

gewezen, en heeft het hof de hiervoor in 3.1 onder (ii) vermelde bedrijfsschade vastgesteld op een bedrag van f 142.487,-. In het dictum van zijn eindarrest heeft het hof Avéro veroordeeld aan [verweerder] een bedrag van € 25.181,- te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 17 juni 1986.

Het middel bevat in de kern de klacht dat het hof eraan heeft voorbijgezien dat Avéro al had voldaan aan de veroordeling in eerste aanleg door de betaling van € 52.222,15 en, naar zij in hoger beroep had aangevoerd en door [verweerder] ook was erkend, aldus een bedrag van € 32.808,08 te veel had betaald. Tussen partijen was alleen in geschil op welke datum was betaald: volgens Avéro op 5 september 2003 en volgens [verweerder] op 22 september 2003. De klacht is gegrond. Het eindarrest van het hof bevat op dit punt onmiskenbaar een omissie.

Uit het bij de reactie op de conclusie van de Advocaat-Generaal gevoegde arrest van het Hof te Amsterdam van 24 februari 2009 blijkt dat het hof het verzoek tot verbetering van zijn thans in cassatie bestreden arrest heeft afgewezen.

De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen door het teruggevoerde bedrag van € 32.808,08 alsnog aan Avéro toe te wijzen. Avéro heeft voor dat geval afstand gedaan van haar (eventuele) recht op rente over de periode tot 22 september 2003.”

Ten slotte is relevant dat uit HR 21 december 2018, *NJ* 2019/30 blijkt dat niet-ontvankelijkheid in cassatie volgt in geval van de mogelijkheid tot herstel ex art. 32 Rv (r.o. 3.3.2):

“Indien de rechter heeft verzuimd te beslissen over een onderdeel van het gevorderde of verzochte, biedt art. 32 Rv partijen de mogelijkheid de rechter te verzoeken zijn uitspraak aan te vullen. Ingevolge art. 399 Rv staat beroep in cassatie niet open voor hem die zijn bezwaren kan doen herstellen door dezelfde rechter bij wie de zaak heeft gediend. Voor niet-ontvankelijkheid op grond van art. 399 Rv bestaat geen aanleiding in het geval dat weliswaar een verzoek als bedoeld in art. 32 Rv kan worden ingediend, maar in cassatie ook andere klachten aan de orde zijn gesteld (HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:38, r.o. 5.2). Dit laatste doet zich in het onderhavige geval echter niet voor.”

3. Het oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad stelt voorop dat art. 32 lid 1 Rv inhoudt, zoals gezegd, dat de rechter te allen tijde op verzoek van *een partij* zijn vonnis, arrest of beschikking aanvult indien hij heeft verzuimd te beslissen over een onderdeel van het gevorderde of verzochte. Deze bepaling staat, naar het oordeel van de Hoge Raad, uitsluitend ten dienste van *de partij* die de vordering heeft ingesteld of het verzoek heeft gedaan waarop de rechter deels niet heeft beslist. Het staat die partij immers vrij van die vordering of dat verzoek af te zien. Art. 32 lid 1 Rv is *niet* geschreven voor de *wederpartij*. Het verzoek om aanvulling op de voet van art. 32 Rv kan derhalve volgens de Hoge Raad niet door deze laatste worden gedaan.

De beslissing van de Hoge Raad is niet verrassend in het licht van het hiervoor sub 2 geschetste juridische kader.

mr. M.A.J.G. Janssen
BANNING N.V.

107

Eisen waaraan een beroep op het ontbreken van rechtsmacht van de Nederlandse rechter moet voldoen

Hoge Raad

17 mei 2019, nr. 18/00633, ECLI:NL:HR:2019:732

(mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Polak, mr. Kroeze, mr. Sieburgh)

(Concl. A-G Vlas)

Noot mr. M. Teekens

IPR. Rechtsmacht. Stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid? Art. 26 lid 1 Verordening Brussel I-bis en art. 11 Rv. Immunititeit van jurisdictie en immunititeit van beslag en executie; art. 1 Rv en art. 13a Wet AB. Ligt beroep op ontbreken van rechtsmacht besloten in beroep op immunititeit van jurisdictie?

[Verordening Brussel I-bis art. 26 lid 1; Rv art. 1, 9a en 11; Wet AB art. 13a]

Essentie: De Hoge Raad oordeelt dat indien een vreemde staat of internationale organisatie het verweer wil voeren dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt om van de zaak kennis te nemen, en zich daartoe niet alleen wil beroepen op immunititeit van jurisdictie, maar ook op het ontbreken van bevoegdheid als bedoeld in (de voorlopers van) de Verordening Brussel I-bis, dan wel de commune regels voor internationale rechtsmacht, deze elke grondslag van dit verweer met inachtneming van art. 26 lid 1 Verordening Brussel I-bis en art. 11 Rv en op een voor de wederpartij en de rechter kenbare wijze naar voren moet brengen, al dan niet onder aanvoering van de verweren ten gronde. De eis dat voor de wederpartij en de rechter kenbaar dient te zijn op welke grondslag, dan wel grondslagen, het beroep op het ontbreken van rechtsmacht berust, impliceert dat in een beroep op immunititeit van jurisdictie als bedoeld in art. 1 Rv in verbinding met art. 13a Wet AB, op zichzelf niet een beroep besloten ligt op het ontbreken van bevoegdheid als bedoeld in (de voorlopers van) de Verordening Brussel I-bis, dan wel de commune regels voor internationale rechtsmacht. Indien een vreemde staat of internationale organisatie zich alleen beroept op immunititeit van jurisdictie, en dat beroep niet opgaat of daarvan afstand wordt gedaan, is sprake van een stilzwijgende forumkeuze.

Samenvatting: Bij overeenkomst van 9 september 1988 heeft Siemens Aktiengesellschaft ('Siemens') aan de Iraakse 'State Company for Imports and Export, Technical and Scientific Materials Importation Division' 240 telexapparaten met onderdelen verkocht voor een totaal bedrag van DM 3.508.800,-. Van de koopsom is 15% vooruit betaald. Voor de resterende koopsom van DM 2.982.480,- heeft de in Irak gevestigde Central Bank of Iraq ('CBI') bij telexbericht van 9 oktober 1988, gericht aan Dresdner Bank AG ('Dresdner Bank') te Frankfurt, een 'letter of credit' ('L/C') gesteld, geldig tot 31 december 1989.

Siemens heeft de verschuldigde koopsom op 18 december 1989 aan de Staat Irak in rekening gebracht en de goederen blijkens de door haar overgelegde 'Air Waybill' van die datum op 25 december 1989 verzonden. Op 27 december 1990 heeft CBI een telexbericht verzonden aan Dresdner Bank, waarin is

vermeld dat iedere betaling door CBI aan Siemens op basis van Iraaks recht is bevroren zolang de internationale sancties tegen Irak niet zijn opgeheven.

Bij beschikking van de president van de Rechtbank Amsterdam van 23 januari 2001 is verlov verleend tot het leggen van conservatoir derdenbeslag onder Fortis Bank (Nederland) N.V. ('Fortis') ten laste van de Staat Irak en onder De Nederlandsche Bank NV ('DNB') ten laste van CBI. Op 25 januari 2001 zijn de beide beslagen gelegd. Siemens heeft vervolgens zowel CBI als de Staat Irak bij inleidende dagvaarding van 19 februari 2001 opgeroepen voor de Rechtbank Amsterdam. Grondslag voor de vordering op CBI is dat zij de L/C heeft uitgegeven, maar in gebreke is gebleven met de betaling van het restant van de koopprijs onder de L/C, terwijl Siemens tijdig de benodigde documentatie bij de Dresdner Bank heeft aangeboden.

Siemens heeft gesteld dat de Nederlandse rechter op grond van art. 767 Rv bevoegd is kennis te nemen van de vorderingen jegens beide gedaagden. Siemens heeft hoofdelijke betaling van CBI en de Staat Irak gevorderd van een bedrag van DM 5.689.945,67 aan hoofdsom met rente tot 26 januari 2001 te vermeerderen met rente ad DM 935,33 per dag vanaf genoemde datum.

Bij conclusie van antwoord heeft CBI verweer gevoerd en primair een beroep gedaan op immuniteit van jurisdictie, subsidiair op verjaring van de vordering en meer subsidiair op overmacht. De Staat Irak heeft een incidentele vordering tot onbevoegdverklaring van de Nederlandse rechter ex art. 11 Rv ingesteld en daartoe aangevoerd dat de Nederlandse rechter geen bevoegdheid kan ontlenen aan art. 767 Rv, omdat het onder Fortis gelegde beslag tegoeden betreft die bestemd zijn voor de openbare dienst.

Bij tussenvonnis van 20 maart 2013 heeft de rechtbank dit beroep gehonoreerd en daartoe overwogen dat de Staat Irak onbestreden heeft gesteld dat de rekening bij Fortis wordt gebruikt voor de openbare dienst. Verder heeft de rechtbank overwogen dat Siemens zich erop heeft beroepen dat ten aanzien van de Staat Irak bevoegdheid kan worden ontleend aan art. 7 lid 1 Rv. Bij tussenvonnis van 17 juli 2013 is in de zaak tegen de Staat Irak de incidentele vordering tot onbevoegdverklaring toegewezen. De rechtbank heeft daarbij overwogen dat art. 126 lid 7 Rv (oud) van toepassing is en die bepaling toepassing mist nu CBI geen woonplaats heeft in Amsterdam. De Staat Irak is daarmee geen partij meer in de procedure. In hetzelfde tussenvonnis heeft de rechtbank het beroep van CBI op immuniteit van jurisdictie, verjaring en overmacht beoordeeld en verworpen. Bij eindvonnis van 5 maart 2014 heeft de rechtbank de vorderingen van Siemens jegens CBI toegewezen.

CBI is in hoger beroep gekomen bij het Hof Amsterdam. CBI is niet opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank dat CBI geen beroep op immuniteit van jurisdictie toekomt, CBI heeft wel betoogd dat de rechtbank zich ten onrechte bevoegd heeft geacht om kennis te nemen van de vorderingen jegens CBI, omdat niet voldaan is aan de vereisten voor toepassing van art. 767 Rv. De ten laste van CBI in Nederland gelegde beslagen zouden niet doeltreffend zijn geweest, en er zou niet gesteld of bewezen zijn dat het voor Siemens niet mogelijk is om op andere wijze een executoriale titel te verkrijgen dan door middel van een procedure bij de Nederlandse rechter. Voorts heeft CBI de hoogte van het door het hof toegewezen bedrag bestreden. Volgens CBI zijn partijen overeengekomen dat CBI in geen geval kan worden veroordeeld tot betaling van een bedrag hoger dan € 1.993.030,07, nu dit het bedrag is waarvoor de L/C is verstrekt. Ook verbiedt de toepasselijke Iraakse

wet dat de toegewezen rente het bedrag aan hoofdsom overstijgt. Verder is aangevoerd dat de berekening van de verschuldigde rente door de rechtbank strijdig is met de Iraakse wet.

In het tussenarrest van 31 maart 2015 heeft het hof de klacht van CBI met betrekking tot de bevoegdheid van de Nederlandse rechter ongegrond geacht. Het hof heeft daartoe overwogen dat CBI de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter heeft aanvaard, omdat zij in het geding is verschenen zonder zich tijdig, als bedoeld in art. 11 Rv en art. 24 Verordening Brussels I-bis, op het ontbreken van de bevoegdheid te beroepen. Het hof verwerpt in dit verband het betoog dat in het door CBI bij conclusie van antwoord in eerste aanleg gedane beroep op de uit het volkenrecht voortvloeiende immuniteit van jurisdictie, een beroep op het ontbreken van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter besloten ligt. Ten aanzien van de bevoegdheid op grond van art. 767 Rv heeft Siemens (onbestreden) toegelicht dat hoewel het door haar ten laste van CBI onder De Nederlandsche Bank gelegd derdenbeslag slechts in zeer beperkte mate doel heeft getroffen er ten tijde van die beslaglegging aanleiding was om te veronderstellen dat er sprake was van een zodanige vordering van CBI op DNB dat een derdenbeslag onder laatstbedoelde instelling reële verhaalsmogelijkheden bood. Gelet hierop kan Siemens wat betreft die beslaglegging en het vervolgens betrekken van CBI in de procedure niet van misbruik van bevoegdheid worden beticht. Het hof verwerpt ook het betoog van CBI dat Siemens de hoofdzaak ook in Duitsland aanhangig had kunnen maken.

Ten aanzien het betoog van CBI dat zij niet kan worden veroordeeld tot betaling van een bedrag hoger dan het bedrag waarvoor de L/C is verstrekt, is CBI volgens het hof door het niet betalen onder de L/C een eigen betalingsverplichting jegens Siemens niet nagekomen en is de in dat kader verschuldigde rente niet gerelateerd aan het maximumbedrag van de L/C. Over de renteberekening heeft het hof overwogen dat gelet op de hoogte van de door Siemens in totaal gevorderde rente over de hoofdsom ook samengestelde rente moet zijn berekend. Het hof heeft Siemens in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over de wijze waarop zij de rente heeft berekend en welke uitgangspunten zij daaraan ten grondslag heeft gelegd.

In het eindarrest van 14 november 2017 heeft het hof overwogen dat partijen het er op zichzelf over eens zijn dat naar Iraaks recht rente in beginsel enkelvoudig wordt berekend, maar dat hierop uitzonderingen kunnen worden aanvaard waar het internationale handelstransacties betreft. Het hof ziet in het feit dat partijen dit punt blijkens de inhoud van de L/C kennelijk ongeregeld hebben gelaten reden om dit geschilpunt in de door CBI verdedigde zin te beslissen en neemt een enkelvoudige renteberekening aan. Het hof gaat voorbij aan de door CBI op grond van Iraaks recht veronderstelde toepassing van een 'renteplafond', omdat Siemens overtuigend heeft toegelicht dat een dergelijk renteplafond in het onderhavige geval niet geldt.

CBI heeft (tijdig) beroep in cassatie ingesteld. Siemens heeft verweer gevoerd en tevens incidenteel cassatieberoep ingesteld.

CBI komt op tegen het oordeel van het hof dat het beroep op immuniteit van jurisdictie geen betwisting van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter inhoudt, van een onjuiste rechtsopvatting getuigt, omdat het hof ambtshalve de taak heeft om zijn internationale bevoegdheid te onderzoeken. CBI meent dat zij de rechtsmacht van de Nederlandse rechter niet

stilzwijgend heeft aanvaard. Ook beroept CBI zich voor het eerst in de procedure op de volkenrechtelijke presumptie van immuniteit van executie, op grond waarvan art. 13a Wet algemene bepalingen (Wet AB) in de weg zou staan aan het aannemen van bevoegdheid van de Nederlandse rechter in de hoofdzaak op basis van art. 767 Rv. Ook klaagt CBI dat het hof ten onrechte het 'renteflond' dat van toepassing zou zijn uit hoofde van Iraaks recht buiten beschouwing heeft gelaten. Siemens komt in het incidenteel cassatieberoep op tegen een aantal overwegingen van het hof met betrekking tot de wijze waarop de rentevorderingen zijn toegewezen.

