

eerste drie criteria van het *Gazprombank*-arrest), resteert nog criterium iv van dit arrest, zijnde de vraag of erkenning van het Albanese vonnis niet onverenigbaar is met een eerder gewezen Nederlands of buitenlands vonnis. Hier lijkt ons geen sprake van te zijn, aangezien de eerdere (arbitrage)uitspraken zagen op een geschil tussen Enel c.s. en de joint-venturepartner, maar niet op een geschil tussen ABA en Enel c.s. Van enige onverenigbaarheid lijkt ons geen sprake, aangezien ABA niet gebonden was aan de samenwerkingsovereenkomst. Inmiddels is in een Frans vonnis het verzoek tot verlening van een exequatur in Frankrijk afgewezen (ABA heeft in Frankrijk, Ierland, Luxemburg en de Verenigde Staten procedures gestart inzake erkenning en tenuitvoerlegging van de Albanese beslissing). Deze afwijzing is (al dan niet terecht) gebaseerd op een Franse norm die overeenkomt met voormeld criterium iv van het *Gazprombank*-arrest. Terecht oordeelt het Nederlandse hof dat het Franse vonnis niet kan worden erkend en dat het hof zelfstandig dient te toetsen of aan de eisen voor erkenning van de Albanese beslissing is voldaan. Als gezegd, lijkt ons ook aan dit criterium iv te zijn voldaan en zou derhalve erkenning van de Albanese beslissing op grond van de verkapte exequaturprocedure geïndiceerd zijn.

E.J.H. Zandbergen en J.M. Kuipers
FERMM Advocaten

164
<p>Gerechtshof Den Haag 24 juli 2018, nr. 200.216,860/01 ECLI:NL:GHDHA:2018:1718 (mr. Frikkee, mr. Van Coevorden, mr. Van Kooten) Noot M. Teekens</p>
<p>IPR en volkenrecht. Immunititeit van jurisdictie. Loonvordering(en).</p>
<p>Geen immunititeit van jurisdictie voor Koninkrijk Saoedi-Arabië in procedure over loonvordering chauffeur. (Anticiperende) werking art. 11 van het verdrag van de Verenigde Naties inzake de immunititeit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen van 2 december 2004. Uitzondering opgenomen in lid 2 sub d, inhoudende dat immunititeit van jurisdictie niet van toepassing is indien het voorwerp van het geding het ontslag of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een natuurlijke persoon betreft en, vast te stellen door het staatshoofd, de regeringsleider of minister van Buitenlandse Zaken van de staat die als werkgever optreedt, een dergelijke procedure de veiligheidsbelangen van die staat zou schaden. Vaststelling door ambassade onvoldoende.</p>
<p>[Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immunititeit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen art. 11]</p>

Geïntimeerde, hierna te noemen 'X', spande een kort geding aan tegen Het Koninkrijk Saoedi-Arabië, hierna 'Saoedi-Arabië', ter verhaal van loonvorderingen gegrond op art. 7:629 BW en de Wet

minimumloon en minimumvakantiebijslag. X vericht (te) uit hoofde van een arbeidsovereenkomst als chauffeur werkzaamheden voor de ambassade van Het Koninkrijk Saoedi-Arabië. In eerste aanleg en in hoger beroep komt Saoedi-Arabië geen immunititeit van jurisdictie toe. Art. 11 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immunititeit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen van 2 december 2004, hierna 'het VN-Verdrag' wordt (anticiperend) toegepast. Op grond van art. 11 lid 1 van het VN-Verdrag komt Saoedi-Arabië in beginsel geen immunititeit van jurisdictie toe, nu het gaat om een arbeidsovereenkomst met een natuurlijk persoon die de werkzaamheden (grotendeels) heeft verricht in Nederland en de Nederlandse rechter bevoegd is van het geschil kennis te nemen. Saoedi-Arabië beroept zich op de uitzondering opgenomen in art. 11 lid 2 sub d van het VN-Verdrag en stelt dat de ambassadeur heeft vastgesteld dat de procedure de veiligheidsbelangen van Saoedi-Arabië schaadt. Volgens het hof is deze vaststelling niet hetzelfde als de vaststelling door het staatshoofd, de regeringsleider of minister van Buitenlandse Zaken als bedoeld in art. 11 lid 2 sub d van het VN-Verdrag. Evenmin zijn de gestelde omstandigheden omtrent de schending van de veiligheidsbelangen voldoende overtuigend.

Het Koninkrijk Saoedi-Arabië,
zetelend te Riyad, Saoedi-Arabië,
appellante,
hierna te noemen: Saoedi-Arabië,
advocaat: mr. F.C. Werts te Den Haag,
tegen
[geïntimeerde],
wonende te [woonplaats],
geïntimeerde,
hierna te noemen: [geïntimeerde],
advocaat: mr. P. Chr. Snijders te Amsterdam.

Hof:

Het geding

Bij exploit van 22 februari 2017 is Saoedi-Arabië in hoger beroep gekomen van het vonnis in kort geding van 26 januari 2017, door de kantonrechter in de rechtbank Den Haag, locatie Den Haag, gewezen tussen partijen. Op de rolzitting van 6 juni 2017 is de zaak aangebracht. Bij arrest van 20 juni 2017 is een comparitie van partijen gelast. De comparitie heeft plaatsgevonden op 12 september 2017. Van de comparitie is proces-verbaal opgemaakt.

