

buiten komende oorzaken aangedragen die een belangrijke oorzaak zouden zijn van het faillissement. Allereerst stelt gedaagde dat een groep ouders, waarvan de kinderen les kregen van de zwemschool, een hetze tegen de zwemschool zou zijn gestart op Facebook. Ten tweede zou een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn dat het ENVOZ, de organisatie die zwemdiploma's uitgeeft, na slechts een enkel bezoek heeft besloten geen zwemdiploma's meer uit te geven aan de zwemschool.

9. De twee oorzaken van het faillissement die gedaagde aan draagt, ontzenuwen het vermoeden van het bestaan van het causaal verband niet, nu zowel de 'hetze' als het besluit van het ENVOZ zijn terug te voeren op het onbehoorlijk bestuur van de zwemschool. Wat gedaagde kwalificeert als een 'hetze op Facebook' is niet meer dan ouders die terecht kritiek uiten op de gang van zaken bij de zwemschool. De negatieve berichten die de ouders op Facebook hadden geplaatst, zijn daarom direct terug te voeren op het onbehoorlijk bestuur. Hetzelfde geldt voor het besluit van het ENVOZ om geen diploma's meer uit te geven. Duidelijk wordt dat het ENVOZ niet slechts één keer een bezoek heeft gebracht aan de zwemschool, maar meerdere keren. In die bezoeken bemerkte het ENVOZ een aantal serieuze misstanden, zoals te grote groepen kinderen die tegelijkertijd les kregen, het ontbreken van een zwemleraar op de kant van het zwembad en het feit dat de kinderen te weinig zwemmers maakten. Bovendien heeft de vertegenwoordiger van het ENVOZ een aantal keren om kwalificaties van de medewerkers gevraagd, maar deze nooit ontvangen. Het uiteindelijke besluit van het ENVOZ om geen diploma's uit te geven, is dus ook het gevolg van het onbehoorlijk bestuur en aldus geen andere belangrijke oorzaak van het faillissement.

Disculpatie, matiging en proceskosten

10. Op grond van vorenstaande is de gedaagde in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in het faillissement. In het tussenvonnissen heeft de rechtbank het beroep op disculpatie van de gedaagde al afgewezen. Gedaagde stelde dat zij zich kon disculperen omdat zij zich niet bemoeid zou hebben met de administratie. Dit snijdt natuurlijk geen hout: de administratie van de onderneming is immers een fundamentele verantwoordelijkheid van het bestuur, waarvoor het bestuur als geheel verantwoordelijk is. Alleen als er iets heel bijzonder aan de hand zou zijn, zou disculpatie op dit punt mogelijk zijn. Nu van een dergelijke bijzonderheid niet is gebleken, heeft de rechtbank dit beroep terecht afgewezen.

11. Om soortgelijke redenen sneuvelt het beroep op matiging van de gedaagde (art. 2:248 lid 4 BW). Gedaagde stelt dat ze 'een minimale rol' zou hebben gehad binnen de zwemschool. Van een minimale rol lijkt echter geen sprake te zijn geweest, zeker niet nu het duidelijk de bedoeling is geweest dat gedaagde de administratie op zich zou nemen.

12. De curator krijgt dus op alle punten gelijk, maar krijgt niet al zijn vorderingen toegewezen. Dit komt doordat de curator een veroordeling in de proceskosten, de kosten van beslag en wettelijke rente had gevorderd. De wettelijke rente wijst de rechter mijns inziens terecht af, omdat toewijzing ervan zou kunnen leiden tot een situatie waarin na voldoening van alle geverifieerde vorderingen en boedelschulden nog een geldbedrag over zou blijven, hetgeen duidelijk niet de bedoeling is van art. 2:248 BW. Ook de vordering van de curator om de gedaagde te veroordelen in de kosten van het proces en het beslag doen bij mij de wenkbrauwen fronzen: het is immers vaste rechtspraak dat deze kosten reeds vallen onder

het tekort dat gedaagde moet voldoen op grond van art. 2:248 BW.¹¹ Ik vermoed dat de curator deze kosten voor de zekerheid heeft gevorderd; nu gedaagde deze kosten al moet voldoen op grond van art. 2:248 BW, oordeelt de rechtbank echter terecht dat deze kosten niet apart nog hoeven worden toegewezen.

mr. J.R. Torenbosch
docent Recht, Innovatie en Technologie aan de Universiteit Utrecht

Civiel recht

28

Immunititeit van executie

Hoge Raad
18 december 2020, nrs. 19/03142 en 19/03144,
ECLI:NL:HR:2020:2103
(mr. De Groot, mr. Streefkerk, mr. Snijders, mr. Kroeze,
mr. Ter Heide)
(Concl. A-G Vlas)
Noot mr. M. Teekens

Volkenrecht. Immunititeit van executie. Bestemmingscriterium. Uiteindelijke (ultieme) of onmiddellijke bestemming van de goederen relevant voor bepaling of (beslagen) goederen een andere dan publieke bestemming hebben. Act of State-doctrine.

[Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immunititeit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen art. 19, onderdeel c; Rv art. 705]

Essentie: Op grond van het volkenrecht geldt voor goederen van een vreemde staat een presumptie van immunititeit van executie, die alleen wijkt indien is vastgesteld dat de desbetreffende goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn beoogd voor andere dan publieke doeleinden, en dat het op de weg ligt van de partij die zich beroept op een uitzondering op de immunititeit van executie om gegevens aan te dragen aan de hand waarvan dat kan worden vastgesteld. Uit deze regels volgt dat immunititeit van executie niet is beperkt tot goederen waarvan de onmiddellijke bestemming een publieke is. Act of State-doctrine onderdeel van het volkenrecht?

Samenvatting: [verweerders] hebben meer dan een miljard Amerikaanse dollars geïnvesteerd in (onder meer) olievelden in Kazachstan en menen dat Kazachstan zich deze investeringen onrechtmatig heeft toegeëigend. [verweerders] hebben in dat verband een – op het Energiehandvest gestoelde – arbitrageprocedure ahangig gemaakt tegen Kazachstan. Samruk is een naar het recht van Kazachstan opgerichte Joint Stock Company (hierna: JSC), waarvan Kazachstan oprichter en enig aandeelhouder is. Samruk is een fonds als bedoeld in

¹¹ Vgl. HR 10 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1053, NJ 1994/272, m.nt. Maeijer (Zilver Ster).

de 'Kazakhstan Law on the National Welfare Fund'. Hierin staat onder meer dat de aandelen in Samruk de exclusieve eigendom zijn van Kazachstan en niet kunnen worden vervreemd. Samruk houdt weer aandelen in de Nederlandse vennootschap KMG Kashagan B.V. (hierna: KMGK).

Bij arbitraal vonnis van 19 december 2013, zoals aangevuld op 17 januari 2014, is Kazachstan veroordeeld tot betaling aan [verweerders] van USD 497.685.101 en € 802.103,24. Tegen dit vonnis staat geen hoger beroep open.

Bij vonnis van 9 december 2016 heeft de bevoegde rechter te Stockholm de vordering van Kazachstan tot vernietiging van het arbitraal vonnis afgewezen. Kazachstan heeft niet aan het arbitraal vonnis voldaan.

Op 31 augustus 2017 hebben [verweerders] de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam verlot gevraagd om ten laste van Kazachstan en Samruk conservatoir beslag te leggen op onder meer de aandelen van Samruk in KMGK. In het beslagrekest is betoogd dat Samruk een onderdeel is van Kazachstan.

Bij beschikking van 8 september 2017 heeft de voorzieningenrechter het verlot verleend, met begroting van de vorderingen van [verweerders] (met inbegrip van rente en kosten) op USD 557.656.650 en € 992.520. [verweerders] hebben op 14 september 2017 ten laste van Samruk conservatoir beslag gelegd op al haar aandelen in KMGK.

Samruk heeft op 24 november 2017 [verweerders] in kort geding gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en opheffing van het conservatoir beslag gevorderd. Daaraan heeft Samruk ten grondslag gelegd dat [verweerders] geen vorderingen hebben op Samruk, maar alleen op Kazachstan, en dat geen grond bestaat om Samruk met Kazachstan te vereenzelvigen. [verweerders] hebben verweer gevoerd.

Bij vonnis van 5 januari 2018 heeft de voorzieningenrechter de gevraagde voorziening geweigerd. Daartoe heeft de voorzieningenrechter, kort samengevat, overwogen dat het vennootschappelijk doel van Samruk geheel ondergeschikt is aan het nationaal belang van Kazachstan, zoals dat politiek wordt bepaald, dat Kazachstan haar enige aandeelhouder is en blijft, en dat het bestuur van Samruk wordt gecontroleerd door (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan. Samruk mist feitelijk-economisch zelfstandigheid, in die zin dat Samruk zich tegenover Kazachstan niet op haar juridische zelfstandigheid kan beroepen om een eigen, van dat van (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan afwijkend, beleid te voeren. Aangenomen moet worden dat Samruk door Kazachstan is opgericht met (tenminste mede) als doel om haar vermogen buiten de greep van schuldeisers van Kazachstan te houden (r.o. 4.7). Voorshands is aannemelijk dat Samruk misbruik maakt van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [verweerders] op haar juridische zelfstandigheid te beroepen (r.o. 4.9). Een belangenafweging leidt evenmin tot toewijzing van de vordering (r.o. 4.11).

Samruk is van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het hof Amsterdam. Kazachstan heeft gevorderd dat zij als gevoegde partij aan de zijde van Samruk wordt toegelaten in de procedure in hoger beroep. Bij tussenarrest van 5 juni 2018 heeft het hof de voeging van Kazachstan toegestaan. Bij arrest van 7 mei 2019 heeft het hof het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd. Daartoe heeft het hof onder andere het volgende overwogen. De vraag onder welke voorwaarden opheffing van het conservatoir beslag kan worden gevorderd wordt beheerst door het Nederlandse recht (als *lex fori*) (r.o. 3.5). Het beroep van Samruk op immuniteit van jurisdictie faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat de voorzienin-

genrechter niet heeft overwogen dat Kazachstan misbruik van recht heeft gemaakt door Samruk op te richten, maar dat (voorshands aannemelijk is dat) Samruk misbruik maakt van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [verweerders] op haar juridische zelfstandigheid te beroepen. Uit de aard van deze handeling van Samruk kan niet worden afgeleid dat zij daarbij een typische overheidsstaak uitoefende, wel dat dit (dus) de uitoefening van een commerciële activiteit betrof die overigens in overeenstemming was met het doel waarvoor Samruk volgens haar eigen stellingen is opgericht (r.o. 3.6). Het beroep van Samruk op immuniteit van executie, gedaan uitsluitend voor het geval dat Samruk met Kazachstan wordt vereenzelvigd, mist feitelijke grondslag omdat de voorzieningenrechter Samruk en Kazachstan niet heeft vereenzelvigd. Ten overvloede oordeelt het hof dat het beroep op immuniteit van executie faalt, ook indien (veronderstellenderwijs) ervan wordt uitgegaan dat Samruk en Kazachstan moeten worden vereenzelvigd. Eigendommen van vreemde staten zijn niet vatbaar voor beslag en executie tenzij en voor zover is vastgesteld dat deze een bestemming hebben die daarmee niet onverenigbaar is, waarbij het steeds de schuld-eiser is die gegevens moet aandragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat de goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn bestemd voor, kort gezegd, andere dan publieke doeleinden (vgl. HR 20 september 2016, NJ 2017/190). [verweerders] moeten aannemelijk maken dat niet de uiteindelijke, maar de onmiddellijke bestemming van de goederen (hier: de aandelen van Samruk in KMGK) een andere dan publieke bestemming is. [verweerders] hebben dat, mede gelet op wat Samruk en Kazachstan zelf hebben gesteld omtrent het commerciële doel van Samruk, in voldoende mate gedaan (r.o. 3.7).

Het hof heeft verder overwogen dat partijen het erover eens zijn dat Samruk een zelfstandige rechtspersoon is en dat uitsluitend Kazachstan de schuldenaar van [verweerders] is, zodat het beslag dat ten laste van Samruk is gelegd in beginsel onrechtmatig is en in beginsel moet worden opgeheven (art. 705 lid 2 Rv). Cruciaal is of er (voldoende) grond bestaat om van deze hoofdregel af te wijken (r.o. 3.8). Partijen zijn het erover eens dat de vraag of de omstandigheid dat Samruk een juridisch zelfstandige entiteit is tot opheffing van het beslag dient te leiden, wordt beheerst door het recht van Kazachstan. Voorshands is voldoende aannemelijk dat ook naar het recht van Kazachstan uitgangspunt is dat een rechtspersoon in beginsel niet aansprakelijk is voor vorderingen op haar aandeelhouders en/of bestuurders, en omgekeerd. Een beperking op de hoofdregel is te vinden in art. 8 Civil Code of the Republic of Kazakhstan (hierna: Civil Code). Volgens Samruk kan aan de hand van art. 8 Civil Code, als het gaat om een JSC, geen uitzondering worden gemaakt op het (in art. 44.2 Civil Code en art. 3 JSC Wet opgenomen) algemene uitgangspunt dat de rechtspersoon niet aansprakelijk is voor de verplichtingen van zijn oprichter of diens aandeelhouders en/of bestuurders, nog daargelaten dat art. 8 Civil Code niet als grondslag voor aansprakelijkheid kan fungeren. [verweerders] hebben deze uitleg van het recht van Kazachstan gemotiveerd betwist. In het licht daarvan heeft Samruk, op wier weg dit in beginsel lag, voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt dat naar het recht van Kazachstan die uitzondering op de hoofdregel in dit geval (bij Samruk als JSC) niet opgaat. Het hof gaat in kort geding uit van de mogelijkheid dat naar het recht van Kazachstan misbruik van recht grond kan vormen voor het maken van een uitzondering op de hoofdregel dat een rechtspersoon

(Samruk) niet aansprakelijk is voor vorderingen op haar aandeelhouders en/of bestuurders (Kazachstan) (r.o. 3.9). Het hof heeft verder overwogen dat Samruk de juistheid van de in r.o. 4.6 van het vonnis van de voorzieningenrechter genoemde feiten en omstandigheden op zichzelf niet betwist, behoudens het bij het tweede gedachtestreepje genoemde feit. Het is weliswaar juist dat Kazachstan Samruk niet bestuurt, maar zij heeft Samruk opgericht en heeft als enig aandeelhouder via de Board of Directors en de Management Board bepalende invloed op het beleid van Samruk, zodat zij ook de eindcontrole uitoefent over het vermogen van Samruk en de besteding daarvan. Het hof onderschrijft de door de voorzieningenrechter (in r.o. 4.7) gevolgde redenering en de daaraan verbonden conclusie dat Samruk in haar verhouding tot Kazachstan feitelijk-economisch zelfstandigheid mist, in die zin dat Samruk zich tegenover Kazachstan niet op haar juridische zelfstandigheid kan beroepen om een eigen, van dat van (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan afwijkend, beleid te voeren, en maakt die tot de zijne. Het hof voegt nog toe dat Samruk, wat er zij van het (formele) doel van oprichting van deze vennootschap, materieel in elk geval fungeert als middel om substantieel vermogen van Kazachstan buiten de greep van schuldeisers te houden doordat zij aandelen houdt in een aantal belangrijke Kazachse staatsdeelnemingen die, als zij zich jegens een schuldeiser van Kazachstan op haar juridische zelfstandigheid mag beroepen, niet voor verhaal door die schuldeiser vatbaar zijn, hoewel Kazachstan onder meer de eindcontrole uitoefent over het vermogen van Samruk en de besteding ervan (r.o. 3.10). Voorshands is aannemelijk dat Samruk misbruik maakt – in de zin van art. 8 Civil Code – van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [verweerders] op haar juridische zelfstandigheid te beroepen (r.o. 3.11), waarmee vaststaat dat ook het vermogen van Samruk, hoewel geen schuldenaar van [verweerders] zijnde, in beginsel vatbaar is voor verhaal door [verweerders] (r.o. 3.12). Het hof heeft de vraag of het beslag moet worden opgeheven omdat het misbruik van bevoegdheid oplevert, ontkenkend beantwoord en daarbij alle (relevante) belangen van partijen (volledig) tegen elkaar afgewogen (r.o. 3.13).¹ Naast Kazachstan heeft ook Samruk zelfstandig cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. De klachten van zowel Kazachstan als Samruk hebben betrekking op de beoordeling van Samruks beroep op immuniteit van jurisdictie en van executie alsmede op het oordeel van het hof over misbruik van recht naar Kazachs recht. In beide zaken komt de vraag aan de orde of voor een beroep op immuniteit van executie beslissend is of de beslagen goederen onmiddellijk een andere dan publieke bestemming hebben (zoals het hof tot uitgangspunt heeft genomen) dan wel dat het uiteindelijke doel beslissend is. De Hoge Raad behandelt in zijn uitspraak alleen het beroep op immuniteit van executie. Overwogen wordt dat de door het hof gehanteerde eis dat de onmiddellijke bestemming van de beslagen goederen bepalend is voor de vaststelling of deze een publieke bestemming heeft, niet overeenstemt met de regels van het volkenrecht en derhalve blijkt van een onjuiste rechtsopvatting. Op grond van het volkenrecht geldt voor goederen van een vreemde staat een presumptie van immuniteit van executie, die alleen wijkt indien is vastgesteld dat de desbetreffende goederen door de

vreemde staat worden gebruikt of zijn beoogd voor andere dan publieke doeleinden, en dat het op de weg ligt van de partij die zich beroept op een uitzondering op de immuniteit van executie om gegevens aan te dragen aan de hand waarvan dat kan worden vastgesteld. Uit deze regels volgt dat immuniteit van executie niet is beperkt tot goederen waarvan de onmiddellijke bestemming een publieke is. De Hoge Raad overweegt voorts dat vanwege het vaststaande partijdebat het zonder nadere motivering niet duidelijk is op grond waarvan het hof als vaststaand heeft aangenomen dat de door Samruk gehouden aandelen een andere bestemming hebben dan een publieke bestemming.

