

# Handboek Internationaal Recht

## *Redactie*

Nathalie Horbach  
René Lefebber  
Olivier Ribbelink

Hieronder treft u aan hoofdstuk 8 uit het *Handboek Internationaal Recht*:

## **Staatsimmunititeit**

### **Rosanne van Alebeek**

Voor de publicatie op de Asser website van de afzonderlijke hoofdstukken van het handboek is in 2014 toestemming verleend door de auteurs en de uitgever, T.M.C. Asser Press.

Dit boek biedt een bundeling van het merendeel van de in Nederland aanwezige specialismen op internationaalrechtelijk gebied bijgewerkt tot het jaar van publicatie 2007.

Het *Handboek Internationaal Recht* is een initiatief van het T.M.C. Asser Instituut te Den Haag en werd mede mogelijk gemaakt door een subsidie van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie. Voor de ontstaansgeschiedenis van het boek wordt verwezen naar het als aparte PDF bijgevoegde Voorwoord van de redacteurs.

---

## Hoofdstuk 8

### STAATSIMMUNITEIT

Rosanne van Alebeek

---

Dr. R. van Alebeek is als universitair docent verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam.

1.	Inleiding.....	2
2.	Staatsimmunitet .....	5
2.1	Definitie van een vreemde staat.....	5
2.2	De begrippen <i>acta iure imperii</i> – <i>acta iure gestionis</i> nader beschouwd .....	7
2.2.1	Commerciële transacties.....	10
2.2.2	Arbeidsverhoudingen .....	11
2.2.3	Onrechtmatige daad.....	13
2.2.4	(On)roerende zaken .....	15
2.2.5	Intellectuele en industriële eigendom .....	16
2.2.6	Deelname in ondernemingen of andere rechtspersonen.....	16
2.3	Enkele gevallen apart .....	16
2.3.1	Schepen .....	17
2.3.2	Diplomatieke missies.....	18
2.4	Een uitzondering gebaseerd op de internationale bescherming van de rechten van de mens? .....	19
3.	Immunitet van staatsdienaren .....	21
3.1	Functionele immunitet.....	21
3.2	Persoonlijke immunitet van staatshoofden .....	23
3.3	Pinochet, Yerodia en Taylor: internationale misdrijven als uitzondering op immunitetsregels?.....	25
4.	Immunitet van executie .....	29
4.1	Executoriaal beslag.....	29
4.2	Voorlopige maatregelen.....	32
4.3	De uitzonderlijke regeling in de Europese Overeenkomst.....	33

4.4	Opkomen Nederlandse overheid tegen een bestaand beslag.....	33
5.	Faillissement.....	35
6.	Betekening van exploiten in de Nederlandse rechtsorde .....	37
6.1	Algemene regels .....	37
6.2	Artikel 3a van de Gerechtsdeurwaarderswet .....	38
7.	Afstand van immuniteit .....	41
7.1	Voorwaarden voor rechtsgeldige afstand.....	41
7.2	Eis in reconventie .....	42
7.3	Arbitrage.....	43
7.4	Verstek.....	43

## 1. INLEIDING

Internationaal recht stelt regels omtrent de uitoefening van rechtsmacht door staten. Naast rechtsmachtscheppende regels,<sup>1</sup> behoren daartoe ook regels die de rechtsmacht van staten beperken. Zo genieten diplomatieke vertegenwoordigers al sinds het vroegste begin immuniteit van de rechtsmacht van de staat waarin zij hun werkzaamheden verrichten.<sup>2</sup> Dit hoofdstuk bespreekt de regels omtrent de immuniteit van staten.

De oorsprong van deze regels wordt vaak gezocht in de uitspraak van het Amerikaans Hooggerechtshof in *The Schooner Exchange v. M'Faddon*.<sup>3</sup> Op 30 november 1810 werd het schip de 'Exchange' dat toebehoorde aan de Amerikaan John M'Faddon en zijn partner in beslag genomen door de Franse vloot terwijl het op weg was van de Verenigde Staten (VS) naar Europa. Eenmaal in Frankrijk werd het schip in gebruik genomen als oorlogsschip. Toen een jaar later het schip een noodstop maakte in de haven van Philadelphia vroegen de oorspronkelijke eigenaren de Amerikaanse rechter zich te buigen over hun eigendomsclaim op het schip. De rechter verklaarde zich echter onbevoegd van het geschil kennis te nemen op immuniteitsgronden. In een veelvuldig geciteerde passage overwoog de rechter:

'One sovereign being in no respect amenable to another, and being bound by obligations in the highest character not to degrade the dignity of his nation, by placing himself or its sovereign rights within the jurisdiction of another, can be supposed to enter a sovereign territory only under an express license, or in the confidence that the immunities belonging

1. Zie hfdst. 7.

2. Zie hfdst. 9.

3. US Supreme Court 1812, *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, 11 US 116.

to his independent sovereign status, though not expressly stipulated, are reserved by implication, and will be extended to him.<sup>4</sup>

De uitspraak laat zien dat immuniteitsregels zich niet beperken tot prinsen, koningen en keizers; ook de relatief nieuwe abstractie van de onafhankelijke natiestaat kan niet zonder meer voor een vreemde rechter gedagvaard worden. Veel staten stonden aan het begin van de twintigste eeuw een regel van absolute staatsimmunititeit voor. Met name het principe van de gelijkheid van staten werd geacht absolute staatsimmunititeit te verlangen: *par in parem non habet imperium* – gelijken hebben geen rechtsmacht over elkaar.<sup>5</sup> Een aantal staten verzetten zich echter reeds in dit vroege stadium tegen een dergelijke vergaande inperking van hun jurisdictie. Met name Belgische en Italiaanse rechters pasten een restrictieve immuniteitsregel toe, waarbij vreemde staten slechts immuniteit genieten voor typische overheidshandelingen – *acta iure imperii* – en niet voor handelingen verricht op voet van gelijkheid met particulieren – *acta iure gestionis*. De jurisprudentie van andere staten liet geen overtuigende voorkeur voor de absolute dan wel de relatieve immuniteitsleer zien. Ook de Nederlandse rechtspraktijk aan het begin van de vorige eeuw was niet eenduidig. Reeds in een zeer vroeg stadium waren in verschillende Nederlandse uitspraken de contouren van een beperkte immuniteitsregel te zien. Vaak benadrukten rechters in geval van immuniteitsverlening aan een vreemde staat dat de litigieuze handeling een typische overheidsdaad van die staat betrof.<sup>6</sup> Aan de andere kant zijn er ook uitspraken waarin de onbevoegdheid van de rechter ten aanzien van vreemde staten absoluut werd geacht en het onderscheid tussen *acta iure imperii* and *acta iure gestionis* niet relevant werd gevonden voor de toepassing van de regel van staatsimmunititeit.<sup>7</sup>

Toen rond de tweede helft van de vorige eeuw de toenemende economische activiteit van staten een sterke toename van rechtsgeschillen tussen staten en individuen tot gevolg had, spraken veel staten zich uit voor een restrictieve benadering van de regel van staatsimmunititeit. Vandaag de dag houdt slechts een handvol staten vast aan absolute staatsimmunititeit. Het is het algemeen geaccepteerd dat staten niet altijd immuun zijn van vreemde jurisdictie en er wordt zelfs met enige regelmaat geopperd dat de absolute benadering nooit een regel van internationaal recht is geweest. Veel 'common law' landen hebben de regel van restrictieve staatsimmunititeit vastgelegd in nationale wetgeving zoals de Amerikaanse Foreign Sovereign Immunities Act van 1976 (FSIA) en de Britse State Immunity Act van 1978 (SIA).<sup>8</sup> In de meeste andere landen is de regel rechtersrecht. De Nederlandse wetgeving beperkt zich tot een zeer algemene aanwijzing aan de rechter. Artikel 13a Wet algemene bepalingen (Wet AB) stelt dat '[d]e regtsmagt van den rechter en de uitvoerbaarheid van rechterlijke vonnissen en van authentieke akten worden beperkt door de uitzonderingen in het volken-

4. Ibid., p. 136-137.

5. Vgl. o.a. UK House of Lords 1938, *The 'Cristina'*, (1938) 60 *LR* 147, 162.

6. HR 21 maart 1924, *NJ* 1924, 535; Rb. Amsterdam 14 juli 1921, *NJ* 1921, 849.

7. Rb. Dordrecht 11 juli 1923, *W* 1923, 11088; Hof Amsterdam 30 april 1942, *NJ* 1942, 757.

8. Ook in Australië, Canada, Maleisië, Pakistan, Zuid-Afrika, Singapore geldt dergelijke wetgeving.

regt erkend.<sup>9</sup> De inhoud en reikwijdte van de regel worden echter bepaald door de interpretatie van de Nederlandse rechter van het internationaal gewoonterecht.<sup>10</sup>

Het blijkt echter niet eenvoudig om deze negatieve constatering – internationaal recht verlangt geen absolute immuniteit van staten voor de vreemde rechter – te vertalen naar een positieve rechtsregel. Wannéer heeft een vreemde staat recht op immuniteit? Oftewel, hoe onderscheiden we rechtsgeschillen waarbij vreemde staten betrokken zijn voor de toepassing van immuniteitsrecht? Het onderscheid tussen *acta iure imperii* – handelingen verricht in de uitoefening van overheidsmacht – en *acta iure gestionis* – handelingen verricht op gelijke voet met private individuen – definieert de regel maar geeft de rechter weinig houvast bij de toepassing daarvan.

Controverses over de modaliteiten van de toepassing van de regel van staatsimmuniteit stond jarenlang een succesvolle codificatie van de regel in de weg. In 1972 werd de restrictieve regel vastgelegd in de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten (hierna: Europese Overeenkomst of EO).<sup>11</sup> Het verdrag heeft echter slechts gelding tussen de acht staten die tot ratificatie zijn overgegaan.<sup>12</sup> Op mondiaal niveau bleek het vinden van overeenstemming lange tijd onmogelijk. Alhoewel het onderwerp reeds in 1977 op de agenda van de VN-Commissie voor internationaal recht (International Law Commission, ILC) werd geplaatst, werden de Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property pas in 1991 door de ILC aangenomen, en duurde het tot 2004 voordat de Verenigde Naties (VN) de Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (hierna: VN-Verdrag) aannamen.<sup>13</sup>

Dit hoofdstuk bespreekt naast de immuniteit van de staat, ook de functionele immuniteit van staatsdienaren en de persoonlijke immuniteit van het staatshoofd, en naast de regel van immuniteit van jurisdictie, ook de regel van immuniteit van executie. In elk geschil omtrent de omvang en toepassing van deze regels moet gekeken worden of tussen de forumstaat en de gedaagde staat de Europese Overeenkomst of het VN-Verdrag toepassing heeft<sup>14</sup> – waarbij opgemerkt dient te worden dat het verdrag de verplichtingen onder de Europese Overeenkomst onverlet laat<sup>15</sup> – of dat de

9. *Stb.* 1917, 303.

10. HR 26 oktober 1973, *NJ* 1974, 361. Zie ook Hof 's-Gravenhage 28 november 1968, *NJ* 1969, 484.

11. *Trb.* 1973, 43 (i.w.tr. 11 juni 1976; Nederland 22 mei 1985).

12. Oostenrijk, België, Cyprus, Verenigd Koninkrijk, Zwitserland, Duitsland, Luxemburg en Nederland.

13. VN Doc. A/RES/59/38 (2004). Het verdrag treedt in werking 30 dagen nadat de 30ste staat tot ratificatie of toetreding is overgegaan (artikel 30 VN-Verdrag). Op 29 september 2006 was het verdrag ondertekend door 22 staten en geratificeerd door 3 staten. Nederland had op deze datum het verdrag nog niet geratificeerd, noch ondertekend. Voor een goed overzicht van de totstandkoming en inhoud van dit verdrag, zie G. Hafner & U. Köhler, 'The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property', *NYIL* (35) 2004, p. 3-49.

14. Vgl. art. 4 VN-Verdrag en art. 35 EO voor de voorwaarden. In tegenstelling tot de EO is het VN-Verdrag toepasselijk ongeacht het tijdstip waarop de litigieuze handeling plaatsvond, zie art. 4, *Yb ILC* 1991-II, part 2, p. 22.

15. Art. 26 VN-Verdrag.

vraag beheerst wordt door het gewoonterecht. Het geven van een inleidend overzicht van de stand van het gewoonterecht is geen eenvoudige taak nu de statenpraktijk op veel punten een verre van 'general and consistent' toepassing van de regels laat zien.<sup>16</sup> Het nationale recht van het forum inzake internationale immuniteiten is daarom vaak beslissend. In de eerste plaats kan het zijn dat het gewoonterecht in een nationale wet gecodificeerd is. Daarnaast laat het gewoonterecht op een aanzienlijk aantal punten ruimte voor interpretatie die in de jurisprudentie van verschillende rechtsstelsel anders ingevuld kan zijn. Nu het VN-Verdrag van 2004 op zijn minst een gezaghebbende interpretatie van het gewoonterecht biedt, en mogelijk een convergerende invloed op de statenpraktijk zal hebben, zal de discussie vaak aan de hand van de bepalingen van het verdrag gevoerd worden. Aangegeven zal worden in hoeverre het verdrag afwijkt van de Europese Overeenkomst en waar nodig zal aandacht worden besteed aan de bijzonderheden van de bestaande Nederlandse praktijk, de meeste bijzonderheden van andere nationale rechtstelsels moeten helaas buiten beschouwing blijven.<sup>17</sup>

## 2. STAATSIMMUNITEIT

### 2.1 Definitie van een vreemde staat

Alleen staten kunnen een beroep doen op de regel van staatsimmunititeit. Het is daarom belangrijk om vast te stellen welk staatsbegrip het immuniteitsrecht beheerst. Een extern en intern aspect kan hierbij onderscheiden worden.

