

242

Geen opheffing van conservatoir beslag op goederen van “staatsvennootschap” voor schulden van de staat Kazachstan

Gerechtshof Amsterdam
7 mei 2019, zaaknr. 200.234.096/01,
ECLI.NL:GHAMS:2019:1566
(mr. Van der Kwaak, mr. Boot, mr. Verbeek)
Noot mr. C.G. van der Plas

Internationaal privaatrecht. Afwijzing verzoek tot opheffing conservatoir beslag. Beslag is niet gelegd op goederen van de schuldenaar (Kazachstan), maar op goederen van een derde (JSC). Beroep van derde op juridische zelfstandigheid is misbruik van recht.

Belangenafweging. Beslag is niet onrechtmatig en geen misbruik van bevoegdheid.

Verwijzing naar HR 24 november 1995, NJ 1996/161 en HR 11 april 2003, «JOR» 2003/156 (Hoda/Mondi Foods) .

[Rv art. 705]

De primaire kernvraag is of het beslag moet worden opgeheven omdat het op zichzelf onrechtmatig is, nu het niet is gelegd op een goed van de schuldenaar (Kazachstan) maar op een goed van een derde (appellante). Appellante is een rechtspersoon en heeft dus juridische zelfstandigheid. Nu krachtens het arbitraal vonnis dat ten grondslag ligt aan de geldvordering van geïntimeerden en (dus) aan het beslag, uitsluitend Kazachstan schuldenaar is van geïntimeerden, is het beslag dat ten laste van appellante is gelegd in beginsel, bij gebrek aan bevoegdheid daartoe, onrechtmatig, zodat het in beginsel ingevolge art. 705 lid 2 Rv dient te worden opgeheven. Cruciaal is daarom of te dezen (voldoende) grond bestaat om van deze hoofdregel af te wijken. Daaromtrent wordt als volgt overwogen. De vraag of de omstandigheid dat appellante een juridisch zelfstandige entiteit is tot opheffing van het beslag dient te leiden, wordt beheerst door het recht van Kazachstan. Voorshands is voldoende aannemelijk dat (ook) naar het recht van Kazachstan uitgangspunt is dat een rechtspersoon in beginsel

niet aansprakelijk is voor vorderingen op haar aandeelhouders en/of bestuurders, en omgekeerd. Het gaat hierbij om een uitgangspunt waarop uitzonderingen mogelijk zijn. Appellante heeft verdedigd dat hieruit niet kan worden afgeleid dat in het onderhavige geval (ook) naar het recht van Kazachstan een beroep kan worden gedaan op misbruik van recht, meer in het bijzonder dat mogelijk is dat appellante misbruik maakt van haar bevoegdheid om zich op haar rechtspersoonlijkheid te beroepen. Zij stelt daartoe met name dat dit voor haar als Joint Stock Company (JSC) geldt, omdat een JSC naar het recht van Kazachstan nimmer aansprakelijk kan worden gehouden voor verplichtingen van haar oprichter(s) en/of aandeelhouder(s). Appellante, op wier weg dit in beginsel lag, heeft voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt dat naar het recht van Kazachstan de bedoelde mogelijke uitzondering op de hoofdregel in dit geval (bij haar als JSC) niet opgaat. Daarom wordt in het kader van het onderhavige geding uitgegaan van de mogelijkheid dat naar het recht van Kazachstan misbruik van recht grond kan vormen voor het maken van een uitzondering op de hoofdregel dat een rechtspersoon (appellante) niet aansprakelijk is voor vorderingen op zijn aandeelhouders en/of bestuurders (Kazachstan). Met het oog op de beantwoording van de primaire kernvraag wordt aldus van belang of zich hier een geval voordoet waarin het beroep op juridische zelfstandigheid (door appellante) misbruik van bevoegdheid oplevert. Het vennootschappelijk doel van appellante is geheel ondergeschikt aan het nationaal belang van Kazachstan, zoals dat politiek wordt bepaald, Kazachstan is en blijft haar enige aandeelhouder, en het bestuur van appellante wordt gecontroleerd door (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan. Onder deze omstandigheden moet worden aangenomen dat (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan ook eindcontrole uitoefenen over haar vermogen en besteding daarvan, zodat dit feitelijk-economisch kan worden aangewend als of het aan Kazachstan toebehoort. Op deze gronden is voorshands het oordeel gerechtvaardigd dat appellante in haar verhouding tot Kazachstan feitelijk-economisch zelfstandigheid mist, in die zin dat zij zich tegenover Kazachstan niet op haar juridische zelfstandigheid kan beroepen om een eigen, van dat van (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan afwijkend, beleid te voeren. Hier- van uitgaande, en bij gebreke van een andere

verklaring, moet worden aangenomen dat appellante door Kazachstan is opgericht met (ten minste mede) als doel om haar vermogen buiten de greep van schuldeisers van Kazachstan te houden. Daaraan wordt toegevoegd dat appellante, wat er zij van het (formele) doel van oprichting van deze vennootschap, materieel in elk geval (mede) fungeert als middel om substantieel vermogen van Kazachstan buiten de greep van schuldeisers te houden doordat zij aandelen houdt in een aantal belangrijke Kazachse staatsdeelnemingen die, als zij zich jegens een schuldeiser van Kazachstan op haar juridische zelfstandigheid mag beroepen, niet voor verhaal door die schuldeiser vatbaar zijn, hoewel Kazachstan onder meer de eindcontrole uitoefent over het vermogen van appellante en de besteding ervan. Een en ander leidt ertoe dat voorshands aannemelijk is dat appellante misbruik maakt van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover geïntimeerden op haar juridische zelfstandigheid te beroepen.

De subsidiaire kernvraag is of het beslag moet worden opgeheven omdat het, alle (relevante) belangen van partijen (volledig) tegen elkaar afwegend, (als zijnde vexatoir of "onnodig" in de zin van art. 705 lid 2 Rv; zie onder meer HR 11 april 2003, «JOR» 2003/156 (Hoda/Mondi Foods)) misbruik van bevoegdheid oplevert. Die vraag valt in dit geval samen met de algemene belangenafweging die inherent is aan iedere procedure in kort geding. Bij de beantwoording ervan staat voorop dat de vraag of het leggen van een conservatoir beslag als vexatoir en daarom onrechtmatig moet worden aangemerkt, in beginsel dient te worden beantwoord aan de hand van de concrete omstandigheden ten tijde van de beslaglegging, waaronder de hoogte van de te verhalen vordering, de waarde van de beslagen goederen en de eventueel onevenredig zware wijze waarop de schuldenaar door het beslag op een van die goederen in zijn belangen wordt getroffen (vgl. HR 24 november 1995, NJ 1996/161). Appellante heeft in dit verband met name aangevoerd dat het beslag op haar aandelen in KMGK haar veel schade berokkent, omdat dit een zogenoemde "Event of Default" kan opleveren die tot opeising van financiering door derden kan leiden. Voorts heeft zij gesteld dat het vonnis waarvan beroep, dat in de (internationale) pers veel aandacht krijgt, (potentieel) vergaande gevolgen heeft voor haar mogelijkheden om financiering aan te trekken. Deze

uitvoerig gemotiveerd betwiste, enkel door een bestuurder van appellante zelf onderbouwde stellingen van appellante kunnen echter niet opwegen tegen het door geïntimeerden gemotiveerd onderbouwde belang dat zij hebben bij handhaving van het beslag. Daar komt nog bij dat appellante niet heeft gesteld dat zij niet in staat is zekerheid te stellen in de zin van art. 705 lid 2 Rv. Een en ander betekent dat het beslag geen misbruik van bevoegdheid oplevert.