De Hoge Raad overweegt in de onderhavige uitspraak dat indien een vreemde staat of internationale organisatie het verweer wil voeren dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt om van de zaak kennis te nemen, en zich daartoe niet alleen wil beroepen op immuniteit van jurisdictie, maar ook op het ontbreken van bevoegdheid als bedoeld in (de voorlopers van) de Verordening Brussel I-bis, dan wel de commune regels voor internationale rechtsmacht, deze elke grondslag van dit verweer met inachtneming van art. 26 lid 1 Verordening Brussel I-bis en art. 11 Rv en op een voor de wederpartij en de rechter kenbare wijze naar voren moet brengen, al dan niet onder aanvoering van de verweren ten gronde. De eis dat voor de wederpartij en de rechter kenbaar dient te zijn op welke grondslag, dan wel grondslagen, het beroep op het ontbreken van rechtsmacht berust, impliceert dat in een beroep op immuniteit van jurisdictie als bedoeld in art. 1 Rv in verbinding met art. 13a Wet AB, op zichzelf niet een beroep besloten ligt op het ontbreken van bevoegdheid als bedoeld in (de voorlopers van) de Verordening Brussel I-bis, dan wel de commune regels voor internationale rechtsmacht. De Hoge Raad vervolgt dat CBI uitsluitend een beroep heeft gedaan op immuniteit van jurisdictie als bedoeld in art. 1 Rv in verbinding met art. 13a Wet AB. CBI heeft daarmee niet op een voor Siemens en de rechter kenbare wijze mede een beroep gedaan op het ontbreken van bevoegdheid als bedoeld in (de voorlopers van) de Verordening Brussel I-bis, dan wel de commune regels voor internationale rechtsmacht. Nu CBI in hoger beroep niet is opgekomen tegen het oordeel van de rechtbank dat geen sprake is van immuniteit van jurisdictie, heeft CBI afstand gedaan van een haar mogelijk toekomende immuniteit van jurisdictie. Gegeven die processuele houding van CBI stond het het hof niet vrij om te beoordelen of CBI immuniteit van jurisdictie toekomt. Bij die stand van zaken heeft het hof terecht geoordeeld dat CBI de rechtsmacht van de Nederlandse rechter stilzwijgend heeft aanvaard, aldus de Hoge Raad. Derhalve is de Nederlandse rechter op grond van art. 9a Rv bevoegd en hebben de klachten van CBI met betrekking tot de onjuiste toepassing van art. 767 Rv geen relevantie. De klacht van CBI aangaande het 'renteflond' stuit af op grond van art. 79 lid 1 aanhef en onder b RO. Het incidenteel cassatieberoep van Siemens wordt grotendeels door de Hoge Raad gehonoreerd, met vernietiging van het eindarrest en verwijzing van het geding naar het Hof Den Haag.

Central Bank of Iraq, gevestigd te Bagdad, Irak, eiseres tot cassatie, verweerster in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. G.R. den Dekker,
tegen
Siemens Aktiengesellschaft, gevestigd te München, Duitsland, verweerster in cassatie, eiseres in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. R.L.M.M. Tan.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als CBI en Siemens.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Vlas)

Deze zaak betreft een vordering die Siemens heeft op CBI uit hoofde van een door CBI verstrekte 'letter of credit' (hierna: L/C) naar aanleiding van de verkoop van telexapparaten door Siemens aan een Iraaks staatsbedrijf in 1988. Siemens heeft CBI aangesproken tot betaling van het restant van de koopsom. Hoewel CBI zich in eerste aanleg heeft beroepen op immuniteit van jurisdictie, heeft het hof geoordeeld dat CBI de rechtsmacht van de Nederlandse rechter door haar proceshouding stilzwijgend heeft aanvaard. Daarnaast heeft het hof zijn bevoegdheid gebaseerd op art. 767 Rv (*forum arresti*), omdat Siemens derdenbeslag heeft gelegd op tegoeden van CBI in Nederland. Het principaal cassatieberoep richt verschillende klachten tegen dit oordeel, alsmede tegen de wijze waarop het hof de door CBI verschuldigde rente heeft berekend. Tegen dit laatste richt zich ook het door Siemens ingestelde incidenteel cassatieberoep.

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan in het kort van de volgende feiten worden uitgegaan.¹ Bij overeenkomst van 9 september 1988 heeft Siemens aan de Iraakse 'State Company for Imports and Export, Technical and Scientific Materials Importation Division' 240 telexapparaten met onderdelen verkocht voor een totaal bedrag van DM 3.508.800,=. Van de koopsom is 15% vooruit betaald. Voor het restant van de koopsom (DM 2.982.480,=) heeft CBI, bij telexbericht van 9 oktober 1988, gericht aan Dresdner Bank AG te Frankfurt, een L/C gesteld, geldig tot 31 december 1989.

1.2. Siemens heeft de verschuldigde koopsom op 18 december 1989² aan de Staat Irak in rekening gebracht en de goederen blijkens de door haar overgelegde 'Air Waybill' van die datum op 25 december 1989 verzonden.

1.3. Op 27 december 1990 heeft CBI een telexbericht verzonden aan Dresdner Bank, waarin, kort gezegd, is vermeld dat iedere betaling door CBI aan Siemens op basis van Iraaks recht is bevroren zolang de internationale sancties tegen Irak niet zijn opgeheven.

1.4. Bij beschikking van de President van de rechtbank Amsterdam van 23 januari 2001 is verlof verleend tot het leggen van conservatoir derdenbeslag onder Fortis Bank (Nederland) NV (hierna: Fortis) ten laste van de Staat Irak en onder De Nederlandsche Bank NV (hierna: DNB) ten laste van CBI.³ Op 25 januari 2001 zijn de beide beslagen gelegd.

1.5. Siemens heeft zowel CBI als de Staat Irak bij inleidende dagvaarding van 19 februari 2001 opgeroepen voor de rechtbank Amsterdam. Grondslag voor de vordering op CBI is dat zij de L/C heeft uitgegeven, maar in gebreke is gebleven met de betaling van het restant van de koopprijs onder de L/C, terwijl Siemens tijdig de benodigde documentatie bij de

1 Zie rov. 3.1 van het tussenarrest van het hof Amsterdam van 31 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1213.

2 Abusievelijk vermeldt het hof in rov. 3.1 van het genoemde tussenarrest het jaar 1998 in plaats van 1989.

3 Beide beschikkingen zijn overgelegd als productie 3 bij de conclusie van antwoord in bevoegdheidsincident, tevens houdende conclusie van antwoord in voorwaardelijke incidentele vordering ex art. 843a in het bevoegdheidsincident.

Dresdner Bank heeft aangeboden.⁴ Siemens heeft gesteld dat de Nederlandse rechter op grond van art. 767 Rv bevoegd is kennis te nemen van de vorderingen jegens beide gedaagden. Siemens heeft hoofdelijke betaling van CBI en de Staat Irak gevorderd van een bedrag van DM 5.689.945,67 (omgerekend € 2.909.223,03) aan hoofdsom met rente tot 26 januari 2001 te vermeerderen met rente ad DM 935,33 (€ 478,23) per dag vanaf genoemde datum.

1.6. Bij conclusie van antwoord heeft CBI verweer gevoerd en primair een beroep gedaan op immuniteit van jurisdictie, subsidiair op verjaring van de vordering en meer subsidiair op overmacht. De Staat Irak heeft een incidentele vordering tot onbevoegdverklaring van de Nederlandse rechter ex art. 11 Rv ingesteld en daartoe aangevoerd dat de Nederlandse rechter geen bevoegdheid kan ontlenen aan art. 767 Rv, omdat het onder Fortis gelegde beslag tegoeden betreffen die bestemd zijn voor de openbare dienst.⁵

1.7. Bij tussenvonnis van 20 maart 2013⁶ (hierna ook: het eerste tussenvonnis) heeft de rechtbank dit beroep gehonoreerd en daartoe overwogen dat de Staat Irak onbestreden heeft gesteld dat de rekening bij Fortis wordt gebruikt voor de openbare dienst (rov. 2.3). Verder heeft de rechtbank overwogen dat Siemens zich erop heeft beroepen dat ten aanzien van de Staat Irak bevoegdheid kan worden ontleend aan art. 7 lid 1 Rv. De rechtbank heeft de Staat Irak de gelegenheid gegeven zich hierover uit te laten.

1.8. Bij tussenvonnis van 17 juli 2013 (hierna ook: het tweede tussenvonnis) is in de zaak tegen de Staat Irak de incidentele vordering tot onbevoegdverklaring toegewezen. De Staat Irak is daarmee geen partij meer in deze procedure. In hetzelfde tussenvonnis heeft de rechtbank het beroep van CBI op immuniteit van jurisdictie, verjaring en overmacht beoordeeld en verworpen. De zaak is naar de rol verwezen voor bewijslevering door Siemens dat zij tijdig de in de L/C voorgeschreven documenten aan de Dresdner Bank heeft verstrekt.

1.9. Bij eindvonnis van 5 maart 2014⁷ heeft de rechtbank Siemens in het bewijs geslaagd geacht en de vordering jegens CBI toegewezen.

1.10. CBI is van de vonnissen van 17 juli 2013 en 5 maart 2014 in hoger beroep gekomen bij het hof Amsterdam. CBI heeft, voor zover in cassatie van belang, in haar tweede grief betoogd dat de rechtbank zich ten onrechte bevoegd heeft geacht om kennis te nemen van de vorderingen jegens CBI, omdat niet voldaan is aan de vereisten voor toepassing van art. 767 Rv. Volgens de grief zouden de ten laste van CBI in Nederland gelegde beslagen niet doeltreffend zijn geweest, en zou niet gesteld of bewezen zijn dat het voor Siemens niet mogelijk is om op andere wijze een executoriale titel te verkrijgen dan door middel van een procedure bij de Nederlandse rechter. In de vijfde grief heeft CBI zich gericht tegen de hoogte van het door het hof toegewezen bedrag. Volgens CBI zijn partijen overeengekomen dat CBI in geen geval kan worden veroordeeld tot betaling van een bedrag hoger dan € 1.993.030,07, nu dit het bedrag is waarvoor de L/C is verstrekt. Ook verbiedt de toepasselijke Iraakse wet dat de toegewezen rente het bedrag aan hoofdsom overstijgt. Verder is aangevoerd dat de

berekening van de verschuldigde rente door de rechtbank strijdig is met de Iraakse wet.

1.11. In het tussenarrest van 31 maart 2015 heeft het hof de tweede grief van CBI inzake de bevoegdheid van de Nederlandse rechter, ongegrond geacht. Het hof heeft daartoe het volgende overwogen:

“3.3. De tweede grief strekt ten betoge dat de rechtbank zich ten onrechte bevoegd heeft geacht om van de jegens CBI ingestelde vordering kennis te nemen. Dit betoog faalt reeds omdat CBI blijkens haar processuele houding de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter heeft aanvaard. Zij is immers in het geding verschenen zonder zich, zoals artikel 11 Rv c.q. het toepasselijke artikel 24 EEX-Verordening (voorheen artikel 18 EEX-Verdrag) vereist, tijdig op het ontbreken van die bevoegdheid te beroepen (zoals de Staat Irak wel heeft gedaan). Het hof verwerpt in dit verband het betoog dat in het door CBI bij conclusie van antwoord in eerste aanleg gedaan beroep op (de uit het volkenrecht voortvloeiende) immuniteit van jurisdictie een beroep op het ontbreken van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in hierbedoelde zin besloten ligt.

Daarbij komt dat Siemens (onbestreden) heeft toegelicht dat hoewel het door haar ten laste van CBI onder De Nederlandsche Bank gelegd derdenbeslag slechts in zeer beperkte mate doel heeft getroffen er ten tijde van die beslaglegging aanleiding was om te veronderstellen dat er sprake was van een zodanige vordering van CBI op De Nederlandsche Bank dat een derdenbeslag onder laatstbedoelde instelling reële verhaalsmogelijkheden bood. Gelet hierop kan Siemens wat betreft die beslaglegging en het vervolgens betrekken van CBI in de onderhavige procedure niet van misbruik van bevoegdheid worden beticht. Het hof verwerpt het betoog van CBI voor zover dat inhoudt dat Siemens de hoofdzaak ook in Duitsland aanhangig had kunnen maken en dat het bestaan van die (overigens door Siemens betwiste mogelijkheid) aan het aannemen van rechtsmacht op grond van het bepaalde in artikel 767 Rv in de weg stond.”

1.12. Ten aanzien van de vijfde grief heeft het hof het betoog van CBI, dat zij niet kan worden veroordeeld tot betaling van een bedrag hoger dan het bedrag waarvoor de L/C is verstrekt, namelijk DM 3.898.028,= (omgerekend € 1.993.027,51), verworpen. Volgens het hof is CBI door het niet betalen onder de L/C een jaar na verzending van de goederen door Siemens een eigen betalingsverplichting jegens Siemens niet nagekomen en is de in dat kader verschuldigde rente niet gerelateerd aan het maximum bedrag waarvoor de L/C door Siemens kon worden ingeroepen. Ook heeft het hof het betoog verworpen dat de rentebetalingverplichting moet worden verminderd, omdat het hoog oplopen daarvan mede te wijten is aan de proceshouding van Siemens (rov. 3.6.1). Ten aanzien de renteberekening heeft het hof in rov. 3.6.2 overwogen dat de hoofdsom € 1.524.917,81 bedraagt, waarover CBI volgens Siemens een contractuele rente van 6% per jaar verschuldigd is. Siemens heeft deze rente met ingang van 25 december 1989 gevorderd. Volgens het hof moet echter, om op een totale vordering van € 2.909.223,03 te komen ook samengestelde rente (rente over rente) zijn berekend. Volgens CBI is volgens Iraakse recht rente verschuldigd vanaf het moment dat de rechtszaak aanhangig wordt gemaakt en mag – behoudens ‘commercial rules of custom and usage’ – geen rente over rente in rekening worden gebracht en het bedrag aan rente niet hoger zijn dan de hoofdsom. Siemens heeft op haar beurt gesteld dat is overeengekomen dat de rente verschuldigd zou worden vanaf 25 december 1989 en dat sprake is van ‘commercial rules’ die

4 Inleidende dagvaarding, nr. 5 e.v.

5 Incidentele conclusie, houdende exceptie van onbevoegdheid ex art. 11 Rv, tevens houdende voorwaardelijke incidentele vordering ex art. 843a Rv in het bevoegdheidsincident, nr. 7 e.v.

6 ECLI:NL:RBAMS:2013:9661.

7 ECLI:NL:RBAMS:2014:1384.

meebrengen dat de rente de hoofdsom kan overstijgen. Ook heeft het hof overwogen dat Siemens de door haar gevorderde rente vanaf 26 januari 2001 heeft gefixeerd op een vast bedrag per dag, en daaruit afgeleid dat Siemens het verbod van anatocisme (samengestelde rente) op zichzelf erkent, zij het dat zij dit niet toepast op de rentebetalingverplichting op de daaraan voorafgaande periode. Het hof heeft Siemens in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over de wijze waarop zij de rente heeft berekend en welke uitgangspunten zij daaraan ten grondslag heeft gelegd (rov. 3.7).