Het externe aspect betreft de vraag of een bepaalde entiteit de status van onafhankelijke soevereine staat verworven heeft.<sup>18</sup> Een van de belangwekkendste vragen is of de rechter zelfstandig tot een oordeel kan komen over dit externe aspect of dat hij zich moet laten leiden door het beleid van uitvoerende macht. Met andere woorden, wat is de rol van het leerstuk van erkenning? De statenpraktijk op dit punt is niet eenduidig. Waar bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk (VK) de uitvoerende macht een beslissende rol heeft,<sup>19</sup> gaat de Nederlandse rechter op dit punt uit van het principe van de scheiding der machten.<sup>20</sup> Wanneer een staat erkend is door de regering is het voor de rechter onmogelijk om tot een andere conclusie te komen. Niet-erkenning is echter

---

16. Voor de vereisten van gewoonterecht, zie hfdst. 4.

17. Voor gedetailleerde informatie over de bijzonderheden van de nationale rechtstelsels van het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten, zie m.n. de gezaghebbende studie over het immuniteitsrecht van H. Fox, *The Law of State Immunity*, 2002. Voor Frankrijk, zie M. Cosnard, *La soumission des États aux tribunaux internes: Face à la théorie des immunités des États*, 1996. Bij de voorbereiding van dit hoofdstuk is dankbaar gebruik gemaakt van de studie van het Nederlandse immuniteitsrecht van J. Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter. Immunitéit van jurisdictie en van executie*, 2001.

18. Zie hfdst. 6.

19. Zie SIA, s. 21(a).

20. Hof Amsterdam 8 februari 1951, *NJ* 1951, 129.

slechts een belangrijke feitelijke factor die de Nederlandse rechter in zijn afweging mee zal nemen.

Het interne aspect betreft de vraag welke personen, organen en andere entiteiten een zodanig integraal onderdeel uitmaken van de staat dat zij onder het staatsbegrip vallen. Nu onder de restrictieve benadering van staatsimmunitet de aard van de litigieuze handeling de bepalende factor is, wordt staatsimmunitet ook wel een immunitet *ratione materiae* genoemd. Waar vroeger de rechter voor de vraag of de regel van staatsimmunitet op een gedaagde van toepassing is een onderzoek instelde naar de mate waarin de gedaagde met de vreemde staat vereenzelvigd kon worden, ligt tegenwoordig vaak al in dit stadium de nadruk op de mate waarin de litigieuze handeling als een publiekrechtelijke handeling heeft te gelden. De status van de procespartij lijkt daarmee van ondergeschikt belang.

De definitie die we vinden in artikel 2 lid 1(b) van het VN-Verdrag geeft blijk van deze ontwikkeling:

'For the purposes of the present Convention ... "State" means:

- (i) the State and its various organs of government;
- (ii) constituent units of a federal State or political subdivisions of the State, which are entitled to perform acts in the exercise of sovereign authority, and are acting in that capacity;
- (iii) agencies or instrumentalities of the State or other entities, to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign authority of the State;
- (iv) representatives of the State acting in that capacity.'

De Nederlandse rechtspraak is niet eenduidig op dit punt. Rechters kijken zowel naar factoren die de status van de gedaagde betreffen – privaatrechtelijke rechtsvorm, zelfstandige rechtspersoonlijkheid etc. – als naar de aard van de litigieuze handeling.<sup>21</sup>

Het dient ten slotte opgemerkt te worden dat de vraag of een vreemde staat (materieel) partij is bij een geding wel degelijk van belang blijft. Niet-uitoefening van jurisdictie vanwege het publiekrechtelijk karakter van een handeling *zonder* dat een vreemde staat partij is, zou immers neerkomen op de toepassing van de 'act of state' doctrine, die het de rechter in zijn algemeenheid verbiedt zich een oordeel te vormen over de rechtmatigheid van het overheidshandelen van een vreemde staat binnen diens eigen territorium. Alhoewel de Nederlandse rechter deze doctrine in het verleden nog wel eens op gelijke – internationaalrechtelijke – voet stelde met de regel van

---

21. Hof Amsterdam 23 oktober 1963, *NJ* 1965, 357; Hof 's-Gravenhage 28 november 1968, *NJ* 1969, 484; Rb. Utrecht 14 januari 1969, *NYIL* (1) 1970, p. 229; Rb. Amsterdam 22 mei 1986, *KG* 1986, 253; Hof Amsterdam 4 januari 1990, *NIPR* 1990, 324.

staatsimmunititeit,<sup>22</sup> is het nu algemeen aanvaard dat het hier geen internationaalrechtelijke verplichting betreft.<sup>23</sup>

## 2.2 De begrippen *acta iure imperii* – *acta iure gestionis* nader beschouwd

De begrippen *acta iure imperii* en *acta iure gestionis* reflecteren de ratio van de restrictieve immunitetsregel: staatsmacht vindt haar grens in de onafhankelijkheid en gelijkheid van andere staten en reikt dus niet tot het overheidshandelen van andere staten. Welk handelen als overheidshandelen kwalificeert is echter niet zonder meer duidelijk. Twee verschillende problemen dienen zich aan.<sup>24</sup>

In de eerste plaats lopen de meningen uiteen over de vraag of bij de kwalificatie van de litigieuze handeling slechts de aard, of ook het doel van de handeling in ogenschouw dient te worden genomen. Het klassieke voorbeeld dat het belang van deze controverse illustreert is de aankoop van materieel voor het leger: een handeling *iure gestionis* onder het aard-criterium en *iure imperii* onder het doel-criterium.<sup>25</sup>

De Hoge Raad heeft zich in de zaak *Russische Federatie v. Pied-Rich B.V.* duidelijk uitgesproken voor het aard-criterium.<sup>26</sup> De advocaat-generaal (A-G) rationaliseerde in zijn conclusie deze keuze door te wijzen op het gebrek aan onderscheidend vermogen van het doel-criterium 'aangezien het handelen van de staat vrijwel altijd, direct of indirect, is gericht op de behartiging van het publieke belang.'<sup>27</sup> Alhoewel dit standpunt wordt gedeeld door een overweldigende meerderheid van rechters en rechtsgeleerden, is het doel-criterium niet volledig afgeschreven. In de eerste plaats omdat in toenemende mate wordt ingezien dat het onmogelijk is om de aard van een handeling volledig los te zien van haar doel: de essentie van een handeling blijkt soms uit haar context.<sup>28</sup> Zo zal het sluiten van een arbeidscontract onder een heel strikte toepassing van het aard-criterium altijd als een handeling *iure gestionis* dienen te gelden, terwijl algemeen geaccepteerd is dat de beoordeling van sommige arbeidsverhoudingen wel degelijk aan de rechtsmacht van vreemde staten onttrokken is. In de *I Congreso del Partido* zaak overwoog Lord Wilberforce dan ook terecht dat:

---

22. Vgl. Hof Amsterdam 3 december 1942, *NJ* 1943, 340; Hof Amsterdam 8 februari 1951, *NJ* 1951, 129.

23. Vgl. Rb. 's-Gravenhage 23 december 2005, *LJN* AV6353, r.o. 4.2.

24. C.H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, 1988, p. 15.

25. Waar een Amerikaanse rechter de aankoop van laarzen voor het leger als soeverein handelen kwalificeerde, kwam een Italiaanse rechter tot een tegengestelde conclusie: US Court of Appeals, 2nd Circuit 1918, *Kingdom of Roumania v. Guaranty Trust Co. of New York*, 250 F. 341, 345, en Court of Appeals, 2nd Circuit 1964, *Victory Transport Inc. v. Comisaria Gen. De Abestecimientos y Transportes*, 336 F.2d 354, 359; Italië 1926, *Governo Rumeno v. Trutta*, *Giurisprudenza Italiana* (78) 1926-I, p. 774.

26. HR 28 mei 1993, *NJ* 1994, 329, r.o. 3.2.

27. *Ibid.*, concl. A-G Strikwerda, r.o. 11.

28. J. Crawford, 'International law and foreign sovereigns: Distinguishing immune transactions', *BYIL* (54) 1983, p. 95; Schreuer, *supra* n. 24, p. 16.



'[I]n considering ... whether State immunity should be granted or not, the court must consider the whole context in which the claim against the State is made, with a view to deciding whether the relevant act(s) on which the claim is based should, in that context, be considered as fairly within an area of activity, trading or commercial or otherwise of a private law character, in which the State has chosen to engage or whether the relevant activity should be considered as having been done outside the area and within the sphere of governmental activity.'<sup>29</sup>

In de tweede plaats omdat bij de onderhandelingen over de definitie van 'commercial acts' in het VN-Verdrag een aantal ontwikkelingslanden vasthield aan het doel-criterium waardoor artikel 2 lid 2 nu met een moeizaam bevochten compromisformule bepaalt dat:

'In determining whether a contract or transaction is a 'commercial transaction' ... reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed, or if, in the practice of the State of the forum, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction.'

Naast dit probleem van identificatie van de relevante aspecten van de litigieuze handeling doen zich de nodige problemen voor bij de classificatie van handelingen als *acta iure gestionis* dan wel *acta iure imperii*. Dit classificatie-probleem heeft geleid tot fundamentele kritiek op het onderscheidend criterium. Een rechtsgeleerde verwoordde het aldus: 'there is a logical contradiction in seeking to distinguish the 'sovereign' and 'non-sovereign' acts of a State. In attempting to apply such a distinction, municipal courts inevitably apply the ideological conceptions and policy preferences of the particular forum.'<sup>30</sup> Anderen gaan zelfs verder en noemen het *gestionis – imperii* onderscheid 'logically unsound ... because it assumes State activities are divisible into a dichotomy of two discreet categories, and penalizes the State which adopts private law methods in conducting its public business.'<sup>31</sup>

De statenpraktijk is ontegenzeggelijk verre van 'general and consistent.' Het wordt daarom soms zelfs betoogd dat rechters voor de invulling van de internationaalrechtelijke regel van staatsimmunititeit te rade mogen gaan bij hun nationale rechtsregels, de *lex fori*.<sup>32</sup> De kwalificatie van de litigieuze handeling naar gelang de toepasselijkheid van publiek- dan wel privaatrecht reflecteert bijvoorbeeld dit *lex fori* beginsel. Dit idee van discretie van de forumstaat is echter onverenigbaar met het internationaal recht karakter van de regel. Het gebruik van nationale maatstaven bij de invulling

29. UK House of Lords 1981, *I Congreso del Partido*, [1983] 1 AC 244, 272.

30. I. Brownlie (Rapporteur Institut de Droit International), 'Contemporary problems concerning the jurisdictional immunity of states: Preliminary report', *AIDI* (62) 1987-1, p. 27.

31. H. Fox, 'International law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of states', in M.D. Evans (red.), *International Law*, 2003, p. 370.

32. Vgl. BverfG 30 april 1963, *Claim against the Empire of Iran*, *ILR* (45) 1972, p. 80; M. Cosnard, *La soumission des États aux tribunaux internes: Face à la théorie des immunités des États*, 1996, p. 342.

van de begrippen die de internationale regel van staatsimmunititeit definiëren is slechts toelaatbaar waar internationaal recht ruimte laat voor twijfel. Indien een bepaalde handeling niet duidelijk als *iure gestionis* of *iure imperii* heeft te gelden, laat de internationale regel van staatsimmunititeit ruimte voor uiteenlopende interpretatie.

Deze enigszins academische constatering is echter van geen nut voor de rechter die zich geconfronteerd ziet met een vraagstuk van staatsimmunititeit. Om nu deze rechter houvast te bieden bij de toepassing van de regel worden in nationale en internationale codificaties de handelingen waarvoor staten geen immunititeit genieten opgesplitst in een aantal min of meer duidelijk omschreven categorieën, die als een uitzondering op de hoofdregel van immunititeit zijn geformuleerd. Zo geeft het VN-Verdrag in artikel 5 een hoofdregel van staatsimmunititeit waarop in de artikelen 10 t/m 17 uitzonderingen zijn geformuleerd. Deze zogenaamde 'negatieve lijst' aanpak roept de nodige vraagtekens op. Is niet immunititeit de uitzondering op de hoofdregel van jurisdictie? En, dwingt een limitatieve lijst van uitzonderingen niet tot starre rechtspraak in een zich ontwikkelend rechtsgebied?

Dit laatste punt wordt onderkend in de Europese Overeenkomst. Artikel 24 bepaalt dat staten kunnen verklaren dat hun rechters ook rechtsmacht toekomt wanneer andere uitzonderingen dan die welke in het verdrag zijn neergelegd zich onder het gewoonterecht ontwikkelen, met dien verstande dat een dergelijke verklaring de immunititeit voor *acta iure imperii* onverlet laat. Het artikel werd op aandringen van Nederland opgenomen en wordt daarom wel de 'zône grise néerlandaise' genoemd.<sup>33</sup> Het VN-Verdrag kent een dergelijke bepaling niet. Wanneer Nederland besluit het verdrag te ratificeren zal het dus in weerwil van mogelijke ontwikkelingen in het gewoonterecht de regels van het verdrag moeten toepassen wanneer een andere verdragspartij voor de Nederlandse rechter wordt gedaagd.<sup>34</sup>

Alhoewel de Nederlandse rechter doorgaans als uitgangspunt neemt dat de vreemde staat slechts immunititeit geniet voor zijn handelingen *iure imperii* – en dus in theorie een pleitbezorger is van een 'positieve lijst' benadering – vertoont de argumentatie van de Nederlandse rechter in immunitiezzaken veel overeenkomsten met die van rechters die hun beslissing in de mal van de op een 'negatieve lijst' gebaseerde immunitiezwetgeving moeten passen. Wanneer een immunitiezwetzoek wordt afgewezen gebeurt dit in de regel door te wijzen op het privaatrechtelijk handelen waarmee de staat zich op voet van gelijkheid met het individu heeft geplaatst en wanneer het verzoek wordt toegewezen wordt het soevereine karakter van het handelen benadrukt. Voor de vaststelling van de aard van een handeling zoekt de rechter in beginsel aansluiting bij kenmerken van *iure gestionis* handelen zoals die bijvoorbeeld in de Europese Overeenkomst of (de voorontwerpen van) het VN-Verdrag zijn neergelegd, of bij kenmerken van *iure imperii* handelen die óók in dergelijke teksten

---

33. Preadvies van W.G. Belinfante, 'Het Europees Verdrag inzake de immunititeit van Staten', in *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, nr. 67, 1973, p. 10. België, Duitsland, Luxemburg, Nederland, Zwitserland en het VK hebben een dergelijke verklaring afgelegd.