Bij memorie van grieven heeft Saoedi-Arabië vijf grieven tegen het vonnis van 26 januari 2017 aangevoerd. Bij memorie van antwoord heeft [geïntimeerde] de grieven bestreden. Vervolgens hebben partijen de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1. In het bestreden vonnis waarvan beroep heeft de kantonrechter onder 1.1 tot en met 1.5 een aantal feiten vastgesteld. Over die feiten bestaat in hoger beroep geen geschil.

2. Met inachtneming van de feitenvaststelling door de kantonrechter en in aanvulling daarop kan in dit hoger beroep worden uitgegaan van het navolgende.

2.1. [geïntimeerde], geboren op [geboortedatum] is op 13 mei 2013 in dienst getreden van (de ambassade van) Saoedi-Arabië in de functie van chauffeur ('driver') in Den Haag. Op de loonstrook van oktober 2015 is een netto salaris vermeld van € 1503,28.

2.2. In de arbeidsovereenkomst is, voor zover van belang, opgenomen:

“Article 12

a) The Second Party shall be entitled to a fully paid sick leave for a period not exceeding a month in case his illness or injury is not due to his work and the said illness or injury temporarily impedes him from executing his job, and he shall submit an approved medical report to this effect issued by a body specified by the First Party; (...)

Salary and delegation

Article 13

1. The First Party shall pay the Second Party a basic monthly salary of (...) 1266,41 € at the end of each Gregorian month.

2. The First Party shall pay to the Second Party the followings: (a) Compulsory social and medical insurances imposed by the regulations of the hosting country and shall be as follows:

(1) Social insurance (588,48 €

(2) Medical insurance (141,69 € (...)

Termination of contract

Article 15

(a) The contract shall terminate before its term in any of the following situations:

– If the Second Party is dismissed for work interest;

– Cancellation of contracted position with the Second Party;

– If the Second Party breaches any of his duties and obligations stipulated in articles 2, 3, 4, 5 of this contract;

– Conviction of the Second Party in a crime of dishonesty and honor whether or not he has been sentenced by imprisonment;

– If the Second Party fails to successfully pass the probation period according to what is stipulated in article seven hereof.

– Death of the Second Party.

Article 23

Any suit or claim arises out of the execution of this contract shall be submitted in Riyadh, the Kingdom of Saudi Arabia, to be considered according to its rules, litigation and procedural principles and it shall be the only judicial body for considering and settling the dispute.

Article 24

The First Party's adherence to the rules of the country where it is accredited as guidance in its relation with the Second Party, does not in any way, mean that, the First Party accepts to waive any privileges and immunities stipulated in the treaties of Vienna International Diplomatic Relations 1961 and consulate Relations 1969. The Second Party is deemed to have previous knowledge of the First Party's adherence to what is stipulated in the said treaties.”

2.3. In een brief van 13 juni 2016 schrijft de ambassadeur van Saoedi-Arabië aan [geïntimeerde], voor zover van belang, het volgende:

“(…) Based on the letter of your direct manager dated on 04.09.1437 Hijri regarding your continuous absence for more than fifteen days without any formal excuse.

As we have contacted you to inquire about the reason for the absence and were told by yourself that there is an excuse. Since then we have been waiting for a detailed medical report on the situation that so far did not receive.

Hence if a legitimate excuse is not provided this will lead to your job termination.”

2.4. Bij brief 20 juni 2016 schrijft de ambassadeur aan [geïntimeerde], voor zover van belang, het volgende:

“Second Warning.

(…) As we have contacted you to inquire about the reason for the absence and were told by yourself that there is an excuse. Since then we have been waiting for a detailed medical report on the situation that so far we did not receive.

We have also sent you a first warning and had no response at all.

Therefore if a legitimate excuse is not provided this will lead to your job termination.”

2.5. De huisarts vermeldt dat hij [geïntimeerde] voor het bepalen van de arbeidsongeschiktheid verwijst naar de bedrijfsarts. [geïntimeerde] heeft deze diagnose op 21 juni 2016 naar de ambassade gestuurd.

2.6. Sinds 30 mei 2016 heeft [geïntimeerde] geen salaris meer ontvangen.

3. In het geding in eerste aanleg heeft [geïntimeerde] gevorderd, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

a. Saoedi-Arabië te veroordelen tot betaling van het salaris van € 1537,20 vanaf 30 mei 2016 tot de dag dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd, met wettelijke rente;

b. Saoedi-Arabië te veroordelen tot betaling van vakantiegeld van 13 maart 2013 tot en met 30 november 2015 van € 5337,35 bruto in totaal, met wettelijke rente en de wettelijke verhoging;

c. Saoedi-Arabië te veroordelen om deugdelijke salarisspecificaties te verstrekken vanaf oktober 2016 tot het dienstverband rechtsgeldig zal zijn beëindigd op straffe van een dwangsom van € 100,= per dag;

d. Saoedi-Arabië te veroordelen in de proceskosten.

4. De kantonrechter heeft Saoedi-Arabië bij wege van voorlopige voorziening veroordeeld tot betaling van € 1537,20 bruto per maand vanaf 30 mei 2016 tot aan de dag dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is beëindigd, en tot betaling van vakantiegeld van € 5337,35 bruto. Voorts heeft de kantonrechter Saoedi-Arabië veroordeeld om aan [geïntimeerde] deugdelijke salarisspecificaties te verstrekken vanaf oktober 2016 op uiterlijk elke laatste dag van de maand totdat het dienstverband rechtsgeldig is geëindigd op straffe van een dwangsom van € 100,= per dag dat Saoedi-Arabië nalatig blijft hieraan te voldoen. Saoedi-Arabië is veroordeeld in de proceskosten.

