

ECLI:NL:HR:2017:3054

Instantie

Hoge Raad

Datum uitspraak

01-12-2017

Datum publicatie

01-12-2017

Zaaknummer

16/02408

Formele relaties

Conclusie: [ECLI:NL:PHR:2017:990](#), Gevolgd

In cassatie op : [ECLI:NL:GHDHA:2015:3735](#), Bekrachtiging/bevestiging

Rechtsgebieden

Civiel recht

Bijzondere kenmerken

Cassatie

Inhoudsindicatie

IPR en volkenrecht. Immuniteit van jurisdictie en immuniteit van executie van vreemde staat. Ambtshalve toetsing van immuniteit van jurisdictie indien vreemde staat of internationale organisatie niet in rechte verschijnt? Bevatten art. 6 en 23 VN-Verdrag inzake staatsimmunitieit codificatie van internationaal gewoonterecht? Hoge Raad komt gedeeltelijk terug van HR 25 november 1994, [ECLI:NL:HR:1994:ZC1554](#), NJ 1995/650, en HR 26 maart 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BK9154](#), NJ 2010/526.

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl

NJB 2017/2343

RvdW 2017/1279

RBP 2018/10

JBPR 2018/17 met annotatie van mr. S.S. Leinders

JIN 2018/15 met annotatie van M. Teekens

JOR 2018/59 met annotatie van mr. C.G. van der Plas

NJ 2019/137 met annotatie van A.I.M. van Mierlo

[Verrijkte uitspraak](#)

Uitspraak

1 december 2017

Eerste Kamer

16/02408

TT/AR

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

1. REPUBLIEK IRAK,
zetelende te Bagdad, Irak,

2. CENTRAL BANK OF IRAQ,
gevestigd te Bagdad, Irak,

EISERS tot cassatie, verweerders in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

advocaat: mr. G.R. den Dekker,

t e g e n

[verweerster] ,
gevestigd te [vestigingsplaats] ,

VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

advocaten: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk en mr. R.L.M.M. Tan.

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

1 Het geding in feitelijke instanties

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

a. het vonnis in de zaak C/10/426025/KG ZA 13-522 van de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam van 27 juni 2013;

b. de arresten in de zaak 200.133.781/01 van het gerechtshof Den Haag van 30 juni 2015 en 29 december 2015.

Het arrest van het hof van 29 december 2015 is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

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

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

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

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

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

3 Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1

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

(i) Op vordering van een rechtsvoorgangster van [verweerster] zijn Irak c.s. bij arrest van het gerechtshof Den Haag van 31 oktober 2000 (hierna: het verstekarrest) bij verstek hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een geldsom van NLG 6.808.248,--. De vordering is gebaseerd op een op 9 juli 1981 gesloten overeenkomst.

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

(iii) In 2003 en 2004 is door de Paris Club een schuldsaneringsregeling voor Irak opgezet. De Paris Club is een informeel overleg van negentien landen, waaronder Nederland, die als bilaterale schuldeisers van landen in financiële problemen trachten om daarover onderlinge afspraken te maken.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.1

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

3.2.2

De voorzieningenrechter heeft de vorderingen afgewezen.

3.2.3

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

3.3.1

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

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

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

(...)

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

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

3.3.2

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

3.4.1

Bij de beoordeling van deze klachten wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.2

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

3.4.3

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

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

3.4.4

Het hiervoor in 3.4.3 omtrent het internationaal gewoonterecht vermelde wordt niet anders doordat in art. 6 van het hiervoor in 3.4.2 genoemde (nog niet in werking getreden) VN-Verdrag de verplichting is opgenomen – kort gezegd – om ambtshalve toepassing te geven aan het recht op immuniteit van jurisdictie, welke verplichting ingevolge art. 23 van dit verdrag ook geldt in verstekzaken. De bepalingen van het VN-Verdrag met betrekking tot de immuniteit van jurisdictie en de immuniteit van executie en de aan een en ander gestelde grenzen behelzen een codificatie van het internationaal gewoonterecht (vgl. HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453 (Ahmed/Staat), rov. 3.6.2). Niet alle bepalingen van het VN-Verdrag kunnen echter als

internationaal gewoonterecht worden aangemerkt (vgl. HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 (MSI/Gabon c.s.), rov. 3.4.4).

De verplichting om ambtshalve toepassing te geven aan het recht op immuniteit van jurisdictie wordt, in tegenstelling tot de immuniteit van jurisdictie zelf, niet genoemd in de preambule van het VN-Verdrag en is pas in een laat stadium van de verdragsonderhandelingen aan de ontwerptekst van het VN-Verdrag toegevoegd. In de eerdere ontwerpteksten stond het uitgangspunt centraal dat het recht op immuniteit van jurisdictie toepassing zou dienen te vinden binnen de kaders van het nationale procesrecht. In de toelichting op art. 6 VN-Verdrag (Yearbook of the International Law Commission 1990, I, onder 46) is opgemerkt dat de plicht tot ambtshalve toepassing:

“(…) had been added by the Drafting Committee at the Special Rapporteur’s suggestion. Its purpose was to define and strengthen the obligation set forth in the first part of the provision. Respect for State immunity would be ensured all the more if the courts of the State of the forum, instead of simply acting on the basis of a declaration by the other State, took the initiative in determining whether the proceeding was really directed against that State. That was the idea reflected by the words “determine on their own initiative”. The Drafting Committee had used the expression “shall ensure that its courts” to make it quite clear that the obligation was incumbent on the State, which was responsible for giving effect to it in accordance with its internal procedures. (…)”

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

3.4.5

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

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

3.5

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

3.6.1

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

3.6.2

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

Het strookt met het vorenstaande om thans aan te nemen dat – krachtens Nederlands burgerlijk procesrecht – de Nederlandse rechter (niet slechts bevoegd is, maar) is gehouden om in zaken waarin een vreemde staat, dan wel een internationale organisatie als gedaagde of verweerder niet in rechte verschijnt, ambtshalve te onderzoeken of aan de vreemde staat, respectievelijk de internationale organisatie immuniteit van jurisdictie toekomt. Deze verplichte ambtshalve toetsing op het punt van de immuniteit van jurisdictie sluit aan bij de adviezen van de Commissie van

advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (vgl. Advies nr. 17 (mei 2006), paragraaf 51-60, en Advies nr. 27 (december 2015), p. 11; zie voor deze adviezen www.cavv-advies.nl).

3.6.3

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

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

3.7.1

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

3.7.2

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

3.8

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

3.9

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

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Irak c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweester] begroot op € 856,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, M.J. Kroeze en C.H. Sieburgh, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer T.H. Tanja-van den Broek op 1 december 2017.