34. Met inachtneming van de tekst bij *supra* n. 15.

te vinden zijn. De 'negatieve lijst' benadering van het VN-Verdrag brengt dus voor wat betreft de *vorm* van juridische argumentatie geen grote veranderingen voor de Nederlandse rechtspraak met zich mee. Hieronder worden de gevallen van niet-immuniteit aan de hand van de artikelen 10 t/m 15 van het VN-Verdrag besproken.<sup>35</sup>

### 2.2.1 *Commerciëletransacties*

Het VN-Verdrag bepaalt in artikel 10 dat staten geen beroep op immuniteit kunnen doen wanneer er een geschil ontstaat over een commerciële transactie die zij zijn aangegaan met een buitenlands individu of rechtspersoon, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Commerciële transacties tussen staten onderling zijn dus uitgesloten van de uitzondering. Artikel 2 lid 1(c) definieert het begrip commerciële transactie (en sluit arbeidscontracten hiervan uit) en zoals we juist zagen bepaalt artikel 2 lid 2 dat bij de kwalificatie van een transactie het doel daarvan onder omstandigheden een rol speelt.<sup>36</sup>

De Europese Overeenkomst formuleert de uitzondering voor commerciële transacties en overeenkomsten anders. Artikel 4 EO sluit immuniteit uit voor overeenkomsten, terwijl artikel 7 bepaalt dat een vreemde staat geen immuniteit geniet 'indien hij op het grondgebied van het forum een kantoor, agentschap of een andere vestiging heeft, door middel waarvan hij, op dezelfde wijze als een particulier persoon, een industriële, commerciële of financiële werkzaamheid uitoefent en het geding verband houdt met die werkzaamheid.'

Artikel 4 lid 2(c) EO sluit overeenkomsten gesloten op het grondgebied van de vreemde staat die beheerst worden door zijn administratief recht van de uitzondering uit, waarbij we moeten denken aan studiebeurzen of subsidieverlening.<sup>37</sup> Onder het VN-Verdrag zal het feit dat op een overeenkomst het administratieve recht van de vreemde staat van toepassing is een rol spelen bij de kwalificatie van de overeenkomst als 'commercieel'.

De Nederlandse rechter benadert commerciële activiteiten van vreemde staten niet als een aparte categorie, maar kwalificeert ze als privaatrechtelijk handelen waarmee de staat zich op voet van gelijkheid met het individu plaatst en zich dus niet langer achter de regel van staatsimmuniteit kan verschuilen.<sup>38</sup>

Het vraagstuk van commerciële transacties en overeenkomsten zal in de praktijk tot tal van 'hard cases' aanleiding geven die hier onmogelijk allemaal behandeld kunnen worden. Een van de vragen die regelmatig weer aan de rechter worden voorgelegd is de volgende: kan een staat zich beroepen op immuniteit wanneer hij zich aan een commerciële transactie wil onttrekken met een typische overheidshandeling of blijft de aard van de commerciële rechtsverhouding bepalend, oftewel 'once a trader

---

35. Art. 16 wordt besproken in 2.2.1, en art. 17 in 7.3.

36. Vgl. voor een goed begrip van art. 10 lid 3 de 'understandings' in de annex bij het verdrag.

37. Belinfante, *supra* n. 33, p. 14.

38. HR 26 oktober 1973, *NJ* 1974, 361, p. 1005.

always a trader?' In navolging van het Britse House of Lords in de *I Congreso del Partido* zaak overwoog de Hoge Raad dat in beginsel het laatste het geval is,<sup>39</sup> tenzij, zo besliste de Hoge Raad, jurisdictie-uitoefening zou neerkomen op een inhoudelijke beoordeling van het regeringsbesluit, oftewel, wanneer het *resultaat* van dat handelen niet ter beoordeling ligt aan de vreemde rechter.<sup>40</sup>

### 2.2.2 Arbeidsverhoudingen

Dat het voor de vaststelling van de aard van een handeling soms nodig is de context van een handeling in de beoordeling te betrekken blijkt uit het vraagstuk van arbeidsverhoudingen. Hoewel het sluiten van een arbeidscontract duidelijk niet een typische overheidshandeling is, zijn staten wel degelijk immuun van vreemde rechtsmacht ten aanzien van sommige arbeidsverhoudingen omdat deze als *iure imperii* worden gekwalificeerd.<sup>41</sup>

De statenpraktijk laat echter geen overeenstemming zien over de factoren die bepalend zijn voor de kwalificatie van arbeidsverhoudingen. Zo bepaalt de Europese Overeenkomst dat rechtsmacht over arbeidsverhoudingen tussen de vreemde staat en zijn onderdanen altijd uitgesloten is, maar er zijn ook rechters die aan dat criterium geen doorslaggevende betekenis willen toekennen.<sup>42</sup> Ook worden in sommige staten arbeidsverhoudingen met al het personeel van de diplomatieke missie als *iure imperii* gekwalificeerd terwijl andere staten alleen geen rechtsmacht uitoefenen indien de functie van de ambassademedewerker daartoe aanleiding geeft.

Dat ook de rechtspraak binnen één jurisdictie soms op verschillende factoren de nadruk kan leggen laten voorbeelden uit de Nederlandse rechtspraak zien. In de wat oudere jurisprudentie kijkt de Nederlandse rechter niet naar de nationaliteit van de werknemer maar naar aard van de werkzaamheden – behoren zij tot de essentiële publiekrechtelijke taken van de vreemde staat?<sup>43</sup> – of de al dan niet diplomatieke status van de werknemer.<sup>44</sup> In een aantal recente zaken achtte de rechter echter de nationaliteit van de werknemer, het al dan niet duurzaam verblijf in Nederland, en de

---

39. HR 22 december 1989, *NJ* 1991, 70. UK House of Lords 1981, *supra* n. 29. Voor een recente toepassing van die regel, zie Rb. 's-Hertogenbosch 30 november 2005, *LJN* AU7077, r.o. 3.14.

40. Deze uitzondering wordt besproken in 2.2.2.

41. Zie R. Garnett, 'State immunity in employment matters', *ICLQ* (46) 1997, p. 81-124; H. Fox 'Employment contracts as an exception to state immunity: Is all public service immune?', *BYIL* (66) 1995, p. 97-176.

42. Art. 5 EO. Voor verwerping van dat criterium, zie Labour Court of Brussels 22 september 1992, *De Queiroz v. State of Portugal*, *ILR* (115) 1999, p. 430; Swiss Federal Tribunal 16 november 1994, *M. v. Arab Republic of Egypt*, *ILR* (116) 2000, p. 656.

43. Vgl. Ktg. 's-Gravenhage 4 april 1989, *NIPR* 1989, 308; Ktg. 's-Gravenhage 23 april 1997, *NIPR* 1999, 191. Vgl. echter Ktg. Rotterdam 13 april 1978, *De Praktijkgids* 1979, p. 21, voor het argument dat een vreemde staat immuun is bij een ontslagprocedure ongeacht de werkzaamheden van de werknemer.

44. Ktg. 's-Gravenhage 1 augustus 1985, *NYIL* (19) 1988, p. 435; Ktg. 's-Gravenhage 3 maart 1986, *NIPR* 1987, 137.

eventuele status als lokaal personeel, een factor van doorslaggevend belang.<sup>45</sup> Wanneer de werknemer de nationaliteit van de zendstaat had en er geen sprake was van duurzaam verblijf in Nederland ten tijde van het aangaan van de overeenkomst, werd immuniteit verleend zelfs wanneer de werknemer geen publiekrechtelijke taken verrichtte.<sup>46</sup> De uitspraak van de Hoge Raad in de *Van der Hulst* zaak laat tenslotte zien dat geheel afgezien van omstandigheden die de werknemer aangaan, ook de aard van het geschil een factor van belang kan zijn.<sup>47</sup> De VS werd geacht niet onderworpen te zijn aan Nederlandse rechtsmacht in een procedure over de beëindiging van de aanstelling van de secretaresse van de Amerikaanse ambassade naar aanleiding van de negatieve uitkomst van het veiligheidsonderzoek, omdat het resultaat van dat onderzoek niet ter beoordeling stond van de Nederlandse rechter.

Uit de beslissing van het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) in de *Fogarty* zaak valt af te leiden dat het EHRM bij gebrek aan een 'general and consistent state practice' op het gebied van arbeidsgeschillen vele interpretaties van de regel als een toepassing van gewoonterecht beschouwt.<sup>48</sup>

Gezien deze uiteenlopende interpretaties zal het niet verwonderen dat het vraagstuk van de arbeidsverhoudingen een van de laatste strijdpunten in de onderhandelingen over de tekst van het VN-Verdrag was. Het verdrag bepaalt uiteindelijk in artikel 11 lid 1 dat vreemde staten geen immuniteit genieten in procedures over arbeidscontracten voor werk dat geheel of gedeeltelijk op het grondgebied van het forum verricht dient te worden. Lid 2 sluit echter een aantal categorieën werknemers en geschillen van deze hoofdregel uit, waaronder, onder andere, werknemers die publieke autoriteit uitoefenen; diplomatieke en consulaire medewerkers; alle personen die diplomatieke immuniteit genieten; onderdanen van de vreemde staat, tenzij deze duurzaam verblijf hebben in het forum; geschillen betreffende ontslag indien een procedure de staatsveiligheid in de weg zou staan.

Kortom, het is een samenspel van factoren – zoals de nationaliteit van de werknemer, de aard van de werkzaamheden, en de aard van het geschil – dat de aard van een arbeidsovereenkomst tussen een staat en haar werknemers bepaalt. Het precieze gewicht dat aan de respectievelijke factoren dient te worden toegekend is in het internationaal gewoonterecht nog niet bepaald, en een convergerende werking van het VN-Verdrag zou hier dan ook welkom zijn.

---

45. Rb. Rotterdam 26 januari 2006, *LJN* AV0699; Hof 's-Gravenhage 10 december 2004, *LJN* 7349; Rb. 's-Gravenhage 4 februari 1998, *JAR* 1998, 67.

46. Rb. Rotterdam 26 januari 2006, *LJN* AV0699; Rb. 's-Gravenhage 4 februari 1998, *JAR* 1998, 67.

47. HR 22 december 1989, *NJ* 1991, 70 (met kritische noot De Waart). Vgl. ook P.H. Kooijmans, *TVVS* 1990 nr. 90/7, p. 179-181; L.A.N.M. Barnhoorn, 'Staatsimmuniteit en ontslag 'for security reasons', *NJB* 1990, p. 1345-1350.

48. *Fogarty v. United Kingdom*, no. 37112/97, *RJD ECHR* 2001-X, par. 37.

### 2.2.3 *Onrechtmatige daad*

De vraag of vreemde staten immuun zijn voor vorderingen uit onrechtmatige daad begaan op het grondgebied van het forum kent in de statenpraktijk geen eensluidend antwoord. Veel nationale rechters beslissen ook onrechtmatige daad zaken door te kijken naar de aard van de litigieuze handeling. Zo overwoog het Oostenrijkse Hoogerechtshof in de *Holubek* zaak:

'[A]n act must be deemed to be a private act where the State acts through its agencies in the same way as a private individual can act. ... By operating a motor car and using public roads the defendant moves into spheres in which private individuals also move. In these spheres the parties face one another on a basis of equality, and there is no indication here of any supremacy and subordination.'<sup>49</sup>

In de Nederlandse rechtspraak geeft alleen *De Trappenberg* zaak enig inzicht in de benadering van de rechter.<sup>50</sup> Revalidatiecentrum De Trappenberg vorderde vergoeding van de kosten van behandeling van een kind van een Marokkaanse medewerker van het Marokkaanse consulaat-generaal te Amsterdam dat gewond was geraakt in het gebouw van het consulaat. Het centrum stelde dat de Marokkaanse staat onrechtmatig had gehandeld door niet zorg te dragen voor een verzekering van zijn medewerker en diens gezin. Het hof overwoog dat alhoewel het uitzenden van de medewerker als een typische overheidshandeling heeft te gelden, dit 'een zich begeven in een door het privaatrecht beheerste maatschappelijk verkeer met zich meebrengt.' Nu in dit geval mogelijk een rechtsbetrekking uit een verbintenis uit de wet was ontstaan, concludeerde het hof dat Marokko zich niet kon beroepen op immunititeit nu het 'activiteiten is gaan ontplooiën op het gebied van het door het privaatrecht beheerste maatschappelijk verkeer en, in verband daarmee, op voet van gelijkheid rechtsbetrekkingen aangaat met particulieren.' Later veranderde De Trappenberg de grondslag voor de vordering en stelde dat onrechtmatig was gehandeld nu de door de ambassadeur van Marokko gedane toezegging om de vordering te voldoen niet werd nagekomen. De Hoge Raad overwoog dat ook met betrekking tot deze vordering geen beroep op immunititeit gedaan kon worden omdat de toezegging 'naar haar aard niet duidelijk het karakter van een overheidshandeling [had], aangezien een dergelijke toezegging in een vergelijkbare situatie evenzeer door een particuliere werkgever had kunnen zijn gedaan.'<sup>51</sup> Kortom, zowel het hof als de Hoge Raad achtte het *acta iure imperii* – *acta iure gestionis* onderscheid beslissend in deze onrechtmatige daad procedure.

In de codificatiewetgeving van de 'common law' landen heeft de vordering uit onrechtmatige daad begaan op het territorium van het forum echter een aparte status ge-

49. OGH 1961, *Collision with Foreign Government-Owned Motor Car*, *ILR* (40) 1970, p. 75, 77.

50. Rb. Amsterdam 16 mei 1984, *NIPR* 1985, 176; Hof Amsterdam 25 april 1991, *NIPR* 1991, 457; HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 650.