5. Saoedi-Arabië kan zich met het kort geding vonnis van de kantonrechter niet verenigen. In hoger beroep vordert Saoedi-Arabië vernietiging van het vonnis van 26 januari 2017 en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van [geïntimeerde] alsnog af te wijzen, met veroordeling van [geïntimeerde] in de proceskosten van beide instanties.

6. Bij memorie van antwoord heeft [geïntimeerde] geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met veroordeling van Saoedi-Arabië in de proceskosten (naar het hof begrijpt:) van het hoger beroep.

7. Saoedi-Arabië heeft geen grief gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat de Nederlandse rechter op grond van artikel 6, aanhef en onder, b Rv rechtsmacht heeft, omdat de werkzaamheden door [geïntimeerde] gewoonlijk in Nederland werden verricht. Het hof gaat derhalve ook uit van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter.

8. Bij de beoordeling van de grieven stelt het hof voorop dat in dit kort geding de uitspraak dient te worden gericht naar de waarschijnlijke uitkomst van een eventuele bodemprocedure (zie ook HR 15 april 2016, ECLI:NL:2016:666, r.o. 3.7.1)

9. Grief 1 richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat Saoedi-Arabië geen beroep toekomt op immuniteit van rechtsmacht, zoals geformuleerd in artikel 11 lid 2, aanhef en onder d, van het verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen van 2 december 2004 (hierna: het VN-Verdrag). Saoedi-Arabië stelt dat de uitzondering als bedoeld in dit verdragsartikel van toepassing is, omdat de procedure over het al dan niet voortbestaan van de arbeidsovereenkomst van [geïntimeerde] de veiligheidsbelangen van de ambassadeur en daarmee van Saoedi-Arabië zal schaden.

10. Artikel 11 lid 1 van het VN-Verdrag bepaalt het volgende:

“Tenzij anders overeengekomen tussen de betrokken staten,

kan een staat geen beroep doen op immuniteit van rechtsmacht ten overstaan van een rechter van een andere staat die voor het overige bevoegd is ter zake van een geding dat betrekking heeft op een arbeidsovereenkomst tussen de staat en een natuurlijke persoon voor werkzaamheden die geheel of gedeeltelijk zijn verricht of dienen te worden verricht op het grondgebied van die andere staat.”

Lid 2 bepaalt, voor zover van belang, het volgende:

“Het eerste lid is niet van toepassing indien:

(...) d. het voorwerp van het geding het ontslag of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een natuurlijke persoon betreft en, vast te stellen door het staatshoofd, de regeringsleider of minister van Buitenlandse Zaken van de staat die als werkgever optreedt, een dergelijke procedure de veiligheidsbelangen van die staat zou schaden;”

11. Saoedi-Arabië en [geïntimeerde] gaan uit van de toepasselijkheid van artikel 11 lid 2, aanhef en onder d, van het VN-verdrag, zodat het hof daarvan ook zal uitgaan.

12. Aangezien sprake is van een arbeidsovereenkomst met een natuurlijke persoon voor werkzaamheden die geheel of gedeeltelijk zijn verricht in Nederland, komt aan Saoedi-Arabië in beginsel geen beroep op immuniteit van rechtsmacht toe. Saoedi-Arabië beroept zich op de uitzondering van artikel 11 lid 2, aanhef en onder d, VN-verdrag en stelt zich in dat verband op het standpunt dat de onderhavige procedure haar veiligheidsbelangen schaadt. Saoedi-Arabië voert daartoe aan dat de door de ambassadeur van Saoedi-Arabië ervaren vertrouwensbreuk, de door [geïntimeerde] geuite onvrede over het salaris, het (eerder) door [geïntimeerde] willen beëindigen van zijn werk mits een vergoeding wordt betaald en het daarna zonder geldige reden niet verschijnen op het werk, ertoe hebben geleid dat de ambassadeur van Saoedi-Arabië zich zorgen maakt over de integriteit en loyaliteit van [geïntimeerde]. De veiligheid van de ambassadeur is volgens Saoedi-Arabië niet meer gegarandeerd en het voeren van deze procedure schaadt daarom de veiligheidsbelangen van de ambassadeur en daarmee van Saoedi-Arabië.

13. Het hof overweegt als volgt. Niet gebleken is dat het staatshoofd, de regeringsleider of de minister van buitenlandse zaken van Saoedi-Arabië heeft vastgesteld dat deze procedure de Saoedi-Arabische veiligheidsbelangen zou schaden. Anders dan Saoedi-Arabië betoogt, is aan dit in artikel 11 lid 2, aanhef en onder d, VN-verdrag gestelde vereiste niet voldaan doordat de ambassade, als verlengstuk van de minister of het ministerie van buitenlandse zaken, dit heeft vastgesteld. Overigens, en dit geheel ter zijde, zijn de door Saoedi-Arabië gestelde omstandigheden onvoldoende overtuigend om te oordelen dat deze gerechtelijke procedure de veiligheidsbelangen van Saoedi-Arabië schaadt. Dat geldt ook als moet worden aangenomen dat [geïntimeerde] als chauffeur een grote rol speelt in de beveiliging van de te vervoeren personen en de functie van chauffeur van de ambassadeur een zeer gevoelige functie is, die de nodige veiligheidsrisico's met zich brengt. Bijkomende omstandigheden die dit anders maken zijn gesteld noch gebleken.

