vraag in welke gevallen de in het artikel bepaalde scheidsgerechten bevoegd zijn van een geschil kennis te nemen. Vervolgens zal, zoals overwogen, de vraag of de beschermingsomvang van het BIT zich uitstrekt tot de desbetreffende investeringen van Chevron c.s. (die volgens Ecuador ten tijde van de inwerkingtreding van het BIT al waren geëindigd) wel beantwoord moeten worden, maar dat oordeel is uitdrukkelijk aan het Scheidsgerecht voorbehouden en vormt geen onderdeel van de beoordeling door de rechtbank van de bevoegdheid van het Scheidsgerecht op grond van artikel VI.

4.13. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat er sprake is van een geldige overeenkomst tot arbitrage, zodat het beroep van Ecuador op vernietiging van de arbitrale vonnissen ingevolge artikel 1065 lid 1 sub a Rv moet worden verworpen.

(B) Schending van de opdracht en arbitrale vonnissen niet met redenen omkleed (artikel 1065 lid 1 sub c en sub d Rv)?

4.14. Aan haar vordering tot vernietiging heeft Ecuador voorts ten grondslag gelegd dat het Scheidsgerecht zich op verschillende punten niet aan zijn opdracht zou hebben gehouden, als bedoeld in artikel 1065 lid 1 sub c Rv, en dat de Partial Award (mede op dezelfde gronden) niet met redenen is omkleed, als bedoeld in artikel 1065 lid 1 sub d Rv. Allereerst verwijt Ecuador het Scheidsgerecht in dit verband (1) dat zij niet is ingegaan op verschillende essentiële verweren van Ecuador, waaronder:

- (i) het verweer dat de bewoordingen van artikel I(1)(a)(iii) BIT en artikel 1139(j) NAFTA wezenlijk van elkaar verschillen;
- (ii) de verweren ten aanzien van causaliteit en schadeomvang, waarbij Ecuador zich heeft beroepen op de Amazonas Refinery-zaak en de Imported Products-zaak;
- (iii) het verweer dat het Scheidsgerecht zich ervan moet weerhouden op de stoel van de Ecuadoriaanse rechter plaats te nemen door een eigen en zelfstandig oordeel over de zeven zaken te geven;
- (iv) het verweer inzake het *loss of chance*-principe;
- (v) het verweer dat het door Chevron c.s. in de *Aguinda*-procedure ingenomen standpunt zich verzet tegen het aannemen van *undue delay* met betrekking tot de vertragingen in de zeven Ecuadoriaanse procedures.

4.15. Daarnaast stelt Ecuador (2) dat het Scheidsgerecht buiten de rechtsstrijd van partijen is getreden met betrekking tot het *loss of chance*-principe en (3) ten onrechte heeft nagelaten om gewoonterecht toe te passen.

4.16. De rechtbank zal in het licht van de in 4.4. en 4.6. genoemde uitgangspunten achtereenvolgens de standpunten van Ecuador beoordelen.

(1) *Nagelaten (gemotiveerd) te beslissen op essentiële verweren van Ecuador?*

Verweer (i)

4.17. De rechtbank volgt Ecuador niet in zijn betoog dat het Scheidsgerecht voorbij is gegaan aan het verweer dat de bewoordingen van artikel I(1)(a)(iii) BIT en artikel 1139(j) NAFTA wezenlijk van elkaar verschillen en ten onrechte heeft overwogen dat de bewoordingen van die artikelen “*similar*” zijn. Het Scheidsgerecht is wel degelijk ingegaan op het desbetreffende verweer van Ecuador. In paragrafen 185 en 186 van de Interim Award heeft het Scheidsgerecht dit verweer van Ecuador in het kader van de aan hem voorgelegde rechtsstrijd over de bevoegdheid – mede in het licht van de op het NAFTA-verdrag gebaseerde Mondev-uitspraak – impliciet besproken en verworpen. In paragraaf 193 van de Interim Award heeft het Scheidsgerecht vervolgens enkele overwegingen ten overvloede op dit punt gegeven.

