

bestuurder duidelijk zijn wanneer de ontvanger, en in deze zaak het pensioenfonds, mag aannemen dat de toestand van betalingsonmacht niet langer bestaat in verband met de verstrekende consequenties die voor bestuurders verbonden kunnen zijn aan de vaststelling dat een melding haar werking heeft verloren.

P.J. Peters en A. van Loon
AKD advocaten notarissen

15
<p>Hoge Raad 1 december 2017, nr. 16/02408 ECLI:NL:HR:2017:3054 ECLI:NL:PHR:2017:990 (mr. Numann, mr. Heisterkamp, mr. Polak, mr. Kroeze, mr. Sieburgh) (concl. A-G mr. Wesseling-van Gent) Noot M. Teekens</p>
<p>IPR en volkenrecht. Immunititeit van jurisdictie en immunititeit van executie van vreemde staat. Ambtshalve toetsing indien vreemde staat of internationale organisatie niet in rechte verschijnt?</p>
<p>In dit executiekortgeding ging het om de vraag of de rechter in 2000 ambtshalve had moeten beoordelen of de Republiek Irak en de Central Bank of Iraq immunititeit van jurisdictie toekwam, ondanks dat zij niet waren verschenen in die procedure. De Hoge Raad overweegt dat de rechter daartoe in 2000 wel bevoegd was, maar niet verplicht. De Hoge Raad stelt vervolgens vast dat naar Nederlands burgerlijk procesrecht de rechter niet slechts bevoegd is, maar is gehouden om in zaken waarin een vreemde staat, dan wel een internationale organisatie als gedaagde of verweerder, niet in rechte verschijnt, ambtshalve te onderzoeken of die partij immunititeit van jurisdictie toekomt. In verband met de eisen van rechtszekerheid en hanteerbaarheid van het recht geldt die verplichting voor zaken die na 1 januari 2018 bij de Nederlandse rechter aanhangig worden gemaakt.</p>
<p>[VN-Verdrag inzake de immunititeit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen art. 6 lid 1, 23 lid 1; Europese Overeenkomst inzake de immunititeit van Staten art. 15; Wet AB art. 13a]</p>

In dit executiekortgeding hebben de Republiek Irak en de Central Bank of Iraq (hierna: Irak c.s.) schorsing gevorderd van de tenuitvoerlegging van het onherroepelijke verstekarrest van het Gerechtshof Den Haag van 31 oktober 2000 waarin zij uit hoofde van een in 9 juli 1981 gesloten overeenkomst hoofdelijk zijn veroordeeld tot betaling van een bedrag van f 6.808.248,= te vermeerderen met wettelijke rente over dit bedrag vanaf 10 oktober 1998 en met buitengerechtigde incassokosten van f 113.452,= aan verweerder in cassatie (hierna: verweerder). Irak c.s. hadden geen verzet ingesteld

tegen het verstekarrest en de poging om het verstekarrest te herroepen strandde vanwege het niet tijdig instellen van de vordering tot herroeping en het gesloten stelsel van rechtsmiddelen (HR 23 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:935). De voorzieningenrechter heeft in het daarop door Irak c.s. ingestelde executiekortgeding overwogen dat geen sprake is van misbruik van bevoegdheid. Pas in hoger beroep voeren Irak c.s. in deze procedure aan dat art. 126 lid 3 (oud) Rv als bevoegdheidsgrond in strijd was met de immunititeit van jurisdictie, welk beginsel de rechter(s) ambtshalve hadden moeten onderzoeken en wat had moeten resulteren in de onbevoegdverklaring van de Nederlandse rechter(s). Het hof overweegt hierover dat de Nederlandse rechter op grond van art. 126 lid 3 (oud) Rv bevoegd was en Irak c.s. in casu geen beroep op immunititeit toekwam. Voorts vervolgt het hof dat Irak c.s. dit verweer hadden kunnen voeren in de procedure die heeft geleid tot het verstekarrest of in de verzetprocedure tegen het verstekarrest en het verweer derhalve geen feit of omstandigheid is die is voorgevallen of aan het licht is gekomen na het verstekarrest of het verstrijken van de termijn voor het instellen van verzet daartegen. Derhalve kan niet worden gerechtvaardigd dat van het verstekarrest wordt afgeweken onder verwijzing naar HR 30 mei 2008 (NJ 2008/311, ECLI:NL:HR:2008:BC5012). In cassatie klagen Irak c.s. onder meer dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat er geen gronden zijn die het hof in de zaak die heeft geleid tot het verstekarrest, ambtshalve hadden moeten weerhouden van het toewijzen van de vorderingen in de verstekprocedure. Krachtens het volkenrecht bestaat er een verplichting voor de Nederlandse rechter om in een verstekzaak tegen een vreemde staat ambtshalve te beoordelen of er grond is om de vreemde staat immunititeit van jurisdictie te verlenen, aldus Irak c.s. Verder wordt geklaagd dat het hof ten onrechte geen betekenis heeft toegekend aan de immunititeit van executie, op grond waarvan Irak c.s. behoren te worden beschermd tegen executorialle maatregelen in Nederland. De Hoge Raad stelt in zijn uitspraak voorop dat (i) het aan staten toekomende recht op immunititeit van jurisdictie – waar het betreft het typisch publieke handelen van staten (de zogeheten ‘acta iure imperii’) – onderdeel uitmaakt van het internationaal gewoonterecht met verwijzing naar paragraaf 56 in de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof IGH 3 februari 2012, ICJ Rep. 2012 (Germany v Italy; Greece Intervening), de (in casu niet toepasselijke) Europese Overeenkomst inzake de immunititeit van Staten (Trb. 1973, 43) en het nog niet in werking getreden Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immunititeit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen (Trb. 2010, 272), (ii) het internationaal gewoonterecht niet voorschrijft op welke wijze in de nationale rechtsorde toepassing moet worden gegeven aan het recht op immunititeit van jurisdictie en behoudens een verdragsregeling het nationale recht van de aangezochte rechter bepaalt op welke wijze het recht op immunititeit van jurisdictie wordt toegepast, en (iii) in de nationale rechtsstelsels hierover uiteenlopende opvattingen worden gehuldigd met verwijzing naar de rechtspraak in Frankrijk en Duitsland en literatuur (H. Fox en Ph. Webb, *The Law of State Immunity*, 2015). De Hoge Raad geeft vervolgens rekenschap van art. 6 en 23 van het nog niet in werking getreden VN-Verdrag die in het algemeen respectievelijk in verstekzaken de verplichting tot ambtshalve toepassing van immunititeit van jurisdictie voorschrijven. In dat kader wordt overwogen dat de bepalingen van het VN-Verdrag met betrekking tot de immunititeit van jurisdictie en de immunititeit van executie en de aan een en ander gestelde grenzen een codificatie van het internationaal gewoonterecht behelzen (HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453 (Ahmed/Staat), maar niet alle bepalingen als internationaal gewoonterecht kunnen worden aangemerkt (HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 (MSI/Gabon c.s.)). De Hoge Raad constateert dat het recht op immunititeit van jurisdictie, in tegenstelling tot de immunititeit van jurisdictie

zelf, niet wordt genoemd in de preambule van het VN-Verdrag en de verplichting tot ambtshalve toepassing van immuniteit van jurisdictie pas in een laat stadium van de verdragsonderhandelingen aan de ontwerp tekst van het VN-Verdrag is toegevoegd, terwijl daarvoor een bepaling was opgenomen die de wijze van toepassing overliet aan het nationale procesrecht. Zodoende oordeelt de Hoge Raad dat art. 6 en 23 van het VN-Verdrag niet kunnen worden aangemerkt als regels van internationaal gewoonterecht, zodat die bepalingen niet van invloed zijn op de vaststelling dat het internationaal gewoonterecht niet voorschrijft op welke wijze in de nationale rechtsorde toepassing moet worden gegeven aan het recht op immuniteit van jurisdictie. Nu in het onderhavige geval geen voor Nederland verbindende verdragsregeling van toepassing is, bepaalt het Nederlandse recht op welke wijze de Nederlandse rechter toepassing moet geven aan het recht op immuniteit van jurisdictie. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat ten tijde van het uitspreken van het verstekarrest in 2000 de Nederlandse rechter niet verplicht was om ambtshalve te onderzoeken of de omstandigheden van het geval een beroep op immuniteit van jurisdictie rechtvaardigden, maar daartoe in verstekzaken wel bevoegd was (HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, NJ 1995/650, HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9154, NJ 2010/526. Verder overweegt de Hoge Raad nog dat de klacht van Irak c.s. dat het hof bij de toelaatbaarheid van de executie van het verstekarrest ten onrechte geen betekenis heeft toegekend aan de immuniteit van executie van Irak c.s., terwijl Irak c.s. daarmee behoren te worden beschermd tegen executoriale maatregelen in Nederland op te goeden met een openbare bestemming, faalt omdat het recht op die immuniteit zich slechts uitstrekt tot goederen die worden gebruikt of zijn bestemd voor publieke doeleinden en dat per vermogensbestanddeel moet worden bepaald, met verwijzing naar HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190), HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354, NJ 2017/191 en HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371, NJ 2017/192. De Hoge Raad sluit vervolgens af met een zogenoemde 'prospectieve overruling', waarbij de Hoge Raad onder verwijzing naar (de wetsgeschiedenis van) art. 13a Wet algemene bepalingen en de adviezen van de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (Advies nr. 17, mei 2006, paragraaf 51-60 en Advies nr. 27, december 2015, p. 11) tot de slotsom komt dat thans naar Nederlands burgerlijk procesrecht de Nederlandse rechter niet slechts bevoegd is, maar is gehouden om in zaken waarin een vreemde staat, dan wel een internationale organisatie als gedaagde of verweerster niet in rechte verschijnt, ambtshalve te onderzoeken of die partij immuniteit van jurisdictie toekomt. In verband met de eisen van rechtszekerheid en hanteerbaarheid van het recht geldt die verplichting voor zaken die na 1 januari 2018 bij de Nederlandse rechter aanhangig worden gemaakt. De Hoge Raad komt in zoverre terug van zijn eerdere rechtspraak.

1. Republiek Irak, zetelende te Bagdad, Irak,
2. Central Bank of Iraq, gevestigd te Bagdad, Irak, eisers tot cassatie, verweerders in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. G.R. den Dekker, tegen [verweerster], gevestigd te [vestigingsplaats], verweerster in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, advocaten: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk en mr. R.L.M.M. Tan.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Irak c.s. en [verweerster].

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

In dit executiekortgeding hebben eisers tot cassatie (hierna: Irak c.s.), kort gezegd, schorsing gevorderd van de tenuitvoerlegging van het tussen partijen gewezen onherroepelijke verstekarrest van het gerechtshof Den Haag van 31 oktober 2000. Deze vordering is zowel door de voorzieningenrechter als het hof afgewezen.

In cassatie wordt door Irak c.s. geklaagd dat het hof heeft miskend dat het verstekarrest klaarblijkelijk berust op feitelijke en juridische misslagen, die onder meer inhouden dat het hof dat het verstekarrest heeft gewezen, onbevoegd was om van het geschil kennis te nemen en dat het hof ten onrechte niet ambtshalve heeft onderzocht of er sprake was van immuniteit van jurisdictie. Voorts wordt geklaagd dat het hof bij zijn beoordeling van de toelaatbaarheid van de executie van het verstekarrest ten onrechte geen enkele betekenis heeft toegekend aan de immuniteit van executie van Irak c.s.

1. Feiten¹ en procesverloop²

1.1 Irak c.s. zijn op vordering de rechtsvoorgangster³ van verweerster in cassatie (hierna: [verweerster]) bij arrest van het gerechtshof Den Haag van 31 oktober 2000 – samengevat – bij verstek hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een bedrag van f 6.808.248,= te vermeerderen met wettelijke rente over dit bedrag vanaf 10 oktober 1998 en met buitengerechtigde incassokosten van f 113.452,=. De vordering is gebaseerd op een op 9 juli 1981 gesloten overeenkomst.

Irak c.s. hebben tegen dit arrest (hierna ook: het verstekarrest) geen verzet ingesteld.

1.2 In de jaren 2003 en 2004 is door de Paris Club een schuldsaneringsregeling voor Irak opgezet. De Paris Club is een informeel overleg tussen 19 landen, waaronder Nederland, die als bilaterale crediteuren van landen in financiële problemen trachten om daarover onderlinge afspraken te maken.

1.3 Resolutie 1483 (2003) van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties luidt – voor zover hier van belang:

“[...]

15. Calls upon the international financial institutions to assist the people of Iraq in the reconstruction and development of their economy and to facilitate assistance by the broader donor community, and welcomes the readiness of creditors, including those of the Paris Club, to seek a solution to Iraq's sovereign debt problems;

[...]

22. Noting the relevance of the establishment of an internationally recognized, representative government of Iraq and the desirability of prompt completion of the restructuring of Iraq's debt as referred to in paragraph 15 above, further decides that, until December 31, 2007, unless the Council decides otherwise, petroleum, petroleum products, and natural gas originating in Iraq shall be immune, until title passes to the initial purchaser from legal proceedings against them and not be subject to any form of attachment, garnishment, or execution, and that all States shall take any steps that may be necessary under their respective domestic legal systems to assure this protection, and

1 Zie het arrest van het gerechtshof Den Haag van 29 december 2015, rov. 2.1-2.13.

2 Voor zover van belang. Zie voor het procesverloop in eerste aanleg rov. 1.1-1.2 van het vonnis van de v.zr. rechtbank Rotterdam van 27 juni 2013 en in hoger beroep rov. 1.1-1.5 van het arrest van het gerechtshof Den Haag van 30 juni 2015 en rov. 1 van het in cassatie bestreden arrest van 29 december 2015.

3 [A] B.V.

that proceeds and obligations arising from sales thereof, as well as the Development Fund for Iraq, shall enjoy privileges and immunities equivalent to those enjoyed by the United Nations except that the abovementioned privileges and immunities will not apply with respect to any legal proceeding in which recourse to such proceeds or obligations is necessary to satisfy liability for damages assessed in connection with an ecological accident, including an oil spill, that occurs after the date of adoption of this resolution;

[...]"

Dit moratorium liep uiteindelijk af op 31 december 2010.

1.4 Resolutie 1546 (2004) van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties luidt – voor zover hier van belang –:

"[...]

27. Further decides that the provisions of paragraph 22 of resolution 1483 (2003) shall continue to apply, except that the privileges and immunities provided in that paragraph shall not apply with respect to any final judgement arising out of a contractual obligation entered into by Iraq after 30 June 2004;

28. Welcomes the commitments of many creditors, including those of the Paris Club, to identify ways to reduce substantially Iraq's sovereign debt, calls on Member States, as well as international and regional organizations, to support the Iraq reconstruction effort, urges the international financial institutions and bilateral donors to take the immediate steps necessary to provide their full range of loans and other financial assistance and arrangements to Iraq, recognizes that the Interim Government of Iraq will have the authority to conclude and implement such agreements and other arrangements as may be necessary in this regard, and requests creditors, institutions and donors to work as a priority on these matters with the Interim Government of Iraq and its successors;

[...]"

1.5 Verordening (EG) Nr. 1210/2003 van de Raad van 7 juli 2003 betreffende bepaalde specifieke restricties op de economische en financiële betrekkingen met Irak en tot intrekking van Verordening (EG) Nr. 2465/96 (PbEG 2003, L 169/6), alsmede Verordening (EG) Nr. 1412/2004 van de Raad van 3 augustus 2004 tot wijziging van Verordening (EG) Nr. 1210/2003 betreffende bepaalde specifieke restricties op de economische en financiële betrekkingen met Irak (PbEG 2004, L 257/1) bouwen voort op deze VN-resoluties.

1.6 In 2005 heeft de Republiek Irak de 'Iraq Debt Reconciliation Office' (hierna: IDRO) opgericht ten einde onder meer een regeling te treffen voor haar uitstaande schulden aan commerciële schuldeisers die hun oorsprong hebben voor 6 augustus 1990. Daarbij is Ernst & Young aangewezen als 'Reconciliation Agent' en Citibank als 'Settlement Agent'.