1. De vennootschap naar buitenlands recht *Samruk-Kazyna JSC* te Astana (Kazachstan), appellante, advocaat: mr. H.F. van Druten,
2. *Republiek Kazachstan* te Astana (Kazachstan), gevoegde partij, advocaat: mr. A.W.P. Marsman, tegen
 1. X,
 2. Y,
 3. de vennootschap naar buitenlandsrecht *Ascom Group SA* te Chisinau (Moldavië),
 4. de vennootschap naar buitenlands recht *Terra Raf Trans Trading Ltd* te Gibraltar, geïntimeerden, advocaat: mr. G.J. Meijer.

(...; red.)

2. De feiten

De voorzieningenrechter heeft in het vonnis waarvan beroep onder 2.1 tot en met 2.11 de feiten opgesomd die hij tot uitgangspunt heeft genomen. Voor zover die feiten tussen partijen niet in geschil zijn, zal ook het hof daarvan uitgaan. Daarbij tekent het hof aan dat voor zover Samruk met *grief 1* erover klaagt dat de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 2.1 ten onrechte iets als vaststaand feit heeft opgenomen, het hof dit opgesomde feit zodanig aangevuld zal weergeven dat het, aldus geformuleerd, in elk geval juist is. Voor zover Samruk vervolgens opmerkt dat bepaalde (aanvullende) feiten niet in de opsomming zijn vermeld, doet dit aan de juistheid van de wel door de voorzieningenrechter opgesomde feiten niet af en zal het hof de door Samruk bedoelde feiten, voor zover van belang, in het hierna volgende betrekken.

3. De beoordeling

3.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

(i) Volgens het onder (iv) te noemen arbitraal vonnis hebben [X] c.s. meer dan een miljard Amerikaanse dollars geïnvesteerd in (onder meer) olievelden in de Republiek Kazachstan (verder: Kazachstan). [X] c.s. menen dat Kazachstan zich deze investeringen onrechtmatig heeft toegeëigend. Zij hebben in dat verband een – op het Energiehandvest gestoelde – arbitrageprocedure aanhangig gemaakt tegen Kazachstan.

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

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

(iv) Bij arbitraal vonnis van 19 december 2013 zoals aangevuld op 17 januari 2014 (verder gezamenlijk: het arbitraal vonnis) is Kazachstan op vordering van [X] c.s. veroordeeld tot betaling aan [X] c.s. van bedragen van USD 497.685.101,= en € 802.103,24. Tegen dit vonnis staat geen hoger beroep open.

(v) Bij vonnis van 9 december 2016 heeft de bevoegde rechter te Stockholm, Zweden, de vordering van Kazachstan tot vernietiging van het arbitraal vonnis afgewezen.

(vi) Kazachstan heeft niet aan het arbitraal vonnis voldaan.

(vii) Bij (aangepast) verzoekschrift, ingekomen op 31 augustus 2017, hebben [X] c.s. de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam verlot gevraagd om ten laste van Kazachstan en Samruk beslag te leggen op onder meer de aandelen van Samruk in KMGK. In het beslagrekest is, kort gezegd, betoogd dat Samruk een onderdeel is van Kazachstan. Het verlot is verleend bij beschikking van 8 september 2017, met begroting van de vorderingen van [X] c.s. (met inbegrip van rente en kosten) op USD 557.656.650,= en € 992.520,=.

(viii) [X] c.s. hebben op 14 september 2017 ten laste van Samruk beslag gelegd op al haar aandelen in KMGK (verder: het beslag).

(ix) [X] c.s. hebben inmiddels bij dit hof een mede tegen Samruk gericht verzoekschrift ingediend

tot erkenning en tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis.

(x) Bij brief van 3 november 2017 heeft Kazachstan dit hof verzocht om de onder (ix) genoemde procedure aan te houden, totdat het Engelse High Court of Justice heeft beslist op het Engelse executieverzoek van [X] c.s., dat volgens Kazachstan moet worden afgewezen, onder meer omdat het arbitraal vonnis het resultaat zou zijn van fraude aan de kant van [X] c.s.

(xi) Bij beschikking van 6 november 2018 in de onder (ix) genoemde procedure heeft dit hof onder meer overwogen dat het, gelet op alle relevante omstandigheden, in de rede ligt, na afweging van de wederzijdse belangen, de verdere behandeling van het verzoek enige tijd aan te houden en tevens de uitspraak van het Engelse High Court of Justice af te wachten en Kazachstan de gelegenheid te geven die uitspraak in het geding te brengen. Daaraan heeft het hof onder meer toegevoegd dat het hof, gelet op de voorhands voldoende gemotiveerde betwisting door [X] c.s. van de stellingen daartoe van de zijde van Kazachstan, onvoldoende aanleiding ziet om bij de huidige stand van zaken, met de thans beschikbare stukken, te beslissen dat het arbitraal vonnis tot stand is gekomen onder invloed van bedrog en dat erkenning of tenuitvoerlegging daarvan daarom in strijd zou zijn met de openbare orde.

3.2. Samruk heeft in eerste aanleg gevorderd, kort gezegd, opheffing van het beslag, met veroordeling van [X] c.s. in de proceskosten, inclusief de nakosten. Zij heeft daartoe, kort gezegd, gesteld dat [X] c.s. geen vorderingen hebben op Samruk, maar alleen op Kazachstan, en dat geen grond bestaat om Samruk met Kazachstan te vereenzelvigen. [X] c.s. hebben tegen de vordering van Samruk verweer gevoerd.