-
- 4.18. De rechtbank is dan ook van oordeel dat het Scheidsgerecht, gezien in het geheel van de aan hem voorgelegde rechtsstrijd, wel degelijk meer of minder expliciet het desbetreffende verweer van Ecuador heeft behandeld en verworpen, en dat hij zijn beslissing heeft voorzien van een motivering. De overwegingen van het Scheidsgerecht in voornoemde paragrafen zijn steeds van een meer of minder uitgebreide motivering voorzien en in geen geval is sprake van een motivering die zo gebrekkig is, dat zij met het ontbreken van een motivering op één lijn gesteld zou moeten worden. Voor zover Ecuador bedoeld heeft te stellen dat de gegeven motivering ondeugdelijk is, kan dit gelet op de jurisprudentie zoals hierboven onder 4.6. genoemd, niet tot vernietiging op grond van artikel 1065 lid 1 sub c of sub d Rv leiden. De stellingen van Ecuador op dit punt worden dan ook verworpen.

Verweren (ii), (iii) en (iv)

- 4.19. Ecuador heeft zich verder op het standpunt gesteld dat het Scheidsgerecht in de Partial Award bij het behandelen van de causaliteitsvraag en de schadeomvang een tweetal vonnissen van de Ecuadoriaanse rechter, die in de loop van de arbitrageprocedure zijn geweest (en door Ecuador in die procedure zijn overgelegd), heeft genegeerd. Het gaat om de Amazonas Refinery-zaak (zaak 153-93) van 14 juli 2009 en de Imported Products-zaak (zaak 154-93) van 10 september 2009. Volgens Ecuador heeft het Scheidsgerecht (mede daardoor) de essentie van Ecuador's verweer terzake het *loss of chance*-principe (het principe van de gemiste kans) miskend. Dit verweer hield in dat voor de vaststelling van causaal verband en de omvang van de schade moest worden gekeken naar de kans dat de Ecuadoriaanse rechter de vorderingen van Chevron c.s. zou hebben toegewezen en daarbij rekening moest houden met de vonnissen in de hiervoor genoemde zaken 153-93 en 154-93. Het Scheidsgerecht is volgens Ecuador voorts ten onrechte voorbijgegaan aan zijn verweer dat het Scheidsgerecht zich ervan moet onthouden om rechtstreeks zijn eigen en zelfstandig oordeel te vellen over die rechtszaken, zonder acht te slaan op de (nagekomen) beslissingen van de Ecuadoriaanse rechter in die zaken. Het Scheidsgerecht is mede daardoor buiten de rechtsstrijd van partijen getreden, aldus nog steeds Ecuador.
- 4.20. De voornoemde verwijten van Ecuador komen er alle op neer dat het Scheidsgerecht de verweren van Ecuador inzake het causale verband en de schadeomvang gebrekkig heeft beoordeeld, dat de Partial Award op deze punten niet aan de minimumeisen van motivering voldoet en dat het Scheidsgerecht heeft nagelaten over het met deze verweren aan de orde gestelde geschilpunt te beslissen. Deze verwijten leveren volgens Ecuador, afzonderlijk en gezamenlijk, een schending van opdracht alsmede een motiveringsgebrek op.
- 4.21. De rechtbank stelt vast dat de opdracht van het Scheidsgerecht in de arbitrageprocedure inhield te beslissen op de jegens Ecuador ingestelde vordering van Chevron c.s. tot het betalen van schadevergoeding, waarbij het Scheidsgerecht tevens was gehouden om op de aangevoerde causaliteitsverweren van Ecuador te beslissen. De vordering van Chevron c.s. was onder meer gebaseerd op een schending van artikel II(7) van het BIT ("*failing to provide Claimants effective means of asserting claims and enforcing rights*", paragraaf 3 Interim Award). Het Scheidsgerecht heeft in paragrafen 270 en 271 PA een dergelijke schending van artikel II(7) van het BIT aangenomen wegens onaanvaardbare termijnoverschrijding ("*undue delay*"). Daarbij

is overwogen dat die schending reeds was voltooid op de dag van het aanhangig maken van de arbitrageprocedure. Het Scheidsgerecht heeft vervolgens in paragraaf 273 PA overwogen dat een vonnis van de Ecuadoriaanse rechter na die datum om die reden niet afdoet aan de aansprakelijkheid van Ecuador wegens *undue delay*, maar in de beoordeling van de schadeomvang kan worden meegewogen.