1.7 IDRO heeft in januari 2005 een 'Request for Information, commercial claims Iraq obligors contact letter' (hierna: RFI) gepubliceerd, waarbij vorenbedoelde schuldeisers werden uitgenodigd om informatie over hun vordering in te dienen door middel van een 'Claim Form'.

1.8 Op 14 februari 2005 heeft [verweerster] op de voorgeschreven wijze informatie over haar vorderingen bij IDRO ingediend. Daarbij heeft [verweerster] aangetekend:

"5. This submission is done sans prejudice and all rights with regard to the claims against Central Bank of Iraq, Rafidain Bank or Rasheed Bank and/or the Republic of Iraq are explicitly reserved."

1.9 Bij e-mail van 12 oktober 2005 aan de advocaat van [verweerster] heeft IDRO nadere informatie over de vorderingen van [verweerster] opgevraagd. Bij e-mail van 13 december 2005 is die informatie verstrekt.

1.10 Op 9 februari 2006 heeft de Settlement Agent namens de

Republiek Irak aan [verweerster] bekend gemaakt dat haar vorderingen tot de niet erkende vorderingen behoorden ('unreconciled claims'). Daarbij heeft zij onder meer de publicatie 'Invitation to tender claims for cash purchase and cancellation' (hierna: ITT) aan [verweerster] toegezonden met de volgende mededeling:

"[...] Note: if Schedule I (statement of Reconciled eligible Claims) attached to this Invitation bears a legend indicating that the Reconciliation Agent was unable to reconcile any of the claim(s) you registered with Ernst & Young, you must nonetheless submit a Tender if you wish to have the option to participate in the Arbitration Mechanism for the resolution of your Unreconciled Claims. If you submit or all of your Unreconciled claims to arbitration (and all Holders will shortly be sent a separate notice inviting them to do so) and receive an award for any of those claims, those awarded claims shall thereafter for all purposes be treated as Reconciled Eligible Claims tendered pursuant to your submitted Tender and will be settled by cash payment on the Arbitrated Claims Closing Date in accordance with the terms of the Invitation."

1.11 [verweerster] heeft geen tender ingediend en geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om haar vorderingen aan arbitrage te onderwerpen.

1.12 In 2010 heeft de rechtbank van Montreal, Canada, aan [verweerster] verlof verleend voor de tenuitvoerlegging van het verstekarrest. Irak c.s. hebben beroep tegen die beslissing ingesteld en hebben in die procedure op 16 juni 2011 een verweerschrift ingediend. In hoger beroep is tenuitvoerlegging van het verstekarrest geweigerd.

1.13 Bij arrest van 10 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:256, heeft het hof Den Haag de vordering van Irak c.s. tot herroeping van het verstekarrest afgewezen.

1.14 Bij inleidende dagvaarding van 5 juni 2013 hebben Irak c.s. [verweerster] in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam. Zij hebben daarbij – voor zover thans van belang – gevorderd⁴ dat de voorzieningenrechter, op straffe van verbeurte van een dwangsom:

(i) de executie van het verstekarrest schorst;

(ii) bepaalt dat deze schorsing van kracht blijft totdat de IDRO (al dan niet door middel van arbitrage) heeft bepaald dat, en tot welk bedrag, [verweerster] wordt toegelaten tot in de Iraq Debt Reconciliation en alle termijnen waarin genoemde betaling plaats dient te vinden zijn verlopen;

(iii) [verweerster] verbiedt het verstekarrest ten uitvoer te leggen in en buiten Nederland: 1. gedurende de onder (i) genoemde schorsing, en daarna: 2. voor zover [het verstekarrest] het bedrag dat volgens IDRO voor uitkering in aanmerking komt, overstijgt.

1.15 Tijdens de mondelinge behandeling op 13 juni 2013 heeft [verweerster] verweer gevoerd. Voorafgaand aan de zitting heeft zij producties in het geding gebracht.

1.16 De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 27 juni 2013 de vorderingen afgewezen en Irak c.s. hoofdelijk veroordeeld in de proceskosten.

1.17 Irak c.s. zijn, onder aanvoering van vijf grieven, van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Den Haag en hebben daarbij – samengevat – vernietiging van het bestreden vonnis gevorderd en, opnieuw rechtdoende, toewijzing van de vorderingen van Irak c.s., met veroordeling van [verweerster] in de kosten van beide instanties.

1.18 [verweerster] heeft de grieven bestreden en een 'incidentele vordering tot proceskostenzekerheid' ingesteld.

4 Zie het kortgedingvonnis van 27 juni 2013, rov. 3.1.

Bij arrest van 30 juni 2015 heeft het hof de incidentele vordering toegewezen.

1.19 Partijen hebben hun zaak op 26 november 2015 laten bepleiten door hun advocaten.

1.20 Het hof heeft vervolgens bij arrest van 29 december 2015 het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd voor zover de voorzieningenrechter zich bevoegd heeft geacht ten aanzien van de vorderingen van Irak c.s. voor zover deze vorderingen betrekking hebben op het buitenland, en opnieuw rechtdoende de Nederlandse rechter in zoverre onbevoegd verklaard. Het hof heeft voorts het vonnis voor het overige bekrachtigd en Irak c.s. uitvoerbaar bij voorraad veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep.

1.21 Irak c.s. hebben tijdig⁵ cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van 29 december 2015.

[verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping van het principaal cassatieberoep en tevens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Irak c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het voorwaardelijk incidenteel beroep.

Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht en vervolgens gerepliceerd en gedupliceerd⁶.

2 Bespreking van het principale cassatieberoep

Inleidende opmerkingen

2.1 Het onderhavige kort geding heeft betrekking op de tenuitvoerlegging van een tussen Irak c.s. en (de rechtsvoorgangster van) [verweerster] gewezen arrest, waarin Irak c.s. bij verstek hoofdelijk zijn veroordeeld tot betaling van een bedrag van (in hoofdsom) f 6.808.248,-.

2.2 In cassatie staat vast dat geen verzet is ingesteld tegen het verstekarrest en dat dit rechtsmiddel ook niet meer openstaat, zodat het verstekarrest kracht van gewijsde heeft gekregen. Eveneens staat vast dat Irak c.s. tevergeefs een vordering tot herroeping van het verstekarrest hebben ingesteld. Het hof Den Haag heeft Irak c.s. bij arrest van 10 maart 2015 gedeeltelijk niet-ontvankelijk verklaard in hun vordering tot herroeping en de vordering voor het overige afgewezen. Het tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep, waarin ik eveneens heb geconcludeerd, is door Uw Raad op 9 december 2016 verworpen⁷.

Toetsingskader executiegeschil; uitgangspunten in cassatie

2.3 De onderhavige zaak is een executiekortgeding.

Met betrekking tot de bevoegdheid om een (verstek)arrest te executeren heeft het hof in de rov. 17-18 een toetsingskader tot uitgangspunt genomen dat in cassatie niet wordt bestreden.

Het hof heeft daarbij in rov. 17 terecht vooropgesteld dat een partij die een vonnis of arrest heeft verkregen in beginsel bevoegd is⁸ dat vonnis of arrest te executeren, maar dat deze partij die bevoegdheid niet mag misbruiken. Het hof heeft overwogen dat van misbruik ingevolge art. 3:13 lid 2 BW sprake kan zijn indien de bevoegdheid wordt uitgeoefend (i) met geen ander doel dan een ander te schaden, (ii) met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of indien (iii) de betrokken partij, in

aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en het belang dat daarvoor wordt geschaad, in redelijkheid niet tot die uitoefening kan komen.

2.4 Ten aanzien van de onder (iii) genoemde misbruikgrond heeft het hof in rov. 18 overwogen dat in vaste rechtspraak is aanvaard dat de rechter slechts dan de tenuitvoerlegging van een vonnis kan schorsen indien hij van oordeel is dat de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de executie zullen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid om tot tenuitvoerlegging over te gaan.

Het hof heeft vervolgens, onder verwijzing naar onder meer het voor executiegeschillen geldende standaardarrest van 22 april 1983 (Ritzen/Hoekstra)⁹, overwogen dat hiervan sprake kan zijn indien (a) het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of (b) na het vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten meebrengen dat de executie klaarblijkelijk een noodtoestand zou doen ontstaan voor degene te wiens laste het vonnis wordt ten uitvoer gelegd, waardoor een onverwijld executie niet kan worden aanvaard. Aan deze twee invullingen van de maatstaf heeft het hof een derde toegevoegd die is ontleend aan het arrest van de Hoge Raad van 30 mei 2008 in de zaak *Newbay/Staat*¹⁰, te weten dat (c) sprake is van feiten en omstandigheden die bij het te executeren vonnis niet in aanmerking konden worden genomen doordat zij zich eerst na die uitspraak hebben voorgedaan, en die kunnen rechtvaardigen dat van die eerdere beslissing wordt afgeweken.

2.5 Ik plaats een aantal kanttekeningen.

Laatstgenoemd arrest had betrekking op een incidentele vordering in cassatie tot opheffing van de door het hof aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad verbonden voorwaarde van zekerheidstelling. In rov. 3.2.4 van dit arrest *Newbay/Staat* heeft de Hoge Raad, na een opsomming in rov. 3.2.3 van de beoordelingsmaatstaven die gelden voor incidentele vorderingen op de voet van art. 234, 235 en 351 Rv, als volgt overwogen:

“Nu bij de beoordeling van een incidentele vordering als hier bedoeld ook geldt, dat in beginsel moet worden uitgegaan van de beslissing van de vorige rechter en de daaraan ten grondslag liggende vaststellingen en oordelen omtrent de aan de tenuitvoerlegging bij voorraad verbonden voorwaarde van zekerheidstelling, zal de incidenteel eiser aan zijn vordering feiten en omstandigheden ten grondslag moeten leggen die bij de door de vorige rechter gegeven beslissing niet in aanmerking konden worden genomen doordat zij zich eerst na de uitspraak van de vorige rechter hebben voorgedaan, en die kunnen rechtvaardigen dat van die eerdere beslissing wordt afgeweken”.

2.6 Het is m.i. niet geheel duidelijk waarom het hof de desbetreffende overweging van de Hoge Raad, die (mede) betrekking heeft op een incidentele vordering tot schorsing van een vonnis op de voet van art. 351 Rv, van toepassing acht op het executiegeschil waarin de maatstaf voor schorsing van de executie van een vonnis misbruik van bevoegdheid is¹¹.

5 De cassatiedagvaarding is uitgebracht op 22 februari 2016.

6 De door partijen gefourneerde procesdossiers zijn nagenoeg identiek.

7 HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2832.

8 In rov. 3.2 van zijn arrest van 6 januari 1989, ECLI:HR:1989:AB9289, NJ 1989/387 m.nt. W.H. Heemskerk gebruikte de HR de bewoordingen dat “Het wettelijk stelsel is gebaseerd op het uitgangspunt dat de tenuitvoerlegging van een executoriale titel zo min mogelijk moet worden belemmerd (...)”.

9 HR 22 april 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4575, NJ 1984/145 m.nt. W.H. Heemskerk. Voorts heeft het hof verwezen naar HR 24 februari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0646, NJ 1989/551 en HR 30 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0738, NJ 1993/4.

10 ECLI:NL:HR:2008:BC5012, NJ 2008/311.

11 Zie over de incidentele vordering tot schorsing van art. 351 Rv o.a. J.R. Sijmonsma, De schorsing van de tenuitvoerlegging van een vonnis op de voet van art. 351 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, TvPP 2013-1, p. 9-10 met verdere verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.

In zijn beschikking van 20 maart 2015¹² waarin een beslissing is gegeven op het incidentele verzoek om de door het hof gegeven beschikking (een veroordeling tot betaling van een gebruiksvergoeding) alsnog uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, heeft de Hoge Raad een spoorboekje opgesteld voor de beoordeling van verzoeken op de voet van art. 234 en 235 waarin (onder (iv)) ook wordt ingegaan op het verzoek tot wijziging van een dergelijke beslissing. M.i. heeft deze uitspraak daardoor ook betrekking op het verzoek of vordering tot schorsing op de voet van art. 351 Rv.

De door de Hoge Raad gegeven regels zijn de volgende:

(i) De eiser of verzoeker in het incident zal belang moeten hebben bij de door hem gevorderde of verzochte uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Indien de beslissing de veroordeling tot betaling van een geldsom betreft, is dat belang in beginsel gegeven.

(ii) Bij de beoordeling moeten de belangen van partijen worden afgewogen in het licht van de omstandigheden van het geval. Daarbij moet worden nagegaan of op grond van die omstandigheden het belang van degene die de veroordeling verkreeg, zwaarder weegt dan dat van de veroordeelde bij behoud van de bestaande toestand tot op het rechtsmiddel is beslist.

Bij deze belangenafweging is een belangrijk gezichtspunt dat de rechter in vorige instantie de vordering of het verzoek toewijsbaar heeft geoordeeld, en dat moet worden voorkomen dat het aanwenden van rechtsmiddelen wordt gebezigd als middel om uitstel van executie te verkrijgen.

(iii) Bij deze afweging moet worden uitgegaan van de bestreden beslissing en van de daaraan ten grondslag liggende vaststellingen en oordelen, en blijft de kans van slagen van het tegen die beslissing aangewende rechtsmiddel in beginsel buiten beschouwing.

(iv) Indien in vorige instantie een gemotiveerde beslissing is gegeven over de uitvoerbaarverklaring bij voorraad, zal de incidenteel eiser of verzoeker die wijziging van deze beslissing wenst, aan zijn vordering of verzoek feiten en omstandigheden ten grondslag moeten leggen die bij de door de vorige rechter gegeven beslissing niet in aanmerking konden worden genomen doordat zij zich eerst na de uitspraak van de vorige rechter hebben voorgedaan, en die kunnen rechtvaardigen dat van die eerdere beslissing wordt afgeweken.

2.7 De toets of een door de 'lagere' rechter uitgesproken uitvoerbaar bij voorraadverklaring moet worden gewijzigd, is m.i. getoet op de onder (ii) en (iv) geformuleerde regels een lichtere dan de in 2.4 omschreven maatstaf voor misbruik van bevoegdheid. Dit roept de vraag op of deze lichtere toets wel dient te worden toegepast in een executiegeschil als het onderhavige waarin schorsing van een onherroepelijke uitspraak wordt gevorderd (zie daarover ook hierna onder 2.10)

Ik laat het antwoord op deze vraag in het midden nu, als gezegd, het door het hof gehanteerde kader in cassatie niet wordt bestreden. Wel merk ik nog op dat het hof door het gebruik van het woord "althans" kennelijk de onder (c) genoemde grond als een afzwakking beschouwt van het begrip 'noodtoestand' van (b) en dat het in beide gevallen om na het vonnis voorgevallen feiten of omstandigheden gaat die de executie tegenhouden.

Verstekarrest

2.8 Eveneens in cassatie onbestreden is de overweging van het hof dat genoemd toetsingskader ook bij de executie van een verstekarrest geldt. Het hof laat daarbij in het midden of dit anders kan liggen in de situatie dat een verzetprocedure loopt, omdat in het onderhavige geval verzet tegen het verstekarrest

niet meer mogelijk is. Het hof verwijst in dit verband expliciet naar het arrest van het hof 's-Hertogenbosch van 22 september 2015¹³. In dit arrest oordeelde het hof als volgt:

"6.6.2. Voormelde regel (de regel uit het arrest Ritzen/Hoekstra, toev. A-G) geldt ook voor een verstekvonnis. Het enkele feit dat dit vonnis is gewezen zonder dat inhoudelijk verweer naar voren is gebracht, betekent nog niet dat in een executiegeschil (alsnog) een inhoudelijke toets dient plaats te vinden. Bij een verstekvonnis kan echter wel eerder dan bij een op tegenspraak gewezen vonnis de conclusie worden getrokken dat naderhand is gebleken van feiten die – ware zij eerder bekend geweest – naar verwachting tot een andere uitspraak zou hebben geleid, omdat immers in verstekzaken in beginsel de vordering en hetgeen daaraan ten grondslag is gelegd slechts summierlijk wordt getoetst, doorgaans op eenzijdig door de eiser aangevoerde gronden en zonder dat een partijdebat heeft plaatsgevonden".