51. *Ibid.*, r.o. 3.3.6.

kregen. Zo bepaalt de Amerikaanse FSIA in sectie 1605(a)(5) dat vreemde staten niet immuun zijn in zaken:

'[I]n which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment.'

De bepaling tekent echter wel aan dat dit niet geldt voor 'any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused.' Hierbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan de uitoefening van consulaire taken.

In de geruchtmakende zaak *Letelier v. Chile* werd geen immunititeit toegekend aan Chili in een zaak die was aangespannen door de nabestaanden van de door een autobom in Washington om het leven gebrachte voormalig minister van Buitenlandse Zaken van Chili en zijn chauffeur.<sup>52</sup> Chili stelde dat *als* haar geheime dienst al achter de aanslag zou zitten, een dergelijke *iure imperii* handeling aan de beoordeling van de Amerikaanse rechter is onttrokken. In antwoord overwoog de rechter dat voor de toepassing van de bepaling de aard van de handeling als *iure gestionis* of *iure imperii* irrelevant was. Ook het beroep op de discretionaire bevoegdheids-uitzondering werd verworpen. 'Whatever policy options may exist for a foreign country,' zo besliste de rechter, 'it has no "discretion" to perpetrate conduct designed to result in the assassination of an individual ..., action that is clearly contrary to the precepts of humanity as recognized in both national and international law.'<sup>53</sup>

In de *McElhinney* zaak stelde het EHRM vast dat de reikwijdte van de uitzondering voor vorderingen uit onrechtmatige daad allerminst duidelijk was. Het Europees Hof overwoog dat het daarom moeilijk is vast te stellen dat een bepaalde, door meerdere staten gedeelde interpretatie van de regel, in strijd is met internationaal gewoonterecht.<sup>54</sup>

Artikel 12 van het VN-Verdrag sluit immunititeit uit ten aanzien van schadevergoedingsvorderingen voor dood, lichamelijk letsel of materiële schade<sup>55</sup> veroorzaakt door een (niet-)handelen op het grondgebied van het forum door een persoon die aanwezig was op het grondgebied van het forum ten tijde van het (niet-)handelen.<sup>56</sup> Hierbij moet wel aangetekend worden dat de regel van diplomatieke immunititeit in deze een aanvullende beschermende werking kan hebben.<sup>57</sup> Een vraag die in de tekst van het verdrag onbeantwoord blijft, is of de uitzondering van artikel 12 ook van toepassing

---

52. US D.D.C. 11 maart 1980, *Letelier v. Chile*, 488 *F.Supp.* 665.

53. *Ibid.*, p. 673.

54. *McElhinney v. Ireland*, no. 31253/96, *RJD ECHR* 2001-X, par. 38.

55. 'Damage to reputation' and 'interference with contract rights', werden door het ILC niet geacht onder het schadebegrip van art. 12 te vallen, *Yb ILC* 1991-II, part 2, p. 45, par. 5.

56. Art. 11 EO is in vergelijkbare bewoordingen gesteld.

57. Art. 3 lid 1 VN-Verdrag. Vgl. *Yb ILC* 1991-II, part 2, p. 46, par. 10; vgl. ook 2.2.

is op vreemde strijdkrachten. Uit artikel 26 en uit de woorden 'unless otherwise agreed' die artikel 12 kwalificeren kan worden afgeleid dat in ieder geval Status of Forces Agreements anders kunnen bepalen. In het commentaar van de ILC bij het artikel staat dat het niet ziet op situaties van gewapend conflict.<sup>58</sup> Volgens de voorzitter van de Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and their Property, Hafner, is 'the general understanding' dat artikel 12 niet ziet op 'military activities',<sup>59</sup> zonder daarbij overigens de situatie van een gewapend conflict als voorwaarde te noemen. De vraag leidt in de doctrine reeds tot onenigheid<sup>60</sup> en zal ongetwijfeld op termijn aan nationale rechters worden voorgelegd. Waar het VN-Verdrag dus een duidelijke keuze voor de nog niet onomstreden onrechtmatige daad uitzondering laat zien, is de precieze omvang van deze uitzondering niet uit het verdrag af te leiden.

#### 2.2.4 (On)roerende zaken

Vreemde staten kunnen geen beroep doen op immuniteit in procedures met betrekking tot rechten en plichten voortvloeiende uit eigendom van, belang in, gebruik of bezit van een in de forum staat gelegen onroerend goed, zoals procedures over hinder, schade door afgewaaid dakpannen, erfdiensbaarheden, hypothecaire vorderingen, huurbetaling. Of geschillen over belastingbetaling, of het overtreden van bouwvergunningen onder de uitzondering vallen is onduidelijk.<sup>61</sup> Ook is geen beroep mogelijk op immuniteit in procedures die betrekking hebben op rechten op of belangen in roerende of onroerende goederen ontstaan door erfopvolging, schenking, of uit onbeheerde nalatenschap. Tenslotte zijn vreemde staten ook onderworpen aan procedures met betrekking tot rechten en belangen van een vreemde staat in bepaalde door de rechter verrichtte beheershandelingen, zoals de trust. Deze gewoonterechtelijke regel is neergelegd in artikel 13 van het VN-Verdrag.<sup>62</sup>

Het is niet ongebruikelijk dat rechters de immuniteitsvraag in procedures over (on)roerende zaken desondanks onder verwijzing naar het *iure gestionis* karakter van bijvoorbeeld de huurovereenkomst beslist. Of een vreemde staat de betreffende (on)roerende zaak in gebruik heeft voor het verrichten van overheidshandelingen is voor de immuniteitsvraag in beginsel niet van belang, tenzij het diplomatieke recht een aanvullende bescherming biedt (zie 2.3.2). In een afwijkende uitspraak in een huurgeschil betreffende een ambassadegebouw verleende een Rotterdamse kantonrechter staatsimmunititeit omdat de huurovereenkomst gericht was op het vervullen van de overheidstaak van de vreemde staat.<sup>63</sup>

---

58. Ibid.

59. UN Doc. A/C.6/59/SR.13 (2005).

60. Vgl. A. Dickinson, 'Status of forces under the UN Convention on State Immunity', *ICLQ* (55) 2006, p. 427-436.

61. Belinfante, *supra* n. 33, p. 17.

62. Vgl. ook art. 9, 10 en 14 EO.

63. Ktg. Rotterdam 12 december 1990, *NIPR* 1992, 133.



### 2.2.5 *Intellectuele en industriële eigendom*

In de *Dralle* zaak (1950) deed het Oostenrijkse Hooggerechtshof uitspraak in een geschil tussen een bedrijf en de Republiek Tsjechoslowakije over het gebruik van een handelsmerk na nationalisatie van de branche van het bedrijf in Tsjechoslowakije.<sup>64</sup> De litigieuze handeling – het gebruik van het door het moederbedrijf gedeponeerde handelsmerk door het genationaliseerde bedrijf – werd door de rechter geschaard onder de commerciële handelingen die als *acta iure gestionis* hebben te gelden. Alhoewel rechters in verschillende jurisdicties tot eenzelfde conclusie zijn gekomen, en de uitzondering bijvoorbeeld ook in de Britse SIA is opgenomen, is er te weinig jurisprudentie om de precieze contouren van de uitzondering in het gewonterecht te schetsen. De Nederlandse rechter heeft zich, voorzover bekend, nooit uitgesproken over het vraagstuk. Het ligt voor de hand dat deze in een voorkomend geval aansluiting zoekt bij artikel 14 van het VN-Verdrag. Het artikel bepaalt dat een vreemde staat geen beroep kan doen op immuniteit in een procedure die gaat over het recht van die staat of de inbreuk door die staat op een patent, industrieel ontwerp, handels- of bedrijfsnaam, handelsmerk, copyright, of enig andere vorm van intellectueel of industrieel eigendom dat juridische bescherming geniet in het forum.<sup>65</sup> De ILC benadrukte in haar commentaar op dit artikel de ‘voluntary entrance of the foreign state in the legal system of the forum state.’<sup>66</sup>

### 2.2.6 *Deelname in ondernemingen of andere rechtspersonen*

Het VN-Verdrag noemt ten slotte in artikel 15 als uitzondering procedures met betrekking tot deelname in ondernemingen die geïncorporeerd of opgericht zijn onder het recht van het forum of hun zetel of voornaamste bedrijfsuitoefening in het forum hebben.<sup>67</sup>

## 2.3 **Enkele gevallen apart**

De systematiek van het beslissende onderscheid tussen *acta iure imperii* and *acta iure gestionis* wordt in enkele gevallen doorbroken, of omdat de regel van staatsimmuniteit zelf een uitzondering geeft, of omdat de regel van diplomatieke immuniteit een aanvullende bescherming biedt.

---

64. OGH 10 mei 1950, *Dralle v. Republic of Czechoslovakia*, *ILR* (17) 1956, p. 155.

65. Vgl. art. 8 EO.

66. *Yb ILC* 1991-II part 2, p. 48, par. 5.

67. Vgl. ook art. 6 EO.

### 2.3.1 *Schepen*

Wanneer een vreemde staat wordt gedagvaard in verband met een rechtsvordering voortvloeiend uit de exploitatie van een schip wordt een beroep op immuniteit niet getoetst aan de aard van de litigieuze handeling, maar is de functie van het schip bepalend. De regel zoals die in 1926 in het Brussels Verdrag tot het vaststellen van enige eenvormige regelen betreffende de immuniteit van staatsschepen werd neergelegd, heeft zich ontwikkeld tot gewoonterecht.<sup>68</sup> De artikelen 1 en 2 van het verdrag stellen dat staten geen aanspraak kunnen maken op immuniteit ten aanzien van rechtsvorderingen betreffende de exploitatie van staatsschepen, maar artikel 3 bedingt een uitzondering voor:

'[O]orlogsschepen, staatsjachten, schepen belast met enig toezicht, hospitaalschepen, hulpschepen, bevoorradingschepen en andere aan een staat toebehorende of door hem geëxploiteerde vaartuigen, die bij het ontstaan van de schuldvordering uitsluitend gebezigd worden voor een regeringsdienst, waarmede geen handelsdoeleinden worden beoogd.'

Deze schepen mogen niet worden onderworpen aan rechtsvorderingen (art. 3 lid 1) en rechtsvorderingen wegens aanvaring of andere scheepvaartongevallen, wegens hulp, berging en averij-grosse, of wegens herstelling, leveringen of andere overeenkomsten op het schip betreffend hebben, kunnen slechts worden aangebracht bij de bevoegde rechter van de staat, die eigenaar is van het schip of het exploiteert (art. 3 lid 2). De regel is in bewoordingen van min of meer gelijke strekking neergelegd in artikel 16 van het VN-Verdrag. Waar de Europese Overeenkomst in artikel 30 vorderingen betreffende de exploitatie van zeeschepen uitsluit van de werking van de EO omdat de kwestie reeds in andere verdragen geregeld is, formuleert het VN-Verdrag de regel als een aanvulling op wat staten elders overeengekomen zijn.

De Hoge Raad paste de regel toe in de *Cape May* zaak.<sup>69</sup> Tijdens een maandenlang verblijf in Eemshaven was het Amerikaans staatsschip de 'Cape May' een aantal malen losgeslagen en op drift geraakt waarbij het schade veroorzaakte aan de kademuuren. Toen het Havenschap in een procedure voor de rechter betaling daarvan vorderde, beriep de VS zich op immuniteit van jurisdictie. De 'Cape May', zo stelde de VS, is een in de Golfoorlog betrokken oorlogsschip dat in de haven lag om militaire goederen in te nemen om te vervoeren naar het Golfgebied. Het Hof Leeuwarden verwierp dit beroep onder verwijzing naar de aard van de litigieuze handeling die volgens haar 'niet kan worden aangemerkt als een gedraging die kenmerkend is voor het handelen van een overheid als zodanig.'<sup>70</sup> De Hoge Raad vernietigde het vonnis:

---

68. Verdrag tot het vaststellen van enige eenvormige regelen betreffende de immuniteit van staatsschepen 1926, *Trb.* 1936, 98 (i.w.tr. 23 februari 1936; Nederland 8 januari 1937). Vgl. ook art. 32, 95, 96, 236 Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee 1982, *Trb.* 1983, 83 (i.w.tr. 16 november 1994; Nederland 28 juli 1996).

69. HR 12 november 1999, *NJ* 2001, 567. Zie ook HR 22 september 2000, *NJ* 2001, 568.

70. Hof Leeuwarden 10 december 1997, *NJ* 2001, 567 (arrest Hof, r.o. 10).

'Naar de huidige stand van het volkenrecht zijn vreemde staten ter zake van schuldvorderingen die hier te lande ontstaan uit hoofde van de exploitatie van aan hen toebehorende of door hen geëxploiteerde schepen die in het kader van de vervulling van een typische overheidstaak (zoals een militaire actie) worden gebezigd, niet onderworpen aan de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Hierbij is de aard van de handeling of gebeurtenis waaruit de vordering is ontstaan, niet van belang.'<sup>71</sup>

### 2.3.2 *Diplomatieke missies*

Artikel 3 lid 1 VN-Verdrag maakt duidelijk dat het verdrag consulaire en diplomatieke privileges en immuniteiten onverlet laat.<sup>72</sup> Deze immuniteiten kunnen het uitoefenen van rechtsmacht over een vreemde staat verbieden zelfs wanneer het handelen betreft dat onder het verdrag als *iure gestionis* heeft te gelden.<sup>73</sup> De stelregel is dat de uitoefening van jurisdictie niet het functioneren van de missie mag belemmeren. Ook staat de onschendbaarheid van bijvoorbeeld de gebouwen van de missie bepaalde procedures in de weg. Een vordering tot ontruiming van een ambassadegebouw is onverenigbaar met de onschendbaarheid van het gebouw, en zou ook het functioneren van de missie ernstig belemmeren.<sup>74</sup> Diplomatieke immuniteit lijkt daarentegen niet in de weg te staan aan een vordering betreffende huurbetaling.<sup>75</sup> Het Duitse 'Bundesverfassungsgericht' oordeelde zelfs dat een geschil over de eigendom van een ambasadeterrein de uitoefening van de diplomatieke functies niet hinderde, nu het daarvoor niet uitmaakt op wiens naam het terrein geregistreerd staat.<sup>76</sup>

De 'understanding with respect to certain provisions of the Convention' die in een annex bij het VN-Verdrag is opgenomen, impliceert dat diplomatieke immuniteit ook een aanvullende werking kan hebben in arbeidsgeschillen.<sup>77</sup> De 'understanding' benadrukt dat het hierboven besproken artikel 11 moet worden toegepast met inachtneming van de verplichting van een ontvangststaat om jurisdictie over onderdanen van de ontvangststaat en zij die hun permanente verblijf hebben in de ontvangststaat uit te oefenen 'in such a manner as not to interfere unduly with the performance of the functions of the mission or the consular post,' zoals neergelegd in de artikelen 38 en 71 van respectievelijk het Verdrag van Wenen inzake het diplomatiek verkeer<sup>78</sup> en het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen.<sup>79</sup>

71. HR 12 november 1999, *NJ* 2001, 567, r.o. 3.4. In Hof Arnhem 26 augustus 2003, *LJN* 9988, ro. 3.8, besliste het hof dat inderdaad sprake was van een oorlogsschip.