3.3. De voorzieningenrechter heeft in het vonnis waarvan beroep, voor zover thans relevant, het volgende overwogen. Grondslag voor het beslag door [X] c.s. is het arbitraal vonnis, waarin Kazachstan is veroordeeld tot betaling van aanzienlijke geldbedragen aan [X] c.s. In de daartoe strekkende procedure was Samruk geen partij, terwijl niet in geschil is dat Samruk een juridisch zelfstandige entiteit is. Het recht van Kazachstan is van toepassing op beantwoording van de vraag of de omstandigheid dat zij een juridisch zelfstandige entiteit is, tot opheffing van het onderhavige beslag dient te leiden. Voorhands is voldoende aannemelijk dat (ook) naar het recht van Kazach-

stan uitgangspunt is dat een rechtspersoon in beginsel niet aansprakelijk is voor vorderingen op haar aandeelhouders en/of bestuurders, en omgekeerd, met dien verstande dat (ook) naar het recht van Kazachstan wel een beroep kan worden gedaan op misbruik van recht. Uit een aantal (nader omschreven) feiten en omstandigheden kan worden afgeleid dat het vennootschappelijk doel van Samruk – zo niet samenvalt met, dan toch – geheel ondergeschikt is aan het nationaal belang van Kazachstan, zoals dat politiek wordt bepaald, dat Kazachstan haar enige aandeelhouder is en blijft, en dat het bestuur van Samruk wordt gecontroleerd door (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan. Onder deze omstandigheden moet – nu het tegendeel niet is gesteld of gebleken – worden aangenomen dat (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan ook eindcontrole uitoefenen over haar vermogen en besteding daarvan, zodat dit feitelijk-economisch kan worden aangewend alsof het aan Kazachstan toebehoort. Op deze gronden is voorshands het oordeel gerechtvaardigd dat Samruk in haar verhouding tot Kazachstan feitelijk-economisch zelfstandigheid mist, in die zin dat Samruk zich tegenover Kazachstan niet op haar juridische zelfstandigheid kan beroepen om een eigen, van dat van (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan afwijkend, beleid te voeren. Hiervan uitgaande, en bij gebreke van een andere verklaring, moet worden aangenomen dat Samruk door Kazachstan is opgericht met (ten minste mede) als doel om haar vermogen buiten de greep van schuldeisers van Kazachstan te houden. Een en ander brengt mee dat voorshands aannemelijk is dat Samruk misbruik maakt van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [X] c.s. op haar juridische zelfstandigheid te beroepen. Een belangenafweging leidt evenmin tot toewijzing van de vordering. Samruk heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt zoveel schade te ondervinden van het beslag op haar aandelen in KMGK dat haar belangen bij opheffing van het beslag zwaarder zouden moeten wegen dan die van [X] c.s. bij de handhaving daarvan. Bovendien zou Samruk zekerheid kunnen stellen voor de vorderingen waarvoor het beslag is gelegd. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat niet summierlijk de ondeugdelijkheid is gebleken van de vordering of het recht waarop [X] c.s. zich beroepen, aldus (nog steeds) de voorzieningenrechter. Op grond hiervan heeft de voorzieningenrechter de ge-

vraagde voorziening geweigerd en Samruk veroordeeld in de proceskosten.

3.4. De kernvraag die in het onderhavige geschil in hoger beroep door de grieven aan de orde wordt gesteld is niet – zoals de voorzieningenrechter (blijkens rov. 4.1 en 4.13) kennelijk voor ogen heeft gestaan – of het beslag moet worden opgeheven omdat summierlijk is gebleken van de ondeugdelijkheid van de vordering waarvoor het beslag is gelegd, maar is *primair* of het beslag moet worden opgeheven omdat het op zichzelf onrechtmatig is, nu het niet is gelegd op een goed van de schuldenaar (Kazachstan) maar op een goed van een derde (Samruk), en is *subsidiar* of het beslag moet worden opgeheven omdat het, alle (relevante) belangen van partijen (volledig) tegen elkaar afwegend, misbruik van bevoegdheid oplevert. Alvorens aan beantwoording van deze kernvraag (in beide onderdelen) kan worden toegekomen, dient echter een aantal voorvragen te worden beantwoord.

3.5. Omdat het in het onderhavige geval om buitenlandse partijen gaat, stelt het hof voorop dat krachtens artikel 10:3 BW op de wijze van procederen ten overstaan van de Nederlandse rechter het Nederlandse recht als *lex fori* van toepassing is, dat deze onder meer voorlopige maatregelen omvat en dat daarbij de vraag onder welke voorwaarden een maatregel kan worden verzocht een kwestie van procesrechtelijke aard is. Dit betekent dat de vraag onder welke voorwaarden opheffing van het beslag kan worden gevorderd, wordt beheerst door artikel 254 Rv en – nu het een conservatoir beslag betreft – met name artikel 705 lid 2 Rv, wat erop neerkomt dat opheffing onder meer moet plaatsvinden indien summierlijk van de ondeugdelijkheid van het door de beslaglegger ingeroepen recht of van het onnodige van het beslag blijkt – dat wil zeggen sprake is van misbruik van recht – of, als het gaat om een beslag voor een geldvordering, voor die vordering voldoende zekerheid wordt gesteld. Daaraan voegt het hof toe dat het in de eerste plaats op de weg ligt van degene die de opheffing vordert, met inachtneming van de beperkingen van de procedure in kort geding aannemelijk te maken dat de door de beslaglegger gepretendeerde vordering ondeugdelijk is of bijvoorbeeld het beslag misbruik van bevoegdheid oplevert, waarbij de rechter in kort geding dient te beslissen aan de hand van een beoordeling van wat door beide partijen naar voren is gebracht en summierlijk met bewijs-

materiaal is onderbouwd, welke beoordeling niet kan geschieden los van de in zo'n geval vereiste afweging van de wederzijdse belangen (vgl. onder meer HR 14 juni 1996, NJ 1997/481 en HR 30 juni 2006, NJ 2007/483).

3.6. Een aanvraag die vervolgens bespreking behoeft, is het beroep van Samruk op immuniteit van jurisdictie. Volgens Samruk heeft de voorzieningenrechter in essentie geoordeeld dat Kazachstan misbruik van recht heeft gemaakt door Samruk op te richten, omdat zij Samruk (ten minste mede) heeft opgericht om zijn schuldeisers te benadelen, maar had de voorzieningenrechter de rechtmatigheid van deze handelingen in het geheel niet mogen onderzoeken omdat het hier om een overheids-handeling gaat van een soevereine staat in zijn interne bestel op zijn eigen territorium. Dit betoog faalt allereerst omdat het feitelijke grondslag mist. De voorzieningenrechter heeft immers niet overwogen dat Kazachstan misbruik van recht heeft gemaakt door Samruk op te richten, maar overwogen dat (voorshands aannemelijk is dat) Samruk misbruik maakt van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [X] c.s. op haar juridische zelfstandigheid – over het bestaan waarvan partijen het eens zijn – te beroepen. Voorts faalt dit betoog omdat uit de aard van deze handeling van Samruk niet kan worden afgeleid dat zij daarbij een typische overheids-taak uitoefende, wel dat dit (dus) de uitoefening van een commerciële activiteit betrof die overigens in overeenstemming was met het doel waarvoor Samruk volgens haar eigen stellingen is opgericht (zie memorie van grieven onder 34 en memorie na voeging onder bijvoorbeeld 29, 31, 33 en 44). De conclusie is dat *grief 13* wordt verworpen.