2.9 Ik signaleer evenwel dat het gerechtshof 's-Hertogenbosch in zijn arresten van 9 december 2014¹⁴ en 17 mei 2016¹⁵ heeft geoordeeld dat de Hoge Raad in het arrest Ritzen/Hoekstra het oog heeft gehad op een op tegenspraak gewezen vonnis¹⁶.

Wat daar verder ook van zij, het oordeel van het hof in de onderhavige zaak in rov. 18 dat de door het hof beschreven maatstaf ook geldt bij de executie van een verstekarrest, wordt in cassatie niet bestreden.

Onherroepelijke uitspraak

2.10 Ook de bevoegdheid om een onherroepelijk geworden uitspraak ten uitvoer te leggen kan volgens de Hoge Raad in zijn arrest van 5 november 1993 worden misbruikt. Wanneer daarvan sprake is, kan de executie op de voet van art. 438 Rv worden verboden¹⁷.

Door de Hoge Raad is nog niet beslist of de executie van een onherroepelijk geworden vonnis of arrest ook aan de in het arrest Ritzen/Hoekstra genoemde criteria voor misbruik dient te worden getoetst. Daarbij dient te worden bedacht dat op grond van het gesloten stelsel van in de wet geregelde rechtsmiddelen een onjuist geachte rechterlijke uitspraak – afgezien van het zeldzame geval van het geheel ontbreken van rechtskracht (ofwel volstreekte nietigheid) – niet anders dan door het aanwenden van een rechtsmiddel kan worden aangetast en dat ook indien geen rechtsmiddel beschikbaar is, de uitspraak tussen partijen rechtskracht heeft¹⁸. De omstandigheid dat een uitspraak onherroepelijk is, kan daarmee een factor zijn die tot terughoudendheid noopt. In de literatuur is in dit verband vooral het criterium uit het arrest Ritzen/Hoekstra onder (a), de juridische of feitelijke misslag, aan de orde geweest.

13 ECLI:NL:GHSHE:2015:3679.

14 ECLI:NL:GHSHE:2014:5174, rov. 3.7.1.

15 ECLI:NL:GHSHE:2016:1957, rov. 3.12-3.13.

16 Dit oordeel is bestreden door J.H.M. van Swaaij in zijn kritische annotatie onder het laatstgenoemde arrest in JBPR 2016/67. Oudelaar heeft in zijn proefschrift uit 1992 evenwel ook het standpunt verdedigd dat de executierechter, die overweegt in te grijpen in de executie van een vonnis dat gezag van gewijsde heeft, daarbij minder terughoudend hoeft te zijn wanneer het een verstekvonnis betreft dan wanneer het om een vonnis op tegenspraak gaat, zie H. Oudelaar, *Civielrechtelijke executiegeschillen* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint bv 1992, hfdst. IV, met name p. 310-313.

17 HR 5 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1125, NJ 1994/154 m.nt. P.A. Stein, rov. 3.3, onder verwijzing naar HR 30 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0738, NJ 1993/4.

18 Zie HR 27 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0608, NJ 1989/588 m.nt. W.H. Heemskerk, rov. 3.2; herhaald in HR 24 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AM2625, NJ 2004/558 m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.2.3.

12 ECLI:NL:HR:2015:688, NJ 2015/158, rov. 3.3.1-3.3.2.

Juridische of feitelijke misslag (a)

2.11 In zijn conclusie voor HR 5 november 1993 neemt A-G Asser aan dat de bevoegdheid om een onherroepelijke uitspraak ten uitvoer te leggen kan worden misbruikt, maar heeft hij de nodige reserves of schorsing van de executie kan plaatsvinden op de grond dat de te executeren uitspraak berust op een juridische of feitelijke misslag. Volgens Asser brengt de binding aan een in kracht van gewijsde gegaan vonnis in beginsel mee dat de discussie over de inhoud van het vonnis of over de wijze waarop het stand is gekomen niet meer kan worden gevoerd in het kader van de vraag of de executant die het vonnis ten uitvoer legt misbruik maakt van zijn bevoegdheid en is het enige criterium, wil men van misbruik van bevoegdheid kunnen spreken, of het onaanvaardbaar is dat de uitspraak ten uitvoer wordt gelegd gelet op de gevolgen voor de geëxecuteerde. Dat is het geval wanneer de executie de geëxecuteerde onevenredig zwaar treft in zijn belangen, waarbij Asser verwijst naar de noodtoestand in het arrest van 22 april 1983 (Ritzen/Hoekstra).

2.12 Met verwijzingen naar onder meer het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en de rechtszekerheid dat aan procedures eens een eind moet komen, betoogt A-G Verkade in zijn conclusie voor het arrest van 23 maart 2007¹⁹ dat de rechter de tenuitvoerlegging van een in kracht van gewijsde gegane uitspraak niet in een executiegeschil kan verbieden omdat hij van oordeel is dat de uitspraak juridisch of feitelijk onjuist is of omdat hij tot een ander oordeel komt. De executierechter kan slechts oordelen dat sprake is van misbruik van executiebevoegdheid als de executant weet dat een veroordelend en in kracht van gewijsde gegaan vonnis op een onjuiste feitelijke grondslag berust en niettemin de executie daarvan doorzet²⁰.

2.13 Volgens Beukers, naar wie Verkade verwijst, is een verbod tot tenuitvoerlegging op de enkele grond dat een executant weet dat het te executeren vonnis onjuist is, echter niet acceptabel ook niet wanneer de geëxecuteerde onevenredig in zijn belangen wordt getroffen, en moet er sprake zijn van een bijzondere omstandigheid die verklaart en rechtvaardigt waarom de geëxecuteerde zich in de eerdere procedure niet naar behoren heeft verdedigd, bij gebreke waarvan de bindende kracht van het ten uitvoer te leggen vonnis onverminderd in stand blijft²¹.

2.14 De algemene opvatting is dat de executierechter ervoor dient te waken dat het inhoudelijke debat over de hoofdzaak wordt heropend en het executiegeschil wordt gebruikt als een verkapt rechtsmiddel²².

Latere feiten en omstandigheden (c)

2.15 Bij het in cassatie bestreden arrest door het hof onder (c) genoemde geval dat zich na uitspraak feiten en omstandigheden hebben voorgedaan die bij het te executeren vonnis niet in aanmerking konden worden genomen, en die kunnen rechtvaardigen

gen dat van die eerdere beslissing wordt afgeweken, rijst onmiddellijk de vraag wat de verhouding is met het buitengewone rechtsmiddel van herroeping.

In het hiervoor genoemde arrest van 5 november 1993 speelde die verhouding een rol en overwoog de Hoge Raad dat in geval de onherroepelijke uitspraak niet in laatste ressort is geweest zodat daartegen rekest-civiel niet heeft opengestaan, bij de vraag of van zodanig misbruik sprake is, mede van belang kan zijn of die uitspraak klaarblijkelijk onjuist is ten gevolge van door de executant in de procedure gepleegd bedrog (rov. 3.3)²³.

Dit arrest dateert nog uit de tijd dat op grond van art. 382 aanhef Rv (oud) rekest-civiel (het huidige rechtsmiddel herroeping) niet openstond tegen een vonnis dat niet in het hoogste ressort is geweest, zoals een appellabel vonnis waartegen geen hoger beroep is ingesteld. Hoewel het arrest uit 1993 op dit punt als achterhaald moet worden beschouwd (volgens het huidige art. 382 Rv kan elk vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan op vordering van een partij worden herroepen), meen ik dat uit de hiervoor genoemde rechtsoverweging 3.3 ook in zijn algemeenheid kan worden afgeleid dat in een executiegeschil een beroep op misbruik van bevoegdheid vanwege door de executant in de procedure gepleegd bedrog niet kan worden gehonoreerd wanneer de onherroepelijke uitspraak waarop de executant de tenuitvoerlegging baseert door middel van herroeping kon worden aangevochten.

2.16 De voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam, die in het onderhavige executiegeschil het vonnis in eerste aanleg heeft gewezen, huldigde de opvatting dat een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag in een onherroepelijk vonnis geen grond oplevert voor het aannemen van misbruik van executiebevoegdheid²⁴.

Dat heeft het hof wel gedaan²⁵. Of en in welke mate sprake kan zijn van misbruik van executiebevoegdheid indien het onherroepelijk geworden verstekarrest is gebaseerd op een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag, wordt echter in cassatie niet aan de orde gesteld, terwijl voorts door het hof is overwogen (rov. 19) dat Irak c.s. niet hebben aangevoerd dat de door hen gestelde omstandigheden (zie rov. 15) een noodtoestand (het in 2.4 onder (b) genoemde geval) opleveren.

Bespreking van de klachten

2.17 Het cassatiemiddel in het principale cassatieberoep bestaat uit vijf onderdelen die op hun beurt zijn onderverdeeld in diverse subonderdelen.

Onderdeel 1 en de eerste vier subonderdelen van onderdeel 2 zijn gericht tegen de rov. 16 en 19, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld (voor de leesbaarheid citeer ik ook rov. 15):

“15. Hetgeen door Irak c.s. in zijn memorie is aangevoerd komt er op neer (i) dat de *State Organization of Iraqi Ports* de contractuele wederpartij is van (de rechtsvoorgangster van) [verweerster], en Irak c.s. niet betrokken is bij dit geschil, (ii) dat [verweerster] wist dat Irak c.s. niet (verhaals) aansprakelijk was voor de vorderingen op de *State Organization of Iraqi Ports*, (iii) dat ([verweerster] wist dat) de vorderingen ten tijde van de dagvaarding reeds waren verjaard, (iv) dat [verweerster] desniettegenstaande Irak c.s. doelbewust, op de voet van (thans) artikel 55 Rv, heeft gedagvaard, zonder de *State Organization of Iraqi Ports* te informeren of te dagvaarden, (v) dat de Republiek Irak en Central Bank of Iraq ten onrechte zijn vereenzelvigd met de

19 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5411, NJ 2007/177.

20 Zie de conclusie onder 5.9 en 5.10 met verwijzing naar literatuur in de noten 22-24.

21 Y.E.M. Beukers, Onherroepelijkheid en misbruik van executierecht, TCR 1996, nr. 4, p. 77. Onder bijzondere omstandigheid verstaat Beukers in ieder geval de situatie dat de gedaagde verstek heeft laten gaan omdat hij was opgenomen in een psychiatrische kliniek en door zijn psychische problemen niet in staat was voor zijn belangen op te komen (zie p. 76).

22 Zie o.m. Rueb, Gras & Jongbloed, Compendium Burgerlijk procesrecht 2015/16.2.5; H.W.B. thoe Schwarzenberg & A.W. Jongbloed, Beslag en executie voor de rechtspraak, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2014, p. 61; L.P. Broekveldt, GS Burgerlijke rechtsvordering, art. 438 Rv, aant. 2; J.H. Blauw, Het kort geding, A. Algemeen deel, Deventer: Kluwer 2002, p. 233 en de conclusie van A-G Verkade onder 5.5 en 5.7 vóór HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5441, NJ 2007/177 met verdere onder verwijzing naar literatuur.

23 Zie daarover ook de conclusie van A-G Asser onder 2.10-2.13. Zie verder hierna onder 2.41.

24 Zie rov. 4.5 van het vonnis van de v.zr. Rechtbank Rotterdam van 27 juni 2013.

25 Vgl. Rueb, Gras & Jongbloed, a.w., nr. 16.2.5.

State Organization of Iraqi Ports, (vi) dat sprake was van een politiek instabiele situatie, zodat [verweerster] moest weten dat de kans dat Irak c.s. zou verschijnen nihil was, (vii) dat de *State Organization of Iraqi Ports* de vordering schriftelijk had betwist, en (viii) dat [verweerster] over dit alles destijds niets heeft medegedeeld aan de rechtbank en het hof in de verstekzaak.

16. Bij pleidooi in hoger beroep heeft Irak c.s. daar nog aan toegevoegd (ix) dat de Nederlandse rechter onbevoegd was om van het geschil kennis te nemen, zulks omdat artikel 126 lid 3 (oud) Rv als exorbitante bevoegdheidsgrond in strijd met volkenrecht was en omdat de immuniteit van jurisdictie zich daartegen verzette, (x) dat een vordering op een vreemde staat niet tevens een vordering inhoudt op de centrale bank van die staat, en (xi) dat ([verweerster] wist dat) tussen de *State Organization of Iraqi Ports* en (de rechtsvoorgangster van) [verweerster] arbitrage was overeengekomen, althans dat daarover de nodige inhoudelijke discussie gevoerd zou kunnen worden. Daarnaast heeft Irak c.s. bij pleidooi betoogd dat er bovendien sprake was van een noodtoestand die voortvloeide uit het feit dat er na de Irak-oorlog een schuldsaneringsregeling (IDRO) was. Deze bij pleidooi naar voren gebrachte gronden zijn, gelet op de twee-conclusieregel, te laat aangevoerd, zodat het hof hier geen acht op slaat; uitzonderingen op die regel doen zich niet voor.

19. De door Irak c.s. onder 15 gestelde omstandigheden – en overigens ook die onder 16 – vormen naar [het]voorlopig oordeel van het hof, noch ieder voor zich noch in onderling verband beschouwd, een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag. Vast staat dat deze gronden niet zijn aangevoerd in de zaak waarin het verstekarrest is gewezen, omdat Irak c.s. niet is verschenen in die procedure en Irak c.s. geen verzet heeft ingesteld tegen het verstekarrest. Het zijn naar voorlopig oordeel ook geen gronden die het hof ambtshalve hadden moeten weerhouden van het toewijzen van de vorderingen in de verstekprocedure; daarbij zij aangetekend dat de Nederlandse rechter destijds – de inleidende dagvaarding is betekend op 19 oktober 1998 – op grond van artikel 126 lid 3 (oud) Rv bevoegd was om van [verweerster]’s vorderingen kennis te nemen, terwijl Irak c.s. in casu geen beroep op immuniteit toekwam. Tezamen genomen kunnen deze gronden niet de conclusie dragen dat het verstekarrest berust op feitelijke of juridische misslagen, laat staan klaarblijkelijke misslagen. De gronden die Irak c.s. aanvoert zijn ook geen feiten of omstandigheden die zijn voorgevallen of aan het licht gekomen na het verstekarrest of na het verstrijken van de termijn voor het instellen van verzet daartegen. Het zijn gronden die Irak c.s. had kunnen aanvoeren in de procedure die heeft geleid tot het verstekarrest of in de verzetprocedure tegen het verstekarrest. Dat had Irak c.s. ook moeten doen gegeven het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en gelet op het feit dat de gronden wel in geschil zijn. [verweerster] heeft die gronden in de onderhavige procedure namelijk punt voor punt gemotiveerd weersproken. Bovendien heeft Irak c.s. niet aangevoerd dat deze omstandigheden een noodtoestand opleveren, laat staan dat Irak c.s. dat voldoende heeft toegelicht. Op grond van die omstandigheden kan tezamen genomen dus niet worden gezegd dat sprake is van misbruik ingevolge artikel 3:13 BW, strijd met de redelijkheid en billijkheid of een anderszins onrechtmatige executie.”

2.18 Onderdeel 1, dat uit vier subonderdelen bestaat, klaagt dat het oordeel van het hof (aan het slot van rov. 16) dat de bij pleidooi naar voren gebrachte “gronden” (ix), (x) en (xi), gelet op de twee-conclusieregel, te laat zijn aangevoerd zodat het hof daar op geen acht slaat, onjuist althans onbegrijpelijk is.

2.19 Anders dan het onderdeel tot uitgangspunt neemt, heeft het hof in rov. 19 wel degelijk acht geslagen op de in rov. 16 genoemde omstandigheden en deze ten gronde afgedaan. Het

onderdeel stuit hierop in zijn geheel af. Dit geldt tevens voor subonderdeel 2.4 waarin wordt geklaagd dat voor zover het hof in rov. 19 mocht hebben bedoeld dat zijn beoordeling van de onder rov. 16 gestelde omstandigheden (slechts) als overwegingen ten overvloede moeten worden begrepen, dit oordeel onbegrijpelijk dan wel onjuist is.