Republiek Kazachstan, zetelende te Astana, Kazachstan, eiseres tot cassatie, hierna: Kazachstan, advocaten: J. de Bie Leuveling Tjeenk en J.W.M.K. Meijer, tegen

1. [verweerder 1], wonende te [woonplaats], Moldavië,
2. [verweerder 2], wonende te [woonplaats], Moldavië,
3. de vennootschap naar buitenlands recht *Ascom Group S.A.*, gevestigd te Chisinau, Moldavië,
4. de vennootschap naar buitenlands recht *Terra Raf Trans Traiding Ltd*, gevestigd te Gibraltar, verweerders in cassatie, hierna gezamenlijk: [verweerders], advocaat: F.E. Vermeulen.

En in de zaak met nummer 19/03144 van de rechtspersoon naar buitenlands recht *Samruk-Kazyna JSC*, gevestigd te Astana, Kazachstan, eiseres tot cassatie, hierna: Samruk, advocaten: A.E.H. van der Voort Maarschalk, B.T.M. van der Wiel en A. Stortelder tegen

1. [verweerder 1], wonende te [woonplaats], Moldavië,
2. [verweerder 2], wonende te [woonplaats], Moldavië,
3. de rechtspersoon naar buitenlands recht *Ascom Group S.A.*, gevestigd te Chisinau, Moldavië,
4. een rechtspersoon naar buitenlands recht *Terra Raf Trans Traiding Ltd*, gevestigd te Gibraltar, verweerders in cassatie, hierna: [verweerders], advocaat: F.E. Vermeulen.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Vlas)

1. Inleiding

1.1. Dit kort geding op de voet van art. 705 Rv betreft de vraag of het door [verweerders] gelegde conservatoire beslag op aandelen in een Nederlandse BV die gehouden worden door Samruk, een rechtspersoon naar Kazachs recht waarvan de Republiek Kazachstan (hierna: Kazachstan) oprichter en enig aandeelhouder is, moet worden opgeheven omdat het beslag is gelegd voor een vordering van [verweerders] op Kazachstan. De voorzieningenrechter heeft de vordering van Samruk tot opheffing van het beslag afgewezen. In hoger beroep heeft Kazachstan zich gevoegd aan de zijde van Samruk. Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd en geoordeeld dat Samruk in haar verhouding tot Kazachstan feitelijk-economisch zelfstandigheid mist en als middel fungeert om substantieel vermogen buiten de greep van schuld-

¹ Deze uitgebreidere samenvatting is nagenoeg geheel geciteerd uit nummers 2.1 tot en met 2.14 van de conclusie d.d. 26 juni 2020 van A-G Vlas in beide zaken.

eisers te houden. Volgens het hof is daarom voorshands aannemelijk dat Samruk misbruik maakt – naar Kazachs recht – van haar in beginsel bestaande bevoegdheid om zich tegenover [verweerders] op haar juridische zelfstandigheid te beroepen, met als gevolg dat het vermogen van Samruk, hoewel zij geen schuldenaar is van [verweerders], in beginsel vatbaar is voor verhaal door [verweerders]

1.2. Naast Kazachstan heeft ook Samruk zelfstandig cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. Deze zaak is bij de Hoge Raad aanhangig onder zaaknr. 19/03144, waarin ik heden eveneens conclusie neem. De conclusies in beide zaken overlappen elkaar grotendeels. De klachten van zowel Kazachstan als Samruk hebben betrekking op de beoordeling van Samruks beroep op immuniteit van jurisdictie en van executie alsmede op het oordeel van het hof over misbruik van recht naar Kazachs recht. In beide zaken komt de vraag aan de orde of voor een beroep op immuniteit van executie beslissend is of de beslagen goederen onmiddellijk een andere dan publieke bestemming hebben (zoals het hof tot uitgangspunt heeft genomen) dan wel dat het uiteindelijke doel beslissend is.

2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten.² [verweerders] hebben meer dan een miljard Amerikaanse dollars geïnvesteerd in (onder meer) olievelden in Kazachstan en menen dat Kazachstan zich deze investeringen onrechtmatig heeft toegeëigend. [verweerders] hebben in dat verband een – op het Energiehandvest³ gestoelde – arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen Kazachstan.

2.2. Samruk is een naar het recht van Kazachstan opgerichte Joint Stock Company (hierna: JSC), waarvan Kazachstan oprichter en enig aandeelhouder is. Samruk is een fonds als bedoeld in de 'Kazakhstan Law on the National Welfare Fund'. Hierin staat onder meer dat de aandelen in Samruk de exclusieve eigendom zijn van Kazachstan en niet kunnen worden vervreemd.

2.3. Samruk houdt aandelen in de Nederlandse vennootschap KMG Kashagan B.V. (hierna: KMGK).

2.4. Bij arbitraal vonnis van 19 december 2013, zoals aangevuld op 17 januari 2014, is Kazachstan veroordeeld tot betaling aan [verweerders] van USD 497.685.101,- en € 802.103,24. Tegen dit vonnis staat geen hoger beroep open. Bij vonnis van 9 december 2016 heeft de bevoegde rechter te Stockholm de vordering van Kazachstan tot vernietiging van het arbitraal vonnis afgewezen. Kazachstan heeft niet aan het arbitraal vonnis voldaan.

2.5. Op 31 augustus 2017 hebben [verweerders] de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam verlov gevraagd om ten laste van Kazachstan en Samruk conservatoir beslag te leggen op onder meer de aandelen van Samruk in KMGK. In het beslagrekest is betoogd dat Samruk een onderdeel is van Kazachstan.

2.6. Bij beschikking van 8 september 2017 heeft de voorzieningenrechter het verlov verleend, met begroting van de vorderingen van [verweerders] (met inbegrip van rente en kos-

ten) op USD 557.656.650,- en € 992.520,-.⁴ [verweerders] hebben op 14 september 2017 ten laste van Samruk conservatoir beslag gelegd op al haar aandelen in KMGK.

2.7. [verweerders] hebben bij het hof Amsterdam een mede tegen Samruk gericht verzoekschrift ingediend tot erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis. Bij beschikking van 6 november 2018⁵ heeft het hof onder meer overwogen dat de behandeling van het verzoek enige tijd wordt aangehouden in afwachting van een uitspraak van het Engelse High Court of Justice waarin moet worden beslist op het Engelse exequaturverzoek van [verweerders]

2.8. Samruk heeft op 24 november 2017 [verweerders] in kort geding gedagvaard voor de rechtbank Amsterdam en opheffing van het conservatoir beslag gevorderd. Daaraan heeft Samruk ten grondslag gelegd dat [verweerders] geen vorderingen hebben op Samruk, maar alleen op Kazachstan, en dat geen grond bestaat om Samruk met Kazachstan te vereenzelvigen. [verweerders] hebben verweer gevoerd.

2.9. Bij vonnis van 5 januari 2018 heeft de voorzieningenrechter de gevraagde voorziening geweigerd.⁶ Daartoe heeft de voorzieningenrechter, kort samengevat, overwogen dat het vennootschappelijk doel van Samruk geheel ondergeschikt is aan het nationaal belang van Kazachstan, zoals dat politiek wordt bepaald, dat Kazachstan haar enige aandeelhouder is en blijft, en dat het bestuur van Samruk wordt gecontroleerd door (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan. Samruk mist feitelijk-economisch zelfstandigheid, in die zin dat Samruk zich tegenover Kazachstan niet op haar juridische zelfstandigheid kan beroepen om een eigen, van dat van (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan afwijkend, beleid te voeren. Aangenomen moet worden dat Samruk door Kazachstan is opgericht met (tenminste mede) als doel om haar vermogen buiten de greep van schuldeisers van Kazachstan te houden (rov. 4.7). Voorshands is aannemelijk dat Samruk misbruik maakt van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [verweerders] op haar juridische zelfstandigheid te beroepen (rov. 4.9). Een belangenafweging leidt evenmin tot toewijzing van de vordering (rov. 4.11).

2.10. Samruk is van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het hof Amsterdam. Kazachstan heeft gevorderd dat zij als gevoegde partij aan de zijde van Samruk wordt toegelaten in de procedure in hoger beroep. Bij tussenarrest van 5 juni 2018 heeft het hof de voeging van Kazachstan toegestaan.⁷

2.11. Bij arrest van 7 mei 2019 heeft het hof het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd. Daartoe heeft het hof, voor zover in cassatie van belang en kort samengevat, het volgende overwogen. De vraag onder welke voorwaarden opheffing van het conservatoir beslag kan worden gevorderd wordt beheerst door het Nederlandse recht (als *lex fori*) (rov. 3.5). Het beroep van Samruk op immuniteit van jurisdictie faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat de voorzieningenrechter niet heeft overwogen dat Kazachstan misbruik van recht heeft gemaakt door Samruk op te richten, maar dat (voorshands aannemelijk is dat) Samruk misbruik maakt van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [verweerders] op haar juridische zelfstandigheid te beroepen. Uit de aard van deze handeling van Samruk kan niet worden afge-

2 Zie rov. 3.1 van het bestreden arrest van het hof Amsterdam van 7 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1566, JOR 2019/242, m.nt. C.G. van der Plas.

3 Verdrag inzake het Energiehandvest, gesloten op 17 december 1994 te Lissabon, Trb. 1995, 108 (Engelse en Franse authentieke teksten) en Trb. 1995, 20 (Nederlandse vertaling).

4 Zie voor de (gemotiveerde) beschikking van de voorzieningenrechter productie 3 bij de inleidende dagvaarding van Samruk.

5 ECLI:NL:GHAMS:2018:4155.

6 ECLI:NL:RBAMS:2018:795.

7 ECLI:NL:GHAMS:2018:1876.

leid dat zij daarbij een typische overheidstaak uitoefende, wel dat dit (dus) de uitoefening van een commerciële activiteit betrof die overigens in overeenstemming was met het doel waarvoor Samruk volgens haar eigen stellingen is opgericht (rov. 3.6). Het beroep van Samruk op immuniteit van executie, gedaan uitsluitend voor het geval dat Samruk met Kazachstan wordt vereenzelvigd, mist feitelijke grondslag, omdat de voorzieningenrechter Samruk en Kazachstan niet heeft vereenzelvigd. Ten overvloede oordeelt het hof dat het beroep op immuniteit van executie faalt, ook indien (veronderstellenderwijs) ervan wordt uitgegaan dat Samruk en Kazachstan moeten worden vereenzelvigd. Eigendommen van vreemde staten zijn niet vatbaar voor beslag en executie tenzij en voor zover is vastgesteld dat deze een bestemming hebben die daarmee niet onverenigbaar is, waarbij het steeds de schuldeiser is die gegevens moet aandragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat de goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn bestemd voor, kort gezegd, andere dan publieke doeleinden (vgl. HR 20 september 2016, NJ 2017/190). [verweerders] moeten aannemelijk maken dat niet de uiteindelijke, maar de onmiddellijke bestemming van de goederen (hier: de aandelen van Samruk in KMGK) een andere dan publieke bestemming is. [verweerders] hebben dat, mede gelet op wat Samruk en Kazachstan zelf hebben gesteld omtrent het commerciële doel van Samruk, in voldoende mate gedaan (rov. 3.7).

2.12. Het hof heeft verder overwogen dat partijen het erover eens zijn dat Samruk een zelfstandige rechtspersoon is en dat uitsluitend Kazachstan de schuldenaar van [verweerders] is, zodat het beslag dat ten laste van Samruk is gelegd in beginsel onrechtmatig is en in beginsel moet worden opgeheven (art. 705 lid 2 Rv). Cruciaal is of er (voldoende) grond bestaat om van deze hoofdregel af te wijken (rov. 3.8). Partijen zijn het erover eens dat de vraag of de omstandigheid dat Samruk een juridisch zelfstandige entiteit is tot opheffing van het beslag dient te leiden, wordt beheerst door het recht van Kazachstan. Voorshands is voldoende aannemelijk dat ook naar het recht van Kazachstan uitgangspunt is dat een rechtspersoon in beginsel niet aansprakelijk is voor vorderingen op haar aandeelhouders en/of bestuurders, en omgekeerd. Een beperking op de hoofdregel is te vinden in art. 8 Civil Code of the Republic of Kazakhstan (hierna: Civil Code). Volgens Samruk kan aan de hand van art. 8 Civil Code, als het gaat om een JSC, geen uitzondering worden gemaakt op het (in art. 44.2 Civil Code en art. 3 JSC Wet opgenomen) algemene uitgangspunt dat de rechtspersoon niet aansprakelijk is voor de verplichtingen van zijn oprichter of diens aandeelhouders en/of bestuurders, nog daargelaten dat art. 8 Civil Code niet als grondslag voor aansprakelijkheid kan fungeren. [verweerders] hebben deze uitleg van het recht van Kazachstan gemotiveerd betwist. In het licht daarvan heeft Samruk, op wier weg dit in beginsel lag, voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt dat naar het recht van Kazachstan die uitzondering op de hoofdregel in dit geval (bij Samruk als JSC) niet opgaat. Het hof gaat in kort geding uit van de mogelijkheid dat naar het recht van Kazachstan misbruik van recht grond kan vormen voor het maken van een uitzondering op de hoofdregel dat een rechtspersoon (Samruk) niet aansprakelijk is voor vorderingen op haar aandeelhouders en/of bestuurders (Kazachstan) (rov. 3.9).

2.13. Het hof heeft verder overwogen dat Samruk de juistheid van de in rov. 4.6 van het vonnis van de voorzieningenrechter genoemde feiten en omstandigheden op zichzelf niet betwist, behoudens het bij het tweede gedachtstreepje genoemde feit. Het is weliswaar juist dat Kazachstan Samruk niet bestuurt,

maar zij heeft Samruk opgericht en heeft als enig aandeelhouder via de Board of Directors en via de Management Board bepalende invloed op het beleid van Samruk, zodat zij ook de eindcontrole uitoefent over het vermogen van Samruk en de besteding daarvan. Het hof onderschrijft de door de voorzieningenrechter (in rov. 4.7) gevolgde redenering en de daaraan verbonden conclusie dat Samruk in haar verhouding tot Kazachstan feitelijk-economisch zelfstandigheid mist, in die zin dat Samruk zich tegenover Kazachstan niet op haar juridische zelfstandigheid kan beroepen om een eigen, van dat van (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan afwijkend, beleid te voeren, en maakt die tot de zijne. Het hof voegt nog toe dat Samruk, wat er zij van het (formele) doel van oprichting van deze vennootschap, materieel in elk geval fungeert als middel om substantieel vermogen van Kazachstan buiten de greep van schuldeisers te houden doordat zij aandelen houdt in een aantal belangrijke Kazachse staatsdeelnemingen die, als zij zich jegens een schuldeiser van Kazachstan op haar juridische zelfstandigheid mag beroepen, niet voor verhaal door die schuldeiser vatbaar zijn, hoewel Kazachstan onder meer de eindcontrole uitoefent over het vermogen van Samruk en de besteding ervan (rov. 3.10). Voorshands is aannemelijk dat Samruk misbruik maakt – in de zin van art. 8 Civil Code – van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [verweerders] op haar juridische zelfstandigheid te beroepen (rov. 3.11), waarmee vast staat dat ook het vermogen van Samruk, hoewel geen schuldenaar van [verweerders] zijnde, in beginsel vatbaar is voor verhaal door [verweerders] (rov. 3.12). Het hof heeft de vraag of het beslag moet worden opgeheven omdat het misbruik van bevoegdheid oplevert, ontkenkend beantwoord en daarbij alle (relevante) belangen van partijen (volledig) tegen elkaar afgewogen (rov. 3.13).

2.14. Kazachstan heeft (tijdig⁸) cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. [verweerders] hebben geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen toelichten. Kazachstan heeft gerepliceerd. [verweerders] hebben van dupliek afgezien.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Het cassatiemiddel is opgebouwd uit drie onderdelen, die zijn onderverdeeld in diverse subonderdelen. *Onderdeel 1* keert zich tegen het oordeel van het hof in rov. 3.6 over het beroep van Samruk op immuniteit van jurisdictie. *Onderdeel 2* bestrijdt het oordeel van het hof in rov. 3.7 over Samruks beroep op immuniteit van executie. *Onderdeel 3* richt klachten tegen rov. 3.8-3.12, waarin het hof een ontkenkend antwoord heeft gegeven op de in hoger beroep aan de orde zijnde primaire kernvraag of het beslag moet worden opgeheven omdat het op zichzelf onrechtmatig is nu het niet is gelegd op een goed van de schuldenaar (Kazachstan), maar op een goed van een derde (Samruk).