1.13. Na aktewisseling heeft het hof op 14 november 2017 eindarrest gewezen.⁸ Over de renteberekening heeft het hof in rov. 2.2 overwogen dat partijen het er op zichzelf over eens zijn dat naar Iraaks recht rente in beginsel enkelvoudig wordt berekend, maar dat hierop uitzonderingen kunnen worden aangevoerd waar het internationale handelstransacties betreft. Het hof ziet in het feit dat partijen dit punt blijkens de inhoud van de L/C kennelijk ongeregeld hebben gelaten reden om het onderhavige geschilpunt in de door CBI verdedigde zin te beslissen en van een enkelvoudige renteberekening uit te gaan. Het hof heeft in rov. 2.3 overwogen:

“Het maximum bedrag waarvoor het accreditief is verstrekt beloopt DM 3.898.028,= (omgerekend € 1.993.027,51). Indien wordt uitgegaan van een enkelvoudige rente van 6% per jaar bedraagt de verschuldigde rente over het de restant koopsom (ad DM 2.982.480,=) DM 178.948,80 per jaar. Uitgaande van dit laatste bedrag is het maximum bedrag (‘the aggregate amount’) van de L/C reeds na ruim vijf jaar bereikt (het verschil tussen het maximum bedrag en de restant koopsom is DM 915.548,=, gedeeld door 178.948,80 is 5,116). Niet in geschil is dat CBI aan de aldus begin 1995 ontstane verplichting om onder de L/C DM 3.898.028,= aan Siemens te betalen niet heeft voldaan. Dat CBI en Siemens zijn overeengekomen dat CBI ook na het bereiken van het maximum bedrag de in de L/C vermelde rente van 6% (die kennelijk is ontleend aan door Siemens met haar afnemer, de Iraakse Staat, gemaakte afspraken) verschuldigd zou zijn ter zake van het door CBI niet nakomen van de op haar uit hoofde van L/C jegens Siemens rustende betalingsverplichtingen, valt uit de L/C niet op te maken en is ook verder door Siemens niet (voldoende) duidelijk gesteld laat staan met enig bewijsmateriaal gestaafd. Wel acht het hof de naar Iraaks recht geldende wettelijke rente ‘in respect of commercial matters’ toewijsbaar doch, ingevolge de hoofdregel van artikel 171 Iraaks Burgerlijk Wetboek (IBW), eerst met ingang van het tijdstip van de inleidende dagvaarding, zijnde 19 februari 2001, nu omtrent een ander tijdstip dat ingevolge ‘commercial rules and usage’ zou gelden, onvoldoende is gesteld. Dat ingevolge ‘commercial rules and usage’ in het kader van een door een bank verleend accreditief ten behoeve van een buitenlandse leverancier het rente plafond voorzien in artikel 174 IBW niet geldt is door Siemens overtuigend toegelicht. Het hof acht bedoelde rente toewijsbaar zonder een daaraan te verbinden maximum.”

1.14. CBI heeft (tijdig) beroep in cassatie ingesteld tegen het tussenarrest van 31 maart 2015 en het eindarrest van 14 november 2017. Siemens heeft verweer gevoerd en tevens incidenteel cassatieberoep ingesteld. Beide partijen hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht, gevolgd door re- en dupliek.

2. Bespreking van het principale cassatiemiddel

2.1. Het principale cassatiemiddel bestaat, na een inleiding, uit twee onderdelen. *Onderdeel 1* valt uiteen in 10 subonderdelen. Het onderdeel is gericht tegen rov. 3.3 van het arrest van 31 maart 2015, waarin het hof heeft overwogen dat CBI blijkens haar processuele houding de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter heeft aanvaard en dat daarom haar betoog faalt dat de rechtbank zich ten onrechte bevoegd heeft geacht om van de jegens CBI ingestelde vordering kennis te nemen.

2.2. Bij de bespreking van het middel stel ik de *onderdelen 1.6 en 1.7* voorop, omdat deze onderdelen het meest verstrekkend zijn. De onderdelen hebben betrekking op de immuniteit van jurisdictie en van executie.

2.3. *Onderdeel 1.6* betoogt dat het oordeel van het hof dat het beroep op immuniteit van jurisdictie geen betwisting van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter inhoudt, van een onjuiste rechtsopvatting getuigt, omdat het hof ambtshalve de taak heeft om zijn internationale bevoegdheid te onderzoeken. CBI heeft zich in de punten 8-16 van haar conclusie van antwoord in eerste aanleg (voor de zitting van de rechtbank op 20 maart 2002) tegen de vordering van Siemens verweerd en primair een beroep gedaan op de immuniteit van de Nederlandse rechter. CBI heeft gewezen op art. 13a Wet Algemene Bepalingen en de immuniteitsleer op grond waarvan een Staat niet tegen haar wil onderworpen kan worden aan de rechtsmacht van een andere Staat. Ik citeer nr. 16 van de conclusie van antwoord:

“Nu Siemens CBI aanspreekt in het kader van de door de Staat Irak aangegane overeenkomst, komt CBI ook een beroep op immuniteit toe, nu het aangaan van de overeenkomst te kwalificeren valt als een uitoefening van een publiekrechtelijke taak.”

2.4. In haar tussenvonnis van 17 juli 2013 heeft de rechtbank het beroep op immuniteit verworpen en overwogen:

“4.5.3. Gesteld noch gebleken is dat de Bank [CBI, A-G] zelf staatsorgaan is of als zodanig is opgetreden. De Bank heeft een L/C ten gunste van Siemens afgegeven. Die rechtshandeling is naar zijn aard geen overheidshandeling die een beroep op immuniteit aan de zijde van de Bank zou kunnen rechtvaardigen. Het is een eigen verplichting van de Bank jegens Siemens, die in beginsel geabstraheerd is van de onderlinge verhouding tussen de Staat en Siemens. Bij dupliek heeft de Bank dat standpunt van Siemens, zoals door Siemens bij repliek uiteengezet, ook niet bestreden.

Een onderzoek naar de vraag of de onderliggende overeenkomst tot levering van telexapparatuur aan de Staat van dien aard is dat de Staat zich jegens Siemens op immuniteit zou kunnen beroepen kan dus achterwege blijven.”

2.5. In hoger beroep heeft CBI geen grief gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat CBI geen beroep op immuniteit toekomt. CBI heeft in haar tweede grief betoogd dat de rechtbank zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard ten aanzien van CBI. In de grief is CBI uitsluitend ingegaan op de kwestie of bevoegdheid kan worden gebaseerd op art. 767 Rv.⁹ Door zich in eerste aanleg in haar conclusie van antwoord te beroepen op immuniteit van jurisdictie, heeft CBI geen afstand van immuniteit gedaan. De rechtbank heeft het beroep op immuniteit afgewezen en zich bevoegd geacht van de vordering tegen CBI kennis te nemen. Door geen grief te richten tegen het

⁸ ECLI:NL:GHAMS:2017:4682.

⁹ Zie Memorie van grieven tevens houdende wijziging van eis, p. 6-8, onder nr. 3.1-3.9

oordeel over de afwijzing van het immunitetsverweer, heeft CBI zich bij dat oordeel neergelegd en behoeft het hof niet alsnog ambtshalve te toetsen of sprake is van immunitet van jurisdictie. De regel dat aan een vreemde staat, een buitenslands staatsorgaan of een internationale organisatie immunitet van jurisdictie toekomt is niet van openbare orde, omdat afstand van immunitet kan worden gedaan, terwijl regels van openbare orde onafhankelijk van de houding van de vreemde staat of de internationale organisatie moeten kunnen worden toegepast.¹⁰ Ten overvloede wijs ik erop dat in zaken van vóór 1 januari 2018, waarin een vreemde staat of een internationale organisatie verstek heeft laten gaan, de Nederlandse rechter niet ambtshalve behoeft te onderzoeken of van immunitet van jurisdictie sprake zou kunnen zijn.¹¹ In de onderhavige zaak is van verstek echter geen sprake. Voor zover onderdeel 1.6 wil betogen dat in het kader van de ambtshalve toetsing van de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter (in de internationaal-privaatrechtelijke betekenis) óók steeds ambtshalve moet worden getoetst of sprake is van immunitet van jurisdictie, stuit het onderdeel op het voorgaande af.

2.6. *Onderdeel 1.7* bouwt voort op onderdeel 1.6 met het betoog dat het hof heeft miskend dat de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in internationaal-privaatrechtelijke zin niet kan afdoen aan de internationaal-publiekrechtelijke uitzonderingen op en de begrenzing van zijn rechtsmacht. Het onderdeel doet een beroep op de volkenrechtelijke presumpctie van immunitet van beslag en executie van publieke tegoden, zodat art. 13a Wet Algemene Bepalingen in de weg staat aan het aannemen van bevoegdheid van de Nederlandse rechter in de hoofdzaak op basis van art. 767 Rv ('beslag schept competentie').

2.7. Het is een regel van internationaal gewoonterecht dat vermogensbestanddelen van vreemde staten niet voor beslag vatbaar zijn (dus immunitet van executie genieten), voor zover zij een publieke bestemming hebben.¹² Deze immunitet is niet onbegrensd: per vermogensbestanddeel zal moeten worden vastgesteld of dit een publieke bestemming heeft.¹³ In 2016 heeft de Hoge Raad drie richtinggevende arresten over dit onderwerp gewezen.¹⁴ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat

immunitet van executie ziet op zowel conservatoir als executoriaal beslag.¹⁵ Ook heeft de Hoge Raad overwogen dat het aan de schuldeiser is om te stellen en zo nodig te bewijzen dat de beslagen vermogensbestanddelen voor beslag vatbaar zijn. De vreemde staat behoeft dus geen gegevens aan te dragen waaruit volgt dat zijn eigendommen een publieke bestemming hebben.¹⁶ Volgens de Hoge Raad strookt dit met art. 19 onderdeel c van de Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property¹⁷, dat op dit punt moet worden gezien als een codificatie van internationaal gewoonterecht.

2.8. In wezen stelt het onderdeel de vraag aan de orde of een buitenslands staatsorgaan¹⁸ de bevoegdheid van de rechter op grond van art. 767 Rv kan betwisten door zich erop te beroepen dat het beslag dat aan de toepassing van die bepaling ten grondslag ligt, is gelegd in strijd met de aan dat staatsorgaan toekomende immunitet van executie. Het vreemde staatsorgaan kan zich in de hoofdzaak die in Nederland aanhangig wordt gemaakt op basis van art. 767 Rv beroepen op immunitet van jurisdictie en ook betogen dat het conservatoir beslag is gelegd in strijd met immunitet van executie. Het vreemde staatsorgaan kan ook in kort geding opheffing van het op de voet van art. 765 Rv gelegde beslag vragen en zich daartoe beroepen op immunitet van executie. In de onderhavige zaak heeft CBI zich in eerste aanleg uitsluitend beroepen op immunitet van jurisdictie en geen beroep gedaan op immunitet van executie ten aanzien van het gelegde (conservatoire) derdenbeslag. In hoger beroep is tegen het oordeel van de rechtbank over de afwijzing van het beroep op immunitet van jurisdictie geen grief gericht en is evenmin een beroep gedaan op immunitet van executie. Bij deze stand van zaken was het hof niet gehouden ambtshalve te toetsen of sprake is van immunitet van executie. Hierop stuit onderdeel 1.7 af.

2.9. Wat de overige onderdelen betreft, merk ik op dat het hof in rov. 3.3 van het arrest van 31 maart 2015 bevoegdheid heeft aangenomen op twee zelfstandig dragende gronden. De eerste grond voor rechtsmacht is volgens het hof gelegen in de stilzwijgende aanvaarding van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter blijkens de processuele houding van CBI door tijdig in het geding te verschijnen zonder een beroep te doen op het ontbreken van rechtsmacht. De tweede grond voor rechtsmacht is gelegen in art. 767 Rv op basis van het in Nederland gelegde derdenbeslag.

2.10. De *onderdelen 1.1 t/m 1/5* zijn gericht tegen het oordeel van het hof dat CBI de rechtsmacht van de Nederlandse rechter stilzwijgend heeft aanvaard. Volgens het hof is CBI in het geding verschenen zonder zich, zoals art. 11 Rv en art. 24 EEX-Verordening (nr. 44/2001) vereisen, tijdig op het ontbreken van rechtsmacht te beroepen. *Onderdeel 1.1* klaagt dat het hof zijn bevoegdheidsoordeel ten onrechte (mede) heeft gebaseerd op art. 24 EEX-Verordening. *Onderdeel 1.2* klaagt dat voor zover het hof art. 11 Rv als grondslag heeft gebruikt, die bepaling nog niet in werking was getreden op het moment dat de procedure aanhangig werd gemaakt. De *onderdelen 1.3 en*

10 HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, NJ 1995/650, m.nt. Th.M. de Boer; zie ook nr. 22 van de conclusie van A-G Strikwerda vóór dit arrest.

11 Zie HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3054, JBPr 2018/17, m.nt. S. Leinders, JOR 2018/59, m.nt. C.G. van der Plas.

12 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, NJ 2010/525, m.nt. Th.M. de Boer (...); HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453, m.nt. Th.M. de Boer (/Staat). Zie o.a. ook F.H.J. Mijnsen, A.I.M. van Mierlo, Materieel beslagrecht, 2018, nr. 1.17; A.G.F. Ancery en M.A.M. Essed, Staatsimmunitet van executie, MvV 2015, p. 40 e.v.

13 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, NJ 2010/525 (...), rov. 3.5.

14 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190, m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star*); HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354, NJ 2017/191, m.nt. Th.M. de Boer; HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371, NJ 2017/192, m.nt. Th.M. de Boer. Zie ook C.M.J. Rijngaert, Staatsimmunitet van executie: beslagmogelijkheden voor crediteuren na de herfstarresten van de Hoge Raad (2016), TCR 2017, p. 111 e.v.; Broekveldt, a.w., p. 78-84; M.C. van Leyenhorst, Immunitet van executie: tijd voor een koerswijziging, in: S.J.W. van der Putten, M.R. van Zanten (red.), *Compendium Beslag- en executierecht*, 2018, p. 773-814.

15 Zie HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190, m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star*), rov. 3.4.8.

16 HR 30 september 2016 (*Morning Star*), reeds aangehaald, rov. 3.5.3-3.5.4.

17 Trb. 2010, 272. Dit verdrag is op 2 december 2004 te New York aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties. Het Verdrag is door Nederland niet ondertekend en ook nog niet in werking getreden.

18 Uiteraard ook een vreemde staat, maar in deze zaak is daarvan geen sprake (meer).

1.4 betogen dat het hof is uitgegaan van een onjuiste opvatting ten aanzien van het moment waarop een bevoegdheidsverweer moet worden gevoerd. *Onderdeel 1.5* klaagt dat het onbegrijpelijk is dat het hof heeft geoordeeld dat uit de proceshouding van CBI zou kunnen worden afgeleid dat zij de rechtsmacht van de Nederlandse rechter aanvaardde, omdat CBI immers in eerste aanleg een beroep heeft gedaan op immuniteit van jurisdictie

2.11. De onderdelen kunnen gezamenlijk worden besproken. Aan toepassing van de bevoegdheidsbepalingen op grond van verdragen, verordeningen of de wet wordt niet toegekomen als de vreemde staat, het buitenlands staatsorgaan dan wel een internationale organisatie een beroep op immuniteit van jurisdictie doet en dit beroep door de rechter wordt gehonoreerd. Anders gezegd, beoordeling van het immuniteitsberoep gaat vóór de beoordeling van de internationaal-privaatrechtelijke rechtsmacht.¹⁹ Een beroep op immuniteit van jurisdictie is daarmee procesrechtelijk gezien een beroep op onbevoegdheid van de aangezochte rechter.²⁰

2.12. Het voorgaande brengt mee dat het hof in rov. 3.3 van het arrest van 31 maart 2015 ten onrechte heeft geoordeeld dat CBI de rechtsmacht van de Nederlandse rechter blijkens haar proceshouding heeft aanvaard, en dat haar beroep op immuniteit van jurisdictie niet als een beroep op het ontbreken van bevoegdheid kan worden gezien. *Onderdeel 1.5* wijst daar terecht op. Daaraan staat niet in de weg dat CBI geen grief heeft gericht tegen de afwijzing van het beroep op immuniteit van jurisdictie: het gaat hier immers niet om de vraag of dat beroep gegrond was, maar of dat beroep (in eerste aanleg) kan worden gezien als een betwisting van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Gezien het voorgaande is dat het geval, zodat *onderdeel 1.5* terecht is voorgedragen. Bij deze stand van zaken behoeven de klachten van de onderdelen 1.1 t/m 1.4 geen bespreking. Toch kan het slagen van de klacht van *onderdeel 1.5* niet tot cassatie leiden, zoals hierna zal blijken.