2.20 Onderdeel 2 bevat zes subonderdelen.

De eerste vier subonderdelen klagen in de kern dat het oordeel van het hof in rov. 19, inhoudende dat de onder rov. 15 en 16 gestelde gronden niet de conclusie kunnen dragen dat het verstekarrest berust op (een) klaarblijkelijke feitelijke of juridische misslag(en), onjuist althans onbegrijpelijk is.

2.21 Subonderdeel 2.1 klaagt in de eerste plaats, samengevat, dat het hof heeft miskend dat de soevereine staat Irak zich als volkenrechtelijk rechtssubject niet tegen zijn wil hoeft te onderwerpen aan de aan de woonplaats van de eiser ontleende rechtsmacht van de overheidsrechter van een andere staat (“par in parem non habet imperium”). Het subonderdeel voert daartoe onder meer aan dat uit het niet-verschijnen van een vreemde staat niet een instemmende wilsuiting mag worden afgeleid zodat de consequentie van niet-verschijnen bij de Nederlandse rechter dan ook niet een veroordeling bij verstek had mogen zijn. Irak c.s. verwijzen in dit verband naar art. 8 lid 4 van het op 2 december 2004 in New York tot stand gekomen United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen, hierna: het VN-Verdrag).

Het subonderdeel klaagt daarnaast, onder verwijzing naar subonderdeel 1.3, dat het hof heeft miskend dat de centrale bank van een staat op grond van het volkenrecht niet ‘verhaalsaanprakelijk’ is voor de verplichtingen van die staat en dat ook dit een klaarblijkelijke misslag betreft in het verstekarrest.

2.22 De eerste klacht van subonderdeel 2.1 faalt reeds omdat deze klaarblijkelijk uitgaat van de leer van onbeperkte of absolute immuniteit van jurisdictie, die inhoudt dat de ene soevereine staat geen gezag over de andere kan uitoefenen en dat een staat derhalve nooit onvrijwillig aan de rechtsmacht van een andere staat kan en mag worden onderworpen²⁶. Deze leer is achterhaald. Tegenwoordig (en ook reeds ten tijde van het aanhangig maken van de procedure die heeft geleid tot het verstekarrest) wordt de immuniteit van jurisdictie in vergaande mate gerelativeerd en wordt aangenomen dat deze slechts is bedoeld voor handelingen die verband houden met uitoefenen van een overheidstaak (de zgn. *acta iure imperii*) en niet voor gevallen waarin een staat op de voet van gelijkheid rechtsbetrekkingen is aangegaan met particulieren (de zgn. *acta iure gestionis*)²⁷. Volgens de relatieve immuniteitsleer bepaalt dit onderscheid of een staat zich aan de rechtsmacht van de rechter van een andere staat kan onttrekken²⁸. Anders dan Irak c.s. suggereren, is

26 Zie voor deze definitie Th.M. de Boer in zijn noot (onder 1) onder HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, NJ 1995/650.

27 Zie bijv. L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht, Deventer: Kluwer 2015, nr. 226; A. Nollkaemper, Kern van het internationaal publiekrecht, Den Haag: Boom juridisch 2016, nr. 350; J. Spiegel, Vreemde staten voor de Nederlandse rechter (diss. VU Amsterdam), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 5-6; A.G.F. Ancery & M.A.M. Essed, Staatsimmuniteit van executie, MvV 2015, nr. 2, p. 40 en A-G Vlas in o.a. zijn conclusie (onder 2.1) vóór HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer onder NJ 2017/192.

28 Zie Th.M. de Boer in zijn noot (onder 1) onder HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, NJ 1995/650. Terzijde merk ik op dat het aangaan van de in 1981 gesloten overeenkomst tussen Nelson en de *State Organization of Iraqi Ports*, welke overeenkomst volgens de stellingen van partijen betrekking had op de levering

108 dus niet vereist dat de vreemde staat instemt met de uitoefening van rechtsmacht door de rechter van de andere staat.

Het voorgaande laat onverlet dat een staat wél (expliciet of impliciet) afstand kan doen van immuniteit van jurisdictie²⁹.

2.23 In het hierna bij subonderdeel 2.3 nader te bespreken arrest Azeta/Chili uit 2010 heeft de Hoge Raad bovendien geoordeeld dat de omstandigheid dat een – op de juiste wijze gedagvaardde – vreemde staat een beroep op immuniteit zou kunnen doen op zichzelf niet aan verstekverlening in de weg staat³⁰.

Ook hierop stuit de eerste klacht van subonderdeel 2.1 af.

2.24 Het hof heeft in rov. 19 vastgesteld dat Irak c.s. in de procedure die tot het verstekarrest heeft geleid, niet hebben aangevoerd dat de Central Bank of Iraq niet verhaalsaansprakelijk is en voorts geoordeeld dat dit ook geen grond betreft die de rechter ambtshalve had moeten weerhouden van de toewijzing van de vorderingen. Beide oordelen zijn in cassatie niet bestreden. Irak c.s. missen dan ook belang bij de tweede klacht van subonderdeel 2.1.

2.25 *Subonderdeel 2.2* klaagt dat het oordeel van het hof dat de rechter zich ten tijde van de inleidende dagvaarding van 19 oktober 1998 in de procedure die leidde tot het verstekarrest “tegenover Irak c.s.” op art. 126 lid 3 Rv (oud) “mocht baseren” onjuist is. Daartoe wordt aangevoerd dat het ‘forum actoris’ op dat moment reeds gold als een ‘exorbitant forum’ dat internationaal al niet meer was geaccepteerd, dat het forum actoris al per 1 januari 2002 formeel uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is geschrapt en dat een regel van internationaal bevoegdheidsrecht die door de rechter is verlaten niet tot in lengte van dagen als grondslag van diens bevoegdheid kan worden gebruikt. Het perpetuatio fori-beginsel doet, volgens het subonderdeel, hieraan niet af omdat er in deze zaak onvoldoende aanknopingspunten zijn met de Nederlandse rechts sfeer en omdat in dit geval de ratio van het niet-absolute perpetuatio fori-beginsel (te weten het dienen van de rechtszekerheid in de internationale verhoudingen) “precies doorkruist is met de rechtsgang in Nederland die resulteerde in het verstekarrest waarvan de rol al lang uitgespeeld had moeten zijn”. Tot slot wordt aangevoerd, onder verwijzing naar subonderdeel 1.3, dat het hof in zijn oordeel niet heeft meegewogen dat Iraqi Ports indertijd al arbitrage heeft aangeboden, terwijl daaruit ten minste blijkt dat (de rechtsvoorganger van) [verweerster] niet in Nederland een uitspraak bij verstek hoefde ‘te halen’.

2.26 De vraag of de Nederlandse rechter internationale bevoegdheid toekomt, moet worden beoordeeld aan de hand van het recht dat geldt ten tijde van het aanhangig maken van de procedure in eerste aanleg; indien deze bevoegdheid op dat moment bestaat, kan daarin tijdens de procedure geen verandering meer komen (het zogenaamde perpetuatio fori-beginsel). Een andere opvatting zou volgens de Hoge Raad tot voor de

en onderhoud van kranen, zou kunnen worden beschouwd als een actum iure gestionis, een handeling die de staat op de voet van gelijkheid met een private partij heeft verricht (volgens jurisprudentie van de HR is de aard en niet het motief van de handeling beslissend, zie bijv. HR 28 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0974, NJ 1994/329, rov. 3.2), doch daaromtrent is in deze zaak niets vastgesteld.

29 Zie nader over afstand van immuniteit van jurisdictie o.a. Spiegel, a.w., § 1.5 en Nollkaemper, a.w., nr. 349. Art. 8 lid 4 van het (niet door Nederland geratificeerde en nog niet in werking getreden) VN-Verdrag bepaalt in dat verband dat het niet verschijnen van een staat voor de rechter van een andere staat niet wordt uitgelegd als instemming door de eerstbedoelde staat met de uitoefening van de rechtsmacht door de rechter.

30 HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9154, NJ 2010/526 m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.5.3.

praktijk onwerkbaar resultaten leiden en in strijd zijn met de rechtszekerheid³¹.

2.27 Het hof heeft derhalve terecht acht geslagen op het geldende recht ten tijde van het uitbrengen van de inleidende dagvaarding (19 oktober 1998). Op grond van het toentertijd geldende art. 126 lid 3 Rv was de rechter van de woonplaats van de eiser bevoegd indien de gedaagde geen erkend verblijf in Nederland had (‘forum actoris’). Deze bepaling gold destijds zowel voor de relatieve competentie van de Nederlandse rechter als voor zijn internationale bevoegdheid (op grond van de in vaste rechtspraak sinds 1915³² bevestigde oude regel ‘distributie bepaalt attributie’)³³.

In cassatie is niet bestreden dat eiseres in de verstekprocedure, [A] B.V., ten tijde van het inleiden van die procedure in eerste aanleg, woonplaats – dat wil zeggen: haar plaats van vestiging – had in Nederland. Het hof heeft aldus terecht aangenomen dat de Nederlandse rechter destijds op grond van art. 126 lid 3 (oud) Rv internationaal bevoegd was om kennis te nemen van de vorderingen van (de rechtsvoorganger van) [verweerster].

2.28 Hieraan doet niet af dat het ‘forum actoris’ van art. 126 lid 3 Rv (oud) internationaal reeds als “exorbitant forum” werd aangemerkt (vgl. art. 3 EEX-Verdrag) en een forum-actoris-vonnis in veel landen (buiten de EEX-staten)³⁴ niet werd erkend en om die reden naderhand, met ingang van 1 januari 2002³⁵, (voor dagvaardingszaken) is geschrapt³⁶.

Doorbreking van het perpetuatio fori-beginsel, zoals door Irak c.s. kennelijk wordt bepleit, zou ook overigens Irak c.s. niet kunnen baten, nu het verstekarrest vóór 1 januari 2002 is gewezen.

Evenmin valt in te zien waarom er in deze zaak onvoldoende aanknopingspunten zouden zijn met de Nederlandse rechts sfeer, gelet op de omstandigheid dat eiseres in de verstekprocedure ([A] B.V.) woonplaats had in Nederland en deze procedure, volgens de eigen stellingen van Irak c.s., betrekking had op een (vermeende) vordering uit overeenkomst van de Nederlandse vennootschap Nelcon B.V. op de State Organization of Iraqi Ports die aan [A] B.V. was gecedeerd³⁷.

2.29 Ten slotte miskent het subonderdeel dat in het oordeel van het hof in rov. 19 ten aanzien van de in rov. 16 genoemde omstandigheid (xi) ligt besloten dat Irak c.s. in de zaak waarin het verstekarrest is gewezen geen beroep hebben gedaan op een be-

31 HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO2785, NJ 2004/295, m.nt. P. Vlas, rov. 3.2.

32 Vanaf HR 24 december 1915, NJ 1916/417.

33 Zie Parl. Gesch. Burgerlijk Procesrecht 2002, p. 77 (nr. 9); P. Vlas GS Burgerlijk procesrecht, commentaar op afd. 1 Rv, aant. 1; L. Strikwerda, a.w., nr. 213 en 215 en J.P. Verheul & M.W.C. Feteris, Rechtsmacht in het Nederlandse Internationaal Privaatrecht deel 2, Apeldoorn-Antwerpen: MAKLU Uitgevers 1986, p. 83-84.

34 Op grond van art. 28 EEX-Verdrag wordt bij de erkenning van beslissingen uit EEX-staten niet getoetst of de rechtsmacht van de rechter die de beslissing heeft gegeven in overeenstemming is met de bevoegdheidsregels van het EEX-Verdrag met uitzondering van de bevoegdheid in verzekeringszaken, in zaken betreffende consumentenovereenkomsten en in zaken waarin de exclusieve fora van art. 16 EEX-Verdrag aan de orde zijn.

35 Door de inwerkingtreding van de wet van 6 december 2001 tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg, Stb. 2001, 580, waarbij een algemene regeling inzake de rechtsmacht van de Nederlandse rechter ingevoerd, opgenomen in de eerste afdeling van de eerste titel van Boek 1 Rv.

36 Zie Parl. Gesch. Burgerlijk Procesrecht 2002, p. 86 (nr. 5) en P. Vlas & F. Ibili, De nieuwe commune regels inzake de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, WPNR 2003/6527.

37 Zie de inleidende dagvaarding onder 2-3 en de memorie van grieven onder 8-9.

staande arbitrageovereenkomst en dat de rechter zich niet ambtshalve onbevoegd mocht verklaren omdat er tussen partijen (rechtsgeldig) arbitrage zou zijn overeengekomen (zie art. 1022 lid 1 Rv (oud), thans art. 1022 Rv), nog daargelaten dat uit de gestelde omstandigheid dat Iraqi Ports indertijd arbitrage heeft aangeboden nog niet volgt dat tussen partijen arbitrage was overeengekomen. Voor zover Irak c.s. met deze stelling klagen dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de Nederlandse rechter bevoegd was om van de vorderingen kennis te nemen, faalt dit betoog ook om die reden.

2.30 Uit het voorgaande volgt dat subonderdeel 2.2 faalt.

2.31 *Subonderdeel 2.3* klaagt in de eerste plaats dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat Irak c.s. in casu geen beroep op immuniteit van jurisdictie toekwam en dat dit oordeel in het geheel niet is gemotiveerd.

In de tweede plaats bevat het subonderdeel de klacht dat het hof kennelijk heeft miskend dat de immuniteit van jurisdictie op grond van het internationaal (gewoonte)recht door de rechter ambtshalve dient te worden beoordeeld in een verstekzaak tegen een vreemde staat. Volgens het subonderdeel houdt de regel van volkenrecht in dat de vreemde staat immuniteit moet toekomen bij de nationale rechter tenzij er gegronde redenen zijn om daaraan te twijfelen (zoals bij zuivere *acta iure gestionis*). In dat verband wordt verwezen naar art. 15 van de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten (Bazel, 16 mei 1972, Trb. 1973, 43) (hierna: de Europese Overeenkomst) en art. 5 in verbinding met art. 6 lid 1 en art. 23 lid 1 VN-Verdrag.

2.32 Ik behandel eerst de tweede klacht van subonderdeel 2.3. De Hoge Raad heeft in het arrest Marokko/De Trappenberg uit 1994 geoordeeld dat er geen plaats is voor een ambtshalve onderzoek naar de vraag of de omstandigheden van het geval een beroep op staatsimmuniteit wettigen. Volgens de Hoge Raad dient de Nederlandse rechter, indien hem ter zake van een hem voorgelegd geschil in beginsel rechtsmacht toekomt, het geschil te berechten “óók als de verweerder een soevereine staat is, behoudens voor zover verweerder tijdig een gegrond beroep op het privilege van jurisdictionele immuniteit heeft gedaan”³⁸. In zijn conclusie voor dit arrest heeft A-G Strikwerda erop gewezen dat de regel dat aan een vreemde staat immuniteit van jurisdictie toekomt niet van openbare orde is omdat de vreemde staat (stilzwijgend) afstand van immuniteit kan doen, terwijl regels van openbare orde onafhankelijk van de houding van de vreemde staat moeten kunnen worden toegepast³⁹. Annotator De Boer onderschreef deze opvatting van de A-G en voegde daaraan toe dat de immuniteitsexceptie als een ‘rechtsmiddel’ moet worden beschouwd – zoals de regels betreffende de relatieve competentie of de regels betreffende verjaring of wilsgebreken – die alleen effect sorteert als de belanghebbende zich er uitdrukkelijk op beroept. De Boer stelde voorts dat ook voor verstekzaken zou moeten gelden dat de rechter niet verplicht is om ambtshalve na te gaan of aan de niet verschenen vreemde staat immuniteit moet worden toegekend, tenzij een verdrag hem daartoe zou verplichten⁴⁰.