3.2. *Onderdeel 1* valt uiteen in drie subonderdelen (onder a t/m c) en is gericht tegen rov. 3.6, waarin het hof heeft geoordeeld over Samruks beroep op immuniteit van jurisdictie in grief 13 van haar memorie van grieven.

3.3. *Onderdeel 1a* richt een motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof dat het betoog van Samruk feitelijke grondslag mist. Het onderdeel stelt dat het hof is uitgegaan van een onbegrijpelijke lezing van rov. 4.7 en 4.9 van het vonnis van de

8 De procesinleiding in cassatie is op 2 juli 2019 ingediend (art. 339 lid 2 jo. art. 402 lid 2 Rv).

voorzieningenrechter en de door Samruk aangevoerde grief 13 met betrekking tot immuniteit van jurisdictie (memorie van grieven Samruk onder nr. 147-148). Het onderdeel betoogt dat de voorzieningenrechter heeft overwogen dat Kazachstan Samruk heeft opgericht met als doel om haar vermogen buiten de greep van schuldeisers van Kazachstan te houden (rov. 4.7), welke overweging dragend is voor het oordeel dat Samruk misbruik maakt van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [verweerders] op haar juridische zelfstandigheid te beroepen (rov. 4.9). Tegen deze dragende overweging heeft Samruk de grief aangevoerd dat de voorzieningenrechter over de oprichting van Samruk geen oordeel mocht vellen, omdat ten aanzien van die oprichting immuniteit van jurisdictie geldt. Kazachstan heeft ter ondersteuning van dit betoog (in zijn memorie na voeging onder nr. 107) aangevoerd dat de vraag of sprake is van immuniteit van jurisdictie betrekking heeft op de wijze waarop Kazachstan Samruk heeft opgericht én ingericht, aldus het onderdeel.

3.4. *Onderdeel 1b* klaagt (onder meer) dat de overweging van het hof dat sprake is van immuniteit van jurisdictie omdat het beroep door Samruk op haar juridische zelfstandigheid als een commerciële activiteit kwalificeert, geen voldoende gemotiveerde weerlegging van grief 13 vormt, nu deze grief niet ziet op het handelen van Samruk, maar op het door de voorzieningenrechter beoordeelde handelen van Kazachstan (de oprichting en inrichting van Samruk (bij wet) en met (ten minste mede) als doel de benadeling van schuldeisers).

3.5. De beide onderdelen kunnen gezamenlijk worden besproken. In de memorie van grieven heeft Samruk onder meer het volgende gesteld ter onderbouwing van haar grief met betrekking tot immuniteit van jurisdictie:

'Grief 13: immuniteit van jurisdictie

147. De Voorzieningenrechter oordeelde in eerste aanleg in essentie dat Kazachstan misbruik van recht heeft gemaakt door Samruk Holding en Kazyna, althans Samruk, op te richten. Kazachstan zou Samruk volgens de Voorzieningenrechter (tenminste mede) hebben opgericht om zijn schuldeisers te benadelen. Hiervoor is al toegelicht dat dit oordeel zowel feitelijk als juridisch onjuist is. Daar komt bij dat de Voorzieningenrechter de rechtmatigheid van voornoemde handelingen in het geheel niet had mogen onderzoeken. Het gaat hier immers over een overheidshandeling van een soevereine staat in zijn interne bestel op zijn eigen territorium. De oprichting van voornoemde entiteiten heeft immers een wettelijke basis [verwijzing in voetnoot naar Kazachse wetgeving, A-G] en met voornoemde entiteiten wordt een publiek doel gediend. Aldus mag niet worden beoordeeld of de oprichting van Samruk door Kazachstan in Kazachstan conform het recht van Kazachstan (in algemene zin) misbruik van recht oplevert.

3.6. Kazachstan heeft het standpunt van Samruk ondersteund en daarover in haar memorie na voeging (nr. 107-108) onder meer het volgende opgemerkt:

'In de onderhavige zaak gaat het om de immuniteit van jurisdictie van de Republiek met betrekking tot de vraag of de wijze waarop de Republiek Samruk heeft opgericht en ingericht misbruik behelst. De beantwoording van deze vraag is niet voorbehouden aan de Nederlandse rechter, aangezien de oprichting van een rechtspersoon waarin door de Republiek Kazachse staatsdeelnemingen worden ondergebracht een soevereine handeling van de Kazachse Staat betreft. Ten aanzien van immuniteit van jurisdictie geldt een presumpctie van immuniteit waarbij het aan de beslaglegger is om te stellen en aan te tonen dat sprake is van een uitzondering op de hoofdregel van immuniteit van jurisdictie. De beslaglegger, in casu

[verweerder 1], heeft niet gesteld laat staan bewezen dat er sprake is van een uitzondering op deze hoofdregel van immuniteit van jurisdictie.

Ten overvloede wijst de Republiek erop dat de oprichting van Samruk een typische overheidshandeling is, een zogenoemde "acta iure imperii" en niet een handeling waarmee de Republiek op voet van gelijkheid deelneemt met particulieren aan het economisch verkeer (een "acta iure gestionis"). Het is immers voorbehouden aan de Kazachse overheid om een SWF als Samruk Holding en Kazyna Fund op te richten en die fondsen te fuseren tot Samruk. De toelichting op art. 5 van het VN-Verdrag bevestigt dat dergelijke handelingen onder de immuniteit van jurisdictie vallen: "There is common agreement that for acts performed in the exercise of the prerogatives of the la puissance publique or "sovereign authority of the State", there is undisputed immunity."

3.7. Hoewel Samruk in de eerste volzin van de hierboven opgenomen passage uit nr. 147 van de memorie van grieven de essentie van het oordeel van de voorzieningenrechter ten onrechte heeft aangemerkt als misbruik van recht door Kazachstan, blijkt uit hetgeen zij vervolgens heeft aangevoerd onmiskenbaar dat de grief is gericht tegen de overweging van de voorzieningenrechter in rov. 4.7 dat aangenomen moet worden dat Samruk door Kazachstan is opgericht met (ten minste mede) het doel om haar vermogen buiten de greep van schuldeisers van Kazachstan te houden. Hiervan uitgaande is het onbegrijpelijk dat het hof de grief primair heeft verworpen vanwege een gebrek aan feitelijke grondslag in het vonnis van de voorzieningenrechter. Voorts laat het gestelde in de memorie van grieven geen andere conclusie toe dan dat het (door Kazachstan ondersteunde) beroep van Samruk op immuniteit van jurisdictie betrekking heeft op het overheidshandelen van Kazachstan (te weten de oprichting van Samruk) en niet op het handelen van Samruk zelf. Het hof heeft dit betoog miskend door te oordelen dat de handeling van Samruk (het beroep op haar juridische zelfstandigheid jegens [verweerders]) naar haar aard niet de uitoefening van een typische overheidshandeling betreft, maar de uitoefening van een commerciële activiteit. Dit oordeel kan de verwerving van grief 13 niet dragen, zodat de motiveringsklachten van de onderdelen 1a en 1b op zichzelf terecht zijn voorgedragen.

3.8. Het slagen van de klachten kan echter bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden, hetgeen ik in het vervolg uiteen zal zetten.

3.9. Het aan staten toekomende recht op immuniteit van jurisdictie met betrekking tot het typisch publieke handelen van staten ("acta iure imperii") behoort tot het internationaal gewoonterecht.⁹ Het recht op immuniteit van jurisdictie van staten is tevens opgenomen in de (op dit geschil niet van toepassing zijnde) Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten (Trb. 1973, 43; hierna: Europese Overeenkomst) en het nog niet in werking getreden en nog niet door Nederland geratificeerde Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen (Trb. 2010, 272; hierna: VN-Verdrag).¹⁰ Immuniteit van jurisdictie houdt in dat nationale gerechten geen

9 Zie IGH 3 februari 2012, ICJ Rep. 2012 (Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy; Greece Intervening)), paragraaf 56.

10 Zie HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3054, NJ 2019/137, m.nt. A.I.M. van Mierlo, JBPR 2018/17, m.nt. S.S. Leinders, JOR 2018/59, m.nt. C.G. van der Plas, JIN 2018/15, m.nt. M. Teekens, rov. 3.4.2.

rechtsmacht kunnen uitoefenen in een geding tegen een vreemde staat (vgl. art. 5 en 6 lid 1 VN-Verdrag).¹¹ Een beroep op immuniteit van jurisdictie betreft derhalve het verweer dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft om kennis te nemen van een geschil, welk verweer op grond van art. 11 Rv tijdig (vóór alle weren ten gronde) moet worden gevoerd.¹²

3.10. Uit de hierboven geciteerde passages uit de memorie van grieven en de memorie na voeging volgt dat het door Samruk en Kazachstan (overigens eerst in hoger beroep gedane) beroep op immuniteit van jurisdictie niet is gedaan om de jurisdictie van de Nederlandse rechter aan te vechten om kennis te nemen van de onderhavige vordering tot opheffing van het beslag. Die vordering is namelijk door Samruk zelf ingesteld en is door Kazachstan, die zich in de procedure heeft gevoegd aan de zijde van Samruk, ondersteund. Daarmee hebben zij zich onderworpen aan de rechtsmacht van de Nederlandse rechter (vgl. art. 1 lid 1 Europese Overeenkomst en art. 8 VN-Verdrag). De strekking van het betoog van Samruk en Kazachstan is echter dat de Nederlandse rechter in het kader van de beoordeling van de vordering van Samruk en het verweer daartegen, niet bevoegd is de *rechtmatigheid* van de oprichting van Samruk door Kazachstan te onderzoeken, omdat dit betreft een soevereine overheidshandeling van Kazachstan volgens haar eigen wetgeving en op haar eigen territorium. Het betoog impliceert dat de Nederlandse rechter moet uitgaan van de rechtmatigheid van die oprichting, althans deze handeling van de soevereine staat Kazachstan dient te respecteren. Dit betoog vertoont verwantschap met een beroep op immuniteit van jurisdictie, maar betreft in feite – zoals ook [verweerders] menen¹³ – een beroep op de ‘act-of-state-doctrine’.¹⁴

3.11. De in de Verenigde Staten van Amerika¹⁵ en het Verenigd Koninkrijk¹⁶ toegepaste act-of-state-doctrine houdt in dat de nationale rechter (in beginsel) geen oordeel mag uitspreken over de rechtmatigheid en geldigheid van overheidshandelingen (*acta iure imperii*) van erkende vreemde staten verricht op het territorium van die vreemde staat. De doctrine, die niet zo zeer voortvloeit uit respect voor de soevereiniteit van andere staten maar vooral uit het beginsel van machtenscheiding op het terrein van buitenlandse zaken, heeft tot gevolg dat overheidshandelingen van vreemde staten verricht op hun eigen territorium moeten worden gerespecteerd.¹⁷ Het verschil tussen het leerstuk van immuniteit van jurisdictie en

de act-of-state-doctrine is dat het eerste leerstuk procesrechtelijk van aard is (met eventueel als consequentie dat de rechter onbevoegd is om van het geschil kennis te nemen), terwijl het tweede leerstuk betrekking heeft op de materiële beoordeling van het geschil (de rechter moet bij die beoordeling uitgaan van de rechtmatigheid en geldigheid van een handeling van een vreemde staat).¹⁸ Anders dan bij immuniteit dwingt het internationale (gewoonte)recht niet tot toepassing van de act-of-state-doctrine. Iedere staat heeft de bevoegdheid om zelf te bepalen welke rechtsgevolgen hij in zijn rechtsgebied toekent aan overheidshandelingen van vreemde mogendheden.¹⁹ In 1969 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er geen volkenrechtelijke regel bestaat die de Nederlandse rechter verbiedt te oordelen of een door een staat verrichte onteigening (‘naasting’) al dan niet in strijd zou zijn met het volkenrecht.²⁰

3.12. Uit het voorgaande volgt mijns inziens dat het door Samruk en Kazachstan in hoger beroep gevoerde betoog dat de Nederlandse rechter niet bevoegd is de rechtmatigheid van de oprichting van Samruk door Kazachstan te onderzoeken, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Bij deze stand van zaken heeft Kazachstan geen belang bij vernietiging van het oordeel van het hof ten aanzien van het beroep op immuniteit van jurisdictie. De overige klachten van onderdeel 1 behoeven daarom geen bespreking meer.

3.13. *Onderdeel 2* bestaat uit vier subonderdelen (onder a t/m d) en is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.7 over Samruks beroep op immuniteit van executie in grief 14 van de memorie van grieven.

3.14. *Onderdeel 2a* is gericht tegen het oordeel in rov. 3.7 dat het betoog van Samruk, dat uitsluitend is gevoerd voor het geval Samruk met Kazachstan wordt vereenzelvigd, feitelijke grondslag mist, omdat de voorzieningenrechter Samruk en Kazachstan niet heeft vereenzelvigd. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel onbegrijpelijk is, omdat Samruk haar beroep op immuniteit van executie niet heeft willen beperken tot het geval dat sprake is van vereenzelviging tussen Samruk en Kazachstan, maar ook geldt in alle andere gevallen dat het vermogen van Samruk, hoewel zij geen schuldenaar van [verweerders] is, in beginsel vatbaar is voor verhaal door [verweerders]

3.15. De voorzieningenrechter heeft in rov. 4.9 van het vonnis van 5 januari 2018 overwogen dat voorshands aannemelijk is dat Samruk misbruik maakt (in de zin van art. 8 Civil Code) van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [verweerders] op haar juridische zelfstandigheid te beroepen. Het hof heeft zich in rov. 3.11 – in cassatie onbestreden – bij het oordeel van de voorzieningenrechter aangesloten. Samruk heeft een beroep op immuniteit van executie gedaan, voor zover sprake is van vereenzelviging van Samruk met Kazachstan.²¹ Het hof heeft in rov. 3.7 en 3.11 onbestreden overwo-

11 Vgl. ook het IGH in het hiervoor genoemde *Jurisdictional Immunities of the State*-arrest, paragraaf 113: ‘The rules of customary international law governing (...) jurisdictional immunity (understood *stricto sensu* as the right of a State not to be the subject of judicial proceedings in the courts of another State) (...)’

12 Zie HR 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:732, NJ 2019/354, m.nt. Th.M. de Boer, rov. 4.1.4.

13 Zie schriftelijke toelichting van [verweerders] onder nr. 28-29 en 31.

14 Zie ook C.G. van der Plas in haar noot bij het bestreden arrest in JOR 2019/242, onder nr. 3.

15 Zie U.S. Supreme Court, *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250 (1897); U.S. Supreme Court, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964).

16 Zie UK Supreme Court, *Rahmatullah (Respondent) v Ministry of Defence and another (Appellants)* [2017] UKSC 1 and [2017] UKSC 3.

17 Zie hierover uitgebreid C. Flinterman, *The Act of State doctrine*, diss. Leiden, 1981; P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, 2008, p. 78-81; Rosanne van Alebeek, in: Nathalie Horbach, René Lefeber, Olivier Ribbelink (red.) *Handboek Internationaal*

recht, 2007, p. 236-237; C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR* (diss. Nijmegen), 2005, p. 363 e.v.

18 Zie voor een uitvoerige vergelijking tussen het leerstuk van de staatsimmuniteit en de act-of-state-doctrine Hazel Fox & Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 2013, p. 50-74.

19 Zie o.a. A. Nollkaemper, Kern van het internationaal publiekrecht, 2019, nr. 342-343; N.J. Schrijver, *Internationaal publiekrecht als wereldrecht. Een inleiding*, 2018, p. 100-101; Kooijmans, a.w., p. 80.

20 Zie HR 17 oktober 1969, ECLI:NL:HR:1969:AB5108, NJ 1970/428, m.nt. H.F. van Panhuys; zie ook Van der Plas, diss., p. 511.

21 Zie de toelichting op grief 14, nr. 149: ‘(...) bestaat er geen enkele grond, feitelijk of juridisch, voor de vereenzelviging van Samruk met

gen dat van vereenzelviging geen sprake is, zodat het betoog van Samruk en daarmee grief 14 feitelijke grondslag mist. Ik merk nog op dat de uitleg van grieven door de appelrechter slechts in cassatie op begrijpelijkheid kan worden getoetst.²² Het oordeel van het hof kan de verwerping van grief 14 zelfstandig dragen, zodat onderdeel 2a faalt.

3.16. Bij deze stand van zaken heeft Kazachstan geen belang bij de bespreking van de *onderdelen 2b-2d*, die zijn gericht tegen het ten overvloede gegeven oordeel van het hof over immuniteit van executie. Samruk kan immers niet worden vereenzelvigd met Kazachstan, zodat aan haar geen beroep toekomt op de immuniteit van executie van Kazachstan (vgl. art. 2 lid 1 onder b (iii) van het VN-Verdrag). De onderdelen 2b-2d stellen de kwestie aan de orde of voor een beroep op immuniteit van executie de *onmiddellijke* bestemming van de goederen beslissend is. Deze kwestie is voor de praktijk van belang, zodat het voor de rechtsontwikkeling wenselijk is dat de Hoge Raad daarover zijn licht laat schijnen. Ik merk hierover het volgende op.