2.13. De *onderdelen 1.8-1.10* hebben betrekking op de tweede zelfstandig dragende grond voor het aannemen van rechtsmacht, te weten art. 767 Rv. Volgens het middel is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting over het 'peilmoment' voor de vraag of misbruik is gemaakt van bevoegdheid en was er wel degelijk sprake van misbruik van bevoegdheid. Verder wordt geklaagd over het oordeel van het hof dat Siemens (onbestreden) heeft toegelicht dat er ten tijde van de beslaglegging reden was te veronderstellen dat het derdenbeslag onder DNB een reële verhaalsmogelijkheid bood. Dit oordeel is onbegrijpelijk, omdat in de gedingstukken zo'n toelichting van Siemens niet is terug te vinden, aldus de klacht.

2.14. Bij de bespreking van deze onderdelen stel ik het volgende voorop. Art. 765 Rv regelt het vreemdelingenbeslag: conservatoir (derden)beslag op zich in Nederland bevindende vermogensbestanddelen van een schuldenaar die geen bekende woon- of verblijfplaats in Nederland heeft. Als een dergelijk vreemdelingenbeslag eenmaal is gelegd, is de rechtbank waarvan de voorzieningenrechter het verlot tot beslaglegging heeft verleend op grond van art. 767 Rv bevoegd om kennis te

nemen van de eis in de hoofdzaak, mits er geen andere mogelijkheid is om in Nederland een executoriale titel te verkrijgen.²¹ In het arrest *Dongray/Gécamines* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat art. 767 Rv niet is bedoeld om de schuldeiser in Nederland een bevoegde rechter te verschaffen, zodat hij in Nederland een vonnis kan verkrijgen dat hij in het buitenland ten uitvoer kan leggen. Om die reden is van belang of de schuldeiser in Nederland reële verhaalsmogelijkheden heeft en of het beslag dus doeltreffend is geweest.²² Is dat niet het geval en is het beslag slechts gelegd om bevoegdheid van de Nederlandse rechter te creëren, dan kan dat misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 lid 2 BW opleveren.

2.15. De *onderdelen 1.8-1.10* zien op de verwerping door het hof van het betoog dat Siemens misbruik zou hebben gemaakt van art. 767 Rv en zijn in belangrijke mate geënt op het genoemde arrest *Dongray/Gécamines*. In dat arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat sprake was van misbruik van art. 767 Rv, omdat het de beslaglegger ten tijde van het uitbrengen van de inleidende dagvaarding duidelijk was dat het beslag slechts in zeer beperkte mate doel had getroffen. De vordering van de beslaglegger bedroeg € 5.684.108,20 aan hoofdsom, terwijl beslag was gelegd op een vordering van € 100,=. De onderdelen betogen in de kern dat deze situatie zich thans ook voordoet.

2.16. In de onderhavige zaak is echter in feitelijke instanties niets komen vast te staan over de mate waarin het beslag daadwerkelijk doel heeft getroffen (dat wil zeggen: tot welk bedrag). CBI heeft daarover in feitelijke instanties zelf niets aangevoerd, maar bij gebrek aan wetenschap betwist dat het beslag doel had getroffen.²³ In cassatie (*onderdeel 1.8*) wijst CBI slechts op de 'zuinige' opmerking van Siemens in de inleidende dagvaarding dat de beslagen "in ieder geval saldi van ieder der gedaagden hebben getroffen".²⁴ Het hof heeft in rov. 3.3 van het arrest van 31 maart 2015 overwogen dat hoewel de beslagen volgens Siemens "slechts in zeer beperkte mate doel hebben getroffen", Siemens er ten tijde van de beslaglegging vanuit mocht gaan dat dit anders was. Uit de schriftelijke toelichting van Siemens maak ik op dat het gaat om een opmerking die ter gelegenheid van pleidooi in hoger beroep is gemaakt.²⁵ Van dit pleidooi bevindt zich geen proces-verbaal in het dossier. Aangaande de feitelijke grondslag van het beroep op misbruik heeft CBI bij procesinleiding in cassatie verder nog gewezen op een arrest in een niet-gerelateerde zaak tegen CBI, waarin is vastgesteld dat een onder DNB gelegd beslag een tegoed van CBI van € 941,21 zou hebben getroffen. Dit arrest is door Siemens als productie bij conclusie van repliek in eerste aanleg overgelegd.²⁶ Uit dat arrest zou volgen, zo be-

19 Vgl. HvJEU 19 juli 2012, C-154/11, ECLI:EU:C:2012:491, NJ 2013/334, m.nt. Th.M. de Boer (*Achmed Mahamdia/Volksrepubliek Algerije*); zie ook onder 3 van de noot van De Boer bij dit arrest.

20 Zie J. Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter*, diss. VU Amsterdam, 2001, p. 9.

21 Zie L.Th.L.G. Pellis, *Forum arresti. Aspecten van rechtsmachtschepend (vreemdelingen-)beslag in Europa*, diss. Groningen 1993, p. 17-49; L.P. Broekveldt, *Over eigenlijke en oneigenlijke conservatoire vreemdelingenbeslagen*, 2017, p. 21-37; L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, 2015, nr. 220; A.I.M. van Mierlo, *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 767 Rv, aant. 1.

22 Zie HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3741, NJ 2014/142, m.nt. L. Strikwerda (*Dongray/Gécamines*), rov. 3.4.2.

23 Memorie van grieven, onder nr. 3.3.

24 Inleidende dagvaarding, onder nr. 10.

25 Schriftelijke toelichting van Siemens, onder 40.

26 Hof Amsterdam 11 december 2003 (*CBI/Omnipol*), NIPR 2004, 133, productie 6 bij conclusie van repliek. Dit arrest is door Siemens overgelegd om haar stelling kracht bij te zetten dat haar vordering niet is verjaard.

grijp ik de procesinleiding, dat in de onderhavige procedure vaststaat dat de beslagen tegoeden van CBI bij DNB slechts € 941,21 beliepen. Geen van beide partijen heeft echter in feitelijke instanties deze stelling ingenomen. Het gaat hier dus om een in cassatie ontoelaatbaar feitelijk novum.²⁷ CBI legt deze stelling dan ook niet ten grondslag aan haar klachten.

2.17. Het hof zag zich dus voor de vraag gesteld of de Nederlandse rechter rechtsmacht kon baseren op art. 767 Rv, waarvoor in beginsel alleen vereist is dat in Nederland beslag is gelegd en dat niet op andere wijze dan door middel van een procedure voor de Nederlandse rechter een executoriale titel kon worden verkregen. In cassatie staat vast dat aan deze voorwaarden is voldaan.²⁸ CBI heeft zich erop beroepen dat misbruik van art. 767 Rv werd gemaakt, maar het hof moest dit betoog beoordelen zonder dat bekend was tot welk bedrag het door Siemens gelegde beslag doel had getroffen. Het hof moest bij zijn beoordeling dus afgaan op de stellingen van Siemens op dit punt, die enkel bij gebrek aan wetenschap door CBI waren betwist.

2.18. In rov. 3.3 heeft het hof het beroep van CBI op misbruik van recht beoordeeld en verworpen, omdat er ten tijde van de beslaglegging reden was om te veronderstellen dat het derdenbeslag onder DNB reële verhaalsmogelijkheden bood. Het onderdeel betoogt dat het hof had moeten toetsen of ook op het moment dat CBI in de procedure werd betrokken nog sprake was van reële verhaalsmogelijkheden en beroept zich daarbij op het arrest *Dongray/Gécamines*. In de zaak *Dongray/Gécamines* achtte het hof inderdaad relevant wat de beslaglegger ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding wist over de mate waarin een beslag doel heeft getroffen, welk oordeel door de Hoge Raad in stand is gelaten. Daarmee heeft de Hoge Raad dus niet geoordeeld dat in dit soort gevallen steeds moet worden getoetst wat de beslaglegger weet ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding en dat dit dus het 'peilmoment' zou zijn.²⁹ Het hof is daarom niet van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan. Onderdeel 1.8 faalt dus.

2.19. *Onderdeel 1.9* klaagt dat het hof zou hebben miskend dat art. 767 Rv er niet is om een schuldeiser een bevoegde rechter in Nederland te verschaffen. Dat het hof dit heeft miskend zou eruit blijken dat sprake is van een 'klaarblijkelijke wanverhouding' tussen de vordering van Siemens en de mate waarin het beslag doel heeft getroffen, terwijl volgens het hof geen sprake is van misbruik van art. 767 Rv.

2.20. Deze klacht miskent dat het aan het hof als feitenrechter is om te beoordelen of sprake is van reële verhaalsmogelijkheden, omdat een dergelijk oordeel sterk met de feiten is verweven. Dat oordeel laat zich in cassatie niet op juistheid onderzoeken, zodat de klacht niet tot cassatie kan leiden.

2.21. *Onderdeel 1.10* klaagt dat het oordeel van het hof onvoldoende is gemotiveerd, omdat het hof geen vindplaats noemt voor de overweging dat Siemens zou hebben toegelicht dat het derdenbeslag onder DNB reële verhaalsmogelijkheden bood. Deze toelichting zou door Siemens ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep zijn gegeven, zo stelt Siemens in haar

schriftelijke toelichting.³⁰ Het onderdeel bestrijdt dit niet, en bestrijdt evenmin dat juist is dat Siemens deze toelichting bij haar pleidooi in hoger beroep zou hebben gegeven. Daarop stuit het onderdeel af.

2.22. De slotsom is dat het op art. 767 Rv gebaseerde (zelfstandige) bevoegdheidsoordeel van het hof in stand kan blijven, omdat de klachten die tegen deze zelfstandig dragende grond zijn gericht, falen. Daarmee ontvalt het belang bij cassatie wegens het slagen van de klacht over de eerste zelfstandig dragende bevoegdheidsgrond (zie hierboven onder 2.11 en 2.12).

2.23. *Onderdeel 2* richt motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof in rov. 2.3 van het arrest van 14 november 2017. Dat oordeel heeft betrekking op de vraag of naar Iraaks recht een 'renteplafond' geldt, in die zin dat de toegewezen rente niet meer dan de hoofdsom zou mogen bedragen. CBI heeft bepleit dat deze regel volgt uit art. 174 van het Iraaks Burgerlijk Wetboek (hierna: IBW). Volgens het hof heeft Siemens bepleit dat dit renteplafond in dit geval niet geldt, en heeft zij gewezen op de in 2004 ingevoerde Iraakse *Banking Law*, waarin is bepaald dat voor de door banken in rekening gebrachte rente geen sprake is van een renteplafond. In het tussenaarrest van 31 maart 2015 heeft het hof partijen in de gelegenheid gesteld zich daarover uit te laten. In haar akte uitlating renteberekening is Siemens op deze kwestie ingegaan en heeft zij verwezen naar de door haar overgelegde deskundigenopinie, waarin wordt gewezen op opinies van Iraakse juristen en op Iraakse jurisprudentie, waaruit zou blijken dat in situaties zoals de onderhavige naar Iraaks recht geen renteplafond geldt.³¹ Siemens heeft in haar akte eveneens naar deze bronnen verwezen. Het hof is op grond hiervan tot het oordeel gekomen dat Siemens overtuigend heeft toegelicht dat het renteplafond in dit geval niet geldt, omdat 'commercial rules and usage' dit meebrengen.

2.24. Het onderdeel betoogt dat het oordeel van het hof om verschillende redenen onbegrijpelijk is. Ten eerste heeft het hof niet toegelicht waarom de in 2004 ingevoerde *Banking Law*, die betrekking heeft op door banken in rekening gebrachte rente, van betekenis is voor de beoordeling van de vordering van Siemens. Ten tweede heeft CBI bepleit dat het renteplafond van art. 174 IBW in alle gevallen geldt behoudens een in dit geval niet toepasselijke uitzondering, hetgeen het hof heeft miskend. Tenslotte heeft het hof miskend dat, zoals CBI heeft aangevoerd, Iraakse rechters met de nodige scepsis zullen kijken naar een uitzondering op het renteplafond, gezien het algemene verbod op rente in het islamitische recht dat een rol speelt bij de interpretatie van het IBW. Volgens het onderdeel heeft het hof niet op deze essentiële stellingen gerespondeerd.

2.25. Anders dan het onderdeel betoogt, heeft het hof zijn oordeel niet uitsluitend erop gebaseerd dat de Iraakse *Banking Law* uit 2004 geen renteplafond kent. Zoals hiervoor weergegeven, heeft Siemens onder verwijzing naar een aantal verschillende bronnen onderbouwd dat naar Iraaks recht in dit geval geen renteplafond geldt. De verwijzing naar de Iraakse *Banking Law* is slechts één van die bronnen. Volgens het hof is deze onderbouwing overtuigend. Verder heeft het hof de stelling dat art. 174 IBW een renteplafond kent in zijn beoorde-

27 Hieraan doet niet af dat Siemens de juistheid van deze stelling bij schriftelijke toelichting niet heeft betwist, zoals CBI in nr. 9 van haar repliek in cassatie aanvoert.

28 De verwerping door het hof van het betoog van CBI dat Siemens ook in Duitsland een executoriale titel kon verkrijgen, is immers niet bestreden (rov. 3.3 van het tussenarrest, slotzin).

29 HR 4 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3741, NJ 2014/142 m.nt. L. Strikwerda (*Dongray/Gécamines*), rov. 3.4.2.

30 Schriftelijke toelichting van Siemens, onder nr. 40.

31 Akte uitlating renteberekening tevens houdende wijziging van eis, onder nr. 25-28, met verwijzing naar de opinie van de deskundige (Saleh Majid), productie 24 bij deze akte.

ling betrokken (rov. 3.6.2 van het arrest van 31 maart 2015) en geoordeeld dat Siemens overtuigend heeft betoogd dat deze bepaling in dit geval niet geldt. CBI heeft weliswaar aangevoerd, onder verwijzing naar een door haar overgelegde deskundigenopinie, dat een dergelijke uitzondering door Iraakse rechters met ‘sceptis’ zal worden bekeken,³² maar hieruit volgt niet dat een dergelijke uitzondering in geen geval toelaatbaar zal worden geacht. Het gaat hier dus niet om een essentiële stelling waarop het hof had moeten responderen. Het oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk, zodat het onderdeel faalt.

2.26. De slotsom is dat het principale cassatiemiddel niet tot cassatie kan leiden.

3. Bespreking van het incidentele cassatiemiddel

3.1. Siemens heeft incidentele cassatieberoep ingesteld tegen de arresten van 31 maart 2015 en 14 november 2017. Het incidentele cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen, uiteenvallend in verschillende subonderdelen.