- 4.22. In Hoofdstuk V onder 2 (paragrafen 365-373 PA) heeft het Scheidsgerecht vervolgens uitvoerig de argumenten van Ecuador over de schade weergegeven, waaronder ook het verweer om bij de begroting van de schade het *loss of chance*-principe toe te passen. Het Scheidsgerecht heeft dit verweer vervolgens in hetzelfde hoofdstuk onder 3 (paragrafen 374-388 PA) uitgebreid besproken en in paragraaf 377 en 378 PA verworpen, onder verwijzing naar hetgeen hij reeds in paragrafen 270 en 271 PA had overwogen, namelijk dat de schending van het BIT al was voltooid op het moment dat de arbitrage was aangevangen en vóórdát in de door Ecuador genoemde zaken 153-93 en 154-93 vonnis werd gewezen. Om die reden heeft het Scheidsgerecht in paragraaf 377 PA geoordeeld dat hij diende te bepalen wat de inhoud van de Ecuadoriaanse vonnissen zou zijn geweest bij een hypothetische, eerlijke, onafhankelijke en onpartijdige lokale rechter en dat hij bij die beoordeling de genoemde Ecuadoriaanse vonnissen kon gebruiken en diende af te wegen tegen andere bewijsmiddelen. Uit de verdere bespreking van het *loss of chance*-principe in de paragrafen 378-382 PA blijkt ook niet dat het Scheidsgerecht de kern van het *loss of chance*-verweer heeft miskend en daardoor heeft nagelaten een essentieel verweer te bespreken, zoals Ecuador heeft betoogd. In de paragrafen 379 en 380 PA gaat het Scheidsgerecht expliciet in op de discussie tussen partijen over de inhoud van dat principe.
- 4.23. Gelet op het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat het Scheidsgerecht, gezien in het geheel van de aan hem voorgelegde rechtsstrijd, wel degelijk meer of minder expliciet de desbetreffende verweren van Ecuador over het causaal verband en de omvang van de schade heeft behandeld en verworpen, en dat hij zijn beslissing steeds heeft voorzien van een motivering. De rechtbank overweegt dat in geen geval sprake is van een motivering die zo gebrekkig is dat zij met het ontbreken van een motivering op één lijn gesteld moet worden. Evenmin kan gezegd worden dat in de motivering van de beslissing geen steekhoudende verklaring voor de beslissing valt te ontdekken. Gelet op de jurisprudentie zoals hiervoor onder 4.6. weergegeven, kunnen deze klachten van Ecuador derhalve niet tot vernietiging op grond van artikel 1065 lid 1 sub c of sub d Rv leiden. De stellingen van Ecuador op dit punt worden dan ook verworpen.

Verweer (v)

- 4.24. Ecuador stelt zich voorts op het standpunt dat het Scheidsgerecht heeft nagelaten te beslissen op zijn verweer in de arbitrageprocedure dat Chevron c.s., gelet op het door hen ingenomen tegengestelde standpunt in de *Aguinda*-procedure, de langdurige vertragingen onvoorwaardelijk hebben aanvaard en zich om die reden niet kunnen beroepen op *undue delay*. Ook dit betoog faalt. Naar het oordeel van de rechtbank is het Scheidsgerecht wel degelijk ingegaan op het desbetreffende verweer van Ecuador. Het Scheidsgerecht heeft in Hoofdstuk H.IV (paragrafen 333-354 PA) geoordeeld over de verweren van Ecuador inzake misbruik van recht en rechtsverwerking, en heeft daar de door Ecuador genoemde *Aguinda*-procedure bij betrokken. In de paragrafen 338-347 PA heeft het Scheidsgerecht de stellingen van Ecuador ten