3.7. Ten slotte dient als aanvraag te worden beantwoord of Samruk terecht (mede) een beroep doet op immuniteit van executie. Volgens Samruk voert zij dit betoog uitsluitend voor het geval dat Samruk met Kazachstan wordt vereenzelvigd. Aldus gesteld mist dit betoog feitelijke grondslag, omdat de voorzieningenrechter, in wiens overwegingen die opvatting kennelijk door Samruk wordt gelezen, Samruk en Kazachstan niet heeft vereenzelvigd, maar, integendeel, (voorshands) heeft geoordeeld dat Samruk, als afzonderlijke juridische entiteit, misbruik maakt van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [X] c.s. op haar juridische zelfstandigheid te beroepen. Daaraan voegt het hof ten overvloede toe

dat ook indien (veronderstellenderwijs) ervan wordt uitgegaan dat (de overwegingen van de voorzieningenrechter zo moeten worden begrepen dat) Samruk en Kazachstan moeten worden vereenzelvigd, het hof Samruk niet in haar betoog kan volgen dat zij zich mag beroepen op immuniteit van executie. Daarbij stelt het hof voorop dat uitgangspunt in dit verband dient te zijn dat eigendommen van vreemde staten niet vatbaar zijn voor beslag en executie tenzij en voor zover is vastgesteld dat deze een bestemming hebben die daarmee niet onverenigbaar is, waarbij het steeds de schuldeiser is die gegevens moet aandragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat de goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn bestemd voor, kort gezegd, andere dan publieke doeleinden (vgl. HR 30 september 2016, NJ 2017/190 («JOR» 2016/353, m.nt. Van der Plas (*Morning Star/Gabon*); *red.*)). Daargelaten of denkbaar is dat, zoals hier, Samruk, en niet Kazachstan, zich langs die weg op immuniteit van executie mag beroepen, zal een dergelijk beroep in dat geval hoe dan ook (mede) als namens Kazachstan gedaan hebben te gelden. Het is volgens het hof dan aan [X] c.s. om, kort gezegd, aannemelijk te maken dat niet de uiteindelijke (ultieme), maar de onmiddellijke bestemming van de goederen – hier: de aandelen van Samruk in KMGK – een andere dan publieke bestemming is, reeds omdat een andere uitleg van de in vorennoemd uitgangspunt vervatte regels het individuele beslagleggers als [X] c.s. de facto onmogelijk maakt hun rechten geldend te maken. [X] c.s. hebben dat, mede gelet op wat Samruk en Kazachstan zelf reeds hadden gesteld omtrent het commerciële doel van Samruk (zie memorie van grieven onder 34 en memorie na voeging onder bijvoorbeeld 29, 31, 33 en 44), in voldoende mate gedaan (memorie van antwoord onder 170). Een en ander betekent dat ook *grief 14* faalt.

3.8. Daarmee komt het hof toe aan de beantwoording van de primaire kernvraag, te weten of het beslag moet worden opgeheven omdat het op zichzelf onrechtmatig is, nu het niet is gelegd op een goed van de schuldenaar (Kazachstan) maar op een goed van een derde (Samruk). Zoals hiervoor (onder 3.6) reeds overwogen zijn partijen het erover eens dat Samruk een rechtspersoon is en dus juridische zelfstandigheid heeft. Nu krachtens het arbitraal vonnis dat ten grondslag ligt aan de geldvordering van [X] c.s. en (dus) aan het beslag, uitsluitend Kazachstan schuldenaar is van

[X] c.s., is het beslag dat ten laste van Samruk is gelegd – naar het hof begrijpt ook volgens partijen – in beginsel, bij gebrek aan bevoegdheid daartoe (vgl. artikel 3:276 lid 1 BW en artikel 435 Rv, welke beide bepalingen van procesrechtelijke aard zijn), onrechtmatig, zodat het in beginsel ingevolge artikel 705 lid 2 Rv dient te worden opgeheven. Cruciaal is daarom te dezen (voldoende) grond bestaat om van deze hoofdregel af te wijken. Daaromtrent overweegt het hof als volgt.

3.9. Partijen zijn het erover eens – tegen de desbetreffende rechtsoverweging (4.3) in het vonnis waarvan beroep is immers niet gegriefd – dat de vraag of de omstandigheid dat Samruk een juridisch zelfstandige entiteit is tot opheffing van het beslag dient te leiden, wordt beheerst door het recht van Kazachstan. Samruk heeft (als productie 9) een “legal opinion” in het geding gebracht van S.I. Klimkin, “Candidate of Juridical Sciences, Professor of the Caspian University” (verder: Klimkin) van 21 november 2017 met betrekking tot de juridische status, rechten en plichten van een JSC naar het recht van Kazachstan op basis van de Civil Code of the Republic of Kazakhstan (verder: Civil Code), welke “legal opinion” onder meer de volgende passage bevat:

“As a general principle, a legal entity is only liable to the full extent of its property (several proprietary liability). Since a legal entity constitutes a subject, with its separate personality and separate property, which has rights and obligations, its founders, as a general principle, are not liable for its debts (equally as legal entities are not liable for debts of the founders).

The legislation establishes separate liability of the legal entity and its founder (participant) in the article 44.2 of the Civil Code, according to which founder (participant) of a legal entity or an owner of its properties shall not be liable for its obligations, and the legal entity shall not be liable for obligations of its founder (participant) or the owner of its properties, unless otherwise provided by this Code, other legislative acts or constituent documents of the legal entity.”

Met de voorzieningenrechter is het hof van oordeel dat hiermee voorshands voldoende aannemelijk is dat (ook) naar het recht van Kazachstan uitgangspunt is dat een rechtspersoon in beginsel niet aansprakelijk is voor vorderingen op haar aandeelhouders en/of bestuurders, en omgekeerd. Dat het om een uitgangspunt gaat waarop uitzonderingen mogelijk zijn, blijkt uit de bewoordin-

gen die worden gehanteerd: de hoofdregel geldt (“as a general principle”), tenzij de wet anders bepaalt (“unless otherwise provided by this Code”). Zo’n beperking op de hoofdregel is te vinden in artikel 8 Civil Code, dat – ook volgens partijen – onder meer het volgende bepaalt:

“4. Citizens and legal entities must act in good faith, reasonably and fairly when exercising their rights, and comply with the requirements contained in legislation and the moral principles of the society. Entrepreneurs must also comply with the rules of business ethics. This obligation may not be excluded or restricted by any agreement. (...)