72. Vgl. ook art. 32 EO.

73. Zie ook hfdst. 9.

74. Vgl. bijv. US Court of Appeals, 2nd Circuit 1993, *767 Third Avenue Associates and Another v. Permanent Mission of the Republic of Zaire to the United Nations*, 988 F.2d 295.

75. Vgl. echter *supra* n. 63.

76. BVerfG 30 oktober 1962, *BVerfGE* (15), nr. 2, p. 42-43.

77. Zie ook 2.2.2.

78. Verdrag van Wenen inzake het diplomatiek verkeer 1961, *Trb.* 1962, 159 (i.w.tr. 24 april 1964; Nederland 7 oktober 1984).

79. Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen 1963, *Trb.* 1981, 143 (i.w.tr. 19 maart 1967; Nederland 16 januari 1986).

## 2.4 Een uitzondering gebaseerd op de internationale bescherming van de rechten van de mens?

Immunitetsregels maken deel uit van het klassieke internationale recht dat de interstatelijke verhoudingen en betrekkingen reguleert. Sinds de Tweede Wereldoorlog maken echter ook de rechten van individuen tegenover hun eigen staat deel uit van de internationale rechtsorde. De afgelopen jaren wordt regelmatig de vraag opgeworpen wat de invloed van de ontwikkeling van internationale mensenrechten op de werking van immunitetsregels is. Twee vragen dienen daarbij onderscheiden te worden.<sup>80</sup>

In de eerste plaats is het de vraag of immunitetsregels verenigbaar zijn met bepaalde fundamentele rechten van de mens, als het recht op toegang tot de rechter, of het recht op effectieve rechtsbescherming. De klacht dat het verlenen van immunititeit het recht van individuen op een eerlijke rechtsgang schaadt is niet nieuw. De klagers in de *Schooner Exchange* zaak verzochten reeds:

'Your own citizens plundered. Your national rights violated. Your courts deaf to the complaints of the injured. Your government not redressing their wrongs, but giving sanction to their spoliators. The argument of our opponents allows no remedy to the citizen, although dispossessed of his property, within the limits of our own territory. Although the ship should have been seized in the Delaware, and converted into a public armed vessel, we are supposed to have no redress.'<sup>81</sup>

Het is ook mede dit mensenrechtelijk perspectief dat staten uiteindelijk een absolute immunitetsregel deed verlaten.

Pas een halve eeuw later werd het EHRM in drie verschillende zaken gevraagd te oordelen dat de restrictieve benadering van staatsimmunititeit schending van het recht op toegang tot de rechter van artikel 6 lid 1 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) opleverde.<sup>82</sup> Het Europees Hof riep in herinnering dat het recht op toegang tot de rechter niet absoluut is en concludeerde dat regels van staatsimmunititeit die internationaal gewoonterecht weerspiegelen geen disproportionele inperking van het recht inhouden.<sup>83</sup>

Een tweede vraag is of staten die zich schuldig maken aan grove mensenrechtenschendingen binnen hun eigen territoir zich op staatsimmunititeit kunnen beroepen wanneer zij voor een vreemde rechter ter verantwoording worden geroepen.<sup>84</sup> Nu be-

---

80. Voor een uitgebreide bespreking van dit onderwerp, vgl. R. van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, 2006.

81. *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, *supra* n. 3, p. 128.

82. *Al-Adsani v. United Kingdom*, no. 35763/97, *RJD ECHR* 2001-X; *Fogarty v. United Kingdom*, *supra* n. 48; *McElhinney v. Ireland*, *supra* n. 54.

83. *Al-Adsani v. United Kingdom*, *supra* n. 82, par. 55-56; *Fogarty v. United Kingdom*, *supra* n. 48, par. 35-36; *McElhinney v. Ireland*, *supra* n. 54, par. 36-37.

84. Voor mensenrechtenschendingen begaan op het territoir van de forumstaat, vgl. 2.1.3.

paalde mensenrechten geacht worden de status van *ius cogens* normen te hebben, wordt regelmatig beargumenteerd dat immuniteitsregels van een lagere hiërarchische orde zijn en dus niet ingeroepen kunnen worden wanneer de schending van *ius cogens* normen aan de orde is, of dat schendingen van *ius cogens* normen nooit als soeverein overheidshandelen kunnen gelden en dus als *acta iure gestionis* onderworpen zijn aan de rechtsmacht van de vreemde rechter.<sup>85</sup>

Rechters in verschillende jurisdicties hebben zich inmiddels over deze tweede vraag gebogen. In de Verenigde Staten hebben verschillende rechters zich positief uitgesproken over een zogenoemde ‘mensenrechten-uitzondering’ in het *internationale recht*. Helaas, zo vervolgen deze rechters, zolang de FSIA niet in de pas loopt met die ontwikkelingen kan de uitzondering in procedures voor de Amerikaanse rechter niet worden toegepast.<sup>86</sup> Sinds 1996 kent de FSIA wel een uitzondering op immuniteit voor mensenrechtenschendingen door een handvol staten die door de regering als ‘state sponsor of terrorism’ zijn aangewezen.<sup>87</sup> Buiten de VS is het vraagstuk slechts enkele malen door een gerechtelijk college bestudeerd. Alleen in Griekenland en Italië is de uitzondering voor mensenrechtenschendingen in twee spraakmakende zaken aanvaard.<sup>88</sup> Rechters in het Verenigd Koninkrijk en Canada hebben een beroep op een dergelijke uitzondering verworpen, en ook Griekenland is uiteindelijk op zijn schreden teruggekeerd.<sup>89</sup> De vraag is nog niet aan een Nederlandse rechter voorgelegd. Wel verwierp de Hoge Raad al in 1962 het argument dat staten niet immuun zijn wanneer zij beschuldigd worden van schendingen van het volkenrecht.<sup>90</sup> De annotator bij dit arrest merkte op dat ook in immuniteitskwesities geldt dat ‘de behoefte aan rechtsbescherming het grootst is bij hevige verontwaardiging.’ De ernst van de vermeende schendingen werd daarom ‘een bijzonder gevaarlijk criterium’ voor de inperking van immuniteit genoemd.<sup>91</sup>

In één van de zojuist genoemde uitspraken van het EHRM kwam, omdat het Europees Hof een eventuele schending afhankelijk stelde van de reikwijdte van de immuniteitsregel in internationaal recht, ook deze tweede vraag aan de orde. Met een krappe meerderheid van negen tegen acht rechters oordeelde het Europees Hof in *Al-Adsani v. United Kingdom* dat het feit dat het verbod van foltering een *ius cogens* karakter heeft niet betekent dat staatsimmuniteit niet ingeroepen kan worden door

85. Voor het begrip *ius cogens*, zie hfdst. 4.

86. Vgl. bijv. US Court of Appeals, 9th Circuit 22 mei 1992, *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, *ILR* (103) 1996, p 454.

87. FSIA, § 1605(a)(7). Op 1 augustus 2006 was de uitzondering van toepassing op Cuba, Iran, Libië, Syrië, Soedan en Noord-Korea.

88. Supreme Court of Greece 4 mei 2000, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, case No. 11/2000; Corte di cassazione d'Italia 2004, *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, *RDI* (87) 2004.

89. UK Court of Appeal 1996, *Al-Adsani v. Kuwait*, *ILR* (107) 1997, p. 536; Canada, Ontario Court of Appeal 2004, *Bouzari v. Iran*, 71 *OR3d* 675; Special Supreme Court of Greece 2002, vgl. M. Panezi, ‘Sovereign immunity and violations of *ius cogens* norms’, *RHDI* (56) 2003, p. 199.

90. HR 26 januari 1962, *NJ* 1962, 74.

91. *Ibid.*, p. 295.

een vreemde staat die beschuldigd wordt van foltering.<sup>92</sup> De acht rechters die het minderheidsstandpunt innamen beargumenteerden dat de erkenning van *ius cogens* wel degelijk tot gevolg heeft dat lagere rechtsregels niet ingeroepen kunnen worden om de consequenties van een schending van het verbod van foltering te ontlopen.

Mede gezien de krappe meerderheid in de hierboven besproken beslissing van het EHRM is het laatste woord over dit vraagstuk nog niet gezegd. Het is waarschijnlijk dat de mogelijke spanning tussen mensenrechten en immunitaire regels ook de komende jaren door rechtsgeleerden zal worden bestudeerd en aan rechters zal worden voorgelegd.

### 3. IMMUNITEIT VAN STAATSDIENAREN

#### 3.1 Functionele immunititeit

Overheidsfunctionarissen kunnen niet door rechters van een vreemde staat ter verantwoording worden geroepen voor handelingen die zij verrichtten in de uitoefening van hun officiële taken. Deze functionele immunititeit eindigt niet met het einde van een dienstverband en moet onderscheiden worden van de persoonlijke immunititeit die een beperkte groep van functionarissen beschermt om een ongestoorde uitoefening van hun functie te garanderen.

Welke handelingen kunnen geacht worden in de uitoefening van officiële taken te zijn verricht? En waarom geniet een overheidsfunctionaris immunititeit wanneer hij of zij voor een buitenlandse rechter wordt gedaagd in verband met zulke handelingen? De interpretatie van de regel van functionele immunititeit van overheidsfunctionarissen in jurisprudentie en literatuur is helaas niet eenduidig. Grofweg kunnen twee benaderingen onderscheiden worden.

In de eerste benadering wordt benadrukt dat de overheidsfunctionaris *persoonlijk* geen enkele verantwoordelijkheid draagt voor de handeling in geschil. Het moge duidelijk zijn dat een vordering aangaande een onbetaalde rekening voor kantoorartikelen niet verhaald kan worden op het persoonlijke vermogen van de functionaris die deze artikelen uit hoofde van zijn functie heeft besteld ten behoeve van een overheidsinstelling. In de uitvoering van de officiële handeling treedt de functionaris op als verlengstuk van de staat. Het Joegoslavië Tribunaal verwoordde het in de *Blaskić* zaak aldus:

'State officials acting in their official capacity ... are mere instruments of a State and their official action can only be attributed to the State. They cannot be the subject of sanctions or penalties for conduct that is not private but undertaken on behalf of a State. In other words,

---

92. *Al-Adsani v. United Kingdom*, *supra* n. 82, par. 61.

State officials cannot suffer the consequences of wrongful acts which are not attributable to them personally but to the State on whose behalf they act'.<sup>93</sup>

De toepasselijkheid van de regel van staatsimmunititeit wordt onder deze benadering gerationaliseerd door te stellen dat een overheidsfunctionaris in zo'n geval slechts gedagvaard kan worden *in zijn of haar officiële hoedanigheid* en dat *dus* de staat de werkelijke partij in het conflict is. De vraag of er sprake is van een officiële handeling en functionele immunititeit gaat dan aan de toepassing van de regel van staatsimmunititeit vooraf.

In de tweede benadering is de al dan niet persoonlijke verantwoordelijkheid van de overheidsfunctionaris van ondergeschikt belang. De toepasselijkheid van de regel van staatsimmunititeit op zaken tegen overheidsfunctionarissen wordt veeleer gestoeld op een 'act of state'-achtige redenering. Een voorbeeld van deze benadering vinden we in de Canadese zaak *Jaffe v. Miller*.<sup>94</sup> Jaffe klaagde voor de Canadese rechter dat nadat Canada geweigerd had hem uit te leveren aan de VS, een aantal Amerikaanse overheidsfunctionarissen hem hadden gekidnapt op Canadees grondgebied om hem voor de Amerikaanse rechter te brengen. De overheidsfunctionarissen stelden dat de rechter de vordering moest verwerpen op grond van de regel van staatsimmunititeit. De stelling dat overheidsfunctionarissen onder de term 'foreign state' in de zin van de Canadese wet begrepen moesten worden werd door de rechter gehonoreerd. De rechter overwoog als volgt:

'[T]o confer immunity on a government department of a foreign state but to deny immunity to the functionaries who in the course of their duties performed the acts, would render the *State Immunity Act* ineffective. To avoid having its action dismissed on the grounds of state immunity, a plaintiff would have only to sue the functionaries who performed the acts.'<sup>95</sup>

De vraag naar de immunititeit van overheidsfunctionarissen wordt zodoende teruggebracht tot de vraag naar de immunititeit van de staat. De vraag of er sprake is van een officiële handeling is dan niet langer een voorvraag voor de toepassing van staatsimmunititeit en het begrip 'officiële handeling' wordt dan gereduceerd tot het begrip 'soevereine handeling' zoals dat centraal staat in de restrictieve leer van staatsimmunititeit. Zo werd ook in de *Pinochet* zaak overwogen dat de centrale vraag was 'whether international law grants state immunity in relation to the international crime of torture.'<sup>96</sup> De regel van staatsimmunititeit, zo overwoog Lord Millett:

93. *Prosecutor v. Blaskić*, Case No. IT-95-14-AR108bis, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, ICTY Appeals Chamber, 29 October 1997.