3.2. *Onderdeel 1* is gericht tegen het oordeel van het hof dat CBI slechts contractuele rente verschuldigd is totdat het maximumbedrag van de L/C is bereikt (rov. 2.3 en het dictum van het arrest van 14 november 2017). Het onderdeel klaagt dat het hof in rov. 3.6.1 van het tussenarrest van 31 maart 2015 een bindende eindbeslissing heeft gegeven over de vraag of na het bereiken van het maximumbedrag nog rente verschuldigd wordt, in die zin dat het heeft geoordeeld dat daarna nog de contractuele rente van 6% wordt verbeurd. Volgens het onderdeel is het hof daarvan in rov. 2.3 teruggekomen, zonder dat te motiveren. Verder wijst het onderdeel op de mogelijkheid dat het hof met zijn oordeel in het tussenarrest heeft bedoeld dat na het bereiken van het maximumbedrag van de L/C nog enige rente verschuldigd kan zijn, maar dat nog geoordeeld moet worden over de vraag of dan nog *contractuele* rente verschuldigd kan worden. Zie ik het goed, dan is volgens de klacht ook bij deze lezing het oordeel van het hof onbegrijpelijk, omdat het hof in rov. 3.6.1 van het tussenarrest zelf geen onderscheid heeft gemaakt naar rentesoort maar spreekt over “de in dat kader verschuldigde rente”. Ook voert het onderdeel aan dat Siemens wel degelijk gemotiveerd heeft gesteld dat partijen zijn overeengekomen dat rente verschuldigd is boven het maximumbedrag.

3.3. Het onderdeel berust op een onjuiste lezing van rov. 3.6.1 van het tussenarrest van 31 maart 2015. Het hof heeft daarin geen bindende eindbeslissing gegeven over de vraag of na het bereiken van het maximumbedrag nog contractuele rente verschuldigd wordt. Aannemelijk is dat, zoals het onderdeel ook als mogelijkheid oppert, het hof met deze overweging heeft uitgedrukt dat ook na het bereiken van het maximumbedrag nog rente verschuldigd kan worden, maar dat in het midden is gelaten welke soort rente na het bereiken van het maximumbedrag geldt, zodat in het eindarrest kon worden beslist dat vanaf dat moment nog slechts wettelijke rente (en niet de contractuele rente van 6%) wordt verbeurd.³³ Anders dan het onderdeel betoogt, volgt uit rov. 3.6.1 van het tussenarrest niet dat het hof zou hebben beslist dat na het bereiken van het maximumbedrag nog steeds de contractuele rente

geldt. Het hof heeft slechts overwogen dat “(de) in dat kader [de niet-nakoming van de betalingsverplichting, A-G] verschuldigde rente niet is gerelateerd aan het maximum bedrag waarvoor de L/C door Siemens kon worden ingeroepen”. Het onderdeel stuit op het voorgaande in zijn geheel af.

3.4. *Onderdeel 2*, uiteenvallend in twee subonderdelen, ziet op de ingangsdatum van de wettelijke rente en is gericht tegen rov. 2.3 van het eindarrest van 14 november 2017. Op grond van art. 171 IBW heeft het hof geoordeeld dat de wettelijke rente ingaat met ingang van het tijdstip van de inleidende dagvaarding (19 februari 2001), nu onvoldoende is gesteld omtrent een ander tijdstip dat ingevolge ‘commercial rules and usage’ zou gelden. Volgens het onderdeel is dit oordeel onvoldoende gemotiveerd in het licht van de stellingen van Siemens. Het onderdeel (onder a) verwijst naar een aantal bronnen waarmee Siemens heeft onderbouwd dat de wettelijke rente naar Iraaks recht zou gaan lopen vanaf het moment dat de betaling onder de L/C opeisbaar werd.

3.5. CBI heeft bij akte uitdrukkelijk en onder verwijzing naar een deskundigenopinie gesteld dat wettelijke rente volgens de hoofdregel van art. 171 BWI verschuldigd wordt vanaf het moment van de dagvaarding.³⁴ Siemens heeft, met verwijzing naar onder meer de opinie van een andere deskundige, betoogd dat in dit geval ingevolge ‘commercial rules and usage’ een ander ingangstijdstip zou gelden.³⁵ Het hof heeft voor dit betoog aandacht gehad, maar het kennelijk onvoldoende gevonden. Dat is een aan het hof voorbehouden wegging van argumenten die zich in cassatie niet laat toetsen. Onbegrijpelijk is het oordeel van het hof niet. Daarbij komt dat de door het onderdeel genoemde opinies van het ICC Banking Committee en van [betrokkene 1] in een ander verband zijn overgelegd, zodat het hof hierop in beginsel geen acht behoeft te slaan bij de beoordeling van de ingangsdatum van de wettelijke rente.

3.6. Het onderdeel (onder b) klaagt nog dat het oordeel van het hof over de ingangsdatum onbegrijpelijk zou zijn in het licht van de stelling dat partijen zijn overeengekomen dat contractuele rente verschuldigd wordt vanaf de datum van de airwaybill, te weten 25 december 1989. Volgens het onderdeel is deze stelling niet beperkt tot de vraag wanneer de contractuele rente ingaat, zodat het hof deze stelling ook had moeten betrekken bij de beoordeling van de vraag wanneer de wettelijke rente ingaat, in die zin dat deze overeenkomst als een afwijking van de hoofdregel van art. 171 IBW moet worden gezien. Het onderdeel verwijst op dit punt naar de akte uitlating renteberekening.

3.7. De klacht faalt, omdat in de akte uitlating renteberekening de stelling, zoals door het onderdeel verwoord, niet als zodanig is ingenomen.³⁶ Het hof behoeft er dan ook niet op in te gaan.

3.8. *Onderdeel 3* ziet op het oordeel in rov. 2.2 van het eindarrest dat geen samengestelde rente, maar alleen enkelvoudige rente kan worden toegewezen. Het onderdeel valt in vier subonderdelen (a t/m d) uiteen.

32 Antwoordakte houdende uitlating renteberekening tevens houdende wijziging eis, nr. 16, met verwijzing naar Second supplementary expert report of Haider Ala Hamoudi, nr. 49 (productie 13 bij deze antwoordakte).

33 Dit is ook de lezing die CBI voorstaat: schriftelijke toelichting van CBI, onder nr. 39.

34 Antwoordakte houdende uitlating renteberekening tevens houdende wijziging eis, onder nr. 7-8, met verwijzing naar Second supplementary expert report of Haider Ala Hamoudi, onder nr. 60 (productie 13 bij deze antwoordakte).

35 Akte uitlating renteberekening tevens houdende wijziging van eis, onder nr. 17-23, met verwijzing naar de opinie van Majid, productie 24 bij deze akte.

36 Akte uitlating renteberekening tevens houdende wijziging van eis, onder nr. 17.

3.9. Het onderdeel (onder a) klaagt dat het hof de grenzen van de rechtsstrijd in appel heeft miskend, omdat CBI niet heeft gegriefd tegen het (impliciete) oordeel om de samengestelde rente toe te wijzen. Volgens het onderdeel heeft de rechtbank het door Siemens gevorderde bedrag toegewezen zonder een uitdrukkelijk oordeel over deze vraag te geven, terwijl volgens het hof in rov. 3.6.2 van het arrest van 31 maart 2015 (derde volzin) alleen tot dit bedrag kon worden gekomen als ook samengestelde rente werd berekend.

3.10. Deze klacht faalt. Tijdens de procedure in eerste aanleg is de wijze van renteberekening in het geheel geen onderwerp van debat geweest. In de toewijzing van het gevorderde bedrag door de rechtbank kan dan ook geen impliciet oordeel worden gelezen over de vraag of samengestelde rente kon worden gevorderd, dat bij gebreke aan een grief in hoger beroep zou vaststaan. Bovendien is Siemens bij akte na tussenarrest uitvoerig op deze kwestie ingegaan.³⁷ Siemens heeft dus ondubbelzinnig ermee ingestemd dat deze kwestie in de rechtsstrijd werd betrokken, voor zover zij daarvan niet al deel uitmaakte.³⁸ Tegen deze achtergrond is niet overtuigend het door het onderdeel aangevoerde argument dat het slechts zou gaan om een toelichting op de wijze waarop Siemens de in eerste aanleg gevorderde rente heeft berekend, die niet van belang zou zijn voor de beoordeling in hoger beroep.

3.11. Het onderdeel (onder b) klaagt dat het hof zijn oordeel ten onrechte mede heeft gebaseerd op de omstandigheid dat Siemens in eerste aanleg rente heeft gevorderd over de periode vanaf 26 januari 2001 die is gefixeerd op een vast bedrag per dag (en dus enkelvoudig is). Het onderdeel doelt hier op de slotzin van rov. 2.2 van het eindarrest van 14 november 2017, waarin het hof deze omstandigheid mede van belang acht. Volgens Siemens is duidelijk dat deze berekening op een vergissing berustte en heeft zij bedoeld samengestelde rente te vorderen over de gehele periode vanaf 25 december 1989.³⁹

3.12. Ook deze klacht faalt. Het hof heeft zijn beslissing niet uitsluitend op de genoemde omstandigheid gebaseerd, maar op de omstandigheid dat partijen het op zichzelf erover eens zijn dat rente naar Iraaks recht in beginsel enkelvoudig wordt berekend en zij deze kwestie in de L/C ongeregeld hebben gelaten. Het hof heeft dit reeds in rov. 3.6.2 van zijn tussenarrest van 31 maart 2015 overwogen. Siemens heeft dit bij akte na tussenarrest niet bestreden. Ook in cassatie klaagt zij er niet over.

3.13. Het onderdeel (onder c) klaagt dat het hof zijn oordeel niet mede kon baseren op de stelling van Siemens bij pleidooi in hoger beroep dat zij geen samengestelde rente vordert, omdat deze stelling niet in haar pleitnota te vinden is. Deze klacht faalt, omdat het hof zijn oordeel blijkens zijn bewoordingen niet op deze stelling van Siemens heeft gebaseerd.

3.14. Het onderdeel (onder d) klaagt dat het hof het betoog van Siemens ongemotiveerd heeft verworpen dat, ook indien zij geen recht op samengestelde rente heeft, haar naar Iraaks recht aanvullende schadevergoeding toekomt.

3.15. Deze klacht is vergeefs voorgesteld. Siemens heeft in eerste aanleg slechts rente gevorderd, zodat het vorderen van schadevergoeding voor het geval geen samengestelde rente wordt toegewezen neerkomt op een eiswijziging. Deze eiswij-

ziging is gedaan bij akte uitlating renteberekening (waarin Siemens ook zelf van een eiswijziging spreekt)⁴⁰ en CBI heeft zich daartegen bij antwoordakte verzet.⁴¹ Het hof heeft deze eiswijziging vervolgens niet ongemotiveerd verworpen, maar overwogen dat zij, gezien het tijdstip van indiening daarvan, niet toelaatbaar is (rov. 2.4). Daarop stuit de klacht af.

3.16. De slotsom is dat het incidentele cassatiemiddel niet tot cassatie kan leiden.

4. Conclusie

De conclusie strekt zowel in het principale cassatieberoep als in het incidentele cassatieberoep tot verwerping.

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

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

a. de vonnissen in de zaak C/13/530223/HA ZA 12-1350 van de rechtbank Amsterdam van 20 maart 2013, 17 juli 2013 en 5 maart 2014;

b. de arresten in de zaak 200.152.792/01 van het gerechtshof Amsterdam van 31 maart 2015 en 14 november 2017.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof heeft CBI beroep in cassatie ingesteld. Siemens heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De procesinleiding en het verweerschrift tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt zowel in het principale cassatieberoep als in het incidentele cassatieberoep tot verwerping.

De advocaten van partijen hebben ieder schriftelijk op die conclusie gereageerd.

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Bij overeenkomst van 9 september 1988 heeft Siemens aan de Iraakse 'State Company for Imports and Export, Technical and Scientific Materials Importation Division' 240 telexapparaten met onderdelen verkocht voor een bedrag van DM 3.508.800,=.

(ii) Van de koopsom is 15% vooruitbetaald. Voor het restant van de koopsom (DM 2.982.480,=) heeft CBI, bij telexbericht van 9 oktober 1988, gericht aan Dresdner Bank AG (hierna: Dresdner Bank) te Frankfurt (Duitsland), een *letter of credit* (hierna ook wel aangeduid als: L/C) gesteld.

(iii) Siemens heeft de verschuldigde koopsom op 18 december 1989 aan de Staat Irak in rekening gebracht en de goederen blijkens de *Air Waybill* op 25 december 1989 verzonden.

(iv) Op 27 december 1990 heeft CBI een telexbericht verzonden aan Dresdner Bank, waarin is vermeld, kort gezegd, dat iedere betaling door CBI aan Siemens op basis van Iraaks

37 Akte uitlating renteberekening tevens houdende wijziging van eis, onder nr. 24 e.v.

38 Zie Asser/Bakels, Hammerstein en Wesseling-Van Gent 2018/108.

39 Akte uitlating renteberekening tevens houdende wijziging van eis, nr. 10.

40 Akte uitlating renteberekening tevens houdende wijziging van eis, nr. 29-35.

41 Antwoordakte houdende uitlating renteberekening tevens houdende wijziging eis, nr. 1-5.

recht is bevroren zolang de internationale sancties tegen Irak niet zijn opgeheven.

(v) Bij beschikking van de president van de rechtbank Amsterdam van 23 januari 2001 is aan Siemens onder meer verleend om ten laste van CBI conservatoir derdenbeslag te leggen onder De Nederlandsche Bank N.V. Dit beslag is op 25 januari 2001 gelegd.

3.2.1. Siemens vordert in dit geding, voor zover in cassatie van belang, betaling van een bedrag (bestaande uit de hoofdsom en de daarover verschuldigde rente tot 26 januari 2001) van DM 5.689.945,67 (hetgeen overeenkomt met € 2.909.223,03), te vermeerderen met rente vanaf 26 januari 2001 van DM 935,33 (hetgeen overeenkomt met € 478,23) per dag.

Aan haar vordering heeft Siemens ten grondslag gelegd dat CBI de *letter of credit* heeft gesteld, maar in gebreke is gebleven met de betaling van het restant van de koopsom, terwijl Siemens tijdig de benodigde documentatie bij Dresdner Bank heeft aangeboden.

Siemens heeft betoogd dat de rechtbank Amsterdam op grond van art. 10 Rv in verbinding met art. 767 Rv en het hiervoor in 3.1 onder (v) bedoelde beslag, rechtsmacht heeft om van Siemens' vordering tegen CBI kennis te nemen.

3.2.2. CBI heeft verweer gevoerd en primair een beroep gedaan op immuniteit van jurisdictie, subsidiair op verjaring van de vordering en meer subsidiair op overmacht.

3.2.3. De rechtbank heeft het beroep van CBI op immuniteit van jurisdictie, verjaring en overmacht verworpen, en de vordering van Siemens toegewezen.

3.2.4. In zijn tussenarrest heeft het hof over de rechtsmacht van de rechtbank Amsterdam als volgt overwogen:

“3.3. De tweede grief strekt ten betooge dat de rechtbank zich ten onrechte bevoegd heeft geacht om van de jegens CBI ingestelde vordering kennis te nemen. Dit betoog faalt reeds omdat CBI blijkens haar processuele houding de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter heeft aanvaard. Zij is immers in het geding verschenen zonder zich, zoals artikel 11 Rv c.q. het toepasselijke artikel 24 EEX-Verordening (voorheen artikel 18 EEX-Verdrag) vereist, tijdig op het ontbreken van die bevoegdheid te beroepen (...). Het hof verwerpt in dit verband het betoog dat in het door CBI bij conclusie van antwoord in eerste aanleg gedaan beroep op (de uit het volkenrecht voortvloeiende) immuniteit van jurisdictie een beroep op het ontbreken van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in hierbedoelde zin besloten ligt.