5. Citizens and legal entities are prohibited from causing harm to any other person, abusing their rights in any other form and from using rights for any purpose other than for what they were intended.”

Samruk heeft verdedigd dat hieruit niet kan worden afgeleid, zoals de voorzieningenrechter heeft gedaan, dat in het onderhavige geval (ook) naar het recht van Kazachstan een beroep kan worden gedaan op misbruik van recht, meer in het bijzonder dat mogelijk is dat Samruk misbruik maakt van haar bevoegdheid om zich op haar rechtspersoonlijkheid te beroepen. Samruk stelt daartoe met name dat dit voor Samruk *als* JSC geldt, omdat een JSC naar het recht van Kazachstan nimmer aansprakelijk kan worden gehouden voor verplichtingen van haar oprichter(s) en/of aandeelhouder(s). Samruk doet ter onderbouwing van haar betoog een beroep op artikel 44.2 Civil Code en artikel 3 JSC Wet. Volgens Samruk bevat eerstgenoemde bepaling het algemene uitgangspunt dat een rechtspersoon niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de verplichtingen van zijn oprichter of diens aandeelhouders en/of bestuurders, behoudens in wet- en regelgeving en/of statuten van de desbetreffende rechtspersoon voziene uitzonderingen, maar wordt dit algemene uitgangspunt in artikel 3 JSC Wet herhaald zonder dat daarop een mogelijke uitzondering wordt gemaakt en is die bepaling ook als zodanig bedoeld, met als gevolg dat aan de hand van artikel 8 Civil Code, als het gaat om een JSC, geen uitzondering kan worden gemaakt op het algemene uitgangspunt, nog daargelaten dat artikel 8 Civil Code niet als grondslag voor aansprakelijkheid kan fungeren. Ter adstructie van haar standpunt heeft Samruk onder meer “legal opinions” van Klimkin van 21 november 2017 – aangevuld op 30 november

2017 – en 5 maart 2018 (zie producties 9 en 28) en van M.K. Suleimenov, “Director of the Research Institute of Private Law of the Caspian University, Academician of the National Academy of Sciences of the Republic of Kazakhstan, Doctor of Law Sciences, professor” (verder: Suleimenov) van 6 maart 2018 en 22 februari 2019 (producties 29 en 42) in het geding gebracht. [X] c.s. hebben deze uitleg van het recht van Kazachstan gemotiveerd betwist en ter adstructie van hun betoog onder meer “legal opinions” van Peter B. Maggs, “Professor of Law holding the Clifford M. & Bette A. Carney Chair in Law at the University of Illinois College of Law” (verder: Maggs) van 3 januari 2018 en 12 april 2018 (productie 26 en 34) en van Sergei Vataev, “attorney practicing law in Kazakhstan since 1992” (verder: Vataev), van 19 juni 2018 en 8 maart 2019 overgelegd (producties 35 en 59). In het licht daarvan heeft Samruk, op wier weg dit in beginsel lag, voorshands onvoldoende aannemelijk gemaakt dat naar het recht van Kazachstan de bedoelde mogelijke uitzondering op de hoofdregel in dit geval (bij Samruk *als* JSC) niet opgaat. Het hof zal daarom, nu het kort geding geen ruimte laat voor nadere instructie (bijvoorbeeld in de vorm van een opinie van het Internationaal Juridisch Instituut), in het kader van het onderhavige geding uitgaan van de mogelijkheid dat naar het recht van Kazachstan misbruik van recht grond kan vormen voor het maken van een uitzondering op de hoofdregel dat een rechtspersoon (Samruk) niet aansprakelijk is voor vorderingen op haar aandeelhouders en/of bestuurders (Kazachstan). Het voorgaande brengt mee dat *grief 3, grief 4, grief 5 en grief 6* evenmin slagen. Daaraan voegt het hof toe dat voor zover Samruk met *grief 7* erover klaagt dat de voorzieningenrechter in dit verband ten onrechte een bepaalde stelling als door [X] c.s. aangevoerd heeft aangemerkt, de gegrondheid van deze grief in het midden kan blijven, omdat, ook als de grief gegrond is, deze stelling in elk geval in hoger beroep onderdeel van de rechtsstrijd tussen partijen is geworden.

3.10. Met het oog op de beantwoording van de primaire kernvraag wordt aldus van belang of zich hier, zoals [X] c.s. stellen, een geval voordoet waarin het beroep op juridische zelfstandigheid (door Samruk) misbruik van bevoegdheid oplevert. De voorzieningenrechter heeft deze vraag in positieve zin beantwoord (rov. 4.9) en daaraan de volgende overwegingen ten grondslag gelegd:

“4.6. Ter ondersteuning van haar stellingen op dit punt hebben [X] c.s. verwezen naar de volgende feiten en omstandigheden.

- Kazachstan is oprichter en enig aandeelhouder van Samruk. Het is Kazachstan bij wet verboden om de aandelen ooit te vervreemden;
 - Samruk wordt bestuurd door de staat Kazachstan;
 - het primaire doel van Samruk is ‘to increase the national welfare of the Republic of Kazakhstan’;
 - de strategie van Samruk behoeft de goedkeuring van Kazachstan;
 - de voorzitter van het bestuur van Samruk is te allen tijde de premier van Kazachstan;
 - de leden van het bestuur van Samruk zijn verplicht om besluiten van Kazachstan uit te voeren;
 - het bestuur van Samruk mag geen beslissingen nemen die indruisen tegen beslissingen van Kazachstan als enig aandeelhouder,
 - Kazachstan mag de leden van het bestuur naar eigen inzicht en op elk moment ontslaan.
- Samruk heeft de juistheid van deze feiten en omstandigheden niet, althans onvoldoende weerproken.

4.7. Het vorenstaande komt erop neer dat het vennootschappelijk doel van Samruk – zo niet samenvalt met, dan toch – geheel ondergeschikt is aan het nationaal belang van Kazachstan, zoals dat politiek wordt bepaald, dat Kazachstan haar enige aandeelhouder is en blijft, en dat het bestuur van Samruk wordt gecontroleerd door (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan. Onder deze omstandigheden moet – nu het tegendeel niet is gesteld of gebleken – worden aangenomen dat (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan ook eindcontrole uitoefenen over haar vermogen en besteding daarvan, zodat dit feitelijk-economisch kan worden aangewend alsof het aan Kazachstan toebehoort.