aanzien van dit geschilpunt weergegeven, en in de paragrafen 348-354 PA verworpen. Daarbij heeft het Scheidsgerecht vooral in de paragrafen 348 en 349 PA inzicht gegeven in zijn beoordeling van het desbetreffende verweer van Ecuador. De uitleg en toepassing onder internationaal recht van een beroep op rechtsverwerking en misbruik van recht komen aan de orde in de daaropvolgende paragrafen 350-354 PA.

- 4.25. Ook hier geldt dat het Scheidsgerecht, gezien in het geheel van de aan hem voorgelegde rechtsstrijd, de desbetreffende verweren van Ecuador meer of minder expliciet heeft behandeld en verworpen, en zijn beslissing steeds heeft voorzien van een motivering. Daarbij is er geen sprake van een motivering die zo gebrekkig is dat zij met het ontbreken van een motivering op één lijn gesteld moet worden. Evenmin kan gezegd worden dat in de motivering van de beslissing geen steekhoudende verklaring voor de beslissing valt te ontdekken. Gelet op de jurisprudentie zoals hiervoor onder 4.6. weergegeven, kan dit niet leiden tot vernietiging van de arbitrale vonnissen wegens schending van opdracht, dan wel op de grond dat deze niet met redenen omkleed zijn.
- (2) *Het Scheidsgerecht is buiten de rechtsstrijd van partijen getreden met betrekking tot het loss of chance-principe*
- 4.26. De rechtbank kan Ecuador evenmin volgen in zijn betoog dat het Scheidsgerecht buiten de rechtsstrijd is getreden door te oordelen dat het *loss of chance*-principe niet (meer) zou gelden. Anders dan Ecuador stelt, heeft het Scheidsgerecht in paragraaf 382 PA niet geoordeeld dat het *loss of chance*-principe niet (meer) zou gelden, maar heeft hij in die paragraaf geoordeeld, op basis van de argumenten van partijen zoals weergegeven in de voorafgaande paragrafen, dat hij het *loss of chance*-principe niet toepast. De rechtbank ziet niet in op welke wijze het Scheidsgerecht daarmee buiten de rechtsstrijd van partijen is getreden. Ecuador heeft zijn stellingen op dit punt onvoldoende onderbouwd. Reeds om die reden kan het beroep van Ecuador op vernietiging op deze grondslag niet slagen.
- (3) *Het Scheidsgerecht heeft ten onrechte nagelaten om gewoonterecht toe te passen*
- 4.27. Ecuador heeft vervolgens gesteld dat het Scheidsgerecht artikel II(7) van het BIT onjuist heeft geïnterpreteerd en heeft geweigerd om internationaal gewoonterecht toe te passen. Ook deze grond faalt. Het Scheidsgerecht heeft in de paragrafen 241-242 PA de inhoud en het toepassingsbereik van artikel II(7) van het BIT besproken en vastgesteld dat dit artikel een *lex specialis* inhoudt ten opzichte van het *denial of justice*-criterium onder internationaal gewoonterecht. In de daaropvolgende paragrafen 243 en 244 PA heeft het Scheidsgerecht nader inzicht gegeven in zijn keuze voor, en interpretatie van, artikel II(7) van het BIT, onder verwijzing naar de totstandkoming van dit artikel. In paragraaf 275 PA heeft het Scheidsgerecht het verweer van Ecuador dat internationaal gewoonterecht moet worden toegepast verder besproken en verworpen.
- 4.28. Aldus heeft het Scheidsgerecht, gezien in het geheel van de aan hem voorgelegde rechtsstrijd, wel degelijk meer of minder expliciet het desbetreffende verweer van Ecuador terzake de toepassing van gewoonterecht behandeld en verworpen, en heeft hij die beslissing voorzien van een motivering in voornoemde paragrafen. Voor zover Ecuador nog bedoeld heeft te stellen dat de gegeven motiveringen ondeugdelijk zijn,