Daarbij komt dat Siemens (onbestreden) heeft toegelicht dat hoewel het door haar ten laste van CBI onder De Nederlandsche Bank gelegd derdenbeslag slechts in zeer beperkte mate doel heeft getroffen er ten tijde van die beslaglegging aanleiding was om te veronderstellen dat er sprake was van een zodanige vordering van CBI op De Nederlandsche Bank dat een derdenbeslag onder laatstbedoelde instelling reële verhaalsmogelijkheden bood. Gelet hierop kan Siemens wat betreft die beslaglegging en het vervolgens betrekken van CBI in de onderhavige procedure niet van misbruik van bevoegdheid worden beticht. Het hof verwerpt het betoog van CBI voor zover dat inhoudt dat Siemens de hoofdzaak ook in Duitsland aanhangig had kunnen maken en dat het bestaan van die (overigens door Siemens betwiste mogelijkheid) aan het aannemen van rechtsmacht op grond van het bepaalde in artikel 767 Rv in de weg stond.”

3.2.5. In zijn eindarrest heeft het hof het eindvonnis van de rechtbank vernietigd en CBI veroordeeld, voor zover in cassatie van belang, tot betaling van € 1.993.027,51, te vermeerderen met de naar Iraaks recht geldende wettelijke rente *in res-*

pect of commercial matters sedert 19 februari 2001 tot de dag der voldoening. Voor zover in cassatie van belang heeft het hof als volgt overwogen:

“2.2. Blijkens hun stellingen in hoger beroep gaan beide partijen er vanuit dat de vragen die door middel van grief 5 aan de orde worden gesteld (kort gezegd de ingangsdatum van door CBI verschuldigde rente en de hoogte daarvan) geregeerd worden door Iraaks recht (...).

Siemens heeft voldoende feitelijk toegelicht dat aan haar onder de Letter of Credit (hierna L/C) met ingang van 25 december 1989 (datum van verzending van de 240 telexapparaten) een rente van 6% over het niet betaalde deel van de koopsom (zijnde 85% van DM 3.508.800,= is DM 2.982.480,=) toekomt. Uit de L/C valt niet op te maken of deze rente enkelvoudig (het standpunt van CBI) of samengesteld (het standpunt van Siemens) moet worden berekend. Partijen zijn het er op zichzelf over eens dat naar Iraaks recht (artikel 174 IBW) rente in beginsel enkelvoudig wordt berekend doch uitzonderingen hierop kunnen worden aanvaard waar het internationale handelstransacties betreft. Het hof ziet in het feit dat partijen dit punt blijkens de inhoud van de L/C kennelijk ongeregeld hebben gelaten reden om het onderhavige geschilpunt in de door CBI verdedigde zin te beslissen en van een enkelvoudige renteberekening uit te gaan, te meer nu Siemens in eerste aanleg, vanaf een tijdstip gelegen kort voor de inleidende dagvaarding, deze (in Nederland niet gangbare) wijze van renteberekening aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd en ook ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep nog van haar zijde is verklaard dat zij geen samengestelde rente vordert.

2.3. Het maximum bedrag waarvoor het accreditief is verstrekt belooft DM 3.898.028,= (omgerekend € 1.993.027,51). Indien wordt uitgegaan van een enkelvoudige rente van 6% per jaar bedraagt de verschuldigde rente over (...) de restant koopsom (ad DM 2.982.480,=) DM 178.948,80 per jaar. Uitgaande van dit laatste bedrag is het maximum bedrag (*‘the aggregate amount’*) van de L/C reeds na ruim vijf jaar bereikt (het verschil tussen het maximum bedrag en de restant koopsom is DM 915.548,=, gedeeld door 178.948,80 is 5,116). Niet in geschil is dat CBI aan de aldus begin 1995 ontstane verplichting om onder de L/C DM 3.898.028,= aan Siemens te betalen niet heeft voldaan. Dat CBI en Siemens zijn overeengekomen dat CBI ook na het bereiken van het maximum bedrag de in de L/C vermelde rente van 6% (die kennelijk is ontleend aan door Siemens met haar afnemer, de Iraakse Staat, gemaakte afspraken) verschuldigd zou zijn ter zake van het door CBI niet nakomen van de op haar uit hoofde van L/C jegens Siemens rustende betalingsverplichtingen, valt uit de L/C niet op te maken en is ook verder door Siemens niet (voldoende) duidelijk gesteld laat staan met enig bewijsmateriaal gestaafd. Wel acht het hof de naar Iraaks recht geldende wettelijke rente *‘in respect of commercial matters’* toewijsbaar doch, ingevolge de hoofdregel van artikel 171 Iraaks Burgerlijk Wetboek (IBW), eerst met ingang van het tijdstip van de inleidende dagvaarding, zijnde 19 februari 2001, nu omtrent een ander tijdstip dat ingevolge *‘commercial rules and usage’* zou gelden, onvoldoende is gesteld. Dat ingevolge *‘commercial rules and usage’* in het kader van een door een bank verleend accreditief ten behoeve van een buitenlandse leverancier het rente plafond voorzien in artikel 174 IBW niet geldt is door Siemens overtuigend toegelicht. Het hof acht bedoelde rente toewijsbaar zonder een daaraan te verbinden maximum.”

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1.1. Onderdeel 1 van het middel keert zich met een reeks klachten tegen het hiervoor in 3.2.4 weergegeven oordeel van het hof (in rov. 3.3 van het tussenarrest) dat de rechtbank Amsterdam zich terecht bevoegd heeft geacht om van de vordering van Siemens tegen CBI kennis te nemen.

4.1.2. De onderdelen 1.1-1.5 komen op tegen het oordeel van het hof dat CBI de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter heeft aanvaard op de grond dat zij in het geding is verschenen zonder zich tijdig op het ontbreken van die bevoegdheid te beroepen. De onderdelen 1.6-1.7 klagen over de verwerping door het hof van het betoog van CBI dat in haar beroep (bij conclusie van antwoord in eerste aanleg) op immuniteit van jurisdictie een beroep op het ontbreken van bevoegdheid in de hier bedoelde zin besloten ligt.

4.1.3. Art. 26 lid 1 van Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking) (PbEU 2012, L 351/1; hierna: Verordening Brussel I-bis) bepaalt, voor zover hier van belang, dat het gerecht van een lidstaat waarvoor de verweerder verschijnt, bevoegd is, tenzij de verschijning ten doel heeft de bevoegdheid te betwisten. Evenals haar voorlopers moet deze bepaling aldus worden uitgelegd dat van stilzwijgende aanvaarding van bevoegdheid geen sprake is “wanneer de verweerder niet slechts de bevoegdheid betwist, doch ook over de zaak zelf concludeert, mits de betwisting van de bevoegdheid, zo zij al niet voorafgaat aan elk verweer ten gronde, niet plaatsvindt na het tijdstip van de stellingname die naar nationaal procesrecht als het eerste voor de aangezochte rechter voorgedragen verweer is te beschouwen” (HvJEU 24 juni 1981, zaak 150/80, ECLI:EU:C:1981:148 (Elefanten Schuh/Jacqmain), punt 17). Art. 11 Rv bepaalt, voor zover hier van belang, dat het verweer dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft, op straffe van verval van het recht daartoe, moet worden gevoerd vóór alle weren ten gronde. Blijkens de parlementaire geschiedenis is geen afzonderlijke incidentele conclusie vereist en kan een exceptie van onbevoegdheid als bedoeld in art. 11 Rv worden gecombineerd met verweer ten gronde. Wel is vereist dat de gedaagde de onbevoegdheid inroept in het eerste namens of door hem genomen processtuk dan wel in zijn mondelinge antwoord. (Zie MvT, Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 118-119, onder verwijzing naar HR 3 november 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3659 en HR 29 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1361, rov. 3.4.)

Het vorenstaande betekent dat een partij zich steeds tijdig moet beroepen op het ontbreken van bevoegdheid als bedoeld in (de voorlopers van) de Verordening Brussel I-bis dan wel de commune regels voor internationale rechtsmacht, zoals onder meer neergelegd in de art. 1-14 Rv, met dien verstande dat een dergelijk beroep tegelijk kan worden gedaan met het voeren van andere verweren, waaronder verweren ten gronde.

4.1.4. Een vreemde staat of internationale organisatie die als gedaagde of verweerder in een geding voor de Nederlandse rechter verschijnt en geen afstand wenst te doen van een hem respectievelijk haar mogelijk toekomstende immuniteit van jurisdictie als bedoeld in art. 1 Rv in verbinding met art. 13a Wet AB, moet zich op deze immuniteit beroepen op de wijze die is voorgeschreven in art. 11 Rv (zie hiervoor in 4.1.3). Hetzelfde geldt indien een vreemde staat of internationale organisatie zich wil beroepen op het ontbreken van rechtsmacht als bedoeld in art. 10 Rv in verbinding met art. 767 Rv, op de grond dat hem respectievelijk haar immuniteit van beslag en

executie toekomt. De partij die een beroep doet op de hiervoor bedoelde vormen van immuniteit, voert immers het verweer dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft.

4.1.5. Indien een vreemde staat of internationale organisatie het verweer wil voeren dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt om van de zaak kennis te nemen, en zich daartoe niet alleen wil beroepen op immuniteit van jurisdictie, maar ook op het ontbreken van bevoegdheid als bedoeld in (de voorlopers van) de Verordening Brussel I-bis dan wel de commune regels voor internationale rechtsmacht, dient hij respectievelijk zij elke grondslag van dit verweer met inachtneming van hetgeen hiervoor in 4.1.3 is overwogen en op een voor de wederpartij en de rechter kenbare wijze naar voren te brengen. Ook een dergelijk op verschillende grondslagen berustend beroep op het ontbreken van rechtsmacht kan tegelijk worden gedaan met het voeren van andere verweren, waaronder verweren ten gronde.

De hiervoor bedoelde eis dat voor de wederpartij en de rechter kenbaar dient te zijn op welke grondslag dan wel grondslagen het beroep op het ontbreken van rechtsmacht berust, impliceert dat in een beroep op immuniteit van jurisdictie als bedoeld in art. 1 Rv in verbinding met art. 13a Wet AB, op zichzelf niet een beroep besloten ligt op het ontbreken van bevoegdheid als bedoeld in (de voorlopers van) de Verordening Brussel I-bis dan wel de commune regels voor internationale rechtsmacht.

4.1.6. De conclusie van antwoord in eerste aanleg van CBI laat geen andere lezing toe dan dat zij zich uitsluitend heeft beroepen op immuniteit van jurisdictie als bedoeld in art. 1 Rv in verbinding met art. 13a Wet AB, en op verjaring en overmacht. In dit processtuk heeft CBI niet op een voor Siemens en de rechter kenbare wijze mede een beroep gedaan op het ontbreken van bevoegdheid als bedoeld in (de voorlopers van) de Verordening Brussel I-bis dan wel de commune regels voor internationale rechtsmacht. Op laatstgenoemd punt heeft CBI dus niet voldaan aan de hiervoor in 4.1.3-4.1.5 genoemde eisen waaraan een beroep op het ontbreken van rechtsmacht van de Nederlandse rechter moet voldoen.

De rechtbank heeft het beroep op immuniteit van jurisdictie van CBI verworpen en de vordering van Siemens toegewezen. In het door haar ingestelde hoger beroep is CBI niet opgekomen tegen deze verwerping van haar beroep op immuniteit van jurisdictie. Aldus heeft CBI afstand gedaan van een haar mogelijk toekomstende immuniteit van jurisdictie, hetgeen haar vrijstond (vgl. HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, rov. 3.3.6). Gegeven deze procesuele houding van CBI stond het hof niet vrij om te beoordelen of CBI immuniteit van jurisdictie toekomt.

Bij die stand van zaken heeft het hof terecht geoordeeld dat CBI de rechtsmacht van de Nederlandse rechter stilzwijgend heeft aanvaard.

4.1.7. Op het vorenstaande stuiten de klachten van de onderdelen 1.1-1.5 en 1.6-1.7 af.

4.1.8. De onderdelen 1.8-1.10 klagen over het oordeel van het hof met betrekking tot rechtsmacht op grond van art. 767 Rv. Deze klachten kunnen bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Zoals het hof tot uitdrukking heeft gebracht met de woorden “Daarbij komt” (in rov. 3.3 van het tussenarrest), is zijn oordeel over art. 767 Rv ten overvloede gegeven, nu de rechtsmacht van de Nederlandse rechter reeds voortvloeit uit de stilzwijgende aanvaarding daarvan door CBI.

4.2.1. Onderdeel 2 klaagt over het oordeel van het hof (in rov. 3.6.2-3.7 van het tussenarrest en rov. 2.3 van het eindarrest) dat het renteplafond van art. 174 Iraaks Burgerlijk Wetboek

(hierna: Iraaks BW) waarop CBI zich heeft beroepen, op grond van ‘*commercial rules and usage*’ niet geldt. Volgens het onderdeel berust het oordeel van het hof op een onvoldoende gemotiveerde uitleg en toepassing van de Iraakse *Banking Law* en art. 174 Iraaks BW.

4.2.2. Deze motiveringsklacht laat zich niet beoordelen zonder daarbij ook de juistheid van het oordeel van het hof omtrent de inhoud en de uitleg van het Iraakse recht te betrekken, hetgeen meebrengt dat deze klacht afstuit op art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO.

4.3. 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.

5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1.1. Onderdeel 1 van het middel keert zich tegen het oordeel van het hof (in rov. 2.3 van het eindarrest) over het geschilpunt van CBI en Siemens zijn overeengekomen dat CBI, ook na het bereiken van het maximumbedrag van de *letter of credit*, de daarin vermelde contractuele rente van 6% verschuldigd is. Onder (c) klaagt het onderdeel dat – anders dan het hof overweegt – Siemens heeft gesteld en met bewijsmateriaal heeft onderbouwd dat uit de *letter of credit* valt op te maken dat partijen zijn overeengekomen dat CBI, ook na het bereiken van het maximumbedrag, de in de *letter of credit* vermelde rente van 6% verschuldigd is.

5.1.2. Siemens heeft in hoger beroep gewezen op de tekst van art. 10 onder c van de *letter of credit*, die luidt “Interest at 6PCT (six percent) per annum for 85PCT only of credit amount to be paid additionally to the credit amount”, en heeft aangevoerd dat de woorden “additionally to the credit amount” erop duiden dat 6% rente op jaarbasis verschuldigd is naast en boven het maximumbedrag van de *letter of credit*, zonder dat voor die rente een maximumbedrag geldt. Voorts heeft Siemens onder meer betoogd dat het Iraakse recht partijen toestaat een dergelijke afspraak te maken en dat het internationaal gebruik is dat rente wordt betaald zonder maximering van het rentebedrag. Siemens heeft haar betoog onderbouwd met een *legal opinion* van een Iraakse jurist.

In het licht van een en ander kon het hof niet zonder nadere motivering oordelen dat Siemens niet (voldoende) duidelijk heeft gesteld laat staan met enig bewijsmateriaal heeft gestaafd dat CBI en Siemens zijn overeengekomen dat CBI, ook na het bereiken van het maximumbedrag van de *letter of credit*, de daarin vermelde contractuele rente van 6% verschuldigd is. De klacht van onderdeel 1 onder (c) slaagt derhalve.

5.2.1. Onderdeel 2 komt op tegen het oordeel van het hof (in rov. 2.3 van het eindarrest) dat CBI de wettelijke rente “*in respect of commercial matters*” verschuldigd is, zij het op grond van art. 171 Iraaks BW pas met ingang van het tijdstip van de inleidende dagvaarding, te weten 19 februari 2001. Onder (a) klaagt het onderdeel dat – anders dan het hof overweegt – Siemens voldoende heeft gesteld omtrent een ander ingangstijdstip ingevolge ‘*commercial rules and usage*’.