2.33 Zoals hiervoor aangestipt heeft de Hoge Raad in het arrest Azeta/Chili uit 2010, onder verwijzing naar het arrest Marokko/De Trappenberg, geoordeeld dat ook in een zaak waarin ver-

stek is verleend aan een niet in het geding verschenen soevereine staat, de rechter niet verplicht is om ambtshalve te onderzoeken of de omstandigheden van het geval een beroep op jurisdictionele immuniteit rechtvaardigen, maar dat de rechter daartoe in verstekzaken wel bevoegd is⁴¹. De Hoge Raad overwoog vervolgens als volgt:

“3.5.3 (...) Indien de bij verstek gegeven beslissing een miskenning inhoudt van het beginsel van staatsimmuniteit dient zulks, zoals hiervoor in 3.5.1 is overwogen, in een – tijdig aan te vangen – verzetprocedure aan de bevoegde rechter te worden voorgelegd. Het voorgaande brengt mee dat indien uit het verstekvonnis niet blijkt dat, en zo ja, met welk resultaat de rechter de immuniteitskwesitie heeft onderzocht, daarin op zichzelf geen grond is gelegen voor vernietiging van het verstekvonnis, laat staan voor het zonder aanwending van een rechtsmiddel voor nietig houden van die uitspraak.”

2.34 In zijn noot onder dit arrest heeft De Boer de kanttekening gemaakt dat er verdragsbepalingen zijn die de rechter wél de plicht opleggen de immuniteitsregel ambtshalve toe te passen in verstekzaken, waarbij hij heeft verwezen naar art. 15 Europese Overeenkomst⁴² en art. 6 lid 1 VN-Verdrag⁴³. Een dergelijke verplichting zou ook kunnen worden afgeleid uit art. 23 lid 1 VN-Verdrag⁴⁴. Deze verdragen waren echter niet van toepassing omdat Chili niet was aangesloten bij de Europese Overeenkomst en Nederland het VN-Verdrag niet had geratificeerd en dit verdrag ook nog niet in werking was getreden.

2.35 Hetzelfde gold (en geldt) in de verhouding tussen Nederland en Irak (ten tijde van de inleidende dagvaarding van 9 oktober 1998 dan wel het verstekarrest van 31 oktober 2001): de Europese Overeenkomst en het VN-Verdrag zijn op die verhouding niet van toepassing.

Nederland is sinds 22 mei 1985 partij bij de Europese Overeenkomst, maar Irak is dat niet⁴⁵. Het verdrag is gebaseerd op reciprociteit en is derhalve niet van toepassing op de verhouding tussen een verdragsluitende staat en een staat die geen partij is bij het verdrag⁴⁶.

Het VN-Verdrag is niet door Nederland geratificeerd, terwijl Irak zich pas op 2 december 2015 daarbij heeft aangesloten. Het VN-Verdrag is bovendien nog niet in werking getreden omdat het vereiste minimumaantal van dertig aangesloten landen⁴⁷ niet is bereikt⁴⁸.

38 HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, NJ 1995/650 m.nt. Th. M. de Boer, rov. 3.3.3.

39 Zie de conclusie van A-G Strikwerda onder 22. Vgl. ook Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/205: “Regels van openbare orde onderscheiden zich hierdoor dat men aan deze ontleende rechten geen afstand kan doen (...)”.

40 Zie de noot van Th.M. de Boer onder 2 in NJ 1995/650. Anders: Spiegel, a.w., p. 31-32, 265.

41 HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9154, NJ 2010/526 m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.5.3.

42 Art. 15 van de Europese Overeenkomst luidt: “A Contracting State shall be entitled to immunity from the jurisdiction of the courts of another Contracting State if the proceedings do not fall within Articles 1 to 14; the court shall decline to entertain such proceedings even if the State does not appear”.

43 Art. 6 lid 1 van het VN-Verdrag luidt: “A State shall give effect to State immunity under article 5 by refraining from exercising jurisdiction in a proceeding before its courts against another State and to that end shall ensure that its courts determine on their own initiative that immunity of that other State under article 5 is respected”.

44 Art. 23 lid 1 VN-Verdrag luidt: “A default judgment shall not be rendered against a State unless the court has found that: (...) (c) the present Convention does not preclude it from exercising jurisdiction”.

45 Partij bij de Europese Overeenkomst zijn België, Cyprus, Duitsland, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk, Portugal, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland. Zie: <https://verdragenbank.overheid.nl/nl/Treaty/Details/002638.html>.

46 Zie bijv. de noot van Th.M. de Boer bij HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6673, NJ 2010/524 en Ancery & Essed, t.a.p., p. 43.

47 Zie art. 30 VN-Verdrag.

48 De teller staat thans op 21 landen. Zie voor informatie over de aangesloten landen: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en.

Hoewel het VN-Verdrag en de Europese Overeenkomst bepalingen kunnen bevatten die als internationaal gewoonterecht worden aangemerkt⁴⁹, geldt dit volgens De Boer kennelijk niet voor de eis dat het recht op immuniteit ambtshalve wordt getoetst⁵⁰.

2.36 Irak c.s. klagen (in subonderdeel 1.2 van het cassatiemiddel en par. 10 van de schriftelijke toelichting) dat de rechtsregel uit het arrest Azeta/Chili onjuist dan wel achterhaald is. De klacht ziet eraan voorbij dat in dit executiegeschil uitsluitend de vraag beoordeeld diende te worden of het verstekarrest *klaarblijkelijk* berust op een juridische of feitelijke misslag. Vanuit dat (beperkte) toetsingskader bezien en in het licht van de hiervoor genoemde arresten Marokko/De Trappenberg en Azeta/Chili is m.i. niet onjuist of onbegrijpelijk dat het hof kennelijk heeft geoordeeld dat immuniteit van jurisdictie geen grond betreft die het hof ambtshalve had moeten weerhouden van het toewijzen van de vorderingen in de verstekprocedure en het verstekarrest aldus niet berust op een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag.

2.37 Uit het voorgaande volgt dat Irak c.s. geen belang hebben bij behandeling van de eerste klacht van subonderdeel 2.3, omdat het tevergeefs bestreden voorlopige oordeel van het hof dat immuniteit van jurisdictie geen grond betreft die het hof ambtshalve had moeten weerhouden van het toewijzen van de vorderingen in de verstekprocedure in dit verband een zelfstandig dragende grond oplevert voor het oordeel dat het verstekarrest niet berust op een klaarblijkelijke feitelijke of juridische misslag. Het bestreden oordeel dat Irak c.s. in casu geen beroep op immuniteit toekwamen is derhalve ten overvloede gegeven. Daarop stuit de eerste klacht af.

2.38 De subonderdelen 2.5 en 2.6 zijn gericht tegen rov. 20, waarin het hof als volgt heeft geoordeeld:

“Het betoog van Irak c.s. dat een deel van de gronden impliceert dat [verweerster] bedrog heeft gepleegd in de procedure die heeft geleid tot het verstekarrest, kan niet leiden tot een ander oordeel. Ook daarvoor geldt dat het argument in geschil is ([verweerster] heeft in deze procedure het gestelde bedrog nadrukkelijk en gemotiveerd weersproken) en dat Irak c.s. heeft nagelaten tijdig de herroepingsprocedure aanhangig te maken waarin dat geschil had kunnen worden beslecht (zie het onder 2.13 bedoelde arrest in de herroepingsprocedure). In het licht daarvan kan niet worden gezegd dat [verweerster] misbruik maakt van haar bevoegdheid het verstekarrest te executeren.”

2.39 *Subonderdeel 2.5* komt met motiveringsklachten op tegen het oordeel van het hof in rov. 20 dat het betoog van Irak c.s. dat een deel van de gronden impliceert dat [verweerster] bedrog heeft gepleegd in de procedure die heeft geleid tot het verstekarrest niet kan leiden tot een ander oordeel (dan in rov. 19 is gegeven).

Subonderdeel 2.6 bevat louter stellingen die wijzen op de consequenties van de “mechanische oordeelsvorming” van het hof in rov. 20.

2.40 Het hof heeft in cassatie niet-bestreden geoordeeld dat Irak c.s. hebben nagelaten tijdig de herroepingsprocedure aanhangig te maken waarin het geschil over het gestelde bedrog had kunnen worden beslecht. Het hof heeft daarbij verwezen naar het arrest van 10 maart 2015 waarin het hof de vordering van Irak c.s. tot herroeping van het verstekarrest op de voet van

art. 382 onder a Rv (bedrog door [verweerster] in het geding gepleegd) – kort gezegd – heeft afgewezen. Het tegen dit arrest ingestelde cassatieberoep is, zoals ik reeds heb opgemerkt onder 2.2, op 9 december 2016 door Uw Raad verworpen⁵¹.

2.41 Ik heb hiervoor onder 2.15 uiteengezet dat en waarom in een executiegeschil een beroep op misbruik van bevoegdheid van een executant in de procedure gepleegd bedrog niet kan worden gehonoreerd wanneer de onherroepelijke uitspraak waarop de executant de tenuitvoerlegging baseert door middel van herroeping kon worden aangevochten. M.i. heeft het hof dan ook terecht de omstandigheid dat (tijdig) een herroepingsprocedure aanhangig had kunnen worden gemaakt waarin het beroep op bedrog aan de orde had kunnen komen, aan zijn oordeel ten grondslag gelegd.

Subonderdeel 2.5 faalt derhalve.

2.42 Subonderdeel 2.6 behoeft geen verdere bespreking omdat het geen klacht inhoudt.

2.43 Onderdeel 3, dat uiteenvalt in twee subonderdelen, is gericht tegen de rov. 25-27. Ten behoeve van de leesbaarheid citeer ik hieronder ook de voorafgaande rov. 22-24:

“22. Met grief 2 betoogt Irak c.s. in de kern genomen dat [verweerster] het verstekarrest niet mag executeren omdat, door de resoluties van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties in combinatie met de schuldsaneringsregeling van de Paris Club, een internationaal faillissementsregime is gecreëerd dat meebrengt dat zij haar vorderingen slechts kan indienen bij IDRO. Weigering om daaraan mee te werken is onder de gegeven omstandigheden misbruik van bevoegdheid, althans in strijd met de redelijkheid en billijkheid, aldus Irak c.s.

23. Dit betoog wordt verworpen. Noch de genoemde resoluties van de Veiligheidsraad, noch de Europese Verordeningen genoemd onder 2.5 noch de schuldsaneringsregelingen van de Paris Club brengen mee dat een commerciële schuldeiser als [verweerster] verplicht is zijn vordering op (een orgaan van) de Republiek Irak in te dienen bij IDRO. De Paris Club is een informeel forum waar *creditor countries* onderhandelen over het herstructureren van *government-to-government debts*. De in het kader van deze club tot stand gekomen regelingen kunnen weliswaar relevant zijn voor commerciële schuldeisers – zo mogen *debtor countries* met hen geen gunstigere voorwaarden overeenkomen – maar zij binden hen niet.

24. Via IDRO trachtte de Republiek Irak de schuldenlast uit het tijdperk Saddam Hussein van vóór 6 augustus 1990 te kwantificeren, te herstructureren en af te wikkelen. IDRO heeft, zo heeft [verweerster] onbetwist gesteld, voor commerciële schuldeisers een regeling ontworpen die kort gezegd op het volgende neer kwam. In de eerste fase (*reconciliation*) werden schuldeisers uitgenodigd (in de RFI) om vrijblijvend informatie over hun vorderingen in te dienen in een *Claim Form*, waarna IDRO in een *statement* liet weten of een vordering een *reconciled eligible claim* of een *unreconciled claim* was. In de tweede fase (*invitation to tender*) konden schuld[deisers van *reconciled eligible claims* hun vordering via een tender aanbieden en tegen finale kwijting verkopen aan de Republiek Irak, zulks voor 10,25% van de hoofdsom plus rente. Schuldeisers van *unreconciled claims* konden, in de derde fase (*arbitration*), via de tender akkoord gaan met arbitrage, waarna in arbitrage werd geoordeeld over de vordering; bij een gunstige uitkomst voor de schuldeiser werd de vordering alsnog als *reconciled eligible claim* behandeld.

25. De regeling behelst dus een programma om vorderingen in der minne te schikken. Niet valt in te zien waarom – zoals Irak c.s. stelt maar niet onderbouwt – een schuldeiser als [verweer-

49 Bijv. artikel 11 van het VN-Verdrag. Zie daarover: EHRM 23 maart 2010, A. 15869/02, EHRC 2010/62 m.nt. R. van Alebeek (Cudak/Litouwen); HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6317, NJ 2010/523 en HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6673, NJ 2010/524 m.nt. Th.M. de Boer.

50 Zie nr. 3 van de noot van Th.M. de Boer in NJ 2010/526.

51 ECLI:NL:HR:2016:2832.

ster] die niet van deze regeling gebruik maakt, misbruik van bevoegdheid maakt. Evenmin valt in te zien waarom dat in strijd met de redelijkheid en billijkheid is; de door Irak c.s. aangevoerde omstandigheden dat het kort gezegd om een verstek-arrest gaat, dat [verweerster] de vordering door cessie heeft verkregen, dat [verweerster]’s voortbestaan niet van de incasso afhangt en dat het bedrag voor het grootste deel uit rente bestaat terwijl [verweerster] lang heeft stilgezeten, maken dat niet anders.

26. Bij dit alles komt bovendien nog dat de IDRO-regeling – naar [verweerster] heeft gesteld en Irak c.s. onvoldoende gemotiveerd heeft [betwist – in 2008 is geëindigd, zodat vorderingen II en III reeds om die reden niet kunnen worden toegewezen.

27. Al met al kan hetgeen Irak c.s. in het kader van deze grief heeft aangevoerd, niet leiden tot de conclusie dat sprake is van misbruik van de bevoegdheid om tot executie van het verstek-arrest over te gaan, en kan dat dus ook geen schorsing van de tenuitvoerlegging rechtvaardigen. Grief 2 faalt dus.”

2.44 Volgens *subonderdeel* 3.1 komt het oordeel van het hof in de rov. 25-27 er op neer dat geen sprake is van misbruik van bevoegdheid of strijd met redelijkheid en billijkheid vanwege het feit dat [verweerster] geen gebruik heeft gemaakt van de IDRO-regeling om vorderingen op Irak in der minne te schikken. Het subonderdeel beschrijft het doel en de strekking van de IDRO-regeling als een internationaal ‘schuldsaneringstraject’ dat niet vrijblijvend was en klaagt vervolgens dat dit oordeel onbegrijpelijk is omdat [verweerster] haar claim wel heeft aangemeld maar vervolgens heeft geweigerd om via de IDRO-regeling op een tender-uitnodiging in te gaan en het geschil niet aan arbitrage wenste te onderwerpen. Executie van het verstek-arrest na de IDRO-regeling levert volgens Irak c.s. wel degelijk misbruik van bevoegdheid dan wel strijd met de redelijkheid en billijkheid op.

2.45 Het subonderdeel stuit af op de onbestreden vaststellingen en oordelen in de rov. 2.8, 2.9, 24 en 31-33 en 32 dat [verweerster] (enkel) informatie over haar vorderingen bij IDRO heeft ingediend onder voorbehoud van alle rechten, dat het indienen van informatie over de vordering vrijblijvend was en dat [verweerster] dus ook geen IDRO-voorwaarden heeft aanvaard.

2.46 *Subonderdeel* 3.2 betoogt dat het hof in zijn oordeelsvorming in rov. 25-27 (kenbaar) een afweging had moeten maken aan de hand van het in rechte te respecteren belang van Irak c.s. om via de IDRO-regeling in internationaal-financieel opzicht “schoon schip” te maken en met deze last uit het verleden definitief af te rekenen, tegenover het niet in rechte te respecteren belang dat de weigering van [verweerster] om (na aanmelding van haar claim) in de IDRO-regeling te participeren werd ingegeven doordat zij beschikt over het verstek-arrest. Voorts klaagt het subonderdeel dat het hof in het geheel niet motiveert waarom zijn oordeel “niet anders wordt” in het licht van de door Irak c.s. aangevoerde omstandigheden dat het hier om een verstek-arrest gaat, dat [verweerster] de vordering door cessie heeft verkregen, dat [verweerster]’s voortbestaan niet van de incasso afhangt en dat het bedrag voor het grootste gedeelte uit rente bestaat terwijl [verweerster] lang heeft stilgezeten, zodat het oordeel van het hof niet naar de eisen der wet (voldoende) met redenen is omkleed.