14. Concluderend is het hof van oordeel dat Saoedi-Arabië geen beroep op immuniteit van rechtsmacht op grond van artikel 11 lid 2, aanhef en onder d, VN-Verdrag toekomt. Grief 1 faalt dus.

15. Met grief 2 richt Saoedi-Arabië zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat Nederlands recht van toepassing is. Saoedi-Arabië voert aan dat artikelen 23 en 24 uit de arbeidsovereenkomst niet tegenstrijdig zijn, maar elkaar aanvullen. Er is expliciet een keuze gemaakt voor de toepasselijkheid van het recht van Saoedi-Arabië, maar op vrijwillige basis kan wel lokale regelgeving worden gevolgd, aldus Saoedi-Arabië.

16. Het hof oordeelt hierover als volgt. Het toepasselijk recht op een individuele arbeidsovereenkomst moet worden vastgesteld

op grond van artikel 8 Verordening (EG) nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna: Rome I-Verordening). Uit artikel 8 lid 1 Rome I-Verordening volgt dat een individuele arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat de partijen overeenkomstig artikel 3 hebben gekozen. Deze keuze mag er evenwel niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest welke hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken op grond van het recht dat overeenkomstig de leden 2, 3 en 4 van dit artikel toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze. Artikel 8 lid 2 Rome I-Verordening bepaalt vervolgens dat voor zover het op een individuele arbeidsovereenkomst toepasselijke recht niet door de partijen is gekozen, de overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht.

17. In artikel 23 van de arbeidsovereenkomst is een rechtskeuze opgenomen voor het recht van Saoedi-Arabië. In artikel 24 van de arbeidsovereenkomst wordt vervolgens verwezen naar de lokale regelgeving. Dat is in dit geval de Nederlandse regelgeving. De kantonrechter heeft terecht overwogen dat uit de arbeidsovereenkomst geen duidelijke keuze voor alleen het recht van Saoedi-Arabië volgt. Er veronderstellenderwijs vanuit gaande dat de arbeidsovereenkomst wel een rechtskeuze voor alleen het recht van Saoedi-Arabië bevat, mag deze keuze op grond van artikel 8 lid 1 Rome I-Verordening niet ertoe leiden dat [geïntimeerde] de bescherming verliest welke hij geniet op grond van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken op grond van het recht dat overeenkomstig artikel 8 leden 2, 3 en 4 Rome I-Verordening toepasselijk zou zijn geweest bij gebreke van een rechtskeuze.

18. Bij gebreke van een rechtskeuze zou op grond van artikel 8 lid 2 Rome I-Verordening Nederlands recht van toepassing zijn. Immers, [geïntimeerde] verricht zijn arbeid gewoonlijk in Nederland. [geïntimeerde] heeft zijn vorderingen gegrond op artikel 7:629 BW en de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag (hierna: WML). Artikel 7:629 lid 1 BW is op grond van het negende lid van deze bepaling van dwingend recht. Afwijking hiervan ten nadele van de werknemer is slechts mogelijk voor zover wordt overeengekomen dat de werknemer voor de eerste twee dagen van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte geen recht op loon heeft (artikel 7:629 lid 2 BW). Niet is gebleken dat partijen het recht op loon van [geïntimeerde] in de arbeidsovereenkomst in zoverre hebben beperkt. Voor zover zij een verdergaande beperking van zijn recht op loon zijn overeengekomen, mag dit niet ertoe leiden dat [geïntimeerde] de bescherming van – en daarmee: zijn aanspraak op loon uit hoofde van – artikel 7:629 lid 1 BW verliest. De WML is eveneens van dwingend recht; artikel 19 van de WML bepaalt dat bedingen die strijdig zijn met de WML, nietig zijn. Op grond van artikel 4 WML valt iedereen die zijn dienstbetrekking binnen Nederland vervult binnen de werkingssfeer van de WML. Aangezien [geïntimeerde] zijn dienstbetrekking binnen Nederland vervult, valt hij onder deze werkingssfeer. Het hof is derhalve van oordeel dat de kantonrechter terecht artikel 7:629 BW en de WML heeft toegepast. Grief 2 faalt daarom.

19. Grief 3 richt zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat [geïntimeerde] van 11 april 2016 tot 1 mei 2016 wel op het werk aanwezig is geweest en heeft gewerkt. Saoedi-Arabië stelt ter toelichting op deze grief dat het met behulp van getuigenverklaringen van collega's en leidinggevendenden wenst aan te tonen dat [geïntimeerde] zonder geldige reden vanaf 11 april 2016 niet meer op het werk is verschenen. Naar het voorlopige oordeel van het hof is dit bij – gebrek aan enige feitelijke onderbouwing

– niet aannemelijk geworden. Voor bewijslevering is in kort geding geen plaats.

20. Grief 4 richt zich tegen de toewijzing van de loonvordering, de wettelijke rente en de wettelijke verhoging vanaf 30 mei 2016, alsmede tegen de veroordeling na juni 2016 salarisspecificaties te overleggen.