94. Canada, Ontario Court of Appeal 17 juni 1993, *Jaffe v. Miller and Others*, *ILR* (95) 1994, p. 446.

95. *Ibid.*, p. 458-459.

96. UK House of Lords 24 maart 1999, *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, [1999] 2 *All ER* 97, 111. Vgl. 3.3 voor de feiten van de *Pinochet* zaak.

'[I]s a subject-matter immunity. It operates to prevent the official and governmental acts of one state from being called into question in proceedings before the courts of another, and only incidentally, confers immunity on the individual. ... it is closely similar to and may be indistinguishable from aspects of the Anglo-American Act of State doctrine.'<sup>97</sup>

Artikel 8 van het Nederlandse Wetboek van Strafrecht geeft aan dat ook de jurisdictie van de strafrechter beperkt wordt 'door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend.' De jurisprudentie over de functionele immunititeit van vreemde staatsdienaren van de strafrechtelijke of civielrechtelijke jurisdictie van de Nederlandse rechter is echter beperkt.

Een uitspraak van de Amsterdamse rechtbank uit 1980 volgt de eerste van de hierboven beschreven benaderingen. In een zaak tegen een Duitse politieambtenaar overwoog de rechtbank dat de litigieuze handeling 'slechts [kan] worden beschouwd als een handeling van gedaagde in zijn ambtelijke kwaliteit en niet als privé-persoon,' en de politieambtenaar kon dan ook niet persoonlijk op de handeling worden aangesproken.<sup>98</sup> Het is overigens interessant op te merken dat de rechtbank geen immunititeit verleende omdat een politieambtenaar niet bevoegd werd geacht de staat als formele rechtspartij te vertegenwoordigen. Nu de ambtenaar dus noodzakelijkerwijs als privé-persoon was gedagvaard was de vordering tegen de verkeerde gedaagde ingesteld.

### 3.2 Persoonlijke immunititeit van staatshoofden

Een beperkte groep overheidsfunctionarissen wordt in aanvulling op hun functionele immunititeit beschermd door een persoonlijke immunititeit van vreemde jurisdictie. De verstreckende immunititeit van diplomaten is hiervan het meest aansprekende voorbeeld. Diplomatieke immunititeit is er op gericht een ongehinderde en onafhankelijke taakuitoefening door diplomaten te verzekeren – *ne impediatur legatio* – en is conceptueel niet verbonden met de regel van staatsimmunititeit.<sup>99</sup>

De persoonlijke immunititeit van vreemde staatshoofden, daarentegen, gaat verder dan op grond van de *ne impediatur* ratio verwacht mag worden. Deze immunititeit, zo zal blijken, kan alleen begrepen worden vanuit het enigszins anachronistische idee dat staatshoofden de verpersoonlijking zijn van de staat die zij vertegenwoordigen. De uitoefening van vreemde jurisdictie over hen zou een ontoelaatbare aantasting van hun waardigheid zijn. Staatshoofden genieten een absolute immunititeit van vreemde strafrechtelijke jurisdictie. De omvang van de immunititeit van vreemde civielrechtelijke jurisdictie is minder eenduidig vast te stellen. Vroege bronnen laten uitdrukkelijk de mogelijkheid open om vreemde soevereine heersers aan civielrechtelijke jurisdictie te onderwerpen indien slechts hun privé-belangen in het geding waren. In *The Schooner Exchange v. M'Faddon* lezen we in een *obiter* overweging van Chief Justi-

97. Ibid., p. 171. Vgl. ook UK House of Lords 20 juli 2000, *Holland v. Lampen-Wolfe*, [2000] 1 WLR 1573, 1583.

98. Rb. Amsterdam 4 juni 1980, NJ 1981, 501.

99. Zie hfdst. 9.



ce Marshall dat '[a] prince, by acquiring private property in a foreign country, may possibly be considered as subjecting that property to the territorial jurisdiction; he may be considered as so far laying down the prince, and assuming the character of a private individual.'<sup>100</sup> Tegenwoordig genieten vreemde staatshoofden in de VS absolute immuniteit, en in het VK worden slechts de beperkte uitzonderingen uit het diplomatieke recht op staatshoofden van toepassing geacht. Andere landen erkennen in het geheel geen persoonlijke immuniteit van civiele jurisdictie, en achten vreemde staatshoofden slechts immuun van dwangmaatregelen die gelieerd zijn aan de uitoefening van civiele jurisdictie wanneer zij een officieel bezoek aan de forumstaat brengen.

In de resolutie uit 2001 van het Institut de Droit International over Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law is voor een restrictieve benadering gekozen.<sup>101</sup> Artikel 3 bepaalt:

'In civil and administrative matters, the Head of State does not enjoy any immunity from jurisdiction before the courts of a foreign State, unless that suit relates to acts performed in the exercise of his or her official functions. ... Nonetheless nothing shall be done by way of court proceedings with regard to the Head of State while he or she is in the territory of that State, in the exercise of official functions.'

De vraag is nu of de strafrechtelijke en civielrechtelijke immuniteit van staatshoofden ook van toepassing is op regeringsleiders en kabinetsleden. Tot enkele jaren geleden schreven gezaghebbende commentatoren eensgezind dat dit niet zo was. Alleen het staatshoofd is met de staat te vereenzelvigen, de bescherming van andere hoge regeringsvertegenwoordigers is slechts gestoeld op de *ne impediatur legatio* ratio.<sup>102</sup> Hun immuniteit beperkt zich daarom tot de immuniteit van een ad hoc diplomatieke missie en valt dus onder het diplomatieke recht.<sup>103</sup>

In 2002 gaf het Internationaal Gerechtshof (International Court of Justice, ICJ) echter een fundamenteel andere draai aan de *ne impediatur legatio* ratio in haar beslissing in de *Arrest Warrant* zaak.<sup>104</sup> De zaak was aanhangig gemaakt door de Democratische Republiek Congo in reactie op het uitvaardigen van een internationaal arrestatiebevel voor de Congolese minister van Buitenlandse Zaken door België. Congo stelde dat dit arrestatiebevel de immuniteit van de minister schond. België stelde ter verdediging, onder meer, dat het arrestatiebevel de uitoefening van de functie door de minister niet hinderde nu het uitdrukkelijk niet van toepassing was gedurende offici-

---

100. *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, *supra* n. 3, p. 144-145.

101. *AIDI* (69) 2000/01, p. 743.

102. Vgl. bijv. A. Watts, 'The legal position in international law of heads of state, heads of government and foreign ministers', *Receuil des Cours* (247) 1994-III, p. 109; R. Jennings & A. Watts (red.). *Oppenheim's International Law*, 1992, p. 1046.

103. Zie hfdst. 9.

104. *Arrest Warrant of 11 April 2000* (DR Congo v. Belgium), *ICJ Rep.* 2002, p. 3.

ele bezoeken van de minister aan België. Het Hof was het eens met Congo en overwoog dat:

'[I]f a Minister for Foreign Affairs is arrested in another State on a criminal charge, he or she is clearly thereby prevented from exercising the functions of his or her office. The consequences of such impediment to the exercise of those official functions are equally serious, regardless whether the Minister for Foreign Affairs was, at the time of the arrest, present in the territory of the arresting State on an "official" visit or a "private" visit.'<sup>105</sup>

Volgens het Hof genieten ministers van Buitenlandse Zaken een absolute immunititeit van vreemde nationale strafrechtelijke jurisdictie omdat zij de staat in al haar buitenlandse betrekkingen vertegenwoordigen, en een arrestatie de uitoefening van hun functie in gevaar brengt, ongeacht het karakter van het bezoek aan het buitenland.

### 3.3 Pinochet, Yerodia en Taylor: internationale misdrijven als uitzondering op immunitaire regels?

Sinds de opleving van het internationaal strafrecht in de jaren negentig van de vorige eeuw wordt steeds vaker de vraag gesteld of staatsdienaren zich op hun immunititeit kunnen beroepen wanneer zij vervolgd worden voor internationale misdrijven.<sup>106</sup> De afgelopen jaren heeft zich een aantal belangwekkende ontwikkelingen op dit gebied voorgedaan.

Toen generaal Augusto Pinochet in 1994 een bezoek bracht aan Nederland verzocht het Chili Komitee Nederland het Openbaar Ministerie (OM) tot vervolging over te gaan van de Chileense oud-dictator voor medeplichtigheid bij foltering. Het Amsterdamse gerechtshof wees de klacht die tegen de afwijzing van dit verzoek werd ingesteld af, overwegende dat 'immers evident [is] dat strafvervolging van Pinochet door het Nederlandse Openbaar Ministerie op zoveel juridische en feitelijke problemen zal stuiten dat de officier van justitie daarvan alleszins terecht heeft afgezien.'<sup>107</sup> Alhoewel de uitspraak wel degelijk met enig gesputter werd ontvangen,<sup>108</sup> kan niet gezegd worden dat de kwestie veel stof deed opwaaien.

Dit was anders toen de generaal slechts vier jaar later alsnog zijn Waterloo vond tijdens een bezoek aan het Verenigd Koninkrijk. De arrestatie van Pinochet door de Britse politie op verzoek van een Spaanse onderzoeksrechter die hem voor vermeende internationale misdrijven begaan tijdens zijn regime in Chili wilde vervolgen, en de beslissing van het Britse House of Lords dat immunitaire regels zijn uitlevering

---

105. Ibid., p. 20, par. 55.

106. Zie hfdst. 15.

107. Hof Amsterdam 4 januari 1995, rekestnr. 578/94.

108. Vgl. M. Kamminga & M. Tijssen, 'Pinochet, Nederland en het VN-Verdrag tegen foltering', *NJCM-Bulletin* (20) 1995, p. 986-995.

aan Spanje niet in de weg stonden,<sup>109</sup> leidden tot politieke onrust en ook tot verhitte wetenschappelijke debatten over de kwestie.

Degenen die de beslissing steunden deden dit veelal onder verwijzing naar het principe neergelegd in artikel 7 van het Nuremberg Charter dat als volgt luidt: 'The official position of defendants, whether as heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.'<sup>110</sup>

Het is echter belangrijk aan te tekenen dat de Law Lords zelf hun beslissing, in zes individuele – en verre van eenduidige – bijdragen, van een veel smallere rechtsbasis voorzagen. Ze baseerden zich voornamelijk op de onverenigbaarheid van functionele immuniteit met de verplichting onder het VN-Verdrag tegen foltering om van foltering verdachte personen te vervolgen wanneer deze zich binnen het grondgebied van een verdragsluitende partij bevinden; en dus niet op het karakter van internationale misdrijven als zodanig.<sup>111</sup> Een gevolg daarvan is dat de immuniteit van staatsdienaren in civiele zaken betreffende internationale misdrijven onaangetast blijft.<sup>112</sup>

Een aantal Lords kwalificeerde de beslissing verder door de positie van voormalig staatshoofden – slechts beschermd door een functionele immuniteit – uitdrukkelijk te onderscheiden van die van zittende staatshoofden. De persoonlijke immuniteit van deze laatsten, zo was het argument, is onverminderd van toepassing, ook indien een zaak beschuldigingen van foltering betreft. Dit standpunt werd enkele jaren later gesanctioneerd door het Internationaal Gerechtshof in de eerder besproken *Arrest Warrant* zaak.<sup>113</sup> België wilde de Congolese minister van Buitenlandse Zaken vervolgen voor vermeende internationale misdrijven. Het Hof verwierp de stelling van België dat persoonlijke immuniteit niet geldt indien een verdachte terecht staat voor internationale misdrijven. Dientengevolge erkent ook de Nederlandse Wet internationale misdrijven (WIM)<sup>114</sup> in artikel 16 uitdrukkelijk dat:

'Strafvervolgning voor een der in deze wet omschreven misdrijven is uitgesloten ten aanzien van:

- a. buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, zolang zij als zodanig in functie zijn, alsmede andere personen voorzover hun immuniteit door het volkenrechtelijk gewoonterecht wordt erkend;
- b. personen die over immuniteit beschikken op grond van enig verdrag dat binnen het Koninkrijk voor Nederland geldt.'

109. UK House of Lords 24 maart 1999, *supra* n. 96.

110. Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis and Establishing the Charter of the International Military Tribunal 1951, Annex, *UNTS* (82) p. 279.

111. De uitspraak heeft tot uiteenlopende interpretaties in de academische doctrine geleid. Voor de bevindingen van deze auteur, zie Van Alebeek, *supra* n. 80, p. 288-304.

112. UK House of Lords 14 juni 2006, *Jones v. Saudi Arabia*, [2006] *UKHL* 26 <[www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones.pdf](http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones.pdf)>.

113. Zie *supra* n. 104.

114. *Stb.* 2003, 270.