kan dit gelet op de jurisprudentie zoals hierboven onder 4.6. genoemd, niet tot vernietiging leiden. Er is in geen geval sprake van een motivering die zo gebrekkig zou zijn dat zij met het ontbreken van een motivering op één lijn gesteld zou moeten worden, dan wel dat in de motivering van de beslissing geen steekhoudende verklaring voor de beslissing valt te ontdekken. Dat een andere uitleg van artikel II(7) van het BIT ook mogelijk zou zijn geweest, zoals de uitleg om het *denial of justice*-criterium onder internationaal gewoonterecht toe te passen, doet er niet aan af dat het Scheidsgerecht wel degelijk het verweer van Ecuador op dit punt bij zijn overwegingen heeft betrokken en gemotiveerd.

Slotsom en proceskosten

- 4.29. Omdat geen van de door Ecuador aangedragen gronden tot vernietiging van de arbitrale vonnissen doel treft, moeten de vorderingen worden afgewezen. Voor het overige hebben partijen geen standpunten ingenomen die tot een ander oordeel kunnen leiden.
- 4.30. Ecuador zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten in beide gevoegde zaken. Bij het bepalen van de omvang van de ten gunste van Chevron c.s. toe te wijzen proceskosten zal de rechtbank uitgaan van het onderliggende materiële belang van de zaak. Nu Ecuador blijkens de Final Award is veroordeeld tot het betalen aan Chevron c.s. van ruim USD 77,7 miljoen aan schadevergoeding en ruim USD 18,6 miljoen aan rente, zal het liquidatietarief VIII à € 3.211,- worden gehanteerd. Gelet op de samenhang tussen beide gevoegde zaken zal de rechtbank voor de in beide zaken tegelijkertijd gehouden pleidooien 1 punt per zaak toekennen, in totaal derhalve de gebruikelijke 2 punten voor pleidooi.
- 4.31. De proceskosten aan de zijde van Chevron c.s. in de zaak met rolnummer 11-402 worden tot op heden begroot op totaal € 10.201,-, waarvan € 568,- aan griffierecht en € 9.633,- aan salaris advocaat (3 punten à € 3.211,- volgens tarief VIII).
- 4.32. De proceskosten aan de zijde van Chevron c.s. in de zaak met rolnummer 11-2813 worden tot op heden begroot op totaal € 6.982,-, waarvan € 560,- aan griffierecht en € 6.422,- aan salaris van de advocaat (2 punten à € 3.211,- volgens tarief VIII)

5. De beslissingen

De rechtbank:

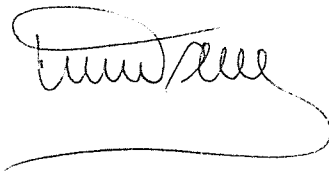
in de zaak met rolnummer 11-402

- 5.1. wijst de vorderingen af;
- 5.2. veroordeelt Ecuador in de proceskosten, aan de zijde van Chevron c.s. tot op heden begroot op € 10.201,-;
- 5.3. verklaart dit vonnis voor wat betreft de proceskosten uitvoerbaar bij voorraad;

in de zaak met rolnummer 11-2813

- 5.4. wijst de vorderingen af;
- 5.5. veroordeelt Ecuador in de proceskosten, aan de zijde van Chevron c.s. tot op heden begroot op € 6.982,-;
- 5.6. verklaart dit vonnis wat betreft de proceskosten uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. H. Wien, mr. F.M. Bus en mr. M.J. van Cleef-Metsaars en in het openbaar uitgesproken op woensdag 2 mei 2012.



Voor grosse/~~afsom~~

02 MEI 2012

De Griffier