Op deze gronden is voorshands het oordeel gerechtvaardigd dat Samruk in haar verhouding tot Kazachstan feitelijk-economisch zelfstandigheid mist, in die zin dat Samruk zich tegenover Kazachstan niet op haar juridische zelfstandigheid kan beroepen om een eigen, van dat van (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan afwijkend, beleid te voeren. Hiervan uitgaande, en bij gebreke van een andere verklaring, moet worden aangenomen dat Samruk door Kazachstan is opgericht met (ten minste mede) als doel om haar vermogen buiten de greep van schuldeisers van Kazachstan te houden.

4.8. In dit geding is voorts aannemelijk dat Kazachstan niet bereid is de vorderingen van [X] c.s. te voldoen.”

Het hof merkt allereerst op dat voor zover Samruk zich richt tegen rechtsoverweging 4.8 en betoogt dat Kazachstan goede gronden heeft om niet aan het arbitraal vonnis te voldoen, dit op geen enkele wijze afdoet aan de juistheid van deze overweging, zodat *grief 10* faalt. Daarbij merkt het hof ten overvloede op dat voor zover Samruk zich in dit verband erop beroept dat [X] c.s. fraude hebben gepleegd in de procedure leidend tot het arbitraal vonnis, tot dusverre in geen enkele procedure definitief is vastgesteld dat dit het geval is geweest. Voorts constateert het hof dat waar Samruk (met haar achtste grief) de in rechtsoverweging 4.6 genoemde feiten en omstandigheden bespreekt, zij met name een nadere toelichting hierop geeft, maar – behoudens voor zover het om het bij het tweede gedachtestreepje genoemde feit gaat – de juistheid daarvan op zichzelf niet betwist. Daarbij tekent het hof – mede gelet op de stellingen van [X] c.s. (voor zover niet weersproken) in dit verband – aan dat weliswaar juist is dat Kazachstan Samruk niet bestuurt, maar dat zij Samruk heeft opgericht en dat zij als enig aandeelhouder en via de Board of Directors en de Management Board bepalende invloed heeft op het beleid van Samruk, zodat zij ook de eindcontrole uitoefent over het vermogen van Samruk en de besteding daarvan. Hiervan uitgaande onderschrijft het hof – ook indien daarbij de door Kazachstan bij het zesde en zevende gedachtestreepje voorgestelde nuanceringsen in aanmerking worden genomen (memorie na verwijzing onder 91 (p. 35-36) – de door de voorzieningenrechter (in rechtsoverweging 4.7) gevolgde redenering en daaraan verbonden conclusie dat Samruk in haar verhouding tot Kazachstan feitelijk-economisch zelfstandigheid mist, in die zin dat Samruk zich tegenover Kazachstan niet op haar juridische zelfstandigheid kan beroepen om een eigen, van dat van (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan afwijkend, beleid te voeren, en maakt die tot de zijne. Daaraan voegt het hof, anders dan de voorzieningenrechter heeft overwogen, toe dat Samruk, wat er zij van het (formele) doel van oprichting van deze vennootschap (zie daaromtrent met name memorie na voeging onder 28-46, met name onder 44-46), materieel in elk geval (mede) fungeert als middel om substantieel vermogen van Kazachstan buiten de greep van schuldeisers

te houden doordat zij aandelen houdt in een aantal belangrijke Kazachse staatsdeelnemingen (zie memorie na voeging onder 42) die, als zij zich jegens een schuldeiser van Kazachstan op haar juridische zelfstandigheid mag beroepen, niet voor verhaal door die schuldeiser vatbaar zijn, hoewel Kazachstan onder meer de eindcontrole uitoefent over het vermogen van Samruk en de besteding ervan.

3.11. Een en ander leidt ertoe dat ook het hof voorshands aannemelijk acht dat Samruk misbruik maakt – in de zin van artikel 8 Civil Code – van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [X] c.s. op haar juridische zelfstandigheid te beroepen. Daarbij tekent het hof aan dat Samruk bij voortduring heeft betoogd dat de voorzieningenrechter Samruk en Kazachstan ten onrechte heeft vereenzelvigd, hoewel naar het recht van Kazachstan vereenzelviging niet mogelijk is (zie bijvoorbeeld memorie van grieven onder 71-73, 118 en 121), welk betoog ook door Kazachstan is gevoerd (memorie na verwijzing onder 97-99). Het hof kan Samruk en Kazachstan echter niet in dit betoog volgen, omdat de voorzieningenrechter juist het tegendeel heeft overwogen door (voorshands) te oordelen dat Samruk, als afzonderlijke juridische entiteit, misbruik maakt van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover [X] c.s. op haar juridische zelfstandigheid te beroepen.

3.12. Het voorgaande brengt mee dat *grief 8*, *grief 9* en *grief 11* falen. Nu daarmee vaststaat dat (ook) het vermogen van Samruk, hoewel geen schuldenaar van [X] c.s. zijnde, in beginsel vatbaar is voor verhaal door [X] c.s., kunnen *grief 2* en *grief 12* – waarvan in beide gevallen de strekking is dat [X] c.s. geen executoriale titel tegen Samruk hebben – evenmin slagen.

3.13. Daarmee komt het hof toe aan de beantwoording van de subsidiaire kernvraag, te weten of het beslag moet worden opgeheven omdat het, alle (relevante) belangen van partijen (volledig) tegen elkaar afwegend, (als zijnde vexatoir of “onnodig” in de zin van artikel 705 lid 2 Rv; zie onder meer HR 11 april 2003, NJ 2003/440 («JOR» 2003/156 (*Hoda/Mondi Foods*); *red.*)) misbruik van bevoegdheid oplevert. Die vraag valt in dit geval samen met de algemene belangenafweging die inherent is aan iedere procedure in kort geding (zie memorie van grieven onder IV.15 en VI). Bij de beantwoording ervan stelt het hof voorop dat de vraag of het leggen van een conser-

vatoir beslag als vexatoir en daarom onrechtmatig moet worden aangemerkt, in beginsel dient te worden beantwoord aan de hand van de concrete omstandigheden ten tijde van de beslaglegging, waaronder de hoogte van de te verhalen vordering, de waarde van de beslagen goederen en de eventueel onevenredig zware wijze waarop de schuldenaar door het beslag op een van die goederen in zijn belangen wordt getroffen (vgl. HR 24 november 1995, NJ 1996/161). Samruk heeft in dit verband met name aangevoerd dat het beslag op haar aandelen in KMGK haar veel schade berokkent, omdat dit een zogenoemde “Event of Default” kan opleveren die tot opheffing van financiering door derden kan leiden, en dat zij daarom de banken heeft verzocht om een zogenoemde “waiver” van de “defaults”, welke “waiver” tot op heden echter niet is verstrekt. Samruk heeft ter adstructie van dit betoog een verklaring van Y. Zhanadil, CFO van Samruk, in het geding gebracht. Voorts heeft Samruk gesteld dat het vonnis waarvan beroep, dat in de (internationale) pers veel aandacht krijgt, (potentieel) vergaande gevolgen heeft voor Samruk’s mogelijkheden om financiering aan te trekken. Deze uitvoerig gemotiveerd betwiste, enkel door een bestuurder van Samruk zelf onderbouwde stellingen van Samruk kunnen echter niet opwegen tegen het door [X] c.s. gemotiveerd onderbouwde (zie memorie van antwoord onder 175) belang dat zij hebben bij handhaving van het beslag. Daar komt nog bij dat Samruk niet heeft gesteld dat zij niet in staat is zekerheid te stellen in de zin van artikel 705 lid 2 Rv. Een en ander betekent dat het beslag geen misbruik van bevoegdheid oplevert en dat *grief 15* faalt.