5.2.2. Deze klacht treft eveneens doel. Siemens heeft in hoger beroep betoogd – kort gezegd – dat in internationale handelstransacties het gebruik bestaat dat de *issuing bank* verdragsrente verschuldigd is met ingang van de datum waarop de betaling onder de *letter of credit* opeisbaar is. Dit betoog heeft Siemens onderbouwd met diverse *legal opinions*, waarin wordt gewezen op het bestaan van het door Siemens gestelde gebruik. Zonder nadere motivering valt niet in te zien dat

Siemens onvoldoende heeft gesteld over een ander ingangstijdstip van de wettelijke rente dan het tijdstip dat voortvloeit uit art. 171 Iraaks BW.

5.3.1. Onderdeel 3 is gericht tegen het oordeel van het hof (in rov. 2.2 van het eindarrest) dat dient te worden uitgegaan van enkelvoudige rente en niet van samengestelde rente. Onder (d) klaagt het onderdeel dat het hof zonder motivering het betoog van Siemens heeft verworpen dat – ook indien zou worden geoordeeld dat Siemens noch op grond van de *letter of credit* noch op grond van een internationaal gebruik recht heeft op samengestelde rente – Siemens alsnog recht heeft op het volledige in eerste aanleg gevorderde bedrag, maar dan, waar de rentevordering niet toewijsbaar zou zijn, als aanvullende (rente)schadevergoeding op de voet van art. 173 lid 2 Iraaks BW, dan wel op grond van het in de Sharia gehuldigde beginsel van ‘*Theman*’.

5.3.2. Ook deze klacht is gegrond. Het hof heeft niet kenbaar beslist op het betoog van Siemens in hoger beroep dat zij – in de vorm van aanvullende (rente)schadevergoeding op de voet van art. 173 lid 2 Iraaks BW, dan wel op grond van het in de Sharia gehuldigde beginsel van ‘*Theman*’ – aanspraak kan maken op het volledige in eerste aanleg gevorderde bedrag.

5.4. De overige klachten van het middel kunnen niet 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.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt CBI in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Siemens begroot op € 6.662,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien CBI deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

in het incidentele beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 14 november 2017;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt CBI in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Siemens begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.600,= voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien CBI deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

NOOT

1. De rechtsgang die aan deze verstrekkende uitspraak ten grondslag ligt, bevat evenals de uitspraak zelf, voor degenen met een interesse in internationaal privaatrecht en publiekrecht tal van boeiende elementen. Het belangrijkste onderdeel is dat de Hoge Raad met de uitspraak eisen stelt aan de wijze waarop vreemde staten, internationale organisaties en (vermoedelijk) ook alle andere procespartijen de bevoegdheid van de Nederlandse rechter dienen te betwisten.

2. De Hoge Raad overweegt in het onderhavige geval dat indien een vreemde staat of internationale organisatie het verweer wil voeren dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt om van de zaak kennis te nemen, en zich daartoe niet alleen wil beroepen op immuniteit van jurisdic-

tie, maar ook op het ontbreken van bevoegdheid als bedoeld in (de voorlopers van) de Verordening Brussel I-bis, dan wel de commune regels voor internationale rechtsmacht, deze elke grondslag van dit verweer met inachtneming van art. 26 lid 1 Verordening Brussel I-bis en art. 11 Rv en op een voor de wederpartij en de rechter kenbare wijze naar voren moet brengen, al dan niet onder aanvoering van de verweren ten gronde. De eis dat voor de wederpartij en de rechter kenbaar dient te zijn op welke grondslag, dan wel grondslagen, het beroep op het ontbreken van rechtsmacht berust, impliceert dat in een beroep op immuniteit van jurisdictie als bedoeld in art. 1 Rv in verbinding met art. 13a Wet algemene bepalingen, op zichzelf niet een beroep besloten ligt op het ontbreken van bevoegdheid als bedoeld in (de voorlopers van) de Verordening Brussel I-bis, dan wel de commune regels voor internationale rechtsmacht. Als in een dergelijk geval de immuniteit van jurisdictie niet opgaat en er geen andere (gemotiveerde en tijdige) bevoegdheidsverweren zijn gevoerd, is de consequentie daarvan dat de stilzwijgende aanvaarding van de Nederlandse rechtsmacht wordt aangenomen op grond van art. 9a Rv, dan wel art. 26 lid 1 Verordening Brussel I-bis.

3. Art. 13a Wet algemene bepalingen bepaalt onder meer dat de rechtsmacht van de Nederlandse rechter wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht. 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.

4. De immuniteit van jurisdictie van vreemde staten en internationale organisaties vloeit voort uit het internationaal publiekrecht, oftewel het volkenrecht. Het volkenrecht komt voort uit de rechtsbetrekkingen tussen entiteiten met internationale rechtsvormende bevoegdheid en vindt zijn grondslag dus niet in het internationaal privaatrecht of het Nederlandse commune internationale privaatrecht zoals opgenomen in art. 1 tot en met 14 Rv. In het volkenrecht zijn staten en internationale organisaties onderling gelijkwaardig. Het beginsel *par in parem non habet imperium* brengt mee dat een vreemde staat of een internationale organisatie niet zonder zijn instemming kan worden onderworpen aan de rechtsmacht van een andere staat. Immuniteit van jurisdictie beperkt daarmee de rechtsmacht ('Immuniteit is een volkenrechtelijk voorrecht', mr. G.R. Dekker, *NJB* 27, 2017, p. 1901).

5. Een beroep op immuniteit van jurisdictie verschilt en doorkruist de bevoegdheid van het internationaal privaatrecht en het Nederlandse commune internationale privaatrecht. Bij de vaststelling van immuniteit van jurisdictie zijn vooral de status en de aard van de handeling van één van de procespartijen relevant en niet de vaststelling van de rechter of er op basis van het internationaal privaatrecht of het Nederlandse commune internationale privaatrecht aanknopingspunten zijn tussen het geschil en de forumstaat. Een rechter dient zichzelf onbevoegd te verklaren bij een gegrond beroep op immuniteit van jurisdictie (zie over deze onderwerpen mr. B.A. Kuiper-Slendebroek, *Rechter over grenzen: de toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht*, 2017, p. 160-161 en de aldaar aangehaalde literatuur). Die onbevoegdheid volgt dan niet uit het internationaal privaatrecht of het Nederlandse commune internationale privaatrecht, maar is het gevolg van de toepas-

sing van de beperking van de rechtsmacht in verband met de volkenrechtelijke immuniteitsverplichtingen.

6. Immuniteit van jurisdictie strekt zich in beginsel slechts uit tot handelingen die de staat verricht in de uitoefening van zijn overheidstaak, de zogenoemde *acta iure imperii*, en niet tot gevallen waarin een staat op voet van gelijkheid rechtsbetrekkingen is aangegaan met particulieren, de zogenoemde *acta iure gestionis* (HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3054, «JIN» 2018/15, r.o. 3.4.2).

Een vreemde staat kan afstand doen van immuniteit van jurisdictie. Voorts bestaan er tal van uitzonderingen en uitzonderingen op uitzonderingen die een rol kunnen spelen bij de vraag of een vreemde staat of internationale organisatie een beroep toekomt op de immuniteit van jurisdictie (zie hiervoor Dr. R. van Alebeek, *Handboek Internationaal Recht*, T.M.C. Asser Press, hoofdstuk 8). Mede in dat kader wordt in de rechtspraak aan de op 2 december 2004 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties aangenomen, maar door Nederland niet geratificeerde en nog niet in werking getreden Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property ('VN-Verdrag') bij de beoordeling of sprake is van immuniteit veel waarde gehecht. Door de Hoge Raad is aangenomen dat de bepalingen van het VN-Verdrag met betrekking tot de immuniteit van jurisdictie en de immuniteit van executie een codificatie van het internationaal gewoonterecht behelzen, maar daarop ook uitzonderingen bestaan (HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3054, «JIN» 2018/15, HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, *NJ* 2014/453, HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371, *NJ* 2017/192, HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, «JIN» 2016/201). Ten aanzien van de uitzonderingen wordt onder andere gekeken naar de wijze waarop die bepalingen tot stand zijn gekomen en het commentaar opgenomen in de adviezen van de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (Advies nr. 17, mei 2006, Advies nr. 27, december 2015). Zo heeft de Hoge Raad eerder overwogen dat de in art. 6 en 23 van het VN-Verdrag opgenomen verplichting tot het ambtshalve beoordelen of sprake is van immuniteit van jurisdictie in verstekzaken, vanwege de totstandkoming van die bepalingen in combinatie met de inconsistente toepassing daarvan door andere staten, geen codificatie van internationaal gewoonterecht behelst. Vervolgens werd in die zaak met een prospectieve overruling op grond van het Nederlands procesrecht alsnog de gehoudenheid tot dat ambtshalve onderzoek aangenomen voor rechters in verstekzaken, ingaande per 1 januari 2018. De Hoge Raad heeft ten aanzien van conservatoir beslag en de (presumptie van) immuniteit van executie voorts overwogen dat art. 18 van het VN-Verdrag geen codificatie van internationaal gewoonterecht behelst voor zover die bepaling verdere beperkingen oplegt dan opgenomen in art. 19 van het VN-Verdrag met betrekking tot executoriaal beslag (HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, «JIN» 2016/201, r.o. 3.4.5-3.4.8). Op grond daarvan wordt art. 19 van het VN-Verdrag dus wel beschouwd als codificatie van internationaal gewoonterecht.

7. Het beginsel van immuniteit van jurisdictie is in het algemeen verwoord in art. 5 van het VN-Verdrag. De Hoge Raad heeft daarover aangenomen dat dit een codificatie betreft van internationaal gewoonterecht (HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3054, «JIN» 2018/15, r.o. 3.4.2, zie ook Rechtbank Den Haag 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:11960, *NJF* 2018, 18, r.o. 5.10-5.13). Overigens is het beginsel van immuniteit van jurisdictie ook opgenomen in de Europese Overeenkomst inzake de immu-

niteit van Staten (*Trb.* 1973, 43), maar daaraan wordt in de rechtspraak minder waarde gehecht doordat de daarin opgenomen rechtsopvattingen nadien, mede door het VN-Verdrag, zijn geëvolueerd in een verdergaande relativering van de staatsimmunititeit (HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6317, *NJ* 2010/523).

8. Bij de toelichting over de totstandkoming van art. 5 van het VN-Verdrag is aandacht besteed aan (i) de eventuele volgorde die staten hanteren bij de toepassing van de immuniteit van jurisdictie en de beoordeling van de (internationaal) privaatrechtelijke rechtsmacht en (ii) de correlatie tussen de immuniteit van jurisdictie en de bevoegdheid van de vreemde rechter. Zo is daarbij aangegeven *“Since immunity under article 5, is expressly from the ‘jurisdiction of another State’, there is a clear and unmistakable presupposition of the existence of ‘jurisdiction’ of that other State over the matter under consideration; it would be totally unnecessary to invoke the rule of State immunity in the absence of jurisdiction. There is as such an indispensable and inseparable link between State immunity and the existence of jurisdiction of another State with regard to the matter in question. The first prerequisite to any question involving jurisdictional immunity is therefore the existence of a valid ‘jurisdiction’, primarily under internal law rules of a State, and, in the ultimate analysis, the assumption and exercise of such jurisdiction not conflicting with any basic norms of public international law. It is then that the applicability of State immunity may come into play. It should, however, be emphasized that the Commission is not concerned in the consideration of this topic with the compatibility with general international law of a State’s internal law on the extent of jurisdiction. Without evidence of valid jurisdiction, there is no necessity to proceed to initiate, let alone substantiate, any claim of State immunity.”* en *“It is easy to overlook the question concerning jurisdiction and to proceed to decide the issue of immunity without ascertaining first the existence of jurisdiction if contested on other grounds. The courts should be satisfied that it is competent before proceedings to examine the plea of jurisdictional immunity. In actual practice, there is no established order of priority for the court in its examination of jurisdictional questions raised by parties. There is often no rule requiring the court to exhaust its consideration of other pleas or objections to jurisdiction before deciding the question of jurisdictional immunity”* (Yearbook of the International Law Commission 1990, Volume II, Part One, p. 23-24). Het beroep op immuniteit van jurisdictie is dus nauw verbonden met de beoordeling van de (internationaal) privaatrechtelijke bevoegdheid, waarbij in deze toelichting voorop wordt gesteld dat een beroep op immuniteit van jurisdictie alleen relevantie heeft indien de behandelend rechter voldoende zekerheid heeft ten aanzien van zijn (internationaal) privaatrechtelijke bevoegdheid. Met andere woorden: de behandeling van het beroep van immuniteit van jurisdictie heeft volgens deze toelichting alleen zin indien de rechter ten aanzien van het inhoudelijke geschil (voldoende) bevoegdheid geniet. Dan heeft het beroep op immuniteit van jurisdictie pas relevantie.

9. In de (internationale) rechtspraak wordt, anders dan de in de toelichting bij art. 5 van het VN-Verdrag veronderstelde volgorde, veelal aangenomen dat een beroep op immuniteit van jurisdictie moet worden behandeld vóór de beoordeling van de (internationaal) privaatrechtelijke rechtsmacht (HvJ EU 19 juli 2012, ECLI:EU:C:2012:491, *NJ* 2013/334, m.nt. Th.M. de Boer, HvJ EG 15 februari 2007, ECLI:EU:C:2007:102, m.nt.

P.Vlas, A-G P.Vlas in zijn conclusie van 19 december 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2344, nummer 2.16 bij HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:398, vgl. Yearbook of the International Law Commission 1990, Volume II, Part One, p. 23-24). Door het beroep van immuniteit van jurisdictie te behandelen voorafgaande aan de vaststelling van de (internationaal) privaatrechtelijke rechtsmacht, is het dus mogelijk dat de rechter het beroep op die immuniteit van jurisdictie behandelt en daarover oordeelt, terwijl die rechter geen (internationaal) privaatrechtelijke rechtsmacht heeft. De beoordeling van de (internationaal) privaatrechtelijke bevoegdheid komt dan alleen aan de orde indien het beroep op immuniteit van jurisdictie niet opgaat. De onderhavige uitspraak is daarvan een voorbeeld. Het is de vraag of deze volgorde wel past binnen de gehoudenheid van de rechter om ambtshalve zijn rechtsmacht aan een onderzoek te onderwerpen. Bij dat onderzoek dient de rechter zich niet te beperken tot de stellingen van partijen en in hoger beroep kan de beoordeling plaatsvinden buiten de grenzen van het door de grieven ontsloten gebied (HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:566, *NJB* 2019, 854, r.o. 3.4.3-3.4.4). De vraag doet zich dus voor of op grond van art. 13a Wet algemene bepalingen in verbinding met art. 1 Rv de Nederlandse rechter, naast het verplichte ambtshalve onderzoek naar de eventuele immuniteit van jurisdictie in versterkte zaken of in het geval een vreemde staat of internationale organisatie zich in een procedure op tegenspraak beroept op immuniteit van jurisdictie, evenzo is gehouden om eerst of gelijktijdig te beoordelen of een dergelijk beroep enige relevantie heeft door toepassing van het ambtshalve onderzoek naar zijn (internationaal) privaatrechtelijke rechtsmacht. Dat zou het beginsel van immuniteit van jurisdictie niet doorkruisen, aangezien dat beginsel van dat onderzoek deel uitmaakt.