3.17. De onderdelen 2b-2d komen, kort gezegd, op het volgende neer. *Onderdeel 2b* betoogt dat het bij de beoordeling of sprake is van immuniteit van executie niet gaat om de onmiddellijke, maar om de uiteindelijke bestemming van de goederen waarop beslag is gelegd, althans dat het er in ieder geval niet om gaat wat de onmiddellijke bestemming van die goederen is. *Onderdeel 2c* klaagt dat onbegrijpelijk is het oordeel van het hof dat Samruk een commercieel doel heeft, omdat uit de door het hof in rov. 3.7 veronderstellenderwijs aangenomen vereenzelviging van Samruk en Kazachstan reeds voortvloeit dat Samruk een publiek doel heeft als onderdeel van Kazachstan. Deze veronderstellenderwijs aangenomen vereenzelviging onderstreept dat de opbrengsten van de aandelen die Samruk houdt in KMGK rechtstreeks in de staatskas vloeien en dus een publieke bestemming hebben, althans in ieder geval als mixed funds hebben te gelden (waarvoor immuniteit voortvloeit voor het geheel). *Onderdeel 2d* bouwt op het voorgaande voort en betoogt dat het (uiteindelijke) doel van Samruk is het vergroten van de nationale welvaart van het land Kazachstan en dat de opbrengsten van de aandelen van Samruk in KMGK ten goede komen aan de staatskas. Volgens het onderdeel is onbegrijpelijk dat het hof heeft aangenomen dat het doel van Samruk commercieel (althans niet-publiek) is, omdat Samruk een publiek belang behartigt met haar investeringen en sprake is van een publieke bestemming van de (opbrengsten van de) aandelen van Samruk in KMGK nu deze ten goede komen aan de staatskas.

3.18. Het is vaste rechtspraak dat naar de thans in Nederland als ongeschreven volkenrecht aanvaarde regels de immuniteit van executie van vreemde staten niet absoluut is en dat staats-eigendommen met een publieke bestemming in elk geval niet vatbaar zijn voor gedwongen executie.²³ Het is niet vereist dat

de staats-eigendommen daadwerkelijk worden gebruikt voor publieke doeleinden.²⁴ De Hoge Raad heeft in de zogenoemde 'herfstarresten' uit 2016²⁵ aansluiting gezocht bij art. 19 VN-Verdrag, dat naar zijn oordeel (grotendeels²⁶) kan worden aangemerkt als een vastlegging van internationaal gewoonterecht. Als uitgangspunt heeft te gelden dat conservatoire en executoriale maatregelen met betrekking tot eigendommen van vreemde staten zijn uitgesloten, tenzij en voor zover sprake is van een geval als bedoeld in art. 19 onderdeel a-c VN-Verdrag. Dit betekent kort gezegd dat eigendommen van een vreemde staat niet vatbaar zijn voor beslag en executie, tenzij (a) de staat daarmee heeft ingestemd, (b) de staat de eigendommen heeft aangewezen of gereserveerd ter voldoening van de vordering of (c) vastgesteld is dat de eigendommen in het bijzonder worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik door de staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden.

3.19. In lijn met art. 19, onderdeel c, VN-Verdrag heeft de Hoge Raad voorts tot uitgangspunt genomen dat staats-eigendommen niet kunnen worden uitgewonnen, tenzij en voor zover is vastgesteld dat deze een *bestemming* hebben die daarmee niet onverenigbaar is. Volgens de Hoge Raad strookt dit uitgangspunt met de op het respecteren van de soevereiniteit van vreemde staten gerichte strekking van de immuniteit van executie. Daarbij past ook dat vreemde staten niet gehouden zijn om gegevens aan te dragen waaruit volgt dat hun eigendommen een bestemming hebben die zich tegen beslag en executie verzet en dat de stelplicht en de bewijslast met betrekking tot de vatbaarheid voor beslag en executie rusten op de schuldeiser. Het is aan de schuldeiser om gegevens aan te dragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat de goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn bestemd voor, kort gezegd, andere dan publieke doeleinden.²⁷ Voor ieder vermogensbestanddeel zal afzonderlijk moeten worden vastgesteld of dit het geval is.²⁸

3.20. In de literatuur is betoogd dat het voor een schuldeiser in de praktijk een vrijwel onmogelijke opgave is om te bewijzen dat een vermogensbestanddeel van een vreemde staat een andere dan een publieke bestemming heeft, omdat een schuldeiser veelal geen toegang zal hebben tot gegevens waaruit dat blijkt en voor (opbrengsten van) overheids-eigendommen (zoals tegoeden uit schuldvorderingen) in het algemeen zal kunnen worden betoogd dat deze uiteindelijk in de staats-

24 Zie het arrest in de zaak *X/Staat*, reeds aangehaald, rov. 3.6.1.

25 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190, m.nt. Th.M. de Boer, JBPR 2017/6, m.nt. S.S. Leinders, JOR 2016/353, m.nt. C.G. van der Plas, JIN 2016/201, m.nt. M. Teekens (*Morning Star/Gabon*); HR 14 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2016:2371, NJ 2017/192, m.nt. Th.M. de Boer, JBPR 2017/31, m.nt. S.S. Leinders (*N.N./Staat*); HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354, NJ 2017/191, m.nt. Th.M. de Boer, JIN 2016/226, m.nt. E.J.H. Zandbergen (*Staat/Servas*).

26 De Hoge Raad heeft in rov. 3.4.6 van het *Morning Star*-arrest uitdrukkelijk in het midden gelaten of het samenhangvereiste aan het slot van art. 19, onderdeel c, VN-Verdrag dat voorschrijft dat executie maatregelen uitsluitend mogen worden getroffen tegen eigendommen die verband houden met de entiteit waartegen het geding zich richtte, een regel van internationaal gewoonterecht is.

27 Zie het *Morning Star*-arrest, rov. 3.4.8, 3.5.2-3.5.3; het arrest in de zaak *N.N./Staat*, rov. 3.4.2; het arrest in de zaak *Staat/Servas*, rov. 3.4.2.

28 Zie HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3054, NJ 2019/137 m.nt. A.I.M. van Mierlo (*Irak/[...]*), rov. 3.7.2.

Kazachstan, maar als men daar veronderstellenderwijs uitgaat, wordt subsidiair het leerstuk van immuniteit van executie relevant, en nr. 158: 'Voor de goede orde: het verweer van immuniteit van executie wordt uiterst subsidiair gevoerd. Samruk stelt zich primair op het standpunt dat zij niet met Kazachstan kan worden vereenzelvigd'.

22 Zie Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2018/116-118.

23 Zie o.a. HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453, m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.6.1 (*X/Staat*); HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, NJ 2010/525, m.nt. Th.M. de Boer, JBPR 2008/51 m.nt. L.P. Broekveldt (*Azeta/ICR en Staat*), rov. 3.5.

kas vloeien om te worden aangewend voor publieke overheidsdoeleinden.²⁹ Teneinde het bestemmingsvereiste werkbaar te houden is voorgesteld om het bestemmingscriterium aldus in te vullen dat de schuldeiser niet aannemelijk behoeft te maken dat de *uiteindelijke* bestemming niet-publiek is, maar slechts dat de *onmiddellijke* bestemming van het goed of het onmiddellijke gebruik van de opbrengsten daarvan niet-publiek is.³⁰ Dit voorstel heeft bijval gekregen in de literatuur³¹ en navolging in de lagere rechtspraak³², zoals ook door het hof Amsterdam in de onderhavige zaak.

3.21. Voor de beantwoording van de vraag of deze invulling van het bestemmingscriterium kan worden gevolgd, dient te worden gekeken naar art. 19, aanhef en onderdeel c, VN-Verdrag.³³ Het artikel bepaalt, voor zover thans relevant, het volgende:

‘No post-judgment measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that: (...)

c) it has been established that the property *is specifically in use or intended for use* by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum (...).’ (mijn curs., A-G)

In de Nederlandse vertaling:

‘Tegen eigendommen van een staat mogen geen executie-maatregelen worden getroffen zoals beslag, zekerheidsstelling of executie in verband met een geding voor een rechter van een andere staat, tenzij en voor zover:

(...)

c) vastgesteld is dat de eigendommen *in het bijzonder worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik* door de staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden en zich bevinden op het grondgebied van de staat van het forum (...).’ (mijn curs., A-G)

3.22. Uit de toelichting op de Draft Articles van de International Law Commission (ILC) uit 1991, waarop het VN-Verdrag is gebaseerd, blijkt dat met het gebruik van het woordje ‘is’ in art. 19 onderdeel c (‘is specifically in use or intended for use’) is beoogd tot uitdrukking te brengen dat de eigendommen in het bijzonder worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik door de staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden *ten tijde van* het instellen van de procedure tot beslag of executie.³⁴ Het peilmoment voor de vaststelling van de bestemming van een bepaald goed is dus het moment van het (instellen van de procedure voor het) treffen van conservatoire dan wel executoriale maatregelen. Uit de toelichting van de ILC blijkt niet wanneer precies sprake is van een eigendom die in het bijzonder wordt gebruikt of is beoogd voor gebruik voor, kort gezegd, niet-publieke doeleinden. Art. 21 lid 1 VN-Verdrag noemt vijf categorieën van eigendommen die niet kunnen aangemerkt als eigendommen als bedoeld in art. 19, onderdeel c, VN-Verdrag (kort gezegd: eigendommen ten behoeve van diplomatieke vertegenwoordigingen, militaire eigendommen, eigendommen van een centrale bank, cultureel erfgoed, objecten van wetenschappelijk, cultureel of historisch belang). Voor andere categorieën eigendommen is de beoordeling aan de rechter van de forum-staat overgelaten.³⁵

3.23. De rechter behoeft naar mijn mening bij de beoordeling of een eigendom is beoogd voor gebruik voor niet-publieke doeleinden, als bedoeld in art. 19, onderdeel c, VN-Verdrag, niet beslissend te achten wat de uiteindelijke (ultieme) bestemming van een goed is. Het bezwaar, dat ook in de literatuur wordt genoemd, is dat ten aanzien van alle vermogensbestanddelen die een staat gebruikt voor commerciële doeleinden, kan worden betoogd dat de opbrengsten daarvan uiteindelijk in de staatskas vloeien en dus uiteindelijk toch bestemd zijn om te worden aangewend voor publieke overheidsdoeleinden. Indien de uiteindelijke bestemming van een vermogensbestanddeel doorslaggevend is, zal de uitzondering voor eigendommen die worden gebruikt of zijn beoogd voor gebruik voor niet-publieke doeleinden niet meer dan een lege huls blijken. In feite zal dan alsnog sprake zijn van absolute staatsimmunititeit van executie, hetgeen in strijd is met de in het internationale gewoonterecht aanvaarde uitzondering voor eigendommen bestemd voor (kort gezegd) ‘commercial use’. Naast het daadwerkelijke gebruik van de vermogensbestanddelen is het gebruik bepalend dat ten tijde van het instellen van de conservatoire of executoriale maatregelen kenbaar en rechtstreeks is beoogd. Indien een staat eigendommen ten tijde van het beslag of de executie niet rechtstreeks (of in de direct nabije toekomst) nodig heeft voor de uitoefening van haar soevereine taken, vormt de beslaglegging/executie immers geen onevenredige inbreuk op de soevereiniteit van die

29 Zie C.M.J. Ryngaert, Staatsimmunititeit van executie: beslagmogelijkheden voor crediteuren na de herfstarresten van de Hoge Raad (2016), TCR 2017/3, p. 111-118; C.J.M. Ryngaert & A.W. Jongbloed, De beslagrechtelijke immunititeit van vreemde staten na de herfstarresten van de Hoge Raad (2016), BER 2016/159; M.C. van Leyenhorst, Immunititeit van executie: tijd voor een koerswijziging, in: M. van Zanten & S. van der Putten (red.), Compendium beslag- en executie, 2018, p. 773-814; Th.M. de Boer in zijn noot bij de herfstarresten in NJ 2017/192; Fox & Webb, a.w., p. 513.

30 Zie Ryngaert, t.a.p., p. 116 e.v.

31 Zie F.H.J. Mijnsen & A.I.M. van Mierlo, Materieel beslagrecht (Mon. Pr. nr. 10) 2018/1.17; Van Mierlo onder nr. 8 van zijn noot bij HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3054, NJ 2019/137.

32 Zie naast het bestreden arrest ook: Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 19 maart 2019, ECLI:NL:OGHACMB:2019:86, rov. 2.12; Hof Amsterdam 31 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2736, rov. 3.9; Rb. Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11906, rov. 5.36; Rb. Amsterdam 8 september 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7730, rov. 3.6

33 Het Internationaal Gerechtshof heeft zich nog niet uitgelaten over de gewoonterechtelijke status van art. 19, onderdeel c, VN-Verdrag. In de reeds aangehaalde uitspraak inzake *Jurisdictional Immunities of the State* (para. 118) heeft het IGH alleen aanvaard dat voor het leggen van beslag op goederen van vreemde staten is vereist dat de goederen ‘in gebruik’ zijn voor andere dan publieke overheidsdoeleinden (‘the property in question must be in use for an activity not pursuing government non-commercial purposes’).

34 Zie ILC, Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, 1991, art. 18, aant. 11, te raadplegen via https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf&lang=EF: ‘The use of the word ‘is’ in paragraph 1 (c) indicates that the property should be specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes at the time the proceeding for attachment or execution is instituted’. Zie ook Roger O’Keefe & Christian J. Tams (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, A commentary, 2013, art. 19, aant. 3.2.C. onder (ii).

35 Zie ook Enno Ruppert, *State Immunity in Dutch Civil Proceedings*, 2017, p. 202.

staat.³⁶ De in de literatuur voorgestelde en in de lagere rechtspraak toegepaste 'onmiddellijke bestemming' van de goederen biedt naar mijn mening een bruikbaar criterium.³⁷

3.24. Ik wijs erop dat uit het reeds aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 28 juni 2013 (*X/Staat*) zou kunnen worden afgeleid dat immuniteit van executie ook gevallen omvat waarin de vreemde staat het goed 'op enig moment' in gebruik wil nemen voor publieke doeleinden.³⁸ De zinsnede 'op enig moment' impliceert dat ook goederen die (niet onmiddellijk, maar) uiteindelijk bestemd zijn voor overheidsdoeleinden immuun zijn voor executie. Opmerking verdient echter dat deze uitspraak betrekking had op eigendommen als bedoeld in art. 21 VN-Verdrag (een ambassadegebouw, te weten goederen ten behoeve van de diplomatieke dienst), waarvoor in het algemeen immuniteit van executie geldt. Voor andere eigendommen zou een meer liberale lijn kunnen worden overwogen, waarbij de (voldoende) onmiddellijke bestemming van het goed doorslaggevend is, althans dat voor het aannemen van de in art. 19, onderdeel c, VN-Verdrag bedoelde uitzondering de uiteindelijke bestemming van het vermogensbestanddeel niet (zonder meer) bepalend is.

3.25. Indien het voorgaande wordt toegepast op de zaak die thans in cassatie aan de orde is, volgt daaruit dat het hof terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat [verweerders] aannemelijk moeten maken dat de onmiddellijke (niet de uiteindelijke of ultieme) bestemming van de goederen (de aandelen van Samruk in KMGK) een andere dan publieke bestemming is. Evenmin onjuist of onbegrijpelijk is dat het hof bij de beoordeling van de onmiddellijke bestemming van de (opbrengsten van de) aandelen van Samruk in KMGK het onmiddellijke commerciële doel van Samruk heeft betrokken en niet het uiteindelijke doel van Samruk als 'Sovereign Wealth Fund' (verhoging van de welvaart van het land Kazachstan). Als het uiteindelijke doel van een staatsfonds of 'Sovereign Wealth Fund' steeds beslissend zou zijn, zouden de bezittingen van dergelijke entiteiten immers altijd immuun zijn voor executie. Daarmee zou een dergelijk staatsfonds een verdergaande immuniteit genieten dan de staat zelf. Dat kan niet de bedoeling zijn. Beslissend is wat de bestemming is van de vermogensbestanddelen. Indien het staatsfonds (hoofdzakelijk) commerciële activiteiten verricht, kan worden vermoed dat goederen van deze entiteit een commerciële niet-publieke bestemming hebben.³⁹ Of al dan niet commerciële activiteiten worden verricht kan onder omstandigheden worden afgeleid uit het doel van de onderneming, zoals het hof in rov. 3.7 kennelijk heeft gedaan.