3.14. Samruk heeft voorts nog aangevoerd dat [X] c.s. in hun beslagrekest hebben verzuimd de voorzieningenrechter op de hoogte te stellen van de stand van zaken in de procedure voor het Engelse High Court of Justice – door met name het door dit college gewezen vonnis van 6 juni 2017 niet over te leggen – en dat dit een schending oplevert van artikel 21 Rv die opheffing van het beslag rechtvaardigt. Het hof overweegt hieromtrent dat Samruk weliswaar stelt dat [X] c.s. – die dat betwisten – in de procedure leidend tot het arbitraal vonnis fraude hebben gepleegd, maar dat vooralsnog noch in die procedure, noch in enigerlei andere procedure is komen vast te staan dat [X] c.s. fraude hebben gepleegd. Onder die omstandigheden onderschrijft het hof het oordeel van de voor-

zieningenrechter dat de conclusie niet is gewettigd dat [X] c.s. de rechter in het beslagrekest onjuist of onvolledig hebben geïnformeerd dan wel dat de desbetreffende informatie tot een andere beslissing ter zake van het beslagverlof zou hebben geleid. Hieruit volgt dat *grief 16* evenmin terecht is voorgesteld.

3.15. Ten slotte overweegt het hof dat *grief 17* zelfstandige betekenis mist, zodat deze, gelet op het lot van de voorgaande grieven, eveneens faalt.

3.16. De slotsom luidt dat het hoger beroep faalt. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. Samruk en Kazachstan zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van het hoger beroep.

4. De beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep; veroordeelt Samruk in de proceskosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*); veroordeelt Kazachstan in de proceskosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*); verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Dit is een interessant arrest: in een opheffingskortgeding oordeelt het Hof Amsterdam dat het conservatoir beslag dat is gelegd ten laste van Samruk, een 100%-dochter van de Staat Kazachstan, kan blijven liggen, ook al bevat het – aan het beslag ten grondslag liggende – Zweedse arbitraal vonnis alleen een veroordeling van de Staat Kazachstan. Samruk was niet eens partij in de arbitrage. Reden? Het hof acht het voorshands aannemelijk dat Samruk misbruik van bevoegdheid maakt door zich ten opzichte van de schuldeisers van de Kazachstaanse Staat te beroepen op haar juridische zelfstandigheid. Deze uitspraak stemt niet alleen hoopvol voor schuldeisers van vreemde staten, maar ook meer in het algemeen voor schuldeisers van partijen die zich bedienen van een web van entiteiten om hun vermogen voor verhaal veilig te stellen.

2. Om tot deze uitspraak te komen, moest het hof eerst een drietal voorvragen beantwoorden. Allereerst overweegt het hof dat de vraag onder welke voorwaarden opheffing van het beslag kan worden gevorderd, beheerst wordt door de *lex*

fori op grond van art. 10:3 BW. Dat betekent in deze zaak dat het aan Samruk (als partij die opheffing vordert) is om aannemelijk te maken dat het gelegde beslag misbruik van bevoegdheid oplevert. De kortgedingrechter zal vervolgens beslissen aan de hand van hetgeen door partijen naar voren is gebracht en summierlijk met bewijs is onderbouwd, daarbij de wederzijdse belangen van partijen afwegende (r.o. 3.5).

3. De tweede voorvraag ziet op het beroep van Samruk op immuniteit van jurisdictie. Volgens Samruk had de voorzieningenrechter niet de rechtmatigheid van de handeling van Kazachstan, bestaande uit het oprichten van Samruk, mogen beoordelen omdat het een overheidshandeling van een soevereine staat in zijn eigen bestel op zijn eigen territorium betreft. Het hof oordeelt dat het beroep op immuniteit om twee redenen faalt. Allereerst mist het beroep feitelijke grondslag, nu de voorzieningenrechter niet het handelen van Kazachstan, maar van Samruk heeft beoordeeld. Bovendien faalt het beroep volgens het hof omdat uit de aard van de handeling van Samruk, zijnde het misbruik maken van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover de beslaglegger op haar juridische zelfstandigheid te beroepen, niet volgt dat zij een typische overheidstaak uitoefende (r.o. 3.6). Mijs inziens speelt hier (nog) iets anders. Samruk komt überhaupt geen beroep op immuniteit van jurisdictie toe; Samruk is immers eisende partij en geen gedaagde partij. Immuniteit van jurisdictie ziet alleen op de laatste situatie. Wat Samruk hier eigenlijk doet, is zich beroepen op de zogenaamde *act of state*-doctrine, maar die kent het Nederlandse recht niet. (Zie C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005 over het spiegelbeeld van immuniteit van jurisdictie (p. 293 e.v.) en de *act of state*-doctrine (p. 363 e.v.).)

4. De derde en laatste voorvraag ziet op het beroep van Samruk op immuniteit van executie, dat evenmin slaagt (r.o. 3.7). Zelfs wanneer Samruk en Kazachstan zouden moeten worden vereenzelvigd, is er geen sprake van immuniteit van executie. De beslaglegger heeft namelijk in voldoende mate aannemelijk kunnen maken dat de onmiddellijke bestemming van de aandelen van Samruk in KMGK BV een andere dan een publieke bestemming is. Het hof onderstreept in dit kader nog eens dat het voor beslagleggers *de facto* onmogelijk wordt hun rechten geldend te maken

wanneer zij aannemelijk zouden moeten maken dat niet alleen de onmiddellijke, maar ook de uiteindelijke (ultieme) bestemming niet publiek is (zie reeds Hof Amsterdam 31 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2736). Deze uitleg verzacht de uitkomst van de Herfstarresten (HR 30 september 2016, «JOR» 2016/353, m.nt. Van der Plas, HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354 en HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371).