21. De vorderingen van [geïntimeerde] zien op de betaling van loon en vakantiegeld tot de dag dat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd en op het overleggen van deugdelijke salarisspecificaties. Saoedi-Arabië stelt dat op basis van artikel 15a, derde streepje van de arbeidsovereenkomst, Saoedi-Arabië het recht heeft de arbeidsovereenkomst te beëindigen indien de werknemer niet conform artikel 5 van de arbeidsovereenkomst acht uur per dag zal werken. Volgens Saoedi-Arabië is [geïntimeerde] op 11 april 2016 uit onvrede, zonder geldige reden, niet op het werk verschenen en is de arbeidsovereenkomst vijftien dagen later – op 26 april 2016 – rechtsgeldig beëindigd.

22. Het hof is voorshands van oordeel dat in de onderhavige procedure niet gebleken is dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen op 26 april 2016 is beëindigd. Saoedi-Arabië heeft zijn stelling niet nader onderbouwd. Stukken waaruit zou kunnen blijken dat de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk is geëindigd, zijn niet in het geding gebracht. Integendeel, in de brieven van 13 juni 2016 en 20 juni 2016 (productie 4 en 6 bij dagvaarding in eerste aanleg) wordt [geïntimeerde] gevraagd een gedetailleerd medisch rapport aan te leveren, waarbij wordt vermeld dat als een legitieme reden voor zijn afwezigheid ontbreekt dit zal leiden tot ontslag.

23. De stelling dat de arbeidsovereenkomst op 26 april 2016 al rechtsgeldig is beëindigd staat haaks op deze brieven. Ditzelfde geldt voor de stelling van Saoedi-Arabië dat de arbeidsovereenkomst op basis van de contractuele bepalingen en het recht van Saoedi-Arabië vanaf 1 juni 2016 rechtsgeldig is geëindigd. Dit is evenmin onderbouwd. Voorts is van belang dat mr. Werts blijkens het proces-verbaal van de comparitie van partijen van 12 september 2017 ten overstaan van de kantonrechter het volgende heeft verklaard: “Het klopt dat mijn cliënte niet heeft voldaan aan het vonnis; het loon van [geïntimeerde] is niet betaald. Er is geen ontbindingsprocedure of ontslag geweest.”

24. Het voorgaande betekent dat grief 4 faalt en de loonvordering, wettelijke rente en wettelijke verhoging, waartegen Saoedi-Arabië voor het overige geen verweer heeft gevoerd, terecht zijn toegewezen.

25. Met grief 5 betoogt Saoedi-Arabië dat de kantonrechter ten onrechte de vordering ten aanzien van het vakantiegeld heeft toegewezen. Primair voert Saoedi-Arabië aan dat geen vakantiegeld is verschuldigd, omdat Nederlands recht niet van toepassing is. Indien Nederlands recht wel van toepassing is, stelt Saoedi-Arabië dat ruimschoots is voldaan aan de verplichting om naast het maandelijks salaris 8% vakantiegeld uit te betalen.

26. Zoals het hof hiervoor heeft geoordeeld, valt [geïntimeerde] onder de werkingssfeer van de dwingendrechtelijke bepalingen van de WML. Op grond van artikel 15 WML heeft de werknemer jegens de werkgever recht op een vakantiebijslag ten minste tot een bedrag van 8% van zijn ten laste van de werkgever komende loon. Uit de overgelegde salarisspecificaties en het overzicht van ABN Amro van de betalingen die aan [geïntimeerde] zijn gedaan, blijkt dat maandelijks naast het salaris van € 1520,10 een bedrag van € 495,95 aan [geïntimeerde] is betaald. Naar het oordeel van het hof heeft [geïntimeerde] onvoldoende gemotiveerd betwist dat dit bedrag (ruimschoots) 8% vakantiegeld overtreft. Zijn stelling dat dit bedrag te beschouwen is als ‘onkostenvergoeding of loonsverhoging’, zoals [geïntimeerde] bij memorie van antwoord stelt, is dermate vaag dat

dit niet als gemotiveerde betwisting van de stelling van Saoedi-Arabië kan worden aangemerkt. De redenering dat dit bedrag niet in verhouding staat tot de zeer vele overuren die [geïntimeerde] nog heeft openstaan en waarvoor volgens [geïntimeerde] de toezegging is gedaan dat hij daarvoor zou worden gecompenseerd, heeft [geïntimeerde] evenmin nader onderbouwd. De onderhavige kort geding procedure leent zich ook niet voor verder onderzoek naar de feiten dan wel bewijslevering. Het standpunt dat [geïntimeerde] zich ter zake op verrekening mag beroepen omdat de ambassade nog steeds geen uitvoering heeft gegeven aan het vonnis van de kantonrechter, is rechtens niet juist. De vorderingen waarop dit vonnis betrekking heeft zijn immers in hoger beroep onderwerp van het geschil. Gelet op het voorgaande slaagt grief 5 en zal de vordering ter zake van 8% vakantietoelage alsnog worden afgewezen.

27. Het bewijsaanbod van Saoedi-Arabië dient te worden gepasseerd aangezien de onderhavige kort geding procedure zich niet leent voor verdere bewijslevering.

28. Slotsom is dat het hof het vonnis van de kantonrechter zal bekrachtigen met uitzondering van de vakantietoelage. Saoedi-Arabië zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure in hoger beroep worden veroordeeld. De proceskostenveroordeling zal uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard zoals gevorderd.