3.26. Ik merk nog op dat, anders dan Kazachstan betoogt, uit de door het hof in rov. 3.7 veronderstelde vereenzelviging van

Samruk en Kazachstan niet volgt dat het hof het commerciële doel van Samruk niet mocht betrekken bij zijn oordeel over de bestemming van de opbrengsten van de aandelen van Samruk in KMGK. Het hof is kennelijk ervan uitgegaan dat die opbrengsten, ook in de situatie dat het juridische onderscheid tussen Kazachstan en Samruk moet worden weggedacht, zullen worden aangewend voor commerciële activiteiten overeenkomstig het (directe) commerciële doel van Samruk. Deze veronderstelling is niet onbegrijpelijk. De aanname van Kazachstan dat middelen in de staatskas altijd een publieke bestemming hebben en immuun zijn voor executie, is bovendien onjuist. Hoewel gelden en tegoeden van vreemde staten in het algemeen worden geacht een publieke bestemming te hebben, is beslag en executie wel degelijk mogelijk indien degene die zich daarop wil verhalen, stelt een aannemelijk maakt dat (en in hoeverre) die gelden en tegoeden zijn bestemd voor andere dan publieke doeleinden.⁴⁰

3.27. Uit het voorgaande volgt dat ook de onderdelen 2b-2d falen.

3.28. *Onderdeel 3* bestaat uit vijf subonderdelen (onder a t/m e) en is gericht tegen rov. 3.8 t/m 3.12 van het bestreden arrest, waarin het hof heeft geoordeeld dat naar het recht van Kazachstan misbruik van recht grond kan vormen voor het maken van een uitzondering op de hoofdregel dat een rechtspersoon (Samruk) niet aansprakelijk is voor vorderingen op aandeelhouders en/of bestuurders (Kazachstan) en dat voorshands aannemelijk is dat Samruk naar Kazachs recht misbruik van recht maakt door zich tegenover [verweerders] op haar juridische zelfstandigheid te beroepen.

3.29. *Onderdeel 3a* bevat de klacht dat het hof buiten de rechtsstrijd van partijen is getreden, althans in strijd met art. 24 Rv de feitelijke grondslag van het verweer van [verweerders] heeft aangevuld, omdat het hof – kort gezegd – het door [verweerders] gestelde doel van de oprichting van Samruk door Kazachstan (crediteurenbenadeling) in het midden heeft gelaten (rov. 3.10) en heeft geoordeeld dat van vereenzelviging van Samruk en Kazachstan geen sprake is (rov. 3.7 en 3.11).

3.30. In rov. 3.7 en 3.11 heeft het hof overwogen dat het oordeel van de voorzieningenrechter niet zo begrepen moet worden dat het Samruk en Kazachstan (naar Kazachs recht) heeft vereenzelvigd, maar dat sprake is van misbruik van recht in de zin van art. 8 Civil Code door Samruk. Deze uitleg en kwalificatie van het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Kazachstan in cassatie op zichzelf niet bestreden. Aldus dient in cassatie tot uitgangspunt dat, zoals het hof kennelijk heeft aangenomen, naar Kazachs recht 'vereenzelviging' niet een op misbruik van recht krachtens art. 8 Civil Code gebaseerde vorm van redres is, maar een daarvan te onderscheiden (zelfstandige) grond voor aansprakelijkheid van een rechtspersoon voor vorderingen op haar oprichter en/of aandeelhouder.⁴¹ Uitgaande van die uitleg van het juridische begrip

36 Vgl. J. Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter*, diss. VU, 2001, p. 105.

37 Deze benadering wordt ook in Duitsland gevolgd, zie Bundesverfassungsgericht 13 december 1977 BVerfGE 46, 342 (*Philippine Embassy Bank Account*); Bundesverfassungsgericht 12 april 1983, BVerfGE 64, 1 (*National Iranian Oil Company*). Zie ook Fox & Webb, a.w., p. 513; A.C. Hahn, *State Immunity and Veil Piercing in the Age of Sovereign Wealth Funds*, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW/RSDA)* 2012, p. 115.

38 Zie rov. 3.6.2: 'Aldus bestrijkt immuniteit van executie mede een goed dat is bestemd om (op enig moment) te worden gebruikt in de uitoefening van werkzaamheden van de diplomatieke zending van de buitenlandse staat, maar ten tijde van het treffen van de executie-maatregelen niet daadwerkelijk als zodanig in gebruik is.'

39 Vgl. ook Spiegel, a.w., p. 211.

40 Vgl. het arrest in de zaak *Morning Star/Gabon*, reeds aangehaald, rov. 3.5.5; het arrest in de zaak *Staat/Servas*, reeds aangehaald, rov. 3.5.2; het arrest in de zaak *Azeta/JCR en Staat*, reeds aangehaald, rov. 3.5. In laatstgenoemd arrest heeft de Hoge Raad weliswaar bepaald dat belastingvorderingen van een vreemde staat in het algemeen een publieke bestemming hebben en niet vatbaar zijn voor executie, in die zaak was echter in de feitelijke instanties gesteld noch gebleken dat de opbrengsten van de belastingvordering geheel of gedeeltelijk was bestemd voor andere dan publieke doeleinden.

41 Naar Nederlands recht leidt misbruik maken van het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen (of tussen een natuurlijk persoon en een of meer rechtspersonen) tot een onrechtmatige daad en in de

‘vereenzelviging’ hebben [verweerders] niet (slechts), zoals onderdeel 3a suggereert, aan hun verweer ten grondslag gelegd dat Samruk en Kazachstan moeten worden vereenzelvigd. In hoger beroep hebben [verweerders] tevens verdedigd dat het beroep van Samruk op haar juridische rechtspersoonlijkheid misbruik van recht naar Kazachs recht (art. 8 Civil Code) oplevert en dat Samruk op grond daarvan aansprakelijk is voor verplichtingen van Kazachstan.⁴² Aan het beroep op misbruik van recht in de zin van art. 8 Civil Code hebben zij niet alleen ten grondslag gelegd dat Kazachstan met het onderbrengen van commercieel vermogen in een andere, door haar gecontroleerde entiteit, de *bedoeling* had om vermogen buiten de greep van (potentiële) crediteuren als [verweerders] te houden⁴³, maar ook dat Samruk *daadwerkelijk* wordt aangewend door Kazachstan om vermogen, dat feitelijk-economisch aan Kazachstan toebehoort, buiten de greep van [verweerders] als crediteuren te houden, althans dat dit het resultaat is dat daarmee wordt bereikt.⁴⁴ Het hof heeft dus niet de feitelijke grondslag van het verweer van [verweerders] aangevuld door in het midden te laten wat het doel is geweest van de oprichting van Samruk. Het hof kon zijn misbruikoordeel baseren op de omstandigheid dat (i) Samruk in haar verhouding tot Kazachstan feitelijk-economische zelfstandigheid mist en (ii) Samruk materieel in elk geval (mede) *fungeert als middel* om substantieel vermogen van Kazachstan buiten de greep van schuldeisers te houden. Onderdeel 3a faalt derhalve.

3.31. *Onderdeel 3b* betoogt (onder meer) dat het oordeel geen inzicht biedt in de maatstaf die het hof heeft aangelegd bij de beoordeling of sprake is van misbruik van recht naar Kazachs recht. *Onderdeel 3c* klaagt dat het oordeel van het hof eveneens ontoereikend is gemotiveerd in het licht van het in hoger beroep gevoerde partijdebat over de uitleg van artikel 8 Civil Code, omdat uit de stellingen van beide partijen volgt dat de hierboven in nr. 3.30 onder (i) en (ii) genoemde omstandigheden onvoldoende zijn voor het (voorshands) aannemen van misbruik van recht naar Kazachs recht en dat meer nodig

was, namelijk de bedoeling om met de oprichting van de vennootschap het verhaal van schuldeisers te frustreren.

3.32. Op grond van art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO is cassatie wegens schending van buitenlands recht uitgesloten. In cassatie kan wel worden getoetst of het oordeel van de feitenrechter over het buitenlandse recht in het licht van het partijdebat voldoende toereikend is gemotiveerd.⁴⁵ De feitenrechter mag bij de vaststelling en de uitleg van het buitenlandse recht niet zonder meer voorbijgaan aan de standpunten van partijen. Op grond van art. 25 Rv en art. 10:2 BW moet de rechter het buitenlandse recht ambtshalve toepassen.⁴⁶ Buitenlands recht is recht en geen te bewijzen feit.⁴⁷

3.33. In beginsel geldt ook in kort geding dat de rechter verplicht is het buitenlandse recht ambtshalve toe te passen. Dit geldt in beginsel, omdat in kort geding de eisen van een goede rechtsorde zich daartegen kunnen verzetten, bijvoorbeeld wanneer op (zeer) korte termijn een ordemaatregel moet worden genomen en het praktisch onuitvoerbaar is om binnen redelijke termijn de inhoud van het toepasselijke vreemde recht met de vereiste nauwkeurigheid vast te stellen.⁴⁸ In kort geding mag, gelet op het spoedeisende en voorlopige karakter daarvan, van partijen – in het bijzonder van de eiser – een actievare rol worden verlangd bij het achterhalen van de inhoud van het buitenlandse recht. Deze ruimere informatieplicht van partijen neemt niet weg dat de rechter in zijn uiteindelijke oordeel over het buitenlandse recht niet is gebonden aan hetgeen partijen daarover hebben aangevoerd. In kort geding gelden bovendien minder strenge motiveringseisen, nu het gaat om een voorlopige beoordeling van de juridische positie van partijen. De kortgedingrechter kan het buitenlandse recht met een zekere mate van waarschijnlijkheid vaststellen.⁴⁹

3.34. Het hof heeft in rov. 3.9 tot uitgangspunt genomen dat het in beginsel op de weg van Samruk (als eiseres) lag om voorshands voldoende aannemelijk te maken dat naar het recht van Kazachstan voor Samruk als ‘joint stock company’ de uitzondering van art. 8 Civil Code niet geldt. Het hof heeft overwogen dat Samruk voor deze uitleg van het Kazachse

regel tot een verplichting tot schadevergoeding. Volgens de Hoge Raad kan slechts in uitzonderlijke gevallen van misbruik vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen – waarbij het identiteitsverschil volledig wordt weggedacht – de meest aangewezen vorm van redres zijn. Zie HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Rainbow/Ontvanger*); HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Resort of the World/Maple Leaf*).

42 Zie memorie van antwoord onder nr. 96, 98-102.

43 Zie o.a. de memorie van antwoord onder nrs. 99 en 101; de appelpleitnota van [verweerders] onder nrs. 5 en 15.

44 Zie MvA, nr. 101: ‘Hieruit volgt dat de hierboven beschreven wijze van crediteursbenadeling niet louter *theoretisch* mogelijk is geworden door (de oprichting en) het gebruik door Kazachstan van mari-onetten-entiteit Samruk, maar tevens dat Samruk ook *daadwerkelijk* wordt aangewend door Kazachstan om vermogen, dat feitelijk-economisch aan Kazachstan toebehoort, buiten de greep van [verweerders] als crediteuren te houden.’ Zie voorts de appelpleitnota van [verweerders] onder 15: ‘Door bij uitstek commercieel vermogen onder te brengen in een andere, door haar gecontroleerde entiteit (Samruk), waardoor Kazachstan daarover kan beschikken alsof het haar eigen vermogen is en waar gewenst Samruk ter bescherming van dat vermogen een beroep kan laten (sic) doen op haar juridische zelfstandigheid, wordt per definitie een resultaat bereikt waarmee Kazachstan dat vermogen buiten de greep van haar crediteuren kan houden zonder zelf die greep op dat vermogen te verliezen.’

45 Zie de conclusie van A-G Strikwerda onder 3.13-3.14 vóór HR 17 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0680, NJ 1990/427, m.nt. J.C. Schultsz; Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/124-125; B.T.M. van der Wiel (red.), Cassatie (Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, nr. 20), 2019, nr. 84.

46 Zie o.a. HR 4 juni 1915, ECLI:NL:HR:1915:121, NJ 1915, p. 865; HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1105, NJ 1992/212, m.nt. W.M. Kleijn, rov. 5.2.4; HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8197, NJ 2003/483, m.nt. P. Vlas, rov. 5.3; HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1979, NJ 2011/8, rov. 5.1; HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1522, NJ 2013/235, m.nt. Th. M. de Boer, rov. 3.6; L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht, 2019, nr. 101; Asser/Vonken 10-I 2018/395, 404.

47 Zie HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1522, NJ 2013/235, m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.6.

48 Zie ook Kamerstukken II 2009/10 (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 BW), 32137, 3, p. 10.

49 Zie ook het advies over algemene bepalingen Wet IPR, uitgebracht door de Staatscommissie IPR, 2202, nr. 31, overgenomen in: M.H. ten Wolde e.a., Parl. Gesch. BW Boek 10 2014/II.4.2, nr. 31; Asser/Vonken 10-I 2018/402; X.E. Kramer, Het kort geding in internationaal perspectief, diss. Leiden 2001, p. 321, 323 en 329; C.G. van der Plas, in: P. Vlas en M. Zilinsky (red.), SDU Commentaar Internationaal Privaatrecht (Boek 10 BW), 2020, art. 10:2 BW, aant. C 5.

recht diverse legal opinions in het geding heeft gebracht en dat [verweerders] ter adstructie van de tegenovergestelde uitleg ook verschillende legal opinions hebben overgelegd. Het hof heeft vervolgens overwogen dat Samruk onvoldoende aanneemelijk heeft gemaakt dat naar het recht van Kazachstan de uitzondering van art. 8 Civil Code in dit geval (voor Samruk als JSC) niet geldt en dat het kort geding geen ruimte laat voor een nadere instructie. Het hof is daarom uitgegaan van de mogelijkheid dat naar het recht van Kazachstan misbruik van recht grond kan vormen voor het maken van een uitzondering op de hoofdregel dat een rechtspersoon (Samruk) niet aansprakelijk is voor vorderingen op haar aandeelhouders en/of bestuurders (Kazachstan). Het hof heeft, gelet op het karakter van het onderhavige kort geding tot opheffing van het gelegde beslag op de voet van art. 705 Rv⁵⁰, in rov. 3.5 overwo-

gen: '(...) dat het op de weg ligt van degene die de opheffing vordert, met in achtneming van de beperkingen van de procedure in kort geding aanneemelijk te maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk is of bijvoorbeeld het beslag misbruik van bevoegdheid oplevert, waarbij de rechter in kort geding dient te beslissen aan de hand van een beoordeling van wat door beide partijen naar voren is gebracht en summierlijk met bewijsmateriaal is onderbouwd, welke beoordeling niet kan geschieden los van de in zo'n geval vereiste afweging van de wederzijdse belangen (vgl. onder meer HR 14 juni 1996, NJ 1997/481 en HR 30 juni 2006, NJ 2007/483)'. Tegen deze overweging zijn in cassatie geen klachten gericht. Het hof heeft de juiste maatstaf in het kader van dit opheffingskortgeding gehanteerd en heeft terecht overwogen dat het op de weg van Samruk als eiseres lag om aanneemelijk te maken dat naar het recht van Kazachstan de uitzondering van art. 8 Civil Code niet gold. Vervolgens heeft het hof met een zekere mate van waarschijnlijkheid aangenomen dat het recht van Kazachstan misbruik van recht als uitzondering kent op de hoofdregel dat Samruk niet aansprakelijk is voor vorderingen op haar aandeelhouders en/of bestuurders. Mede in aanmerking genomen dat het in deze zaak een kort geding betreft, is het oordeel over het Kazachse recht niet onbegrijpelijk. Voor het overige stuiten de motiveringsklachten af op art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO, omdat deze klachten niet kunnen worden beoordeeld zonder daarin de juistheid van het oordeel van het hof over de inhoud van het Kazachse recht te betrekken. De onderdelen 3b en 3c falen derhalve.

3.35. *Onderdeel 3d* richt een motiveringsklacht tegen rov. 3.10, voor zover deze overweging – dat wat er ook zij van het (formeel) doel van de oprichting van Samruk, zij materieel in elk geval (mede) fungeert als middel om substantieel vermogen van Kazachstan buiten de greep van schuldeisers te houden – aldus moet worden gelezen dat het hof hiermee heeft bedoeld uit te drukken dat Kazachstan wel een bepaald (onoorbaar) doel heeft gehad met de oprichting.

3.36. Het onderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat het hof niet heeft overwogen dat Kazachstan een bepaald (onoorbaar) doel heeft gehad met de oprichting van Samruk.

3.37. *Onderdeel 3e* komt met motiveringsklachten op tegen de twee argumenten die het hof in rov. 3.10 ten grondslag heeft gelegd aan zijn misbruikoordeel. In rov. 3.10 heeft het hof geoordeeld dat Samruk in haar verhouding tot Kazachstan feite-

lijk-economisch zelfstandigheid mist, in die zin dat Samruk zich tegenover Kazachstan niet kan beroepen op haar juridische zelfstandigheid om een eigen, van dat van Kazachstan afwijkend beleid te voeren. Volgens het onderdeel is dit oordeel ontoereikend gemotiveerd in het licht van de stellingen van Samruk en Kazachstan in hoger beroep, waaruit volgt dat Samruk een zelfstandig doel heeft, in de praktijk ook feitelijk economisch zelfstandig opereert en de invloed van Kazachstan plaatsvindt op een wijze die (zowel in Kazachstan, Nederland, internationaal en goedgekeurd door de OESO) volstrekt gebruikelijk is voor een vennootschap met een grote of enig aandeelhouder. Voortbouwend op deze klacht klaagt het onderdeel nog dat het oordeel van het hof dat Samruk mede fungeert als middel om substantieel vermogen van Kazachstan buiten de greep van schuldeisers te houden, ontoereikend is gemotiveerd.