2.47 Ook dit subonderdeel faalt.

Nu het hof in rov. 26 in cassatie niet bestreden heeft geoordeeld dat de vorderingen II en III niet kunnen worden toegewezen, behoefde het hof in dit executiegeschil alleen vordering I (schorsing van de executie van het verstek-arrest) te toetsen aan de hand van de hiervoor onder 2.3-2.4 geschetste maatstaf. Daartoe behoort niet de belangenafweging of [verweerster] tegenover het belang van Irak c.s. een in rechte te respecteren be-

lang had bij haar weigering om aan de IDRO-regeling deel te nemen.

Daarnaast heeft het hof in cassatie niet bestreden in rov. 25 geoordeeld dat het niet gebruiken van de IDRO-regeling door een schuldeiser als [verweerster], geen misbruik van bevoegdheid oplevert.

2.48 Het oordeel van het hof is ook voldoende begrijpelijk gemotiveerd. Niet alleen is uitgangspunt dat een partij die een arrest heeft verkregen in beginsel bevoegd is dat arrest te executeren, maar Irak c.s. hebben ook niet nader onderbouwd waarom de door hen gestelde omstandigheden meebrengen “dat het belang van de schuldenaar om van de vordering te worden bevrijd zwaarder dient te wegen dan het belang van de schuldeiser bij executie van de vordering”⁵².

2.49 Onderdeel 4 komt op tegen rov. 38, waarin het hof als volgt heeft overwogen:

“Met grief 4, die zich keert tegen rechtsoverwegingen 4.11 en 4.12 van het bestreden vonnis, betoogt Irak c.s. in de eerste plaats dat [verweerster]’s recht op executie van het verstek-arrest is komen te vervallen doordat zij in de periodes 1989-1999 en 2005-2011 geen aanspraak op betaling heeft gemaakt en de executie in Canada pas elf jaar na het arrest werd aangevangen, te meer nu het om een verstek-arrest gaat. Er is daarbij, ingeval van executie, sprake van onevenredige benadeling van Irak c.s. omdat (i) [verweerster] Irak c.s. niet heeft gewezen op de mogelijkheid van verzet, (ii) gelet op de oorlogssituatie redelijkerwijs niet kon worden verwacht dat Irak c.s. nog over bewijsstukken beschikt, en (iii) de rentecomponent ondertussen fors is opgelopen, aldus Irak c.s. Dit – naar het hof begrijpt – beroep op rechtsverwerking moet worden verworpen omdat de genoemde omstandigheden in de risicosfeer van Irak c.s. liggen.”

2.50 De klachten van het onderdeel betreffen de slotzin van de rechtsoverweging.

In de eerste plaats wordt geklaagd dat het hof met zijn oordeel dat het beroep van Irak c.s. op rechtsverwerking moet falen omdat de aangevoerde omstandigheden in de risicosfeer liggen van Irak c.s. heeft miskend dat er altijd nog geen enkele inhoudelijke toetsing van de zaak heeft plaatsgevonden zodat niet alleen de gegrondheid van de (pretense) vordering van [verweerster] op Irak c.s. niet inhoudelijk is onderzocht door de rechter, maar ook de gronden van het gestelde bedrag en de oneerlijke proceshouding van [verweerster] niet inhoudelijk zijn getoetst.

2.51 De klacht mist m.i. feitelijke grondslag. Uit het oordeel van het hof volgt immers naar de kern genomen dat de omstandigheid dat in deze zaak geen inhoudelijke toetsing heeft plaatsgevonden nu juist in de risicosfeer van Irak c.s. ligt.

2.52 Het onderdeel klaagt in de tweede plaats dat het hof “heeft miskend dat het jarenlange stilzitten van [verweerster] en het op opportunistische wijze verkrijgen van het verstek-arrest in Nederland niet in de risicosfeer liggen van Irak c.s., terwijl het beroep op (bewijsnood door) de oorlogssituatie in Irak is gedaan in verband met dat jarenlange stilzitten van [verweerster] dat te meer klemt nu het om een verstek-arrest gaat”.

2.53 Deze klacht voldoet m.i. niet aan de ingevolge art. 407 lid 2 Rv aan een cassatiemiddel te stellen eisen nu niet met bepaaldheid en precisie is aangegeven waarom door het aangevallen oordeel van het hof het recht is geschonden dan wel waarom het oordeel onbegrijpelijk is of niet genoegzaam is gemotiveerd⁵³. Ik laat behandeling derhalve achterwege.

52 Zie memorie van grieven onder 36.

53 Zie o.a. HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF5889, NJ 2003/707, m.nt. W.D.H. Asser, HR 5 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6196, NJ 2013/124, JBPR 2011/6 m.nt. R.P.J.L. Tjittes en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY2639, NJ 2013/125.

2.54 Onderdeel 5 klaagt in twee subonderdelen dat het hof bij zijn beoordeling van de toelaatbaarheid van de executie van het verstekarrest ten onrechte geen enkele betekenis heeft toegekend aan de immuniteit van executie van Irak c.s. De klacht spitst zich toe op de immuniteit ten aanzien van executoriale maatregelen in Nederland op de tegoeden van de Central Bank of Iraq.

In *subonderdeel 5.1* wordt betoogd dat het hof met het dictum van zijn arrest de afwijzing van de vorderingen van de Central Bank of Iraq ten onrechte heeft bekrachtigd nu de immuniteit van executie tegen executoriale maatregelen in Nederland op tegoeden met een openbare bestemming, zoals de tegoeden van de Central Bank of Iraq, beschermt en deze immuniteitskwes- tie van openbare orde is en dus door de rechter ambtshalve moet worden getoetst, hetgeen het hof heeft nagelaten.

Subonderdeel 5.2 klaagt dat het hof, voor zover het heeft bedoeld dat het bij de immuniteit van executie niet stil hoefde te staan omdat deze kwestie zich oplost in het (vermeende) privaatrech- telijke karakter van het contract uit 1981 tussen Nelcon en Iraqi Ports, heeft miskend dat de kwalificatie van de onderliggende rechtsverhouding geheel los staat van (de vraag naar) de publie- ke bestemming van de tegoeden van de Central Bank of Iraq.

2.55 Naar de thans in Nederland als ongeschreven internatio- naal publiekrecht geldende regels genieten vreemde staten, vol- gens vaste rechtspraak, immuniteit van executie, maar is deze vorm van immuniteit niet absoluut. Staatseigendommen met een publieke bestemming zijn echter in elk geval niet vatbaar voor gedwongen executie⁵⁴.

In zijn arrest van 30 september 2016 heeft de Hoge Raad, in antwoord op prejudiciële vragen, geoordeeld dat het in overeen- stemming is met de 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 daar- mee niet onverenigbaar is. Daarmee strookt, aldus de Hoge Raad, dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de vat- baarheid 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 verstek laat gaan, steeds vast- gesteld moet worden dat de desbetreffende goederen vatbaar zijn voor beslag⁵⁵.

2.56 Het onderdeel betoogt derhalve op zichzelf terecht dat im- muniteit van executie door de rechter ambtshalve moet worden getoetst. Omdat immuniteit van executie niet geldt voor alle staatseigendommen, zal de vatbaarheid voor beslag en executie evenwel steeds per beslagobject moeten worden bepaald.

2.57 Het hof heeft in rov. 12 vastgesteld dat tussen partijen niet in geschil is dat [verweerster] op het moment dat de zaak ter be- oordeling voorlag, geen executiemaatregelen nam in Neder- land. Nu deze vaststelling niet is bestreden, moet er in cassatie van worden uitgegaan dat er geen executoriale maatregelen wa- ren getroffen ten aanzien van Nederlandse tegoeden van de Central Bank of Irak. Evenmin hadden Irak c.s. een verbod ge- vorderd om beslag te leggen op in Nederland bevindende tegoe- den van de Central Bank of Iraq. Inzet van de onderhavige pro-

cedure waren immers de algemeen geformuleerde vorderin- gen van Irak c.s. tot, kort gezegd, schorsing van de executie van het verstekarrest en tot het verkrijgen van een verbod om het verstekarrest ten uitvoer te leggen in en buiten Nederland. Aan deze vorderingen hadden Irak c.s. ook niet ten grondslag ge- legd dat er beslag dreigt te worden gelegd op Nederlandse te- goeden van de Central Bank of Iraq. De vraag of eventuele be- staande Nederlandse tegoeden van de Central Bank of Iraq vat- baar waren voor gedwongen executie lag in dit executiegeding derhalve niet voor en behoefde dus ook niet ambtshalve te wor- den getoetst door het hof. Hierop stuit m.i. het gehele onder- deel af.

3 *Bespreking van het voorwaardelijk incidenteel cassa- tieberoep*

3.1 Nu het incidentele beroep tot cassatie is ingesteld onder de voorwaarde dat het principale cassatieberoep slaagt en deze voor- waarde niet is vervuld, laat ik bespreking hiervan achterwege.

4 *Conclusie in het principale cassatieberoep*

De conclusie strekt tot verwerping van het principale cassatie- beroep.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- het vonnis in de zaak C/10/426025/KG ZA 13-522 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam van 27 juni 2013;
- de arresten in de zaak 200.133.781/01 van het gerechtshof Den Haag van 30 juni 2015 en 29 december 2015. Het arrest van het hof van 29 december 2015 is aan dit arrest gehecht.

2 *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof van 29 december 2015 hebben Irak c.s. beroep in cassatie ingesteld. [verweerster] heeft voorwaar- delijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaar- ding en de conclusie van antwoord tevens houdende voorwaar- delijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt tot verwerping van het principale beroep.

De advocaat van Irak c.s. heeft bij brief van 6 oktober 2017 op die conclusie gereageerd.

3 *Beoordeling van het middel in het principale beroep*

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstan- digheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1-1.13. Deze komen, kort samengevat, op het volgende neer.

(i) Op vordering van een rechtsvoorgangster van [verweerster] zijn Irak c.s. bij arrest van het gerechtshof Den Haag van 31 ok- tober 2000 (hierna: het verstekarrest) bij verstek hoofdelijk ver- oordeeld tot betaling van een geldsom van f 6.808.248,=. De vordering is gebaseerd op een op 9 juli 1981 gesloten overeen- komst.

(ii) Irak c.s. hebben tegen het verstekarrest geen verzet gedaan.

(iii) In 2003 en 2004 is door de Paris Club een schuldsane- ringsregeling voor Irak opgezet. De Paris Club is een informeel

54 Zie HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer onder NJ 2017/192, rov. 3.4.3; HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453 m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.6.1 en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, NJ 2010/525 m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.5.

55 Zie HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th. de Boer, rov. 3.5.2-3.5.3. Nadien herhaald in HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354, NJ 2017/191, m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.4.2 en HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371, NJ 2017/192 m.nt. Th. de Boer, rov. 3.4.2.

overleg van negentien landen, waaronder Nederland, die als bilaterale schuldeisers van landen in financiële problemen trachten om daarover onderlinge afspraken te maken.

(iv) In 2005 heeft de Republiek Irak de 'Iraq Debt Reconciliation Office' (hierna: IDRO) opgericht teneinde onder meer een regeling te treffen voor haar uitstaande schulden aan commerciële schuldeisers die hun oorsprong hebben voor 6 augustus 1990. Daarbij is Ernst & Young aangewezen als 'Reconciliation Agent' en Citibank als 'Settlement Agent'.

(v) IDRO heeft in januari 2005 een 'Request for Information, commercial claims Iraq obligors contact letter' gepubliceerd, waarbij de hiervoor onder (iv) bedoelde schuldeisers werden uitgenodigd om informatie over hun vordering in te dienen door middel van een 'Claim Form'.

(vi) Op 14 februari 2005 heeft [verweerster] op de voorgeschreven wijze informatie over haar vorderingen bij IDRO ingediend. Daarbij heeft [verweerster] aangetekend:

"5. This submission is done sans prejudice and all rights with regard to the claims against Central Bank of Iraq, Rafidain Bank or Rasheed Bank and/or the Republic of Iraq are explicitly reserved."

(vii) Bij e-mail van 12 oktober 2005 aan de advocaat van [verweerster] heeft IDRO nadere informatie over de vorderingen van [verweerster] opgevraagd. Bij e-mail van 13 december 2005 is die informatie verstrekt.

(viii) Op 9 februari 2006 heeft de Settlement Agent namens de Republiek Irak aan [verweerster] bekendgemaakt dat haar vorderingen tot de niet-erkende vorderingen behoorden ('unreconciled claims'). Daarbij heeft zij onder meer de publicatie 'Invitation to tender claims for cash purchase and cancellation' aan [verweerster] toegezonden met de volgende mededeling:

"[...] Note: if Schedule I (statement of Reconciled eligible Claims) attached to this Invitation bears a legend indicating that the Reconciliation Agent was unable to reconcile any of the claim(s) you registered with Ernst & Young, you must nonetheless submit a Tender if you wish to have the option to participate in the Arbitration Mechanism for the resolution of your Unreconciled Claims. If you submit some or all of your Unreconciled claims to arbitration (and all Holders will shortly be sent a separate notice inviting them to do so) and receive an award for any of those claims, those awarded claims shall thereafter for all purposes be treated as Reconciled Eligible Claims tendered pursuant to your submitted Tender and will be settled by cash payment on the Arbitrated Claims Closing Date in accordance with the terms of the Invitation."

(ix) [verweerster] heeft geen tender ingediend en geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om haar vorderingen aan arbitrage te onderwerpen.

(x) In 2010 heeft de rechtbank van Montreal, Canada, aan [verweerster] verlot verleend voor de tenuitvoerlegging van het verstekarrest. In het door Irak c.s. tegen die beslissing ingestelde hoger beroep is de tenuitvoerlegging van het verstekarrest geweigerd.

(xi) Het gerechtshof Den Haag heeft bij arrest van 10 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:256, Irak c.s. deels niet-ontvankelijk verklaard in hun vordering tot herroeping van het verstekarrest, en die vordering voor het overige afgewezen. Het daartegen gerichte cassatieberoep is verworpen bij arrest van de Hoge Raad van 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2832.

3.2.1 Irak c.s. vorderen in dit kort geding, voor zover in cassatie van belang, (i) schorsing van de executie van het verstekarrest, (ii) bepaling dat deze schorsing van kracht blijft totdat – kort gezegd – IDRO over de vordering van [verweerster] heeft geoordeeld, en (iii) [verweerster] te verbieden het verstekarrest in of buiten Nederland ten uitvoer te leggen.

3.2.2 De voorzieningenrechter heeft de vorderingen afgewezen.

3.2.3 Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd voor zover deze zich bevoegd heeft geacht ten aanzien van de vorderingen van Irak c.s. die betrekking hebben op het buitenland en, opnieuw rechtdoende, de Nederlandse rechter in zoverre onbevoegd verklaard. Voor het overige heeft het hof het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigd.

3.3.1 De onderdelen 1 en 2 van het middel keren zich tegen de rov. 15-16 en 19, waarin het hof als volgt heeft overwogen:

"15. Hetgeen door Irak c.s. in zijn memorie is aangevoerd komt er op neer (i) dat de *State Organization of Iraqi Ports* de contractuele wederpartij is van (de rechtsvoorgangster van) [verweerster], en Irak c.s. niet betrokken is bij dit geschil, (ii) dat [verweerster] wist dat Irak c.s. niet (verhaals)aansprakelijk was voor de vorderingen op de *State Organization of Iraqi Ports*, (iii) dat ([verweerster] wist dat) de vorderingen ten tijde van de dagvaarding reeds waren verjaard, (iv) dat [verweerster] desniettegenstaande Irak c.s. doelbewust, op de voet van (thans) artikel 55 Rv, heeft gedagvaard, zonder de *State Organization of Iraqi Ports* te informeren of te dagvaarden, (v) dat de Republiek Irak en Central Bank of Iraq ten onrechte zijn vereenzelvigd met de *State Organization of Iraqi Ports*, (vi) dat sprake was van een politiek instabiele situatie, zodat [verweerster] moest weten dat de kans dat Irak c.s. zou verschijnen nihil was, (vii) dat de *State Organization of Iraqi Ports* de vordering schriftelijk had betwist, en (viii) dat [verweerster] over dit alles destijds niets heeft medege-deeld aan de rechtbank en het hof in de verstekzaak.