Beslissing in kort geding

Het hof:

– vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Den Haag, zitting houdende te Den Haag, van 26 januari 2017 voor zover Saoedi-Arabië daarbij is veroordeeld tot betaling van 8% vakantietoelage aan [geïntimeerde];

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

– wijst de vordering ter zake van 8% vakantietoelage af;

– bekrachtigt het vonnis voor het overige;

– veroordeelt Saoedi-Arabië in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van [geïntimeerde] tot op heden begroot op € 313,= aan griffierecht en € 2148,= aan salaris advocaat;

– verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Art. 13a Wet algemene bepalingen (Wet AB) bepaalt onder meer dat de rechtsmacht van de Nederlandse rechter wordt beperkt door de uitzonderingen die in het volkenrecht worden erkend. Tot zodanige uitzonderingen behoort het aan vreemde staten en internationale organisaties op grond van het internationaal gewoonterecht toekomende recht op immuniteit van jurisdictie. De omvang van het recht op immuniteit van jurisdictie, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke overheidshandelingen, moet worden beoordeeld aan de hand van dat internationaal gewoonterecht. Daarbij spelen onder andere de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten (*Trb.* 1973, 43) en het nog niet in werking getreden VN-Verdrag (*Trb.* 2010, 272) een rol, maar niet alle daarin opgenomen bepalingen kunnen worden beschouwd als internationaal gewoonterecht (HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3054, «JIN» 2018/15; HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, «JIN» 2016/201; HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6673, *NJ* 2010/524).

2. De Hoge Raad heeft in zijn ‘prospectieve overruling’ van 1 december 2017 besloten dat de Nederlandse rechter vanaf 1 januari 2018 in procedures waarin een vreemde staat of

internationale organisatie niet verschijnt ambtshalve onderzoek moet doen of die partij immuniteit van jurisdictie toekomt (HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3054, «JIN» 2018/15). Hoewel deze ambtshalve toetsing is geregeld in art. 6 en 23 van het VN-Verdrag, heeft de Hoge Raad, mede vanwege de late introductie van die bepalingen in het VN-Verdrag en de daarop gegeven toelichting (Yearbook of the International Law Commission 1990, I, onder 46), deze niet beschouwd als regel van internationaal gewoonterecht. De ambtshalve toetsing werd alsnog aangenomen krachtens het Nederlands burgerlijk procesrecht, waarbij aansluiting is gezocht bij de adviezen van de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (vgl. Advies nr. 17, paragraaf 51-60, en Advies nr. 27, p. 11).

3. Eerder oordeelde de Hoge Raad dat de Nederlandse rechter in verstekzaken wel bevoegd, maar niet verplicht was om de toepasselijkheid van de immuniteit van jurisdictie te onderzoeken (HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, NJ 1995/650; HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9154, NJ 2010/526). Uit deze uitspraken volgt voorts dat de Nederlandse rechter gehouden is om de toepasselijkheid van de immuniteit van jurisdictie te onderzoeken indien de vreemde staat of internationale organisatie zich daarop (tijdig) beroept. Vanuit die benadering werd aangenomen dat de regel van immuniteit van jurisdictie niet van openbare orde is (zie A-G Strikwerda en annotator De Boer bij HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, NJ 1995/650). Met de door de Hoge Raad voorgeschreven ambtshalve toetsing van immuniteit van jurisdictie in verstekzaken vanaf 1 januari 2018 is deze regel hiermee van openbare orde geworden in verstekzaken.

4. Toch gaat deze ambtshalve toetsing in verstekzaken niet zover als de eerder door de Hoge Raad aangenomen presumptie van immuniteit van executie, waarbij de executerende partij moet stellen en bewijzen dat de desbetreffende beslagobjecten een (onmiddellijk) commercieel doel dienen (Hof Amsterdam 31 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2736; HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, «JIN» 2016/201). De immuniteit van jurisdictie moet immers door de rechter worden onderzocht, terwijl de immuniteit van executie vooraf wordt aangenomen en de executant het tegendeel moet bewijzen.

5. De onderhavige procedure is geen verstekzaak. Het hof heeft art. 11 lid 1 en lid 2 sub d van het VN-Verdrag toegepast zonder in te gaan op de vraag of die bepalingen, nu het VN-Verdrag nog geen werking heeft, onderdeel zijn (geworden) van het internationaal gewoonterecht. Het hof gaat uit van de toepasselijkheid van de uitzondering opgenomen in art. 11 lid 2 sub d van het VN-Verdrag omdat partijen ook van die toepasselijkheid uitgaan (zie overweging 11). De vraag is of een dergelijke benadering, ondanks dat de hogerberoepsprocedure aanhangig werd voor 1 januari 2018, wel de juiste is.

6. Saoedi-Arabië deed een beroep op immuniteit van jurisdictie door de (anticiperende) werking van art. 11 lid 2 sub d van het VN-Verdrag in te roepen. Art. 13A Wet AB in samenhang met art. 1 Rv brengt dan met zich mee dat de rechter zijn rechtsmacht controleert in verband met deze opgeworpen volkenrechtelijke uitzondering (HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, NJ 1995/650). Immuniteit van jurisdictie houdt gezien deze bepalingen en de daarop afgegeven toelichting (*Kamerstukken II* 2008/09, 32021, 3) nauw verband met de (vaststelling van) rechtsmacht. Regels inzake rechtsmacht zijn van openbare orde (Hoge Raad 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015, «JIN» 2015/111). Derhalve doet de vraag zich voor of het hof in de onderhavige procedure op tegenspraak niet, onafhankelijk van de standpunten van partijen, had moeten onderzoeken of Saudi-Arabië op grond van het internationaal gewoonterecht immuniteit van jurisdictie toekwam en daarbij ook had moeten beoordelen of art. 11 lid 1 en