3.38. Het hof heeft aan zijn oordeel ten grondslag gelegd, onder verwijzing naar de door de voorzieningenrechter in rov. 4.6 vastgestelde feiten en omstandigheden waarvan de juistheid voor het grootste deel door Samruk niet is betwist, dat Kazachstan Samruk heeft opgericht en dat zij als enig aandeelhouder en via de Board of Directors en de Management Board bepalende invloed heeft op het beleid van Samruk, zodat zij ook de eindcontrole uitoefent over het vermogen van Samruk en de besteding daarvan. Anders dan het onderdeel stelt, is het oordeel van het hof daarmee (naar de maatstaven die in kort geding gelden) voldoende gemotiveerd. Gelet op de door het hof genoemde omstandigheden laat het zich immers moeilijk voorstellen dat Samruk een besluit zal kunnen nemen dat strijdig is met de wens van Kazachstan.

3.39. Hieraan doet niet af dat, zoals door het onderdeel naar voren is gebracht, in de door Samruk en Kazachstan opgestelde samenwerkingsovereenkomst en Corporate Governance Code is vastgelegd dat Samruk (operationeel) zelfstandig en onafhankelijk is, dat zij een zelfstandig doel heeft (het verhogen en effectief beheren van de langetermijnwaarde van de door haar gehouden belangen) en Kazachstan geen recht heeft op de vermogensbestanddelen van Samruk. De door Kazachstan genoemde omstandigheid dat 40% van de directeuren van de Board of Directors onafhankelijk is, onderschrijft bovendien dat – zoals [verweerders] hebben gesteld⁵¹ – Samruk wordt bestuurd door een Board of Directors waarvan de meerderheid niet onafhankelijk is van Kazachstan en bestaat uit overheidsfunctionarissen (met de premier van Kazachstan als voorzitter). Klaarblijkelijk en niet onbegrijpelijk ligt deze omstandigheid (mede) ten grondslag aan het oordeel dat Kazachstan (eveneens) via de Board of Directors bepalende invloed uitoefent op het beleid van Samruk. In het midden kan blijven of, zoals het onderdeel stelt, de invloed die Kazachstan kan uitoefenen op het beleid van Samruk gebruikelijk is voor een vennootschap met een grote of enig aandeelhouder. Ook indien ervan uit zou moeten worden gegaan dat die mate van invloed gebruikelijk is, doet dit immers niet af aan het op zichzelf staande oordeel dat Samruk in haar verhouding tot Kazachstan feitelijk economisch zelfstandigheid mist. Daarmee falen de beide motiveringsklachten van onderdeel 3e.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

50 Zie over de maatstaven en beoordeling in het kader van een opheffingskortgeding: Asser Procesrecht/Boonekamp 6 2020/204-207.

51 Zie de memorie van antwoord onder nr. 51-58; de pleitnota van [verweerders] in hoger beroep onder nr. 7c.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van de gedingen in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. het vonnis in de zaak C/13/638381/KG ZA 17-1217 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 5 januari 2018;

b. de arresten in de zaak 200.234.096/01 KG van het gerechtshof Amsterdam van 5 juni 2018 en 7 mei 2019.

Kazachstan en Samruk hebben afzonderlijk tegen het arrest van het hof van 7 mei 2019 beroep in cassatie ingesteld.

[verweerders] hebben verweerschriften tot verwerping ingediend.

De zaken zijn voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor Samruk mede door L. Tolatzis en voor [verweerders] mede door P.E. Emste en D.J. Verheij.

De conclusies van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekken tot verwerping van de cassatieberoepen.

De advocaten van Kazachstan hebben schriftelijk gereageerd op de conclusie in zaak 19/03142. De advocaten van Samruk hebben schriftelijk gereageerd op de conclusie in zaak 19/03144.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerders] hebben meer dan een miljard Amerikaanse dollars geïnvesteerd in (onder meer) olievelden in Kazachstan en menen dat Kazachstan zich deze investeringen onrechtmatig heeft toegeëigend. [verweerders] hebben daarover een arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen Kazachstan.

(ii) Samruk is een naar het recht van Kazachstan opgerichte Joint Stock Company (kapitaalvennootschap), waarvan Kazachstan oprichter en enig aandeelhouder is. Samruk is een fonds als bedoeld in de ‘Kazakhstan Law on the National Welfare Fund’. Hierin staat onder meer dat de aandelen in Samruk de exclusieve eigendom zijn van Kazachstan en niet kunnen worden vervreemd.

(iii) Samruk houdt aandelen in de Nederlandse vennootschap KMG Kashagan B.V. (hierna: KMGK).

(iv) Bij arbitraal vonnis van 19 december 2013, zoals aangevuld op 17 januari 2014, is Kazachstan veroordeeld tot betaling aan [verweerders] van USD 497.685.101,- en € 802.103,24. Tegen dit vonnis staat geen hoger beroep open. Bij vonnis van 9 december 2016 heeft de bevoegde rechter te Stockholm de vordering van Kazachstan tot vernietiging van het arbitraal vonnis afgewezen. Kazachstan heeft niet aan het arbitraal vonnis voldaan.

(v) [verweerders] hebben de voorzieningenrechter verlot gevraagd om ten laste van Kazachstan en Samruk conservatoir beslag te leggen op onder meer de aandelen van Samruk in KMGK. In het beslagrekest is betoogd dat Samruk een onderdeel is van de staat Kazachstan.

(vi) De voorzieningenrechter heeft het verlot verleend, met begroting van de vorderingen van [verweerders] op USD 557.656.650,- en € 992.520,-. [verweerders] hebben op 14 september 2017 ten laste van Samruk conservatoir beslag gelegd op de aandelen van Samruk in KMGK.

2.2. Samruk vordert in dit kort geding opheffing van het conservatoir beslag. Samruk heeft aan deze vordering ten grondslag gelegd dat [verweerders] geen vorderingen hebben op Samruk, maar alleen op Kazachstan en dat er geen gronden zijn om Samruk met Kazachstan te vereenzelvigen.

2.3. De voorzieningenrechter heeft de gevraagde voorziening geweigerd op de grond, kort gezegd, dat Samruk in haar verhouding tot Kazachstan feitelijk-economisch zelfstandigheid mist en dat Samruk misbruik maakt, in de zin van art. 8 van de Civil Code van Kazachstan, van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [verweerders] op haar juridische zelfstandigheid te beroepen (rov. 4.7 en 4.9).⁵²

2.4. Het hof heeft Kazachstan in hoger beroep desgevorderd toegestaan zich op de voet van art. 217 Rv aan de zijde van Samruk te voegen.

2.5. Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd.⁵³ Voor zover in cassatie van belang, heeft het hof het volgende overwogen:

‘3.7. Ten slotte dient als voorvraag te worden beantwoord of Samruk terecht (mede) een beroep doet op immuniteit van executie. Volgens Samruk voert zij dit betoog uitsluitend voor het geval dat Samruk met Kazachstan wordt vereenzelvigd. Aldus gesteld mist dit betoog feitelijke grondslag, omdat de voorzieningenrechter, in wiens overwegingen die opvatting kennelijk door Samruk wordt gelezen, Samruk en Kazachstan niet heeft vereenzelvigd, maar, integendeel, (voorshands) heeft geoordeeld dat Samruk, als afzonderlijke juridische entiteit, misbruik maakt van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [verweerders] op haar juridische zelfstandigheid te beroepen. Daaraan voegt het hof ten overvloede toe dat ook indien (veronderstellenderwijs) ervan wordt uitgegaan dat (de overwegingen van de voorzieningenrechter zo moeten worden begrepen dat) Samruk en Kazachstan moeten worden vereenzelvigd, het hof Samruk niet in haar betoog kan volgen dat zij zich mag beroepen op immuniteit van executie. Daarbij stelt het hof voorop dat uitgangspunt in dit verband dient te zijn dat eigendommen van vreemde staten niet vatbaar zijn voor beslag en executie tenzij en voor zover is vastgesteld dat deze een bestemming hebben die daarmee niet onverenigbaar is, waarbij het steeds de schuldeiser is die gegevens moet aandragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat de goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn bestemd voor, kort gezegd, andere dan publieke doeleinden (vgl. HR 30 september 2016, NJ 2017/190). Daar gelaten of denkbaar is dat, zoals hier, Samruk, en niet Kazachstan, zich langs die weg op immuniteit van executie mag beroepen, zal een dergelijk beroep in dat geval hoe dan ook (mede) als namens Kazachstan gedaan hebben te gelden. Het is volgens het hof dan aan [verweerders] om, kort gezegd, aannemelijk te maken dat niet de uiteindelijke (ultieme), maar de onmiddellijke bestemming van de goederen – hier: de aandelen van Samruk in KMGK – een andere dan publieke bestemming is, reeds omdat een andere uitleg van de in voornoemd uitgangspunt vervatte regels het individuele beslagleggers als [verweerders] de facto onmogelijk maakt hun rechten geldend te maken. [verweerders] hebben dat, mede gelet op wat Samruk en Kazachstan zelf reeds hadden gesteld omtrent het commerciële doel van Samruk (...), in voldoende mate gedaan (...). Een en ander betekent dat ook grief 14 faalt.’

3. Beoordeling van de middelen

3.1.1. Onderdeel 2 van het middel in de zaak met nummer 19/03142 en onderdeel 3 van het middel in de zaak met nummer 19/03144 zijn in de eerste plaats gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.7 dat Samruk het beroep op immuniteit

⁵² Rechtbank Amsterdam 5 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:795.

⁵³ Gerechtshof Amsterdam 7 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1566.

van executie alleen heeft gedaan voor het geval dat Samruk met Kazachstan wordt vereenzelvigd. De onderdelen klagen dat het hof heeft miskend dat grief 14 van Samruk en de toelichting daarop redelijkerwijs niet anders kan worden uitgelegd dan dat het beroep op immuniteit van executie is gedaan voor het geval het hof het oordeel van de voorzieningenrechter onderschrijft dat [verweerders] voor hun vorderingen op Kazachstan verhaal kunnen zoeken op het vermogen van Samruk.

3.1.2. Deze klacht is gegrond. Hetgeen Samruk in grief 14 en de toelichting daarop in haar memorie van grieven heeft aangevoerd, laat geen andere uitleg toe dan dat Samruk een beroep op immuniteit van executie heeft gedaan voor het geval het hof het oordeel van de voorzieningenrechter onderschrijft dat [verweerders] voor hun vorderingen op Kazachstan verhaal kunnen zoeken op het vermogen van Samruk, ongeacht of zij dat kunnen op grond van vereenzelving tussen Kazachstan en Samruk dan wel op grond van misbruik van bevoegdheid van Samruk om zich op haar juridische zelfstandigheid te beroepen. Het oordeel van het hof is derhalve onbegrijpelijk.

3.2.1. Het hof heeft in rov. 3.7 geoordeeld dat, al aangenomen dat Samruk zich op de immuniteit van executie van de staat Kazachstan mag beroepen, een dergelijk beroep dan (mede) heeft te gelden als namens Kazachstan gedaan. Het hof heeft het beroep op immuniteit van executie evenwel in rov. 3.7 verworpen op grond van zijn oordelen (i) dat voor verwerping van het beroep op immuniteit van executie voldoende is dat [verweerders] aannemelijk maken dat de onmiddellijke bestemming van de beslagen goederen (de aandelen van Samruk in KMGK) een andere dan een publieke bestemming is, en (ii) dat [verweerders] dat voldoende aannemelijk hebben gemaakt.

3.2.2. De hiervoor in 3.1.1 genoemde onderdelen bestrijden tevens deze oordelen als onjuist dan wel ontoereikend gemotiveerd. Tegen oordeel (i) voeren de onderdelen aan dat voor de gegrondheid van een beroep op immuniteit van executie beslissend is of de beslagen goederen, geheel of gedeeltelijk, bestemd zijn voor andere dan publieke doeleinden en dat het daarbij niet uitsluitend gaat om de onmiddellijke bestemming van de beslagen goederen.

Met betrekking tot oordeel (ii) doen de onderdelen een beroep op de stellingen van Samruk en Kazachstan dat Samruk een van staatswege opgezette rechtspersoon is, een zogeheten 'Sovereign Wealth Fund', die ten doel heeft de nationale welvaart van Kazachstan te vergroten, dat de opbrengst van haar investeringen dus daarvoor is bestemd, en dat dit ook geldt voor de opbrengsten die zij heeft uit de aandelen in KMGK, die een staatsdeelneming is die zich bezighoudt met de ontwikkeling, het bestuur en de exploitatie van olievelden gelegen in Kazachstans territoriale wateren van de Kaspische Zee. Volgens de onderdelen volgt uit deze stellingen dat de aandelen een publieke bestemming hebben.

3.2.3. Het is in overeenstemming met de – op het respecteren van de soevereiniteit van vreemde staten gerichte – strekking van de immuniteit van executie om tot uitgangspunt te nemen dat eigendommen van vreemde staten niet vatbaar zijn voor beslag en executie tenzij en voor zover is vastgesteld dat deze een bestemming hebben die daarmee niet onverenigbaar is. Dit strookt met art. 19, onderdeel c, VN-Verdrag, dat op dit punt valt aan te merken als een regel van internationaal gewoonterecht. Het past voorts bij deze strekking van de immuniteit van executie dat vreemde staten niet gehouden zijn om gegevens aan te dragen waaruit volgt dat hun eigendommen

een bestemming hebben die zich tegen beslag en executie verzet.

Met het hiervoor overwogene strookt dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de vatbaarheid voor beslag en executie rusten op de schuldeiser die beslag legt of wil leggen op goederen van de vreemde staat en dat, ook indien de vreemde staat in rechte verstek laat gaan, steeds vastgesteld moet worden dat de desbetreffende goederen vatbaar zijn voor beslag. De schuldeiser zal derhalve steeds gegevens moeten aandragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat de goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn bestemd voor, kort gezegd, andere dan publieke doeleinden.⁵⁴

3.2.4. De door het hof gehanteerde eis dat bepalend is of de onmiddellijke bestemming van de beslagen goederen een andere dan een publieke bestemming is, stemt niet overeen met de hiervoor in 3.2.3 weergegeven regels en geeft derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Die regels komen erop neer dat op grond van het volkenrecht voor goederen van een vreemde staat een presumptie van immuniteit van executie geldt, die alleen wijkt indien is vastgesteld dat de desbetreffende goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn beoogd voor andere dan publieke doeleinden, en dat het op de weg ligt van de partij die zich beroept op een uitzondering op de immuniteit van executie, om gegevens aan te dragen aan de hand waarvan dat kan worden vastgesteld.⁵⁵ Uit deze regels volgt dat immuniteit van executie niet is beperkt tot goederen waarvan de onmiddellijke bestemming een publieke is.

3.2.5. Voorts geeft het oordeel van het hof dat de bestemming van de door Samruk gehouden aandelen in KMGK een andere is dan een publieke bestemming, blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is dat oordeel ontoereikend gemotiveerd. In het licht van de omstandigheden die door Samruk en Kazachstan zijn aangevoerd bij de hiervoor in 3.2.2 genoemde stellingen – welke stellingen deels vaststaan (zie hiervoor in 2.1 onder (ii)) en deels door het hof niet zijn verworpen en waarvan de juistheid in cassatie dus uitgangspunt moet zijn – is zonder nadere motivering niet duidelijk waarom als vaststaand kan worden aangenomen dat de door Samruk gehouden aandelen in KMGK een andere bestemming hebben dan een publieke bestemming. Dat de opbrengsten uit de aandelen in KMGK bestemd zijn de nationale welvaart van Kazachstan te vergroten, wijst immers in beginsel erop dat deze een publieke bestemming hebben.⁵⁶

3.2.6. De hiervoor in 3.2.2 weergegeven klachten van de onderdelen slagen derhalve eveneens.

3.2.7. Ter verdere beoordeling van het beroep op immuniteit van executie zal na verwijzing mede moeten worden onderzocht of de beslagen goederen (de aandelen van Samruk in KMGK) moeten worden aangemerkt als 'property' ('eigendommen') van de staat Kazachstan in de zin van art. 19, onderdeel c, VN-Verdrag, dat op dit punt valt aan te merken als een regel van internationaal gewoonterecht.

3.3. De overige klachten van de middelen behoeven geen behandeling.

54 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236 (MSI/Gabon en Staat), rov. 3.5.2-3.5.3.

55 Vgl. HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236 (MSI/Gabon en Staat), rov. 3.5.5 en rov. 3.3.

56 Vgl. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387 (Azeta/JCR en Staat), rov. 3.5.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 7 mei 2019;
- verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt [verweerders] in de kosten van het geding in cassatie in de zaak met nummer 19/03142, tot op deze uitspraak aan de zijde van Kazachstan begroot op € 991,19 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [verweerders] deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan;
- veroordeelt [verweerders] in de kosten van het geding in cassatie in de zaak met nummer 19/03144, tot op deze uitspraak aan de zijde van Samruk begroot op € 991,19 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [verweerders] deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

NOOT

1. De Hoge Raad behandelt in zijn uitspraak enkel de immuniteit van executie, terwijl dat niet het meest prominente onderwerp van de cassatieklachten was. Er lijkt sprake van een duidelijke ingreep. De Hoge Raad vindt dat de lagere rechtspraak met betrekking tot de (presumptie van) immuniteit van executie een onjuist bestemmingscriterium hanteert voor de vraag of vermogensbestanddelen van vreemde staten vatbaar zijn voor beslag en executie. Wat het juiste bestemmingscriterium is, wordt door de Hoge Raad niet duidelijk gemaakt. Gezien het voorgaande en de niet door de Hoge Raad behandelde klachten, zal de verwijzingsrechter aan de onderhavige uitspraak en het vervolg van de procedure een behoorlijke klus hebben.