10. Het karakter van de immuniteit van jurisdictie zoals hiervoor omschreven en de toelichting bij art. 5 van het VN-Verdrag lijken in beginsel de benadering van de Hoge Raad in de onderhavige uitspraak, dat een beroep op immuniteit van jurisdictie iets anders is dan de betwisting van rechtsmacht op basis van het internationaal privaatrecht of het Nederlandse commune internationale privaatrecht, te bevestigen. Eerder oordeelde het Hof Den Haag ook dat een beroep op immuniteit van jurisdictie niet een betwisting van de internationale rechtsmacht is (Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:255, *TRA* 2015, 50, m.nt. van mr. dr. M.S.A. Vegter). Toch is daarmee de kous nog niet af, omdat tussen de immuniteit van jurisdictie en de (internationaal) privaatrechtelijke rechtsmacht wel een (zeer) nauw verband bestaat. Dit volgt uit de toelichting bij art. 5 van het VN-Verdrag. Ook resulteert een succesvol beroep op immuniteit van jurisdictie in de onbevoegdheid van de desbetreffende rechter. A-G P.Vlas houdt er in zijn conclusie bij de onderhavige uitspraak ten aanzien van de vraag of een beroep op immuniteit van jurisdictie ook de betwisting van rechtsmacht inhoudt ook een andere mening op na. Hij overweegt: *“Aan toepassing van de bevoegdheidsbepalingen op grond van verdragen, verordeningen of de wet wordt niet toegekomen als de vreemde staat, het buitenlands staatsorgaan dan wel een internationale organisatie een beroep op immuniteit van jurisdictie doet en dit beroep door de rechter wordt gehonoreerd. Anders gezegd, beoordeling van het immuniteitsberoep gaat vóór de beoordeling van de internationaal-privaatrechtelijke rechtsmacht. Een beroep op immuniteit van jurisdictie is daarmee procesrechtelijk gezien een beroep op onbevoegdheid van de aangezochte rechter”* (Conclusie A-G P.Vlas bij de onderhavige uitspraak, ECLI:NL:PHR:2019:343,

r.o. 2.11). Dat CBI in de onderhavige procedure geen grief heeft gericht tegen de afwijzing van het beroep op immuniteit van jurisdictie is volgens hem niet relevant, aangezien het niet om de vraag gaat of dat beroep gegrond was, maar of dat beroep (in eerste aanleg) kan worden gezien als een betwisting van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. 11. In het verlegde hiervan zou ook art. 8 lid 2 sub a van het VN-Verdrag relevantie kunnen hebben bij de beantwoording van de vraag of een vreemde staat of internationale organisatie niet ook de (internationaal) privaatrechtelijke rechtsmacht betwist bij een beroep op immuniteit van jurisdictie. Die bepaling luidt: *"A State shall not be considered to have consented to the exercise of jurisdiction by a court of another State if it intervenes in a proceeding or takes any other step for the sole purpose of: (a) invoking immunity"*. Hierin wordt tot uitdrukking gebracht dat indien een vreemde staat voor een rechter van een andere staat verschijnt om zich voor die rechter te beroepen op de immuniteit van jurisdictie, daaruit geen (stilzwijgende) aanvaarding van de rechtsmacht van die rechter mag worden afgeleid. In de toelichting bij deze bepaling staat: *"There is unequivocal evidence of consent to the assumption and exercise of jurisdiction by the court if and when the State knowingly enters an appearance in answer to a claim of right or to contest a dispute involving the State or over a matter in which it has an interest, and when such entry of appearance is unconditional and unaccompanied by a plea of State immunity, despite the fact that other objections may have been raised against the exercise of jurisdiction in that case on grounds recognized either under general conflict rules or under the rules of competence of the trial court other than by reason of jurisdictional immunity"* (Yearbook of the International Law Commission 1990, Volume II, Part One, p. 29). Hier worden verweren met betrekking tot de (internationaal) privaatrechtelijke bevoegdheid als *"other objections (...) against the exercise of jurisdiction"* aangeduid, zodat de conclusie gerechtvaardigd is dat een beroep op immuniteit van jurisdictie evenzo een bevoegdheidsverweer is. In de toelichting bij art. 7 van het VN-Verdrag is voorts opgenomen: *"There is therefore no room for implying consent of an unwilling State which has not expressed its consent in a clear and recognizable manner, including by the means provided in article 8."* Enerzijds volgt uit deze toelichtingen en de mogelijke strekking van art. 8 van het VN-Verdrag dat een beroep op immuniteit van jurisdictie een bevoegdheidsverweer is en anderzijds dat een stilzwijgende forumkeuze door een vreemde staat niet snel mag worden aangenomen indien een beroep op de immuniteit van jurisdictie wordt gedaan.

12. Maar behelst art. 8 lid 2 sub a van het VN-Verdrag een codificatie van het internationaal gewoonterecht? Deze bepaling zou bij de totstandkoming van het VN-Verdrag alleen redactioneel zijn gewijzigd (Yearbook of the International Law Commission 1990, Volume I, onder 56, p. 312). De eerdere en dus gewijzigde conceptbepaling van art. 8 lid 2 sub a van het VN-Verdrag bepaalde dat indien een vreemde staat in een procedure verschijnt om zich op de immuniteit van jurisdictie te beroepen, art. 8 lid 1 sub b van het VN-Verdrag niet van toepassing is. In laatstgenoemde bepaling stond, kort gezegd, dat een vreemde staat geen beroep toekomt op de immuniteit van jurisdictie indien de vreemde staat in de procedure verschijnt en inhoudelijk verweer voert (Yearbook of the International Law Commission 1990, Volume II, Part One, p. 11). De eerdere bepaling stond dus vooral in relatie tot de mogelijkheid van de vreemde staat om zich voor de rechter

van de vreemde staat op de immuniteit van jurisdictie te beroepen, terwijl de latere bepaling verband houdt met het niet kunnen aannemen van een stilzwijgende aanvaarding van de rechtsmacht door de vreemde staat in het geval deze zich beroept op de immuniteit van jurisdictie. De eerdere conceptbepaling lag meer in lijn met art. 3 lid 2 van de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten. Die bepaling luidt: *"A Contracting State is not deemed to have waived immunity if it appears before a court of another Contracting State in order to assert immunity"*. Deze bepaling stelt, soortgelijk als de eerdere conceptbepaling van art. 8 lid 2 sub a van het VN-Verdrag, het kunnen doen van het beroep op immuniteit van jurisdictie in de procedure voor de vreemde rechter centraal. Gezien deze ontstaansgeschiedenis van art. 8 lid 2 sub a van het VN-Verdrag, is het de vraag of deze bepaling een codificatie behelst van het internationaal gewoonterecht. De wijzigingen van de bepaling lijken verder te gaan dan alleen redactionele wijzigingen. Er is ook geen Nederlandse hogere rechtspraak waaruit volgt dat art. 8 lid 2 sub a van het VN-Verdrag een codificatie behelst van internationaal gewoonterecht. De Rechtbank Amsterdam heeft wel geoordeeld dat art. 8 lid 1 sub a van het VN-Verdrag een codificatie behelst van het internationaal gewoonterecht, maar dat oordeel was vooral gebaseerd op het onbetwist laten van die aanname door de betrokken procespartij (Rb. Amsterdam 14 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:8264, NJF 2017, 42, r.o. 4.34). In de adviezen van de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken komt de bepaling niet aan de orde. Derhalve kan in dit stadium niet met zekerheid worden gezegd dat art. 8 lid 2 sub a van het VN-Verdrag overeenstemt met het internationaal gewoonterecht.

13. Wel volgt uit het voorgaande dat art. 5 en art. 8 lid 2 sub a van het VN-Verdrag relevantie kunnen hebben ten aanzien van de duiding van het beroep op immuniteit van jurisdictie als eventueel bevoegdheidsverweer en de daaraan verbonden gevolgen. Het gaat dan om twee onderwerpen, namelijk de vraag of naar internationaal gewoonterecht het beginsel van immuniteit van jurisdictie moet worden beschouwd als een bevoegdheidsverweer dat zich ook uitstrekt tot de (internationaal) privaatrechtelijke bevoegdheid en de vraag of een beroep op immuniteit van jurisdictie naar internationaal gewoonterecht tot gevolg heeft dat de stilzwijgende aanvaarding van rechtsmacht niet mag worden aangenomen. Dat de immuniteit van jurisdictie (helemaal) losstaat van de betwisting van de rechtsmacht, zoals aangenomen in de onderhavige uitspraak, hoeft dus niet de juiste conclusie te zijn. Dat hangt af van het karakter en de reikwijdte van het beginsel van immuniteit van jurisdictie, welke alleen aan de hand van het volkenrecht kan worden beoordeeld.

14. De door de Hoge Raad met deze uitspraak aangenomen eis dat het voor de wederpartij en de rechter kenbaar dient te zijn op welke grondslag, dan wel grondslagen, het beroep op ontbreken van de rechtsmacht berust, zal ook gelden voor procespartijen die geen vreemde staten of internationale organisaties zijn. Niet valt in te zien waarom de gestelde eis alleen betrekking zou hebben op laatstgenoemde entiteiten. Hoewel de gestelde eis, die niet of weinig afwijkt van de eisen die worden gesteld aan incidentele verweren in art. 208 lid 1 Rv, op zichzelf logisch voorkomt, is de verhouding van deze eis tot het eerder genoemde ambtshalve onderzoek van de rechters tot het onderzoeken van de rechtsmacht van de Nederlandse rechter interessant. Bij dat onderzoek zijn immers de door partijen wel of niet ingenomen standpunten aangaande de rechtsmacht niet (altijd) relevant, terwijl het

met deze uitspraak kennelijk de bedoeling is dat de procespartij die de Nederlandse rechtsmacht betwist dat duidelijk en zorgvuldig doet. Wat is de consequentie in het geval deze nieuwe eis van de Hoge Raad niet goed wordt nageleefd, bijvoorbeeld indien een procespartij tijdig, maar zonder enige onderbouwing, aangeeft de Nederlandse rechtsmacht te betwisten? Vermoedelijk is dan de aangewezen sanctie soortge-lijk aan art. 120 lid 4 Rv, inhoudende dat de rechter deze procespartij beveelt de ontbrekende gegevens alsnog te verstrekken. Of een zwaardere sanctie, zoals nietigheid, aan de orde kan zijn, is maar de vraag. Art. 208 Rv verwijst niet naar die sanctie opgenomen in art. 120 lid 1 Rv. Evenmin ligt het voor de hand om bij (herhaalde) schending van deze nieuwe eis van de Hoge Raad alsnog een stilzwijgende forumkeuze aan te nemen op grond van art. 9a Rv, dan wel art. 26 lid 1 Verordening Brussel I-bis. Een stilzwijgende forumkeuze is stilzwijgend omdat de procespartij in de procedure verschijnt in combinatie met het achterwege blijven van een exceptie van onbevoegdheid. Een ongemotiveerde betwisting van de Nederlandse rechtsmacht blijft een betwisting en kan niet worden omgedoopt tot een stilzwijgende aanvaarding van rechtsmacht. Wat rest is het ambtshalve onderzoek door de rechter naar de Nederlandse rechtsmacht, zonder dat deze in het gegeven voorbeeld de stilzwijgende aanvaarding van de Nederlandse rechtsmacht aanneemt.

mr. M. Teekens

TeekensKartens advocaten notarissen

108

Beroepsaansprakelijkheid accountant, persoonsgericht onderzoek

Hoge Raad
17 mei 2019, nr. 18/01581, ECLI:NL:HR:2019:744
(mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Kroeze)
Noot mr. P.H. Bossema-de Greef

Caribische zaak. Onrechtmatige daad. Beroepsaansprakelijkheid. Schending zorgvuldigheidsnorm. Toepasbaarheid in Aruba van Nederlandse gedrags- en beroepsregels. Hoor en wederhoor. Contractuele maatstaf bepalend?

[BW art. 6:162, 7:401]

Essentie: In het arrest wordt door de Hoge Raad verduidelijkt op welke wijze de maatstaf met betrekking tot de aansprakelijkheid van een accountant bij de uitoefening van zijn beroep ten opzichte van derden dient te worden ingevuld.

Samenvatting: De Hoge Raad is van oordeel dat het bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm aankomt op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. In de onderhavige kwestie moet mede acht worden geslagen op de functie van de accountant in het maatschappelijk verkeer. In Nederland is aan de beroepsorganisatie van accountants de wettelijke verplichting opgelegd om gedrags- en beroepsregels vast te stellen ten behoeve van een goede uitoefening van de werkzaamheden van accountants. Die gedrags- en beroepsre-

gels geven niet alleen invulling aan de verantwoordelijkheden van de accountant jegens zijn opdrachtgever, maar ook aan de verantwoordelijkheid van de accountant om te handelen in het algemeen belang. De door een accountant in het maatschappelijk verkeer jegens een derde in acht te nemen zorgvuldigheid wordt dan ook mede bepaald door de hiervoor bedoelde gedrags- en beroepsregels.

Het onderzoek van Ernst & Young (EY) had betrekking op mogelijke onregelmatigheden waarbij [verweerder] direct betrokken was. Het moet voor EY duidelijk zijn geweest dat haar onderzoek nadelige gevolgen voor [verweerder] zou kunnen hebben. Dit brengt mee dat EY bij het uitvoeren van haar werkzaamheden jegens [verweerder] de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid in acht diende te nemen. Het hof heeft bij beantwoording van de vraag of EY onrechtmatig jegens [verweerder] heeft gehandeld, terecht van belang geacht wat die gedrags- en beroepsregels (destijds vastgelegd in de Gedragsrichtlijn) inhielden met betrekking tot de toepassing van het beginsel van hoor en wederhoor bij persoonsgerichte onderzoeken. Daarbij is niet van belang dat de Gedragsrichtlijn en de wettelijke regeling waarop die richtlijn is gebaseerd formeel niet in Aruba gelden; het gaat immers om algemeen aanvaarde zorgvuldigheidsnormen voor het handelen van accountants jegens derden (in dit geval in verband met een persoonsgericht onderzoek) die invulling geven aan hetgeen – ook in Aruba – volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

De Hoge Raad stelt voorop de algemene regel inhoudende dat voor de beoordeling van de vraag of een accountant onrechtmatig heeft gehandeld jegens een derde, de maatstaf moet worden aangelegd die geldt in de contractuele verhouding van de accountant tot zijn opdrachtgever. Dit kan echter niet tot cassatie leiden, aangezien het hof zijn beoordeling in wezen heeft verricht met inachtneming van het omschreven beoordelingskader, aldus de Hoge Raad. Het oordeel van het hof dat EY bij de uitvoering van het persoonsgerichte onderzoek onrechtmatig jegens [verweerder] heeft gehandeld door onder meer een onvolkomen wijze van toepassen van wederhoor zoals voorgeschreven in de Gedragsrichtlijn, geeft daarom geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Ernst & Young, gevestigd te Oranjestad, Aruba, verzoekster tot cassatie, advocaat: mr. R.J. van Galen, tegen [verweerder], wonende in Aruba, verweerder in cassatie, advocaat: mr. R.A.A. Duk.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Ernst & Young en [verweerder].

1. Het geding in feitelijke instanties

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

- het vonnis in de zaak A.R. 451 van 2015 van het gerecht in eerste aanleg van Aruba van 30 maart 2016;
- de vonnissen in de zaak AR 451/15 – ghis 80474 – H 316/16 van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 23 mei 2017, 19 september 2017 en 16 januari 2018.

Het vonnis van het hof van 16 januari 2018 is aan dit arrest gehecht.