11 lid 2 sub d van het VN-Verdrag onderdeel zijn (geworden) van het internationaal gewoonterecht. Vanwege de hiervoor genoemde nauwe band tussen immuniteit van jurisdictie en de (vaststelling van) rechtsmacht, valt daarvoor veel te zeggen. De vaststelling van de regels van internationaal gewoonterecht dient te gebeuren binnen de kaders van het internationaal gewoonterecht en niet aan de hand van louter (overeenstemmende) partijstandpunten. De door de Hoge Raad geïntroduceerde ambtshalve toepassing van immuniteit van jurisdictie, op grond van het Nederlands burgerlijk procesrecht, in verstekzaken wijst ook in die richting.

7. Bij de zelfstandige vaststelling door de rechter of art. 11 lid 1 en 11 lid 2 sub d van het VN-Verdrag regels van het internationaal gewoonterecht zijn (geworden), is het volgende relevant. Art. 11 lid 1 van het VN-Verdrag regelt dat een staat geen beroep toekomt op immuniteit van jurisdictie ten overstaan van een bevoegde rechter van een andere staat als een geding betrekking heeft op een arbeidsovereenkomst voor werkzaamheden die geheel of gedeeltelijk zijn verricht of dienen te worden verricht op het grondgebied van die andere staat. Het oudere art. 5 lid 1 van Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten is nagenoeg gelijklopend. Ook het advies van de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken ziet geen bezwaren bij de toepassing van de hoofdregel opgenomen in art. 11 lid 1 van het VN-Verdrag (Advies nr. 17, paragraaf 61-71). De Hoge Raad heeft de hoofdregel ook aangenomen (zie o.a. HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6673, NJ 2010/524; HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, NJ 1995/650). Het zijn echter de uitzonderingen op de naar internationaal gewoonterecht geldende hoofdregel die alsnog immuniteit van jurisdictie met zich mee kunnen brengen. Indien een vreemde staat of internationale organisatie een beroep doet op een dergelijke uitzondering, moet de vraag worden beantwoord of die uitzondering een regel is (geworden) naar internationaal gewoonterecht. In de onderhavige procedure deed Saoedi-Arabië een (anticiperend) beroep op de uitzondering opgenomen in art. 11 lid 2 sub d van het VN-Verdrag, inhoudende dat als het staatshoofd, de regeringsleider of Minister van Buitenlandse Zaken vaststelt dat de procedure de veiligheidsbelangen van de staat zou schaden alsnog immuniteit van jurisdictie moet worden toegepast. De Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken heeft geconstateerd dat deze uitzondering tot aan het einde van de onderhandelingen in VN-kader problemen heeft gegeven én dat de bepaling niet strookt met de Nederlandse rechtspraktijk. Dat laatste omdat in de Nederlandse rechtspraktijk de mogelijkheid zou moeten blijven bestaan om een verklaring die op grond van veiligheidsbelangen immuniteit met zich brengt, marginaal op de inhoud te toetsen en bovendien met het oog op compensatie de proportionaliteit tussen doel en middel moet kunnen worden getoetst onder verwijzing naar HR 22 december 1989, NJ 1991/70 en Rechtbank 's-Gravenhage 25 september 2002, *Praktijkids* (2002), no. 5959. Derhalve luidt het advies om ten aanzien van art. 11 lid 2 sub d van het VN-Verdrag een voorbehoud te maken (Advies nr. 17, paragraaf 61-71, zie ook annotator De Boer bij HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6673, NJ 2010/524). Kortom: het hof heeft in de onderhavige kwestie een uitzondering toegepast waarvan het discutabel is of deze een regel is (geworden) van internationaal gewoonterecht en waarvan het aannemelijk is dat de toepassing niet strookt met de Nederlandse rechtspraktijk. Desondanks had een andere aanpak vermoedelijk niet uitgemaakt voor de einduitkomst van de onderhavige procedure.

8. De toekomst zal ook moeten uitwijzen hoe rechters vanaf 1 januari 2018 in procedures op tegenspraak zullen omgaan met vreemde staten en internationale organisaties die zich niet (tijdig)

beroepen op de immuniteit van jurisdictie en of de door de Hoge Raad voorgeschreven ambtshalve toetsing in verstekzaken daarop van invloed is. De vraag is of in die gevallen nog steeds stilzwijgend afstand van immuniteit van jurisdictie wordt aangenomen, of dat het daardoor ontstane verschil, waarbij de immuniteit van jurisdictie in verstekzaken van openbare orde is en in procedures op tegenspraak niet, (deels) zal worden ondervangen.

M. Teekens

TeekensKarstens advocaten notarissen

165
Gerechtshof Amsterdam 24 juli 2018, nr. 200.201.496/01 ECLI:NL:GHAMS:2018:2630 (mr. Aalders, mr. Uriot, mr. Veldhuijzen van Zanten) Noot E. Baghery
Exceptio plurium litis consortium. Niet-ontvankelijkheid oproeping.
Vordering wijziging verdeelsleutel servicekosten winkelcentrum. Beroep op exceptio plurium litis consortium slaagt. Alsnog niet-ontvankelijk. Overigens bekrachtiging vonnis.
[BW art. 6:96 lid 2; Rv art. 118]

1172

Klépierre heeft onder meer een beroep gedaan op de *exceptio plurium litis consortium* (hierna: de *exceptio*), leidende tot de conclusie dat B&G c.s. niet-ontvankelijk zijn in hun vorderingen ten aanzien van (het wijzigen van) de verdeelsleutel en tot betaling van bedragen op grond van die gewijzigde verdeelsleutel.