2. In Nederland gelden ten aanzien van immuniteit van executie de volgende aanvaarde volkenrechtelijke regels (HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, *NJ* 2017/190, m.nt. Th.M. de Boer, «JPBr» 2017/6, m.nt. S.S. Leinders, «JOR» 2016/353, m.nt. C.G. van der Plas, «JIN» 2016/201, m.nt. M. Teekens (*Morning Star/Gabon*); HR 14 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2016:2371, *NJ* 2017/192, m.nt. Th.M. de Boer, «JPBr» 2017/31, m.nt. S.S. Leinders (*N.N./Staat*); HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354, *NJ* 2017/191, m.nt. Th.M. de Boer, «JIN» 2016/226, m.nt. E.J.H. Zandbergen (*Staat/Servaa*)), conclusie A-G Vlas 26 juni 2020, ECLI:NL:PHR:2020:649 bij de uitspraak in de onderhavige procedure met zaaknummer 19/03142). Immuniteit van executie is niet absoluut. Art. 19 onderdeel a t/m c VN-Verdrag heeft te gelden als internationaal gewoonterecht, inhoudende dat eigendommen van een vreemde staat niet vatbaar zijn voor beslag en executie, tenzij a) de staat daarmee heeft ingestemd, b) de staat de eigendommen heeft aangewezen of gereserveerd ter voldoening van de vordering of c) is vastgesteld dat eigendommen in het bijzonder worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik door de staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden. De presumptie van immuniteit van executie wordt in overeenstemming geacht met de strekking van art. 19 onderdeel c VN-Verdrag. Die presumptie van immuniteit van executie houdt in dat op eigendommen van vreemde staten geen beslag kan worden gelegd en deze niet kunnen worden geëxecuteerd tenzij en voor zover is vastgesteld dat deze een bestemming hebben die daarmee niet onverenigbaar is, waarbij vreemde staten niet gehouden zijn om ge-

vens aan te dragen waaruit volgt dat hun eigendommen een bestemming hebben die zich tegen beslag en executie verzet. Art. 18 VN-Verdrag, waarin is bepaald dat behoudens de gevallen als bedoeld in art. 19 onderdeel a en b conservatoir beslag op eigendommen van vreemde staten niet is toegestaan, wordt dus, voor zover daarin de in art. 19 VN-Verdrag onderdeel c vermelde uitzondering ontbreekt, niet als vastlegging van internationaal gewoonterecht aangemerkt. De stelplicht en de bewijslast aangaande die bestemming rusten telkens per vermogensbestanddeel uitsluitend op de schuldeiser, die telkens gegevens zal moeten aandragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat de goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn bestemd voor andere dan publieke doeleinden. De schuldeiser die beslag legt of wil leggen, zal moeten stellen en aannemelijk maken dat en in hoeverre elk vermogensbestanddeel van de vreemde staat vatbaar is voor beslag.

3. In het verlengde van de voorgaande vaststaande basisregels, geldt dat over een aantal gerelateerde onderwerpen in de Nederlandse rechtspraak nog onduidelijkheid bestaat.

4. In art. 21 lid 1 VN-Verdrag worden vijf categorieën van staatseigendommen genoemd die per definitie niet vatbaar zijn voor beslag of executie, te weten eigendommen ten behoeve van diplomatieke vertegenwoordiging, militaire eigendommen, eigendommen van een centrale bank, cultureel erfgoed, objecten van wetenschappelijk, cultureel of historisch belang. Er is nog geen uitspraak gewezen of deze vijf categorieën opgenomen in art. 21 VN-Verdrag inderdaad geheel of gedeeltelijk codificatie zijn van internationaal gewoonterecht en dus telkens onderdeel moeten zijn van het bestemmingscriterium. In de uitspraak van de Hoge Raad van 30 september 2016 komt de bepaling wel aan de orde, maar daarop volgt geen beslissing (HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, *NJ* 2017/190, m.nt. Th.M. de Boer, «JPBr» 2017/6, m.nt. S.S. Leinders, «JOR» 2016/353, m.nt. C.G. van der Plas, «JIN» 2016/201, m.nt. M. Teekens (*Morning Star/Gabon*). In het door de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) op 19 mei 2006 aan de minister van Buitenlandse Zaken uitgebrachte advies over het VN-Verdrag, komt art. 21 VN-Verdrag niet aan de orde. Uit de toelichting bij art. 21 VN-Verdrag volgt dat de categorieën opgenomen in art. 21 VN-Verdrag werden opgenomen in verband met de toen toenemende trend van beslaglegging op zulke eigendommen, waarbij werd aangenomen dat die eigendommen vanwege hun karakter altijd worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik door de staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden ('*This protection is deemed necessary and timely in view of the trend in certain jurisdictions to attach or freeze assets of foreign States, especially bank accounts, assets of the central bank or other instrumenta legati and specific categories of property which equally deserve protection. Each of these specific categories of property by its very nature, must be taken to be in use or intended for use for governmental purposes removed from any commercial considerations*'), citaat zonder voetnoten, ILC, Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, 1991, art. 19, aant. 2). Hierover leek destijds in elk geval geen discussie te bestaan. De internationale rechtspraak bevestigt in beginsel ook dat de immuniteit van executie veelvuldig op de in art. 21 VN-Verdrag opgenomen categorieën wordt toegepast langs de lijnen van die bepaling en dus inderdaad codificatie van internationaal gewoonterecht is, behoudens beperkte uitzonderingen (zie August Reinisch, 'European Court Practice Concerning State

Immunity from Enforcement Measures', *EJIL* (2006), Vol. 17 No. 4, 803-836; M.C. van Leyenhorst, 'Immunititeit van executie: tijd voor een koerswijziging', in: M. van Zanten & S. van der Putten (red.), *Compendium beslag- en executie*, 2018, p. 773-814). In aanvulling hierop is relevant dat de in art. 21 VN-Verdrag opgenomen categorieën niet limitatief zijn, inhoudende dat daarnaast dus overige categorieën in de rechtspraak van staten kunnen worden aangenomen, welke op een gegeven moment ook weer tot het internationaal gewoonterecht kunnen gaan behoren (zie ILC, Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, 1991, art. 19, aant. 1; conclusie A-G Vlas 26 juni 2020, ECLI:NL:PHR:2020:649 bij de uitspraak in de onderhavige procedure met zaaknummer 19/03142 bij nr. 3.22 met verwijzing naar Enno Ruppert, *State Immunity in Dutch Civil Proceedings*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 202). Het bestemmingscriterium zal dus telkens rekening moeten houden met de eigendommen van vreemde staten waarop de meer absolute immunititeit van executie van toepassing is, zowel degene genoemd in art. 21 VN-Verdrag als die onderdeel zijn of worden van het volkenrecht.

5. Bij toepassing van het bestemmingscriterium dient ook een peilmoment te worden toegepast, te weten het moment waarop wordt beoordeeld of het eigendom van de vreemde staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden is bestemd. Terecht verwijst Vlas in zijn conclusie naar de toelichting op het VN-Verdrag waarin is overwogen dat het te hanteren peilmoment het moment is waarop de executieprocedure wordt ingesteld, omdat verhaalsfrustratie vanaf dat moment met behulp van een bestemmingswijziging door de vreemde staat moet worden voorkomen, terwijl het de vreemde staat daarvoor wel moet zijn toegestaan om zich te ontdoen van zijn eigendommen (conclusie A-G Vlas 26 juni 2020, ECLI:NL:PHR:2020:649 bij de uitspraak in de onderhavige procedure met zaaknummer 19/03142 bij nr. 3.22 met verwijzing naar ILC, Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, 1991, art. 18, aant. 11). Of dit peilmoment daadwerkelijk onderdeel is van de in Nederland aangenomen regels van het volkenrecht, en dan vermoedelijk bij conservatoir beslag zal gelden vanaf het instellen van de beslagprocedure, is nog onduidelijk. In de praktijk zal de schuldeiser van een vreemde staat in het laatstgenoemde geval in het verzoekschrift aanvoeren waarom op dat moment het eigendom van de vreemde staat vatbaar is voor beslag en executie. Dat brengt met zich dat thans in de rechtspraak veelal impliciet een peilmoment wordt aangenomen. Toch is het van belang om bij het gegeven van een peilmoment stil te staan, omdat hantering van een peilmoment kan impliceren dat uitsluitend binnen de op dat moment geldende context wordt gekeken of het eigendom in het bijzonder wordt gebruikt of beoogd is voor gebruik door de staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden. Indien rekening wordt gehouden met het hiervoor genoemde commentaar bij het VN-Verdrag, sluit dat min of meer de mogelijkheid uit om in elk geval algemene toekomstige onzekerheden en/of mogelijkheden over de wijziging van de bestemming na het peilmoment te betrekken bij het bestemmingscriterium. Een peildatum impliceert kaders met een bepaalde concretisering.

6. Onduidelijk is ook nog of het samenhangvereiste, inhoudende dat executiemaatregelen uitsluitend mogen worden getroffen tegen eigendommen die verband houden met de entiteit waartegen het geding zich richtte, zoals opgenomen in art. 19 onderdeel c slot VN-Verdrag, onderdeel is van het

volkenrecht en dan ook betrekking heeft op conservatoir beslag. De Hoge Raad heeft dit onderwerp eerder in het midden gelaten (HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190, m.nt. Th.M. de Boer, «JBPr» 2017/6, m.nt. S.S. Leinders, «JOR» 2016/353, m.nt. C.G. van der Plas, «JIN» 2016/201, m.nt. M. Teekens (*Morning Star/Gabon*, r.o. 3.4.6)). Vooralsnog lijkt een dergelijk samenhangvereiste geen onderdeel van het internationaal gewoonterecht (zie August Reinisch, 'European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures', *EJIL* (2006), Vol. 17 No. 4, 803-836). Indien het samenhangvereiste toch onderdeel zou zijn of worden van het bestemmingscriterium, dan wordt immunititeit van executie daarmee meer absoluut. Bijvoorbeeld geldt dan in het geval van schadevorderingen tegen vreemde staten gebaseerd op onrechtmatig handelen dat er veelal geen verhaalsobjecten zullen zijn (Dmitri Zdobnõh en René Värk, *State Immunity from Execution. In Search of a Remedy*, 4 *Acta Societatis Martensis* (2009/2010), 161-183).

7. Er kan ook sprake zijn van eigendommen die zowel voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden als commerciële overheidsdoeleinden bestemd zijn. Hierbij kan worden gedacht aan gelden die door vreemde staten worden aangehouden op bankrekeningen. De vraag of op dergelijke eigendommen naar de in Nederland aangenomen regels van het volkenrecht beslag kan worden gelegd, is nog niet expliciet beslist. Vlas heeft eerder geconcludeerd dat dergelijke 'mixed funds' wel vatbaar kunnen zijn voor beslag, mits de schuldeiser heeft aangetoond dat die gelden of een deel daarvan een niet-publieke bestemming hebben (Vlas in zijn conclusie bij HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190, m.nt. Th.M. de Boer, «JBPr» 2017/6, m.nt. S.S. Leinders, «JOR» 2016/353, m.nt. C.G. van der Plas, «JIN» 2016/201, m.nt. M. Teekens (*Morning Star/Gabon*), par. 2.9; zie ook zijn conclusie bij HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354, NJ 2017/191, m.nt. Th.M. de Boer (*Staat/Servaas*), par. 2.13). De statenpraktijk op dit onderwerp is weerbarstig en lijkt te impliceren dat bij een gedeeltelijke commerciële overheidsbestemming van gelden van een vreemde staat op een bankrekening, de immunititeit van executie opgaat (zie voor een overzicht Dmitri Zdobnõh en René Värk, *State Immunity from Execution. In Search of a Remedy*, 4 *Acta Societatis Martensis* (2009/2010) 161-183).

8. In de literatuur is er kritiek over de voorgaande in Nederland aangenomen regels naar internationaal gewoonterecht over de (presumptie van) immunititeit van executie. Zo is aangevoerd dat de wijze waarop het nog niet in werking getreden en nog niet door Nederland geratificeerde VN-Verdrag deels wordt gezien als codificatie van internationaal gewoonterecht zonder daarbij kenbaar onderzoek te doen naar de vraag of een dergelijk onderdeel van het VN-Verdrag daadwerkelijk volgt uit een bestendige statenpraktijk in combinatie met een breed gedragen overtuiging dat die consistente statenpraktijk niet vrijblijvend is, niet deugt. Alleen het gebruik van het VN-Verdrag en het daarop gegeven commentaar zou onvoldoende zijn om tot aanname van regels van het internationaal gewoonterecht te komen (M.C. van Leyenhorst, 'Immunititeit van executie: tijd voor een koerswijziging', in: M. van Zanten & S. van der Putten (red.), *Compendium beslag- en executie*, 2018, p. 773-814; M.C. van Leyenhorst, 'Staatsimmunititeit en de bestemming van goederen van vreemde staten', *Beslag, executie en rechtsvordering in de praktijk*, nr. 8 december 2020). Er is ook kritiek op het in de Nederlandse rechtspraak gehanteerde begrip 'andere dan publieke bestemming' bij hantering van het bestemmingscri-

terium en het mogelijke verschil met de begrippen '(daadwerkelijke) soevereine bestemming' en 'andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden' die in het internationaal gewoonterecht en in het bijzonder ook het VN-Verdrag zelf terugkomen. De duiding van enkel het bestaan of gebrek aan de publieke bestemming zou erin resulteren dat in Nederland een te absolute vorm van immuniteit van executie wordt gehanteerd. Er zou in plaats daarvan gekeken moeten worden naar de vraag of het eigendom van de vreemde staat (daadwerkelijk) een soevereine niet-commerciële bestemming heeft en zo niet, dan zou de immuniteit van executie niet op kunnen gaan. Niet alle eigendommen van een vreemde staat met een niet-commerciële bestemming zouden afgeschermd moeten worden (M.C. van Leyenhorst, 'Immunititeit van executie: tijd voor een koerswijziging', in: M. van Zanten & S. van der Putten (red.), *Compendium beslag- en executie*, 2018, p. 773-814; M.C. van Leyenhorst, 'Staatsimmunititeit en de bestemming van goederen van vreemde staten', *Beslag, executie & rechtsvordering in de praktijk*, nr. 8 december 2020; vgl. C.M.J. Ryngaert, 'Staatsimmunititeit van executie, beslagmogelijkheden voor crediteuren na de herfstarresten van de Hoge Raad (2016)', *TCR* 2017/3, p. 111-118). Van Leyenhorst heeft daarbij op basis van een analyse van internationale uitspraken aangevoerd dat de presumpctie van immuniteit van executie geen onderdeel is van het internationaal gewoonterecht én de Hoge Raad een onjuiste maatstaf voor die aanname heeft gehanteerd (zie over het eerste ook Th. M. Boer in zijn noot bij HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371, NJ 2017/192). Ook is hij met Ryngaert van mening dat het geen onderdeel is van het internationaal gewoonterecht dat de stelplicht en bewijslast aangaande de bestemming van het eigendom van de vreemde staat op de schuldeiser rust en daarbij geen rol is weggelegd voor de vreemde staat.

9. Met name de kritiek op het gebrek aan kenbaar onderzoek dat aan de overwegingen van de Hoge Raad ten grondslag ligt, onder verwijzing naar andersluidende op het eerste gezicht eenduidige internationale uitspraken, snijdt hout en legt de noodzaak bloot dat overwegingen die betrekking hebben op het wel of niet aannemen van regels van het volkenrecht telkens duidelijk dienen te worden gemotiveerd. Daarbij kan niet worden ontkomen aan behandeling van de statenpraktijk, behoudens het geval van op dat onderwerp van toepassing zijnde en door voldoende staten geratificeerde verdragen. Het voorgaande geldt in het bijzonder ook voor de onderhavige uitspraak waar de Hoge Raad oordeelt dat uit de regels van het internationaal gewoonterecht volgt dat de immuniteit van executie niet is beperkt tot goederen waarvan de onmiddellijke bestemming een publieke is.