5. Dan komt het hof toe aan de primaire kernvraag. Duidelijk is dat het beslag in beginsel onrechtmatig is gelegd, omdat het niet ten laste van de schuldenaar (Kazachstan) is gelegd, maar ten laste van een derde (Samruk) en daartoe naar Nederlands (proces)recht geen bevoegdheid bestaat. Op grond van de hoofdregel zou het beslag dus moeten worden opgeheven. Het gaat er in deze procedure derhalve om of er voldoende grond is om van deze hoofdregel af te wijken (r.o. 3.8). De wet kent een aantal gevallen waarin men zich kan verhalen op goederen die niet aan de schuldenaar toebehoren. Voorbeelden van zo'n bijzonder verhaalsrecht zijn het bodemrecht van de fiscus (art. 22 Iw 1990), zeerechtelijke vorderingen uit arbeidsovereenkomst of hulpverlening, die op het schip mogen worden verhaald ongeacht of de scheepseigenaar de schuldenaar is (art. 8:211 e.v. BW) en kosten tot behoud van een goed die kunnen worden verhaald op dat goed ook al is de eigenaar van het goed niet de schuldenaar (art. 3:284 BW). (Zie H.A. Stein, *Beslag- en Executierecht in de (dagelijkse) praktijk*, Sdu 2016, par. 2.5.)

6. Het hof voegt met dit arrest daar een geval aan toe, namelijk de situatie waarin de derde ten laste van wie beslag is gelegd misbruik van recht maakt door zich te beroepen op zijn juridische zelfstandigheid ten opzichte van de schuldenaar. Of daarvan sprake is, beoordeelt het hof vervolgens met toepassing van Kazachstaans recht. Het hof lijkt daarbij uit te gaan van een impliciete rechtskeuze van partijen, omdat tegen de betreffende rechtsoverweging van de rechtbank geen grief is gericht (r.o. 3.9). De voorzieningenrechter overwoog dat op grond van art. 10:118 BW het Kazachstaanse recht als incorporatierecht van toepassing is op de vraag of de omstandigheid dat Samruk een juridisch zelfstandige entiteit is, tot opheffing van het beslag dient te leiden (ECLI:NL:RBAMS:2018:795, r.o. 4.3). Ik aarzel of dat juist is. Of Samruk een zelfstandige juridische entiteit is, wordt inderdaad beheerst door het in-

corporatierecht. Ik zie echter niet in waarom ook de criteria van het misbruik van recht door het Kazachstaanse recht zouden worden beheerst; mijns inziens is hierop de *lex fori* van toepassing. Daarbij is van belang dat het hier niet gaat om (omgekeerde) doorbraak van aansprakelijkheid waarop (vermoedelijk) het incorporatierecht van toepassing is (zie P. Vlas, *Rechtspersonen* (Praktijkreeks IPR), Maklu 2017, par. 323), maar om het al dan niet bestaan van een verhaalsrecht op een in Nederland gelegen goed ten laste van een derde. De rechtbank (en mogelijk ook het hof, zie r.o. 3.9 slot) heeft deze kwalificatie niet helder voor ogen gehad.

7. Hoe het ook zij, toepassing van het recht van Kazachstan op de onderhavige casus leidt tot het voorshands oordeel van zowel de voorzieningenrechter (ECLI:NL:RBAMS:2018:795, r.o. 4.7) als het hof (r.o. 3.10) dat Samruk in haar verhouding tot Kazachstan feitelijk-economische zelfstandigheid mist, in die zin dat Samruk zich tegenover Kazachstan niet op haar juridische zelfstandigheid kan beroepen om een eigen, van dat van (de politiek verantwoordelijken in) Kazachstan afwijkend, beleid te voeren. Het hof voegt daaraan toe dat Samruk materieel in elk geval (mede) fungeert als middel om substantieel vermogen van Kazachstan buiten de greep van schuldeisers te houden. Samruk houdt immers aandelen in een aantal belangrijke Kazachse staatsdeelnemingen die door de juridische zelfstandigheid van Samruk in beginsel niet voor verhaal door de schuldeisers van Kazachstan vatbaar zijn, terwijl Kazachstan onder meer de eindcontrole uitoefent over het vermogen van Samruk en de besteding ervan. Daarmee acht het hof voorshands aanneemelijk dat Samruk misbruik – in de zin van het recht van Kazachstan – maakt van haar in beginsel bestaande bevoegdheid zich tegenover de schuldeisers in deze zaak op haar juridische zelfstandigheid te beroepen (r.o. 3.11).

8. De primaire kernvraag is daarmee beantwoord: het beslag is niet onrechtmatig gelegd; het vermogen van Samruk, hoewel geen schuldenaar in deze zaak, is in beginsel vatbaar voor verhaal door de schuldeisers van Kazachstan (r.o. 3.12). Voorts overweegt het hof in antwoord op de subsidiaire kernvraag – na een afweging van de belangen van de partijen en met inachtneming van de concrete omstandigheden ten tijde van de beslaglegging – dat het beslag niet vexatorisch of “onnodig” in de zin van art. 705 lid 2 Rv is.

Ook dat vormt dus geen grond voor opheffing (r.o. 3.13). De ten laste van Samruk gelegde beslagen kunnen na het verkrijgen van een exequatur van het Zweeds arbitrale vonnis uitgewonnen worden. Een mooi voorbeeld dat misbruik niet loont.

C.G. van der Plas
universitair docent internationaal privaatrecht aan de UvA en advocaat bij Florent te Amsterdam

243

Arbiter niet aansprakelijk voor schade als gevolg van niet-ondertekening arbitraal vonnis door mede-arbiters

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
4 juni 2019, zaaknr. 200.206.064,
ECLI:NL:GHARL:2019:4760
(mr. Croes, mr. Ter Veer, mr. Lock)
Noot mr. C.L. Schleijsen

Arbitrage. Geen persoonlijke aansprakelijkheid arbiter voor niet-ondertekening van arbitraal eindvonnis door mede-arbiters. Geen causaal verband tussen fout arbiter en geleden schade. Verwijzing naar HR 4 december 2009, «JOR» 2010/175, m.nt. SCJJK (Greenworld). Vervolg op HR 30 september 2016, «JOR» 2016/324, m.nt. SCJJK en Ernste.

[Rv art. 1057 lid 2; BW art. 6:162]

In het tussenarrest van 16 oktober 2018 is beslist, in het licht van de omstandigheden van dit geval, dat het feit dat het arbitrale eindvonnis van geïntimeerde en twee mede-arbiters alleen door de voorzitter en de secretaris werd ondertekend, grof plichtsverzuim oplevert zoals bedoeld in de Greenworld-maatstaf (HR 4 december 2009, «JOR» 2010/175, m.nt. SCJJK). Dit brengt mee dat geïntimeerde aansprakelijk is voor de schade die eiseres heeft geleden doordat het arbitrale eindvonnis is vernietigd. Om te beoordelen of de door eiseres gestelde schade voor vergoeding in aanmerking komt, moet worden beoordeeld of eiseres het door haar tegenpartijen in de arbitrale