Ten pleidooie is – desgevraagd – namens B&G c.s. verklaard dat – anders dan uit het *petitum* lijkt voort te vloeien – de vordering van de belangenvereniging beperkt is tot de gevorderde verklaring voor recht. De overige vorderingen zijn slechts ingesteld door appellanten 1 tot en met 3. Het hof zal het *petitum* in deze zin begrijpen.

Het hof ziet aanleiding om allereerst de opgeworpen *exceptio* als meest verstrekkend verweer te bespreken. Klépierre heeft daartoe het volgende aangevoerd. Uitgangspunt is dat de door Klépierre gemaakte servicekosten ten behoeve van haar huurders door die gezamenlijke huurders worden gedragen. Het aandeel van ieder van de huurders wordt bepaald door de verdeelsleutel. De vorderingen van B&G c.s. strekken tot wijziging van die verdeelsleutel zodanig dat aan hen bedragen dienen te worden terugbetaald. Wijziging van de verdeelsleutel als door B&G c.s. beoogd, brengt logischerwijs mee dat andere huurders meer gaan betalen. Die andere huurders zijn evenwel niet in de procedure betrokken en kunnen ook niet worden gehouden aan een in deze zaak uit te spreken arrest. Klépierre zal dus met ongedekte kosten blijven zitten. Het is daarom noodzakelijk dat een eventueel gewijzigde verdeelsleutel voor alle betrokken huurders gaat gelden en daartoe hadden B&G c.s. alle betrokken huurders in de procedure moeten betrekken. Die omissie wordt niet geheeld doordat de belangenvereniging in de procedure is betrokken, want vaststaat dat die niet optreedt namens alle huurders. Klépierre betwist zelfs dat de belangenvereniging optreedt namens al haar leden.

Dit is een situatie waarop de *exceptio* ziet, en Klépierre concludeert dat B&G c.s. niet-ontvankelijk moeten worden verklaard ten aan-

zien van de gevorderde verklaring voor recht en de vorderingen tot terugbetaling van bedragen op grond van de gewijzigde verdeelsleutel.

B&G c.s. hebben hiertegen aangevoerd dat een toewijzend arrest alleen bindend zal zijn voor appellanten 1 tot en met 3. Ter zitting is namens B&G c.s. betoogd dat het uitgangspunt is dat eerlijk moet worden verdeeld. Als voor appellanten 1 tot en met 3 vastgesteld wordt dat de staffel moet worden gewijzigd, dan zal dat te zijner tijd ook voor de andere huurders moeten gelden. De andere huurders zullen echter niet gebonden zijn aan een in deze procedure te wijzen arrest. Het is dan ook niet nodig die huurders in deze procedure te betrekken.

De belangenvereniging stelt voorts dat van de 140 huurders er 90 lid zijn van de belangenvereniging. De belangenvereniging treedt op voor al haar leden. Dit zijn vooral de oudere winkeliers, met name de kleine huurders, maar er is ook een aantal grote huurders lid. De huidige staffel is met name nadelig voor de kleine huurders.

Het hof stelt voorop dat de *exceptio* met succes kan worden ingeroepen in het geval er een rechtsbetrekking in het geschil is waarbij derden zijn betrokken en waarvan het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing jegens allen luidt in gelijke zin. Dit zijn de processeel ondeelbare rechtsverhoudingen. De vraag die aldus voorligt, is of het onderhavige geschil een processeel ondeelbare rechtsverhouding betreft. Het hof beantwoordt die vraag bevestigend.

1. B&G Herenmode V.O.F., gevestigd te Heerhugowaard,
2. Komen's Drogisterijen B.V., gevestigd te Heerhugowaard,
3. Stumpel Boekhandel-kantoorinstallaties B.V., gevestigd te Zwaag,
4. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid Belangenvereniging Middenwaard, gevestigd te Heerhugowaard, appellanten, tevens incidenteel geïntimeerden, advocaat: mr. M. Cohen te Amsterdam, tegen Klépierre Management Nederland B.V., gevestigd te Utrecht, geïntimeerde, tevens incidenteel appellante, advocaat: mr. J.A. van Strijen te Amsterdam.

Hof:

1. Het geding in hoger beroep

Appellanten worden hierna afzonderlijk ook wel respectievelijk B&G, Komen's, Stumpel en de belangenvereniging genoemd en gezamenlijk B&G c.s. Geïntimeerde wordt Klépierre genoemd.

B&G c.s. zijn bij dagvaarding van 10 mei 2016 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de kantonrechter van de rechtbank Noord-Holland (hierna: de kantonrechter), van 10 februari 2016, onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen B&G c.s. als eisers en Klépierre als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, tevens akte vermeerdering eis, met producties;
 - memorie van antwoord in principaal appel, memorie van grieven in incidenteel appel met producties;
 - memorie van antwoord in incidenteel appel;
- Partijen hebben de zaak ter zitting van 19 december 2017 doen bepleiten, B&G c.s. door mr. Cohen voornoemd en Klépierre