10. Er zijn geen verdragen waarin is vastgelegd wat het bestemmingscriterium moet inhouden. Ook het VN-Verdrag zegt daar niets over. De statenpraktijk is weerbarstig (August Reinisch, 'European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures', *EJIL* (2006), Vol. 17 No. 4, 803-836; K. Reece Thomas, 'Enforcing against state assets: the case for restricting private creditor enforcement and how judges in England have used "context" when applying the "commercial purposes" test', *Journal of International and Comparative Law*, 2015 2(1)). Duidelijk is dat naar internationaal gewoonterecht immuniteit van executie niet (meer) absoluut is, maar ten aanzien van het bestemmingscriterium van staatseigendommen waarop de beperkte absolute werking niet van toepassing is (de categorieën als vermeldt in art. 21 VN-Verdrag) bestaan geen concrete aanwijzingen van

een eenduidige statenpraktijk om te komen tot vaststelling van regels van internationaal gewoonterecht. Enkel dat het toepassen van een bestemmingscriterium gebeurt, kan op basis van de statenpraktijk wel als regel van internationaal gewoonterecht worden aanvaard. Dat roept de vraag op of toepassing van een bestemmingscriterium dat de immuniteit van executie niet absoluut maakt en dus niet strijdig is met het internationaal gewoonterecht, niet altijd is toegestaan op basis van het internationaal gewoonterecht. Het ligt immers voor de hand dat staten op basis van hun eigen rechtssysteem komen tot bepaalde bestemmingscriteria die op zich op elkaar lijken, maar vermoedelijk nooit exact hetzelfde zullen of kunnen zijn. Vanuit die benadering zou de in de literatuur en lagere rechtspraak ontwikkelde methodiek waarbij de onmiddellijke bestemming centraal staat bij de bepaling van de bestemming alsnog aanvaardbaar zijn en hoeft dat niet te worden beoordeeld langs de lijnen van het internationaal gewoonterecht. Aan de andere kant moet op basis van een kort onderzoek wel worden toegegeven dat andere staten een soortgelijke methodiek niet kennen (K. Reece Thomas, 'Enforcing against state assets the case for restricting private creditor enforcement and how judges in England have used "context" when applying the "commercial purposes" test', *Journal of International and Comparative Law*, 2015 2(1)), maar weer op een andere wijze de bestemming van het staatseigendom alloceren waarvan ook niet wordt gezegd dat die andere benadering(en) in strijd zijn met het internationaal gewoonterecht.

11. Het kan zijn dat de Hoge Raad aan zijn overweging ten grondslag heeft gelegd dat het bestemmingscriterium van basis van het internationaal gewoonterecht altijd breder moet zijn dan alleen de onmiddellijke bestemming, zoals bijvoorbeeld in Engeland de zogenoemde 'purpose in context'-test wordt toegepast. Bij die test wordt juist verder gekeken dan de onmiddellijke bestemming en wordt de uiteindelijke (ultieme) bestemming ook betrokken in de allocatie van de bestemming (K. Reece Thomas, 'Enforcing against state assets the case for restricting private creditor enforcement and how judges in England have used "context" when applying the "commercial purposes" test', *Journal of International and Comparative Law*, 2015 2(1)), met verwijzing naar David Lloyd Jones, 'State Immunity-Execution against Embassy Bank Accounts' (1984) 43 CLJ 222, 224: 'if the courts are permitted to take a wide view of the purposes to which an asset is in use or intended for use, they may look to the ultimate as opposed to the immediate objective'). Of een dergelijke afweging aan de beslissing van de Hoge Raad ten grondslag ligt, blijft door het uitblijven van kenbaar onderzoek onzeker.

12. De in de literatuur en de lagere rechtspraak ontwikkelde methodiek om aan de hand van de onmiddellijke bestemming vast te stellen of een eigendom van een vreemde staat vatbaar is voor beslag, is gebaseerd op het argument dat het voor schuldeisers anders onmogelijk wordt om hun rechten geldend te maken en de immuniteit van executie dan absoluut wordt (conclusie A-G Vlas bij de uitspraak in de onderhavige procedure de voetnoten 28 t/m 31). De gedachte is dat als rekening wordt gehouden met de uiteindelijke (ultieme) bestemming alle eigendommen van een vreemde staat een publieke bestemming hebben. Daarbij zal een schuldeiser ten aanzien van de onmiddellijke bestemming misschien nog een kans maken om langs de lijnen van de stel- en bewijsplicht, en bij beslag de aannemelijkheidstoets, een rechter te overtuigen, terwijl die schuldeiser dat niet zal kunnen

indien de uiteindelijke (ultieme) bestemming moet worden toegepast.

13. Dit raakt de fundamentele rechten van de schuldeiser van de vreemde staat (Th.M. de Boer in zijn noot bij de herfstarresten in *NJ* 2017/192, met verwijzing naar Van der Plas, «JOR» 2016/353, § 9-10, Teekens, «JIN» 2016/201, § 8 en Ryn gaert/Jongbloed (*BER* 2016/159, § 3). Het EHRM heeft eerder het volgende geoordeeld over de inperking van het fundamentele recht tot toegang tot de rechter opgenomen in art. 6 EVRM en beperkingen op basis van de immuniteit van jurisdictie die vreemde staten kan toekomen: ‘... *the Court observes that the application of absolute State immunity has, for many years, clearly been eroded, in particular with the adoption of the Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property by the United Nations General Assembly in 2004 (...). This convention is based on Draft Articles adopted in 1991, of which Article 10 concerned commercial transactions and endorsed the principle of restrictive immunity, having provided that a State cannot rely upon immunity from jurisdiction if it engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical person*’ (Oleynikov v. Russia, EHRM, 14 maart 2013, Application no. 36703/04, 61). In deze uitspraak ligt besloten dat hetzelfde opgaat voor de immuniteit van executie, inhoudende dat een beperking van de fundamentele rechten opgenomen in het EVRM alleen is gerechtvaardigd indien deze niet verder strekt dan de in het volkenrecht aangenomen omvang van het beginsel van immuniteit van executie. Hoewel art. 6 EVRM betrekking heeft op het recht tot toegang tot de rechter en art. 13 EVRM op het recht tot een ‘effective remedy’, blijft daar weinig, of beter gezegd niets, van over als er feitelijk geen verhaalsmogelijkheden zijn omdat aan de schuldeiser van een vreemde staat onmogelijke eisen worden gesteld (zie ook Th.M. de Boer in zijn noot bij de herfstarresten in *NJ* 2017/192). Ook zijn er aanwijzingen dat de bepalingen in het EVRM en art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM het fundamentele recht inhouden tot de mogelijkheid van effectief verhaal (C.M.J. Ryn gaert, ‘Staatsimmuniteit van executie, beslagmogelijkheden voor crediteuren na de herfstarresten van de Hoge Raad (2016)’, *TCR* 2017/3, p. 111-118; vgl. Partick Kinsch, ‘Enforcement as a fundamental right’, afl. 4 *NIPR* 2014). Nu de immuniteit van jurisdictie, bij verstek in Nederlands ambtshalve toe te passen, en de (presumptie van) immuniteit van executie altijd verband houden met beperkingen van fundamentele rechten, is het zo belangrijk dat beslissingen zijn gebaseerd op kenbaar onderzoek. Zonder kenbaar onderzoek kan geen verificatie plaatsvinden of de aannames omtrent de regels van die immuniteit inderdaad overeenstemmen met het internationaal gewoonterecht en dus ook niet of een inbreuk van fundamentele rechten, zoals vastgelegd in het EVRM en natuurlijk ook het Europees Handvest, wel of niet gerechtvaardigd is.

14. De kritiek zal naar aanleiding van de onderhavige uitspraak toenemen. De Hoge Raad overweegt dat immers niet alleen de onmiddellijke bestemming maar met (name) met de uiteindelijke (ultieme) bestemming van het eigendom van de vreemde staat rekening moet worden gehouden én voor wat betreft die eindbestemming het (vaststaande) procesdebat van belang is (zie r.o. 3.2.5 van de onderhavige uitspraak). Ten aanzien van het eerste geldt dat de Hoge Raad overweegt: ‘Dat de opbrengsten uit de aandelen van KMGK bestemd zijn de nationale welvaart van Kazachstan te vergroten, wijst immers in beginsel erop dat deze een publieke bestemming hebben’. Dit betreft dus de ultieme bestemming

zonder dat de onmiddellijke of middellijke bestemming wordt meegewogen. Ten aanzien van de relevantie van het procesdebat over de allocatie van de bestemming van een eigendom van een vreemde staat, is dat op zich in lijn met het gegeven dat de Hoge Raad van de schuldeiser verlangt te stellen en te bewijzen, en bij beslag aannemelijk te maken, dat het eigendom vatbaar is voor beslag zonder dat van de rechter iets mag worden verlangd van de vreemde staat. Toch knelt hier iets. Het procesdebat mag niet bepalen wat de regels van internationaal gewoonterecht zijn, maar kennelijk wel hoe die regels worden toegepast. De duiding van de bestemming van het eigendom van de vreemde staat is van essentieel belang voor de juiste toepassing van het internationaal gewoonterecht, ook als de norm van de Hoge Raad de juiste is. Zonder een objectieve vaststelling van de bestemming van het eigendom van de vreemde staat op basis van een bestemmingscriterium dat aan de eisen van het internationaal gewoonterecht voldoet, blijft een in het internationaal gewoonterecht aangenomen gerelativeerd beginsel van immuniteit van executie bijna geheel betekenisloos. Welk nut heeft het gerelativeerde beginsel van immuniteit van executie indien de daarvoor zo belangrijke analyse van de bestemming van het staatseigendom enkel en alleen afhankelijk is van het procesdebat, waarbij alle lasten rusten op de schuldeiser en niets op de vreemde staat en dus welhaast altijd sprake is van een achterdeur voor die vreemde staat?

15. Er speelt ten aanzien van de hiervoor omschreven onderwerpen een culturele en politieke dimensie. In Nederland wordt ervan uitgegaan dat een staat zijn verplichtingen zoals rechtens definitief vastgesteld door een daartoe bevoegde instantie in beginsel zal nakomen. De praktijk laat echter zien dat er staten zijn die desondanks daartoe niet bereid zijn. Het gaat veelal om arbitrale vonnissen die in Nederland en andere landen ten uitvoer worden gelegd ten laste van bepaalde vreemde staten, waarbij de betalingsverplichtingen de politieke verhoudingen (meteen) op scherp kunnen zetten. De vraag is of dat probleem juridisch of politiek moet worden opgelost. Alle spelregels omtrent de immuniteit van jurisdictie en de immuniteit van executie bekijkend, al dan niet aan de hand van de huidige regels van de Hoge Raad of op basis van alternatieven, zijn deze toch wel ondoorgroendelijk geworden en voor rechters een niet misverstane uitdaging. Wegen die complexiteit en inspanning nog wel op tegen de belangen van de veelal in het buitenland gevestigde schuldeisers en vreemde staten die hier procederen over mogelijk voor beslag of executie vatbare staatseigendommen? Wat dat betreft valt wel wat te zeggen voor een systematiek waarbij de immuniteit van executie wordt gekoppeld aan dezelfde regels die van toepassing zijn op de immuniteit van jurisdictie, inhoudende dat daar waar een vreemde staat op basis van een daartoe bevoegde instantie onherroepelijk is veroordeeld, deze zich niet meer kan beroepen op immuniteit van executie. Met andere woorden: indien een vreemde staat geen beroep op immuniteit van jurisdictie geniet, of vrijwillig jurisdictie heeft aanvaard, dient deze een veroordeling na te komen zonder dat een beroep op immuniteit van executie opgaat. Dat is uiteraard nog geen internationaal gewoonterecht, maar dat laat onverlet dat Nederlandse rechters een belangrijke bijdrage aan het ontstaan van internationaal gewoonterecht (kunnen) leveren.

16. Voorlopig zal de Nederlandse rechtspraak de methodiek van de Hoge Raad aanhouden. De onderhavige uitspraak is daarmee een beperking voor de mogelijkheden om conservatoir of executoriaal beslag te leggen op eigendommen van

een vreemde staat. De vraag is gerechtvaardigd of een voorzieningenrechter nog wel verlof kan verlenen voor het leggen van conservatoir beslag ten laste van een vreemde staat. Hoe kan een schuldeiser immers aannemelijk maken, dan wel bewijzen indien een zwaardere norm zou gelden in die verzoekschriftprocedure, dat het beoogde beslagobject vatbaar is voor conservatoir beslag (en executie) als (mede) rekening moet worden gehouden met de uiteindelijke (ultieme) bestemming? Hetzelfde geldt voor de minister van Justitie en Veiligheid in het geval deze op basis van art. 3a Gerechtsdeurwaarderswet wordt ingelicht over het voornemen tot beslaglegging op eigendommen van een vreemde staat en zich moet uitlaten over de vraag of het beslag of de executie (geheel of gedeeltelijk) in strijd is met de volkenrechtelijke verplichtingen en daarbij de uitgangspunten van de Hoge Raad hanteert.

mr. M. Teekens
TeekensKarstens advocaten notarissen

29

Art. 612 Rv van toepassing indien de verplichting tot schadevergoeding van de borg berust op art. 7:854 Rv

Hoge Raad
8 januari 2021, nr. 19/05650, ECLI:NL:HR:2021:38
(mr. Snijders, mr. Wattendorff, mr. Lock)
(Concl. A-G Valk)
Noot mr. R.J.G. Mengelberg

Burgerlijk procesrecht. Schadestaatprocedure. Veroordeeling borg tot vergoeding van de schade.

[BW art. 7:850, 7:854; Rv art. 612]

Essentie: De verwijzing naar de schadestaatprocedure ex art. 612 Rv is in beginsel alleen van toepassing op de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding als wanprestatie en onrechtmatige daad. Een redelijke en op de praktijk afgestemde wetstoepassing brengt echter met zich mee dat een uitzondering op de hoofdregel moet worden aanvaard in geval van borgtocht. De nauwe verbondenheid van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding van de hoofdschuldenaar wegens wanprestatie en de contractuele verplichting tot schadevergoeding van de borg ex art. 7:854 BW brengt dat met zich mee.

Samenvatting: De verbinding tussen de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding uit wanprestatie en de verplichting van de borg is dermate groot dat die een uitzondering op art. 612 Rv rechtvaardigt. Daarbij is ten eerste van belang dat de verplichting van de borg volgens de wettelijke definitie van borgtocht van art. 7:850 lid 1 BW inhoudelijk gezien dezelfde is als de verplichting van de hoofdschuldenaar. Daarmee heeft de schadevergoedingsverplichting van de borg ex art. 7:854 BW in zijn kern betrekking op dezelfde schadevergoedingsverplichting van de hoofdschuldenaar jegens de schuldeisers wegens wanprestatie. Daarnaast is het aanbrengen van dat verschil in het kader van een verwijzing naar de schadestaatprocedure niet alleen geheel ondoelmatig, maar ook niet of

nauwelijks uit te leggen zonder dat men de schijn van haarkloven op zich laadt.

Holding [A] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats], eiseres tot cassatie, hierna: de Holding, advocaten: A.C. van Schaick en N.E. Groeneveld-Tijssens, tegen

1. *gemeente Eindhoven, zetelende te Eindhoven,*
2. *gemeente Best, zetelende te Beste,*
3. *gemeente Geldrop-Mierlo, zetelende te Geldrop,*
4. *gemeente Nuenen, Gerwen en Nederwetten, zetelende te Nuenen,*
5. *gemeente Veldhoven, zetelende te Veldhoven,*
6. *gemeente Waalre, zetelende te Waalre,*

verweersters in cassatie, hierna gezamenlijk: de Gemeenten, advocaat: T.T. van Zanten.

Conclusie Advocaat-Generaal
(mr. Valk)

1. Inleiding en samenvatting

1.1. Deze zaak betreft een borgtocht voor een wettelijke verplichting tot schadevergoeding van de hoofdschuldenaar. Het hof heeft voor recht verklaard dat de Holding zich jegens de Gemeenten borg heeft gesteld voor de nakoming van de verplichtingen van de hoofdschuldenaar uit hoofde van vervoerovereenkomsten, alsook dat de Holding zich daarmee heeft verplicht de schade(vergoeding) te betalen die de hoofdschuldenaar verschuldigd is vanwege het tekortschieten in haar verplichtingen uit de vervoerovereenkomsten. De door de rechtbank uitgesproken verwijzing naar de schadestaatprocedure is door het hof in stand gelaten.

1.2. Het cassatiemiddel voert onder meer aan dat met betrekking tot de verbintenis van een borg geen verwijzing naar de schadestaatprocedure toegelaten is. Mijns inziens slaagt geen van de klachten van het middel.

2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:¹ (i) De Holding was indirect (via [B] Beheer B.V.) enig aandeelhouder van [C] B.V. (hierna: [C]). De Holding is daarnaast enig aandeelhouder van Combinet Personenvervoer B.V. (hierna: Combinet).

(ii) De Gemeenten maken deel uit van het Samenwerkingsverband Regio Eindhoven. Zij hebben in 2013 een Europese aanbesteding uitgeschreven voor een collectief vraagafhankelijk vervoerssysteem in hun gemeenten. Dit vervoerssysteem wordt 'Taxbus' genoemd en is gericht op bepaalde doelgroepen, zoals ouderen en mensen met een beperking.

(iii) In het aanbestedingsdocument is de volgende bepaling opgenomen:

'Wanneer er wordt ingeschreven vanuit een holding mag geen ander bedrijf uit diezelfde holding (of de holding zelf) inschrijven. Wanneer de jaarrekening van de inschrijver geconsolideerd is moet de holding zich volledig en onvoorwaardelijk garant stellen voor de nakoming van de verplichtingen die uit de af te sluiten overeenkomst voortvloeien.'

1 Vergelijk het arrest van het hof 's-Hertogenbosch van 17 september 2019 onder 3.1.1-3.1.12.