Toen in 2005 de Nederlandse rechter, voorafgaand aan het bezoek van de Amerikaanse president Bush aan ons land om de herdenking van zestig jaar bevrijding bij te wonen, in een kort geding voor de Haagse rechtbank gevraagd werd de Nederlandse staat te bevelen om Bush, zodra hij voet op Nederlandse bodem zou zetten, in hechtenis te nemen om zo vervolging mogelijk te maken voor onder meer 'command responsibility' en 'aider and abettor liability' voor een groot aantal misdrijven tegen het internationale humanitaire recht begaan in Irak, Afghanistan en Guantanamo Bay, besliste deze dan ook dat de immuniteit van Bush als zittend staatshoofd van de Verenigde Staten aan de gevraagde voorzieningen in de weg stond.<sup>115</sup>

Het enige vraagstuk dat in dit kader nog echt controversieel is, is de toepasselijkheid van persoonlijke immuniteitsregels voor internationale tribunalen. Veel commentatoren zijn van mening dat internationale tribunalen niet aan deze regels gebonden zijn, en ook het Speciale Tribunaal voor Sierra Leone aanvaardde deze opvatting in de *Charles Taylor* zaak.<sup>116</sup> Het tribunaal achtte het feit dat Taylor het zittende staatshoofd van Liberia was geen obstakel voor de uitoefening van strafrechtelijke jurisdictie daar het vervolging voor internationale misdrijven door een internationaal tribunaal betrof. Het feit dat het Internationaal Gerechtshof in de *Arrest Warrant* zaak overwoog dat een zittend minister van Buitenlandse Zaken ter verantwoording zou kunnen worden geroepen ten overstaan van 'certain international courts,' en daarbij niet alleen verwees naar de door de Veiligheidsraad onder hoofdstuk 7 van het VN-Handvest opgerichte Joegoslavië Tribunaal en Rwanda Tribunaal, maar ook naar het bij verdrag opgerichte Internationaal Strafhof, wordt wel als steun voor deze opvatting geïnterpreteerd.<sup>117</sup>

Hiertegenover staat de opvatting dat staten de verplichtingen die zij tegenover elkaar hebben niet kunnen omzeilen door de oprichting van een internationaal tribunaal. Het algemeen geaccepteerde principe dat een verdrag niet geïnterpreteerd kan worden 'as disposing of the rights of independent Third Powers' lijkt inderdaad een zeer sterk argument hiervoor.<sup>118</sup> In deze opvatting zou de overweging van het Internationaal Gerechtshof in de *Arrest Warrant* zaak slechts betrekking hebben op staten die het ICC-Statuut geratificeerd hebben.

Waar de *Arrest Warrant* zaak de verhouding tussen internationaal strafrecht en persoonlijke immuniteit van nationale jurisdictie dus duidelijk en gezaghebbend definieerde, schijnt de uitspraak helaas geen helder licht over de verhouding internationaal strafrecht en functionele immuniteit. Het Internationaal Gerechtshof stelde in een *obiter dictum* dat vervolging van een voormalig minister van Buitenlandse Zaken voor daden begaan tijdens zijn ambtsperiode mogelijk is wanneer het daden begaan in 'a private capacity' betreft.<sup>119</sup> Deze zinsnede is bekritiseerd door commentatoren.

---

115. Rb. 's-Gravenhage 4 mei 2005, *LJN* AT5152.

116. *Prosecutor v. Charles Taylor*, Case No. SCSL-03-01-I-059, Decision on Immunity from Jurisdiction, Appeals Chamber, 31 May 2004 <[www.sc-sl.org](http://www.sc-sl.org)>.

117. *Arrest Warrant of 11 April 2000*, *supra* n. 104, p. 25-26, par. 61.

118. *Island of Palmas* (United States v. Netherlands), *RIAA* (2) p. 842.

119. *Arrest Warrant of 11 April 2000*, *supra* n. 104, p. 25, par. 61.

Internationale misdrijven, zo wordt gesteld, worden in een ‘official capacity’ gepleegd – al was het maar omdat anders de staat daarvoor niet verantwoordelijk kan worden gehouden onder het staatsaansprakelijkheidsrecht – en het *dictum* leidt dus noodzakelijkerwijs tot de conclusie dat ook functionele immuniteit niet buigt voor het internationaal strafrecht.<sup>120</sup>

Een andere lezing van de omstreden passage van de *Arrest Warrant* zaak is echter mogelijk. Het voert te ver om deze discussie hier in detail uiteen te zetten, maar het is wel van belang om de reikwijdte van dit *obiter* gedeelte van de uitspraak kort te analyseren. Zoals in 3.1 besproken werd, kan het onderscheid tussen ‘official acts’ en ‘private acts’ ook gezien worden als het verschil tussen daden die een staatsdienaar geacht wordt slechts als verlengstuk van de staat te verrichten en waarvoor alleen de staat en niet de staatsdienaar verantwoordelijkheid draagt, en daden die wel aan de persoon van de staatsdienaar kunnen worden toegerekend. Onder de laatste categorie daden vallen naast de ‘frolic of the individual’s own’<sup>121</sup> ook daden die niet door de autoriteit van een staat gedekt kunnen worden, maar die als *ultra vires* daden wel degelijk ook aan de staat zelf zijn toe te rekenen.<sup>122</sup>

De vraag naar de grenzen van functionele immuniteit blijft onverminderd actueel. Sterker nog, de immer toenemende aandacht voor de nationale vervolging van internationale misdrijven, ook op basis van het universaliteitsbeginsel, staat garant voor een stroom geschillen over deze vraag. Het is daarom te betreuren dat het Internationaal Gerechtshof door haar cryptische woordgebruik de verwarring slechts heeft doen toenemen. Een goed voorbeeld van de onzekerheid die het gevolg is van de woordkeuze van het Hof wordt gevonden in de memorie van toelichting bij de Wet internationale misdrijven.<sup>123</sup> De regering geeft aan groot belang te hechten aan de woordkeuze van het Internationaal Gerechtshof in de *Arrest Warrant* zaak. Door te spreken van ‘daden die “in a private capacity” zijn verricht’ in plaats van bijvoorbeeld ‘non-official acts’ heeft het Hof volgens de regering ‘gekozen voor een beperkte invulling van de daden waarvoor geen immuniteit geldt ten overstaan van de vreemde nationale rechter.’<sup>124</sup> De regering adviseert de rechter enerzijds deze uitspraak als uitgangspunt te nemen, maar overweegt anderzijds dat ‘een ruime interpretatie’ moet worden gegeven aan het begrip daden ‘committed in a private capacity’ en dat ‘binnen de door het Hof gekozen, beperkte invalshoek, ruimte open moet worden gehouden voor verdere rechtsontwikkeling op dit punt.’<sup>125</sup> De toelichting bij artikel 16 WIM draait zodoende om de hete brij heen.

120. Vgl. A. Cassese, ‘When may senior state officials be tried for international crimes? Some comments on the *Congo v. Belgium* case’, *EJIL* (13) 2002, p. 853-875.

121. C.A. Whomersley, ‘Some reflections on the immunity of individuals for official acts’, *ICLQ* (41) 1992, p. 856.

122. Vgl. art. 7 ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, 2001, VN Doc. A/56/10 (2001), p. 29-365.

123. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 337, nr. 3.

124. *Ibid.*, p. 20.

125. *Ibid.*

Het is overigens op zijn minst bijzonder te noemen dat de toelichting voorbij gaat aan het duidelijke – zij het wel zeer summier beargumenteerde – standpunt dat het Amsterdamse gerechtshof in de zaak *Bouterse* over deze kwestie innam.<sup>126</sup> Het hof oordeelde dat het voormalig staatshoofd van Suriname geen immunititeit van strafvervolgving voor foltering toekwam omdat '[h]et plegen van zeer ernstige strafbare feiten als waarom het hier gaat, ... immers niet tot de officiële taken van een staatshoofd [kan] worden gerekend.'<sup>127</sup>

Het kan ten slotte vermeld worden dat de onduidelijkheid over de precieze grenzen aan de uitoefening van strafrechtelijke jurisdictie over vreemde staatsdienaren voor de ILC aanleiding was om het onderwerp in 2006 te selecteren voor nader onderzoek.<sup>128</sup>

#### 4. IMMUNITEIT VAN EXECUTIE<sup>129</sup>

##### 4.1 Executoriaal beslag

Het feit dat de nationale rechter jurisdictie over een vreemde staat kan uitoefenen wanneer diens *acta iure gestionis* in geschil zijn, wil niet zeggen dat een eventueel veroordelend vonnis ook geëxecuteerd kan worden.<sup>130</sup> Immunititeit van executie is een separate regel van internationaal recht. Goederen die bestemd zijn voor de openbare dienst van een vreemde staat zijn in beginsel niet vatbaar voor beslag en executie,<sup>131</sup> waarbij het opmerking verdient dat deze regel ook toepassing kan vinden in geval van particulier eigendom dat een vreemde staat in gebruik heeft. Sommige staten beperken de mogelijkheden van executie van staatseigendom nog verder. Zo stelt de Amerikaanse FSIA als eis dat het staatseigendom 'is or was used for the commercial activity upon which the claim is based.'<sup>132</sup> Artikel 19 van het VN-Verdrag formuleert de regel aldus:

'No attachment, arrest or execution against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that ... (c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the state for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of

---

126. Hof Amsterdam 20 november 2000, *LJN* AA8395.

127. *Ibid.*, r.o. 4.2. De Hoge Raad kwam in het cassatieberoep niet aan dit punt toe, HR 18 september 2001, *NJ* 2002, 77.

128. Report of the ILC on the work of its fifty-eighth session, 2006, VN Doc. A/61/10 (2006), par. 257.

129. Vgl. ook art. 24 VN-Verdrag voor overige dwangmaatregelen.

130. Zwitserland vormt een uitzondering: Swiss Federal Tribunal 6 juni 1956, *Kingdom of Greece v. Julius Bar and Co*, *ILR* (23) 1960, p. 195; J.-F. Lalive, 'Swiss law and practice in relation to measures of execution against the property of a foreign state', *NYIL* (10) 1979, p. 153.

131. Hof 's-Gravenhage 28 november 1968, *NJ* 1969, 484.

132. FSIA, § 1610(a)(2).

the forum, provided that post-judgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed.’

Artikel 21 van het VN-Verdrag specificceert verder een aantal categorieën goederen die niet vatbaar zijn voor beslag en moet gezien worden als een niet-limitatieve invulling van artikel 19:

- (a) property, including any bank account, which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State or its consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences;
- (b) property of a military character or used or intended for use in the performance of military functions;
- (c) property of the central bank or other monetary authority of the State;
- (d) property forming part of the cultural heritage of the State or part of its archives and not placed or intended to be placed on sale;
- (e) property forming part of an exhibition of objects of scientific, cultural or historical interest and not placed or intended to be placed on sale.’

De eerste drie categorieën reflecteren internationaal gewoonterecht en ook de Nederlandse praktijk, terwijl de laatste twee vooralsnog slechts verdragenrecht zijn.<sup>133</sup> Ratificatie van het verdrag lijkt de mogelijkheden van executie dus enigszins te beperken.

Het zijn veelal beslagen op schepen en op bankrekeningen van ambassades die mogelijk ook voor commerciële doeleinden bestemde gelden bevatten – de zogenoemde ‘mixed accounts’ – die aanleiding geven tot controverse en uiteindelijk rechterlijke bemoeienis. Dit kan aan de ene kant verklaard worden uit de relatieve feitelijke beschikbaarheid van deze goederen, maar ook uit de complexiteit van de juridische vragen die bij dergelijke beslagen aan de orde zijn.

Zowel de vraag of een schip een staatschip is, als de vraag of een staatschip als oorlogsschip of anderszins als staatschip met een publieke bestemming, dan wel als staatschip met een commerciële bestemming heeft te gelden, is niet altijd eenvoudig te beantwoorden. Het antwoord vergt vaak bestudering van nationaal recht, internationaal gewoonterecht, multilaterale en bilaterale verdragen, en van ingewikkelde operationele en militaire informatie in de bewijsstukken.<sup>134</sup>

De immuniteit van goederen bestemd voor de uitoefening van diplomatieke of consulaire taken vindt naast in de hier besproken regels een basis in het diplomatieke recht. Zo is in de artikelen 22 en 24 van het Verdrag van Wenen inzake het diplomatiek verkeer de onschendbaarheid van de gebouwen, de vervoermiddelen, de archieven en documenten van de diplomatieke missie neergelegd. Dat de bankrekeningen van de missie niet een zelfde onschendbaarheid onder het verdrag genieten wordt wel gezien als een lacune in het verdrag die door het internationaal gewoonterecht wordt

133. Vgl. Fox, *supra* n. 17, p. 394.

134. Vgl. Spiegel, *supra* n. 17, p. 191-206.

opgevuld.<sup>135</sup> In de *Philippine Embassy* zaak beoordeelde het Duitse 'Bundesverfassungsgericht' het beslag op een bankrekening van de Filippijnse ambassade inderdaad op de *ne impediatur* ratio die ten grondslag ligt aan diplomatieke onschendbaarheid en diplomatieke immunititeit onder verwijzing naar de preambule en artikel 3 van het verdrag.<sup>136</sup>

Het VN-Verdrag beperkt de immunititeit van executie tot bankrekeningen die gebruikt worden of bedoeld zijn om gebruikt te worden voor de uitoefening van de diplomatieke of consulaire functie. Crediteuren betogen wel eens dat een bepaalde ambassade rekening naast publieke ook commerciële doeleinden dient. Dit vraagstuk van de 'mixed accounts' stond centraal in de *Philippine Embassy* zaak, en de aanpak van de Duitse rechter vindt brede navolging.

Het Duitse Constitutionele Hof formuleerde als uitgangspunt dat de bevestiging van een competente autoriteit van een zendstaat dat de ambassade rekening een publieke bestemming heeft, geaccepteerd dient te worden. Het hof stelde dat *als* het al mogelijk is om vast te stellen dat een dergelijke rekening ook voor niet publieke doeleinden wordt aangewend, een dergelijke beoordeling een ongeoorloofde inmenging in zaken die binnen de exclusieve bevoegdheid van de zendstaat vallen zou zijn.<sup>137</sup> Het erkende het gevaar van misbruik dat deze benadering in zich bergt, maar stelde dat zulk misbruik slechts via diplomatieke weg kan worden aangepakt.<sup>138</sup>

Ook de Nederlandse rechter acht zich gebonden aan de verklaring van de vreemde staat omtrent de bestemming van een aan de ambassade toebehorende bankrekening. Slechts wanneer de crediteur deze verklaring voldoende weerlegt, is een andere uitkomst mogelijk.<sup>139</sup>

Het dient ten slotte nog vermeld te worden dat de Nederlandse rechter het verbod van executie tegen goederen bestemd voor openbare dienst van een vreemde staat vaak niet benadert als een regel van internationaal recht die via artikel 13a Wet AB de rechtsmacht van de Nederlandse rechter beperkt, maar stoelt op het oorspronkelijk slechts voor bescherming van de Nederlandse openbare dienst bedoelde artikel 436 (oud art. 438a) Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) dat bepaalt dat '[b]eslag [niet] mag ... worden gelegd op goederen, bestemd voor openbare dienst.' Zo overwoog de Amsterdamse rechtbank dat '[t]ekst noch strekking ... aanleiding [geven] om de werking van het artikel tot Nederlandse overheidslichamen te beperken.'<sup>140</sup>

---

135. E. Denza, *Diplomatic Law*, 1998, p. 131. Vgl. ook J. Salmon, *Manuel de Droit Diplomatique*, 1994, p. 202-206. Anders: H. van Houtte, 'Towards an attachment of embassy bank accounts', *RBDI* 1986, p. 70-79.