16. Bij pleidooi in hoger beroep heeft Irak c.s. daar nog aan toegevoegd (ix) dat de Nederlandse rechter onbevoegd was om van het geschil kennis te nemen, zulks omdat artikel 126 lid 3 (oud) Rv als exorbitante bevoegdheidsgrond in strijd met volkenrecht was en omdat de immuniteit van jurisdictie zich daartegen verzette, (x) dat een vordering op een vreemde staat niet tevens een vordering inhoudt op de centrale bank van die staat, en (xi) dat ([verweerster] wist dat) tussen de *State Organization of Iraqi Ports* en (de rechtsvoorgangster van) [verweerster] arbitrage was overeengekomen, althans dat daarover de nodige inhoudelijke discussie gevoerd zou kunnen worden. Daarnaast heeft Irak c.s. bij pleidooi betoogd dat er bovendien sprake was van een noodtoestand die voortvloeide uit het feit dat er na de Irak-oorlog een schuldsaneringsregeling (IDRO) was. Deze bij pleidooi naar voren gebrachte gronden zijn, gelet op de twee-conclusieregel, te laat aangevoerd, zodat het hof hier geen acht op slaat; uitzonderingen op die regel doen zich niet voor.

(...)

19. De door Irak c.s. onder 15 gestelde omstandigheden – en overigens ook die onder 16 – vormen naar het voorlopig oordeel van het hof, noch ieder voor zich noch in onderling verband beschouwd, een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag. Vast staat dat deze gronden niet zijn aangevoerd in de zaak waarin het verstekarrest is gewezen, omdat Irak c.s. niet is verschenen in die procedure en Irak c.s. geen verzet heeft ingesteld tegen het verstekarrest. Het zijn naar voorlopig oordeel ook geen gronden die het hof ambtshalve hadden moeten weehouden van het toewijzen van de vorderingen in de verstekprocedure; daarbij zij aangetekend dat de Nederlandse rechter destijds – de inleidende dagvaarding is betekend op 19 oktober 1998 – op grond van artikel 126 lid 3 (oud) Rv bevoegd was om van [verweerster]'s vorderingen kennis te nemen, terwijl Irak c.s. in casu geen beroep op immuniteit toekwam. Tezamen genomen kunnen deze gronden niet de conclusie dragen dat het verstekarrest berust op feitelijke of juridische misslagen, laat staan klaarblijkelijke misslagen. De gronden die Irak c.s. aanvoert zijn ook geen feiten of omstandigheden die zijn voorge-

vallen of aan het licht gekomen ná het versterk arrest of na het verstrijken van de termijn voor het instellen van verzet daartegen. Het zijn gronden die Irak c.s. had kunnen aanvoeren in de procedure die heeft geleid tot het versterk arrest of in de verzetprocedure tegen het versterk arrest. Dat had Irak c.s. ook moeten doen gegeven het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en geleid op het feit dat de gronden wel in geschil zijn. [verweerster] heeft die gronden in de onderhavige procedure namelijk punt voor punt gemotiveerd weersproken. Bovendien heeft Irak c.s. niet aangevoerd dat deze omstandigheden een noodtoestand opleveren, laat staan dat Irak c.s. dat voldoende heeft toegelicht. Op grond van die omstandigheden kan tezamen genomen dus niet worden gezegd dat sprake is van misbruik ingevolge artikel 3:13 BW, strijd met de redelijkheid en billijkheid of een anderszins onrechtmatige executie.”

3.3.2 De onderdelen 1.1, 1.2 en 2.3 klagen onder meer dat het hof (in rov. 19) ten onrechte heeft geoordeeld dat er geen gronden zijn die het hof in de zaak die heeft geleid tot het versterk arrest, ambtshalve hadden moeten weerhouden van het toewijzen van de vorderingen in de verstekprocedure. Krachtens het volkenrecht bestaat er een verplichting voor de Nederlandse rechter om in een verstekzaak tegen een vreemde staat ambtshalve te beoordelen of er grond is om de vreemde staat immuniteit van jurisdictie te verlenen, aldus de klachten.

3.4.1 Bij de beoordeling van deze klachten wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.2 Het aan staten toekomende recht op immuniteit van jurisdictie – waar het betreft het typisch publieke handelen van staten (de zogeheten ‘acta iure imperii’) – maakt onderdeel uit van het internationaal gewoonterecht, zo heeft het Internationaal Gerechtshof afgeleid uit onderzoek daarnaar van de International Law Commission (IGH 3 februari 2012, ICJ Rep. 2012 (Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy; Greece Intervening)), paragraaf 56). Dit recht op immuniteit van jurisdictie van staten is ook neergelegd in de op dit geschil niet van toepassing zijnde Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten (Trb. 1973, 43) en het nog niet in werking getreden Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen (Trb. 2010, 272; hierna: VN-Verdrag).

3.4.3 Het internationaal gewoonterecht schrijft niet voor op welke wijze in de nationale rechtsorde toepassing moet worden gegeven aan het recht op immuniteit van jurisdictie. Indien geen verdragsregeling van toepassing is, bepaalt derhalve het nationale recht van de aangezochte rechter de wijze waarop het recht op immuniteit van jurisdictie wordt toegepast.

In de nationale rechtsstelsels worden op dit punt uiteenlopende opvattingen gehuldigd. De Cour de Cassation heeft geoordeeld dat de Franse rechter niet gehouden is om ambtshalve te beoordelen of de verweerder een beroep op immuniteit van jurisdictie toekomt (Cour de Cassation 12 oktober 1999, nr. 97-14827). Volgens het Bundesgerichtshof dient de Duitse rechter wel ambtshalve onderzoek te verrichten naar immuniteit van jurisdictie (BGH 9 juli 2009, nr. III ZR 46/08). Zie voor andere rechtsstelsels H. Fox en Ph. Webb, *The Law of State Immunity* (2015), p. 4 e.v.

3.4.4 Het hiervoor in 3.4.3 omtrent het internationaal gewoonterecht vermelde wordt niet anders doordat in art. 6 van het hiervoor in 3.4.2 genoemde (nog niet in werking getreden) VN-Verdrag de verplichting is opgenomen – kort gezegd – om ambtshalve toepassing te geven aan het recht op immuniteit van jurisdictie, welke verplichting ingevolge art. 23 van dit verdrag ook geldt in verstekzaken. De bepalingen van het VN-Verdrag met betrekking tot de immuniteit van jurisdictie en de immuniteit van executie en de aan een en ander gestelde grenzen

behelzen een codificatie van het internationaal gewoonterecht (vgl. HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453 (Ahmed/Staat), rov. 3.6.2). Niet alle bepalingen van het VN-Verdrag kunnen echter als internationaal gewoonterecht worden aangemerkt (vgl. HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 (MSI/Gabon c.s.), rov. 3.4.4).

De verplichting om ambtshalve toepassing te geven aan het recht op immuniteit van jurisdictie wordt, in tegenstelling tot de immuniteit van jurisdictie zelf, niet genoemd in de preambule van het VN-Verdrag en is pas in een laat stadium van de verdragsonderhandelingen aan de ontwerp tekst van het VN-Verdrag toegevoegd. In de eerdere ontwerp teksten stond het uitgangspunt centraal dat het recht op immuniteit van jurisdictie toepassing zou dienen te vinden binnen de kaders van het nationale procesrecht. In de toelichting op art. 6 VN-Verdrag (Yearbook of the International Law Commission 1990, I, onder 46) is opgemerkt dat de plicht tot ambtshalve toepassing: “(...) had been added by the Drafting Committee at the Special Rapporteur’s suggestion. Its purpose was to define and strengthen the obligation set forth in the first part of the provision. Respect for State immunity would be ensured all the more if the courts of the State of the forum, instead of simply acting on the basis of a declaration by the other State, took the initiative in determining whether the proceeding was really directed against that State. That was the idea reflected by the words ‘determine on their own initiative’. The Drafting Committee had used the expression ‘shall ensure that its courts’ to make it quite clear that the obligation was incumbent on the State, which was responsible for giving effect to it in accordance with its internal procedures. (...)”

Aldus is er geen grond om aan te nemen dat de art. 6 en 23 VN-Verdrag als regel van internationaal gewoonterecht kunnen worden aangemerkt.

3.4.5 Het vorenstaande betekent dat indien, zoals in het onderhavige geval, geen voor Nederland verbindende verdragsregeling van toepassing is, het Nederlandse recht bepaalt op welke wijze de Nederlandse rechter toepassing moet geven aan het recht op immuniteit van jurisdictie.

Ten tijde van het uitspreken van het versterk arrest (in 2000) was de Nederlandse rechter – volgens de destijds hier te lande geldende regels – niet verplicht om ambtshalve te onderzoeken of de omstandigheden van het geval een beroep op immuniteit van jurisdictie rechtvaardigden; hij was daartoe in verstekzaken wel bevoegd (vgl. HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, NJ 1995/650 (Marokko/De Trappenberg), rov. 3.3.3, en HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9154, NJ 2010/526 (Azeta/Chili), rov. 3.5.3).

3.5 Op het vorenstaande stuiten de hiervoor in 3.3.2 weergegeven klachten af.

3.6.1 De Hoge Raad ziet aanleiding om nog het volgende te overwegen.

3.6.2 Art. 13a Wet algemene bepalingen bepaalt onder meer dat de rechtsmacht van de Nederlandse rechter wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend. Tot zodanige uitzonderingen behoort het aan vreemde staten en internationale organisaties toekomende recht op immuniteit van jurisdictie. In art. 1 Rv wordt verwezen naar art. 13a Wet algemene bepalingen, met de bedoeling de rechtstoepasser nadrukkelijker te wijzen op het bestaan van volkenrechtelijke immuniteiten van jurisdictie, teneinde te voorkomen dat de Nederlandse rechter rechtsmacht aanneemt in strijd met de volkenrechtelijke immuniteitsverplichtingen van de Nederlandse Staat (vgl. Kamerstukken II 2008-2009, 32 021, nr. 3, p. 39).

Het strookt met het vorenstaande om thans aan te nemen dat – krachtens Nederlands burgerlijk procesrecht – de Nederlandse rechter (niet slechts bevoegd is, maar) is gehouden om in zaken

waarin een vreemde staat, dan wel een internationale organisatie als gedaagde of verweerder niet in rechte verschijnt, ambtshalve te onderzoeken of aan de vreemde staat, respectievelijk de internationale organisatie immuniteit van jurisdictie toekomt. Deze verplichte ambtshalve toetsing op het punt van de immuniteit van jurisdictie sluit aan bij de adviezen van de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (vgl. Advies nr. 17 (mei 2006), paragraaf 51-60, en Advies nr. 27 (december 2015), p. 11; zie voor deze adviezen www.cavv-advies.nl).

3.6.3 Hetgeen hiervoor in 3.6.2 is overwogen, betekent dat de Hoge Raad in zoverre terugkomt van de hiervoor in 3.4.5 vermelde rechtspraak, dat de Nederlandse rechter thans ambtshalve onderzoek dient te verrichten naar de immuniteit van jurisdictie van een niet in rechte verschijnende vreemde staat, dan wel internationale organisatie.

In de eisen van rechtszekerheid en hanteerbaarheid van het recht ziet de Hoge Raad grond om te bepalen dat de thans aanvaarde verplichting tot ambtshalve toetsing op het punt van de immuniteit van jurisdictie slechts van toepassing is in zaken die na 1 januari 2018 bij de Nederlandse rechter aanhangig worden gemaakt.

3.7.1 Onderdeel 5.1 klaagt dat het hof bij de toelaatbaarheid van de executie van het verstekarrest ten onrechte geen betekenis heeft toegekend aan de immuniteit van executie van Irak c.s., terwijl Irak c.s. daarmee behoren te worden beschermd tegen executoriale maatregelen in Nederland op tegoeden met een openbare bestemming.

3.7.2 Deze klacht faalt. Anders dan het onderdeel kennelijk tot uitgangspunt neemt, komt aan Irak c.s. geen onbegrensd beroep op immuniteit van executie toe. Irak c.s. kunnen een beroep doen op immuniteit van executie voor zover [verweerder] verhaal wil nemen op goederen van Irak c.s. die worden gebruikt of zijn bestemd voor, kort gezegd, publieke doeleinden. Of van dit laatste sprake is, zal voor ieder vermogensbestanddeel afzonderlijk moeten worden bepaald (vgl. HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 (MSI/Gabon c.s.), HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354, NJ 2017/191 (Staat/Servas), en HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371, NJ 2017/192 (N.N. c.s./Staat)).

3.8 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.9 Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Irak c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op € 856,34 aan verschotten en € 2200,= voor salaris.

NOOT

1. Met de in de onderhavige uitspraak besloten 'prospectieve overruling' moet de Nederlandse rechter vanaf 1 januari 2018 in procedures waarin een vreemde staat of internationale organisatie niet verschijnt, ambtshalve onderzoeken of die partij immuniteit van jurisdictie toekomt. Eerder oordeelde de Hoge Raad dat de Nederlandse rechter daartoe in verstekzaken wel bevoegd, maar niet verplicht was (HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, NJ 1995/650, HR 26 maart 2010,

ECLI:NL:HR:2010:BK9154, NJ 2010/526). Voor dit ambtshalve onderzoek is alleen plaats in verstekzaken, omdat hierbij vrijwillige onderwerping aan de vreemde rechtsmacht, dus zonder de immuniteitsexceptie op te werpen, als (stilzwijgende) aanvaarding van die rechtsmacht wordt beschouwd (noot Th.M. de Boer bij HR 26 maart 2010, HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9154, NJ 2010/526, art. 3 Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten (hierna: Europese Overeenkomst)). Uit een uitdrukkelijke of stilzwijgende aanvaarding van de rechtsmacht volgt overigens niet dat daarmee afstand is gedaan van het recht op immuniteit van executie (art. 20 Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen (hierna: VN-Verdrag), R. van Alebeek, *Handboek Internationaal Recht*, T.M.C. Asser Press, 2007, hoofdstuk 8, p. 41-42)). Wie denkt genoeg te hebben aan een veroordelend vonnis tegen een vreemde staat of internationale organisatie komt mogelijk bedrogen uit. De regel van ambtshalve beoordeling betekent dat de rechter niet is gebonden aan stellingen van partijen over de uitkomst van die beoordeling en ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd kan treden (R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van rechtsgronden*, Kluwer 2007, hoofdstuk 6). Het is met betrekking tot het onderhavige voorschreven ambtshalve onderzoek naar de immuniteit van jurisdictie in verstekzaken goed denkbaar dat in het geval niet alle relevante feiten vaststaan, de rechter instructiemaatregelen moet nemen (vgl. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, «JOR» 2013/329). De rechter kan de eisende partij daarbij in de gelegenheid stellen om zich (nader) uit te laten over de immuniteit van jurisdictie. Nu de ambtshalve beoordeling van immuniteit van jurisdictie een complexe aangelegenheid is, ligt toepassing van een dergelijke instructiemaatregel in de praktijk voor de hand.

3. De eerste vraag die bij ambtshalve toepassing van immuniteit van jurisdictie in verstekzaken moet worden beantwoord is of de niet-verschenen vreemde staat of internationale organisatie immuniteit van jurisdictie kan toekomen. Dat is betrekkelijk eenvoudig indien het gaat om een door de Nederlandse regering erkende vreemde staat. Het kan lastiger worden bij een internationale organisatie, die op basis van een toepasselijk zetel- en oprichtingsverdrag of het internationaal gewoonterecht immuniteit van jurisdictie toekomt (HR 20 december 1985, NJ 1986/438, r.o. 3.3.4, zie bijvoorbeeld ook Rechtbank Limburg 8 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1002, NJF 2017/125). Het ambtshalve onderzoek kan verder worden bemoeilijkt indien de niet-verschenen partij niet de vreemde staat of internationale organisatie zelf is, maar daarvan een zodanig integraal onderdeel uitmaakt dat zij daarmee wordt vereenzelvigd. Het kan dan gaan om (rechts)personen, organen of andere entiteiten. De mate waarin deze niet-verschenen partij met een vreemde staat of internationale organisatie kan worden vereenzelvigd, wordt tegenwoordig veelal verbonden aan de mate waarin de litigieuze handeling als een publiekrechtelijke handeling heeft te gelden (vgl. art. 2 lid 1 (b) van het VN-Verdrag). In de Nederlandse rechtspraak kijken rechters naar zowel factoren die de status van de gedaagde of verweerder betreffen als naar de aard van de litigieuze handeling (R. van Alebeek, *Handboek Internationaal Recht*, 2007, T.M.C. Asser Press, hoofdstuk 8, p. 6 en voetnoot 21, zie ook Rechtbank Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11906).

4. In de onderhavige uitspraak wordt wederom bevestigd dat art. 6 van het VN-Verdrag wordt beschouwd als vastlegging van internationaal gewoonterecht (zie ook HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453, HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190). Dat zou met zich kunnen brengen dat ook art. 6 lid 2 (b) van het VN-Verdrag als zodanig

moet worden gekwalificeerd, inhoudende dat immuniteit van jurisdictie ook moet worden toegepast in het geval de vreemde staat zelf geen partij is in de procedure, maar die procedure wel betrekking heeft op eigendommen, rechten, belangen of activiteiten van die vreemde staat (Rechtbank Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11906, vgl. Rechtbank 's-Gravenhage 23 december 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AV6353, *NJFS* 2006, 89, r.o. 4.2). Ook op deze variant dient de Nederlandse rechter vanaf 1 januari 2018 waakzaam te zijn, waarbij het er vooral om zal gaan in welke mate de vreemde staat daadwerkelijk effecten kan ondervinden van de inhoudelijke beoordeling van het geschil. Het karakter van de immuniteitsleer, zoals hieronder omschreven, in combinatie met het recht op toegang tot een rechter en een eerlijk proces, opgenomen in art. 6 EVRM, nopen tot een terughoudende toepassing van deze variant. In welke mate de bepaling al dan niet op grond van het internationaal gewoonterecht ook geldt voor internationale organisaties is onduidelijk.

5. Indien ambtshalve de immuniteit van jurisdictie in de verstekzaak relevant wordt geacht vanwege de status van de niet-verschene partij en/of het onderwerp van de procedure, moet de litigieuze handeling nader worden beoordeeld. Immuniteit van jurisdictie bestaat ten aanzien van vreemde staten alleen indien de litigieuze handeling als overheidshandelen (*acta iure imperii*) gekwalificeerd moet worden en gaat niet op voor handelingen, verricht op voet van gelijkheid met particulieren (*acta iure gestionis*). In het internationaal gewoonterecht bestaat geen eensluidende definitie die de doorslag kan geven bij de vaststelling hiervan (Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken, advies nu. 17, Den Haag, 19 mei 2006, p. 13, R. van Alebeek, *Handboek Internationaal Recht*, 2007, T.M.C. Asser Press, hoofdstuk 8, p. 7). In de internationale rechtspraak worden twee varianten gehanteerd om te bepalen of sprake is van overheidshandelen, namelijk door te kijken naar (i) de aard of (ii) het doel van de desbetreffende handeling (vgl. art. 2 VN-Verdrag ten aanzien van commerciële transacties, Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken, advies nu. 17, Den Haag, 19 mei 2006, p. 13-14, R. van Alebeek, *Handboek Internationaal Recht*, 2007, T.M.C. Asser Press, hoofdstuk 8, p. 7). Het doel-criterium zal sneller tot immuniteit van jurisdictie leiden dan het aard-criterium. De Nederlandse rechter past met name het aard-criterium toe en de Hoge Raad heeft dat criterium ook beslissend geacht (HR 28 mei 1993, *NJ* 1994/329, HR 25 november 1994, *NJ* 1995/650, conclusie Strikwerda bij HR 18 mei 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2011, *NJ* 2005/65, conclusie Strikwerda bij HR 12 november 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3368, *NJ* 2001/567). Bij toepassing van het aard-criterium is het doel of het motief van de litigieuze handeling niet of minder relevant, omdat het handelen van de overheid steeds, direct of indirect, is ingegeven door en gericht op de behartiging van het publieke belang. Het gaat dan om de aard van de handeling, waarbij wordt gekeken of deze als een op voet van gelijkheid met particulieren verrichte handeling is op te vatten en deze derhalve niet is op te vatten als een handeling die duidelijk het karakter van een overheidshandeling heeft. Deze toets wordt de 'gematigde relatieve immuniteitsleer' genoemd. Toch wil het voorgaande niet zeggen dat het doel-criterium er helemaal niet toe doet. Bepaalde typische overheidstaken kunnen met zich brengen dat ondanks de aard van de handeling toch sprake is van immuniteit van jurisdictie (HR 12 november 1999, *NJ* 2001/567, HR 22 september 2000, *NJ* 2001/568, Gerechtshof 's-Gravenhage 27 juli 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB4066, r.o. 6). De belangrijkste kritiek op het aard-criterium is overigens dat staten die bij overheidshandelen de voorkeur hebben voor privaatrechtelijke oplossingen, sneller aansprakelijk zullen zijn.

Daarentegen zal het enkel toepassen van het doel-criterium tot gevolg hebben dat de immuniteit van jurisdictie een absoluut karakter blijft behouden, hetgeen zich niet verhoudt met de ontwikkelingen in het internationaal gewoonterecht.

6. Bij internationale organisaties moet ook worden beoordeeld in welke hoedanigheid wordt gehandeld. In de Nederlandse jurisprudentie wordt immuniteit van jurisdictie toegepast wanneer de desbetreffende handeling onmiddellijk verband houdt met de uitvoering van de taken van de internationale organisatie (HR 13 november 2018, ECLI:NL:HR:2007:BA9173, *NJ* 2008/147, r.o. 6.4, HR 23 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI9632, *NJ* 2009/527, r.o. 3.3, conclusie Vlas bij HR 13 april 2013, ECLI:NL:PHR:2012:BW1999, *NJB* 2012, 987, r.o. 2.10, HR 20 december 1985, *NJ* 1986/438, r.o. 3.3-3.4). Dit wordt het 'functionaliteits-criterium' of 'functionele immuniteit' genoemd.

7. Bij toepassing van de gematigde relatieve immuniteitsleer kunnen de nationale rechtsregels (*lex fori*) worden toegepast (HR 22 december 1989, *NJ* 1991/70, r.o. 3.3., conclusies Strikwerda bij HR 18 mei 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2011, *NJ* 2005/65 en HR 11 september 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI6317, vgl. R. van Alebeek, *Handboek Internationaal Recht*, 2007, T.M.C. Asser Press, hoofdstuk 8, p. 8-9). Dat zal behoudens specifieke regelingen ook gelden ten aanzien van internationale organisaties.

8. De rechter zal bij de ambtshalve beoordeling ook moeten nagaan of in het desbetreffende geval afstand is gedaan van de immuniteit door de niet-verschene vreemde staat of internationale organisatie. Zo kan een vreemde staat of internationale organisatie uitdrukkelijk afstand hebben gedaan van het recht op immuniteit van jurisdictie. Art. 7 van het VN-Verdrag bepaalt overigens dat een rechtskeuze niet kan worden geïnterpreteerd als afstand. Afstand wordt ten aanzien van vreemde staten ook impliciet aangenomen in een aantal specifieke gevallen, bijvoorbeeld in het geval van een arbitrageovereenkomst met betrekking tot een commerciële transactie (art. 17 VN-Verdrag, 12 Europese Overeenkomst) of de situatie waarin deze als eisende partij (in reconventie) optreedt (art. 8 en 9 VN-Verdrag, art. 1 Europese Overeenkomst). Laatstgenoemd geval is ten aanzien van de ambtshalve beoordeling niet relevant, omdat er geen sprake is van een verstekzaak.

9. In de Nederlandse rechtspraak worden, mede aan de hand van het VN-Verdrag en de Europese Overeenkomst, een aantal uitzonderingen toegepast, in welke gevallen de vreemde staat of internationale organisatie immuniteit van jurisdictie kunnen ontberen. Ook daarmee zal bij de ambtshalve beoordeling rekening moeten worden gehouden, net als met eventuele specifieke regelingen die op de litigieuze handeling betrekking hebben. Commerciële transacties met individuen en rechtspersonen zijn een uitzonderingsgeval (art. 2 en 10 VN-Verdrag, art. 4 Europese Overeenkomst), waarbij de Nederlandse rechter doorgaans aan de hand van het aard-criterium vaststelt of hiervan sprake is. Verder zijn er gevallen denkbaar waarin de commerciële transactie opgenomen in het VN-Verdrag al anticiperend wordt toegepast (Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:2443, *AR* 2017, 1688, r.o. 3.3-3.6). Ook arbeidsovereenkomsten kunnen een uitzonderingssituatie opleveren (art. 11 VN-Verdrag, art. 5 Europese Overeenkomst), waarbij de aard van de werkzaamheden die de werknemer verricht en de nationaliteit en verblijfplaats van de werknemer een belangrijke factor vormen (Rechtbank Oost-Brabant 26 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6791, *AR* 2015, 2367, Rechtbank Rotterdam 26 januari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV0699, *NJF* 2006, 291, Gerechtshof 's-Gravenhage 10 december 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AS7349, *RAR* 2005, 50, Rechtbank 's-Gravenhage 4 februari 1998, «JAR»

1998/67). In gevallen van persoonlijke letselschade en schade aan eigendommen geldt voorts als hoofdregel dat een staat niet immuun is (art. 12 VN-Verdrag, art.11 Europese Overeenkomst). De Europese Overeenkomst maakt daarbij in art. 31 een voorbehoud voor door een staat in de forumstaat verrichte gewelds- en oorlogshandelingen, hetgeen door de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken ook wordt geadviseerd ten aanzien van het VN-Verdrag (Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken, Advies no. 17, Den Haag, 19 mei 2006). Welke reikwijdte art. 12 van het VN-Verdrag exact heeft, is niet uitgekristalliseerd (R. van Alebeek, *Handboek Internationaal Recht*, 2007, T.M.C. Asser Press, hoofdstuk 8, p. 14-15). Ten aanzien van een door een vreemde staat gepleegde onrechtmatige daad beziet de Hoge Raad bij het toepassen van immunititeit van jurisdictie of deze het gevolg is van een overheids-handeling (HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, NJ 1995/650). Andere uitzonderingen hebben betrekking op rechten en plichten voortvloeiende uit eigendom van, belang in, gebruik of bezit van een in de forumstaat gelegen onroerende zaak (art. 13 VN-Verdrag, art. 9 Europese Overeenkomst), intellectuele en industriële eigendom (art. 14 VN-Verdrag), deelname in ondernemingen of andere rechtspersonen (art. 15 VN-Verdrag, art. 6 Europese Overeenkomst), schepen (art. 16 VN-Verdrag, vgl. art. 30 Europese Overeenkomst), en diplomatieke missies (art. 3 lid 1 VN-Verdrag). Nederlandse jurisprudentie over deze uitzonderingen is beperkt, maar mogelijk komt daar aan de hand van een anticiperende toepassing van het VN-Verdrag in de toekomst verandering in. In het kader van de uitzonderingen is voorts relevant dat het EHRM in recente uitspraken een vergaand belang hecht aan de immunititeit van jurisdictie, zowel ten aanzien van staten als internationale organisaties, en een beroep op een onrechtmatige inperking van art. 6 EVRM niet snel mogelijk is (*Fogarty v. The United Kingdom*, Application no. 37112/97, 21 november 2001, *McElhinney v. Ireland*, Application no. 31253/96, 21 november 2001, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, Application no. 35763/97, 21 november 2001, *Stichting Mothers of Srebrenica v. The Netherlands*, Application no. 65542/12, 11 juni 2013).

10. De verplichte ambtshalve toets zal met het voorgaande zeker niet in alle gevallen eenvoudig zijn en het kan nog voorkomen dat in verstekuitspraken alsnog een onjuiste beoordeling ligt besloten. Indien de vreemde staat of internationale instelling niet tijdig door het instellen van verzet of een vordering tot herroeping opkomt tegen de verstekuitspraak, blijft dat onjuiste vonnis tussen partijen van kracht (HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9154, NJ 2010/526 r.o. 3.5.1 en 3.5.3, conclusie van Wesseling-van Gent bij HR 23 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:935, r.o. 2.6). De vraag of de executie van een verstekuitspraak waarin ten onrechte immunititeit van jurisdictie niet is toegepast, een grond oplevert voor misbruik van bevoegdheid in een executiekortgeding, wordt in de onderhavige uitspraak van de Hoge Raad niet behandeld (zie ook de conclusie Wesseling-van Gent bij de onderhavige uitspraak onder nummer 2.16). Het is niet ondenkbaar dat dergelijke executie alsnog wordt geschorst. Dat zal zeker het geval zijn indien de executant wist dat de verstekuitspraak werd gebaseerd op een onjuiste feitelijke of juridische grondslag. Verder zou kunnen worden aangevoerd dat de geëxecuteerde bij executie onevenredig in zijn belangen wordt geschaad en er sprake is van een noodtoestand. In hoeverre dergelijke stellingen houdbaar zijn, mede met het oog op het mogelijk beperkte effect van de verstekuitspraak vanwege de immunititeit van executie, zal moeten blijken. Bij de beoordeling in een executiekortgeding zal vermoedelijk ook worden betrokken dat met de onderhavige uitspraak de regel dat aan een vreemde staat of internationale organisatie immunititeit van jurisdictie toekomt, van openbare orde kan zijn geworden

(zie ook de conclusie Wesseling-van Gent bij de onderhavige uitspraak onder nummer 2.16) en in dat voorkomende geval de executie van de verstekuitspraak daarmee strijdig zal zijn.

11. Het executeren van een vonnis tegen een vreemde staat of internationale organisatie is sinds de uitspraak van de Hoge Raad van 30 september 2016 gecompliceerd vanwege de daarin aangenomen presumptie van immunititeit van executie, die inhoudt dat eigendommen van een vreemde staat of internationale organisatie in beginsel niet vatbaar zijn voor executie tenzij de executant aantoont dat deze een niet-publieke bestemming hebben (HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, «JIN» 2016/201). Die presumptie geldt ook indien de vreemde staat of internationale organisatie niet in de procedure is verschenen. De onderhavige uitspraak bevestigt dat dit per vermogensbestanddeel moet worden onderzocht. De vreemde staat of internationale organisatie hoeft aan dat onderzoek niet mee te werken. De onmogelijke positie van de executant komt goed tot uitdrukking in de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 12 september 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:3729, «JBP» 2017/67). In die procedure werd verlot geweigerd voor het leggen van conservatoir beslag op eigendommen van een vreemde staat, omdat onvoldoende kon worden vastgesteld of die eigendommen een niet-publieke bestemming hadden. Hiermee is (inderdaad) de conservatoire beslagprocedure aangescherpt in gevallen waarin het gaat om eigendommen van vreemde staten of internationale organisaties.

M. Teekens
TeekensKarstens advocaten notarissen

117

16
Hoge Raad 15 december 2017, nr. 16/05475 ECLI:NL:HR:2017:3144 ECLI:NL:PHR:2017:1164 (mr. Numann, mr. De Groot, mr. Polak, mr. Kroeze, mr. Sieburgh) (concl. A-G mr. Valk) Noot N. de Boer
Verzuim. Ingebrekestelling.
Hof beantwoordt de vraag of in het onderhavige geval al dan niet een ingebrekestelling was vereist.
[BW art. 6:81 t/m 6:83]

Vorderingen wegens het beweerd tekortschieten in de nakoming van een aannemingsovereenkomst zijn door rechtbank en hof afgewezen omdat de opdrachtgever de aannemer niet in gebreke heeft gesteld. Opdrachtgever heeft onder meer een beroep gedaan op art. 6:83, onder a en onder c BW (ingebrekestelling niet nodig wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenissen zal tekortschieten). De Hoge Raad casseert naar aanleiding van een motiveringsklacht. Het hof heeft de essentiële stellingen die opdrachtgever in dit verband heeft aangevoerd, niet, dan wel onvoldoende kenbaar in zijn oordeelsvorming betrokken.

[verzoeker], wonende in Curaçao,
verzoeker tot cassatie,
advocaten: mr. B.T.M. van der Wiel en mr. R.R. Verkerk,