136. BverfG 13 december 1977, *Philippine Embassy Bank Account*, *ILR* (65) 1984, p. 187-188.

137. *Ibid.*, p. 188-189.

138. *Ibid.*, p. 190.

139. Zie Rb. Amsterdam 5 april 1984, *KG* 1984, 123; ARRvS 24 november 1986, *KG* 1987, 38; Rb. Rotterdam 14 mei 1998, *KG* 1998, 251; Rb. Amsterdam 24 februari 1999, *NJ* 1999, 622; Rb. 's-Gravenhage 10 augustus 2006, *LJN* AY6030. Voor pleidooi voor omgekeerde bewijslast, zie Schreuer, *supra* n. 24, p. 155; Spiegel, *supra* n. 17, p. 180.

140. Rb. Amsterdam 5 april 1984, *KG* 1984, 123.



## 4.2 Voorlopige maatregelen

Conservatoir beslag kan gelegd worden vooruitlopend op een veroordelend vonnis, wanneer het dus ook nog in het geheel niet duidelijk is of de vreemde staat wellicht een beroep op immuniteit van jurisdictie toekomt. Bovendien kan het conservatoir beslag in sommige rechtsstelsels een bevoegd forum creëren – het *forum arresti*. Dit verklaart waarom verschillende nationale immuniteitsregelingen,<sup>141</sup> alsook artikel 18 van het VN-Verdrag de vreemde staat verregaande bescherming bieden tegen deze vorm van beslag:

‘No pre-judgment measures of constraint, such as attachment or arrest, against property of a State may be taken in connection with a proceeding before a court of another State unless and except to the extent that:

- (a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated:
  - (i) by international agreement;
  - (ii) by an arbitration agreement or in a written contract; or
  - (iii) by a declaration before the court or by a written communication after a dispute between the parties has arisen; or
- (b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding.’

Het is evenwel niet duidelijk in hoeverre deze bepaling een codificatie is van een regel van internationaal gewoonterecht. Alhoewel vergelijking van statenpraktijk bemoeilijkt wordt door de inhoudelijke verschillen tussen voorlopige maatregelen in verschillende nationale rechtssystemen, is het duidelijk dat in sommige staten – waaronder Nederland<sup>142</sup> – voorlopige maatregelen mogelijk zijn. Ratificatie van het VN-Verdrag door Nederland zou op dit punt dus een verslechtering van de positie van crediteuren betekenen.

Wat betreft de Nederlandse rechtspraktijk verdient met name een hoogst curieuze uitspraak van de Haagse rechtbank kort de aandacht. In een uitspraak gedaan in 2006 kwalificeerde de rechtbank het in artikel 703 Rv neergelegde verbod om conservatoir beslag te leggen op goederen bestemd voor de openbare dienst. De rechtbank vond dat het conservatoir beslag op het ambassadegebouw van Kenia, alsmede op de residenties van de ambassadeur en een tweetal diplomatieke ambtenaren, ondanks de openbare bestemming van de gebouwen niet getroffen werd door het verbod van artikel 703, nu ‘het functioneren van de vertegenwoordiging van Kenia in Nederland, niet door het leggen van deze beslagen wordt gefrustreerd.’<sup>143</sup>

---

141. Vgl. FSIA, § 1610(d).

142. Spiegel, *supra* n. 17, p. 140-145.

143. Rb. 's-Gravenhage 10 augustus 2006, *LJN AY6030*, r.o. 3.6. Vgl. ook 7.1.

### 4.3 De uitzonderlijke regeling in de Europese Overeenkomst

Artikel 23 EO verbiedt gedwongen executie van vonnissen:

‘Geen maatregelen van gedwongen tenuitvoerlegging noch conservatoire maatregelen mogen ten aanzien van goederen van een overeenkomstsluitende staat op het grondgebied van een andere overeenkomstsluitende staat worden genomen, behoudens in de gevallen en naar de mate waarin die staat daar schriftelijk in heeft toegestemd.’

Deze absolute immunititeit van executie is veelvuldig bekritiseerd.<sup>144</sup> Een commentator benadrukte dat artikel 23 ‘zijn rechtvaardiging uitsluitend [vindt] in de regel van artikel 20, dat vrijwillige nakoming voorschrijft.’<sup>145</sup> Over artikel 20 heerst echter algemene scepsis. Zo merkt een andere commentator fijntjes op dat ‘[v]oluntary compliance with foreign court decisions can be expected no more than voluntary compliance with obligations in the face of immunity from jurisdiction.’<sup>146</sup> Artikel 21 EO en artikel 1 lid 1 van het – overigens nog nooit ingeroepen – Aanvullend Protocol bij de Overeenkomst<sup>147</sup> bieden een crediteur bij niet-nakoming door een veroordeelde staat, de mogelijkheid de rechter van die staat dan wel de Europese rechtbank – gevormd uit rechters van het Europees Hof voor de rechten van de mens – te vragen te verklaren dat aan het vonnis gevolg moet worden gegeven. Hierbij is wel terecht aangetekend dat een nieuwe uitspraak wederom niet meer dan een ‘morele verplichting’ tot nakoming kan opleveren en constateert ‘een tekort aan bescherming van de private partij tegenover de vreemde staat.’<sup>148</sup>

### 4.4 Opkomen Nederlandse overheid tegen een bestaand beslag

Paragraaf 6 van dit hoofdstuk bespreekt de mogelijkheden die de Nederlandse overheid heeft om de betekening van dagvaardings- en beslagexploiten aan vreemde staten tegen te gaan, indien zij van mening is dat internationaal recht zich tegen uitoefening van Nederlandse rechtsmacht verzet. De Nederlandse staat kan echter ook later in de procedure nog opkomen tegen beslag en executie door opheffing van een reeds gelegd beslag te vorderen in een procedure voor de rechter. De staat wordt geacht een eigen belang te hebben bij het tegengaan van schendingen van internationale immunitaire regels.<sup>149</sup> Het is opvallend dat de staat zich hierbij vooral bedient van artikelen uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, en niet zozeer van de volkenrechtelijke regel zoals die hierboven besproken is. Artikel 436 Rv bepaalt dat

---

144. Vgl. C.C.A. Voskuil, ‘The international law of state immunity, as reflected in the Dutch civil law of execution’, *NYIL* (10) 1979, p. 269-289.

145. Belinfante, *supra* n. 33, p. 26.

146. Schreuer, *supra* n. 24, p. 125.

147. Duitsland en het VK zijn geen partij bij het Protocol.

148. Spiegel, *supra* n. 17, p. 161.

149. Rb. Rotterdam 14 mei 1998, *KG* 1998, 251.

'[b]eslag ... niet [mag] worden gelegd op goederen, bestemd voor de openbare dienst.'<sup>150</sup> Zo hief de Rotterdamse rechtbank na het instellen van bezwaar door de Nederlandse staat het beslag op een bankrekening van de Chileense ambassade op grond van artikel 436 Rv op.<sup>151</sup>

Een gang naar de rechter door de Nederlandse staat is met name niet ongebruikelijk wanneer derdenbeslag onder de Nederlandse staat wordt gelegd, bijvoorbeeld op ontwikkelingsgelden die bestemd zijn voor een vreemde staat. In het geval van derdenbeslag kan de staat naast een beroep op de openbare bestemming van de beslagen goederen ook een beroep doen op artikel 479 lid 2 (oud art. 479a) Rv. Dit artikel geeft de staat de mogelijkheid om in geval van onder haar gelegd derdenbeslag '[o]m redenen van openbaar belang ... in kort geding ... onmiddellijke opheffing van het beslag [te] vorderen.' De Nederlandse staat is een aantal keer opgekomen tegen derdenbeslagen gelegd op ontwikkelingsgelden bestemd voor vreemde staten onder de Nederlandse Investeringsbank voor Ontwikkelingslanden.<sup>152</sup>

Het beroep op artikel 436 Rv in deze procedures is echter niet geheel onomstreden. In een zaak over ontwikkelingsgelden bestemd voor Uganda leek de rechtbank deze gelden als bestemd voor de Nederlandse openbare dienst te beschouwen.<sup>153</sup> Het hof nam deze overweging echter niet over en baseerde de opheffing van het beslag op artikel 479a (thans art. 479 lid 2) Rv. Nu de ontwikkelingshulp aan Uganda diende ter nakoming van internationale toezeggingen en berustte op kabinetsbesluiten, goedgekeurd door de Staten-Generaal leed het volgens het hof geen twijfel dat daarmee een openbaar belang gediend was.<sup>154</sup>

Ook in een zaak over ontwikkelingsgelden bestemd voor Suriname werd de rechtsbasis in appel van 436 Rv in 479a Rv veranderd. Rechtbank en hof leken de gelden als bestemd voor de Nederlandse openbare dienst te beschouwen.<sup>155</sup> In het cassatieberoep overwoog de A-G in zijn conclusie dat het mogelijk is dat de gelden ook een Surinaamse openbare bestemming hebben maar dat het de vraag is of Nederland zich daar dan op zou kunnen beroepen. De Hoge Raad besliste de zaak echter onder artikel 479a Rv. Het openbaar belang werd geacht rechtstreeks voort te vloeien uit de inhoud van het ontwikkelingshulpverdrag tussen Nederland en Suriname.<sup>156</sup>

Met deze beslissing leek de weg van derdenbeslag op ontwikkelingsgelden zo goed als afgesloten.<sup>157</sup> De verbazing was dan ook groot toen bijna twintig jaar later de Haagse rechtbank in kort geding de vordering van de Nederlandse staat tot opheffing

150. Vgl. ook 4.1.

151. Rb. Rotterdam, *supra* n. 149.

152. De vraag of een dergelijk beslag wel gerechtvaardigd wordt door een opeisbare vordering van de vreemde staat op de Nederlandse staat blijft in deze zaken buiten beschouwing. Zie Spiegel, *supra* n. 17, p. 186.

153. Rb. 's-Gravenhage 12 september 1984, *NIPR* 1985, 478.

154. Hof 's-Gravenhage 2 mei 1985, *NIPR* 1985, 478.

155. Rb. 's-Gravenhage 1 maart 1984 en Hof 's-Gravenhage 28 juni 1984, *NIPR* 1984, 328. Vgl. ook Rb. 's-Gravenhage 22 maart 1984, *NIPR* 1986, 216.

156. HR 3 mei 1985, *NJ* 1985, 646.

157. Heemskerck achtte deze 'uiterst klein geworden', in zijn noot bij het arrest, *ibid*.

van het derdenbeslag op gelden bestemd voor ontwikkelingshulp aan Bangladesh afwees.<sup>158</sup> De rechtbank wees er op dat de staat, in strijd met artikel 438 lid 5 Rv, verzuimd had Bangladesh in het geding op te roepen. Verder vond de rechtbank zowel in artikel 436 Rv als in artikel 479 lid 2 Rv geen reden tot opheffing daar de bestemming van de gelden voor de Bengalese openbare dienst niet was komen vast te staan. Als er al sprake was van een openbaar belang, zo overwoog de rechtbank, dan kan daar het openbaar belang van naleving van door de (Nederlandse) rechter uitgesproken vonnissen tegenover worden gesteld. Ten slotte hanteerde de rechtbank het argument dat ook uit hoofde van het internationaal recht geen bezwaar bestaat tegen de beslaglegging, nu de crediteur het voornemen tot het leggen van beslag voorafgaand aan beslaglegging zowel aan het ministerie voor Ontwikkelingssamenwerking als aan de minister van Justitie had gemeld, en dat deze laatste geen aanzegging heeft gedaan dat de beslaglegging in strijd zou zijn met een internationale verplichting van de Nederlandse staat.<sup>159</sup>

De Nederlandse staat verzocht het Haagse gerechtshof om zich in een spoed-appel over deze toch wat ongebruikelijke redeneringen van de rechtbank te buigen. De afwijzing van dit verzoek inspireerde de staat tot een uiterst inventief gebruik van het procesrecht. Door de crediteur uit te lokken tot het instellen van een nieuw kort geding over een andere rechtsvraag, kreeg de staat de kans in een eis in reconventie nogmaals een beroep op de openbare bestemming van de beslagen goederen te doen en Bangladesh in het geding op te roepen. De betrokkenheid van Bangladesh en de nieuwe informatie over de publieke bestemming van de gelden in dat land werden als novum opgevoerd, waarmee de zweem van misbruik van proces werd bezworen en het beslag alsnog werd opgeheven.<sup>160</sup> Alhoewel het vanuit het oogpunt van het belang van de ontwikkelingsprojecten in Bangladesh te begrijpen is dat de staat het oordeel van het hof niet wilde afwachten, blijft het onbevredigend dat deze laatste nu geen licht heeft kunnen laten schijnen over de toch wel opzienbarende rechtsoverwegingen van de rechtbank.

## 5. FAILLISSEMENT

In 1988 werd de Republiek Zaïre door de Haagse rechtbank failliet verklaard.<sup>161</sup> Toen een jaar later voor dezelfde rechtbank het faillissement van de Republiek Suriname werd verzocht gaf deze opnieuw aan dat een faillietverklaring van een vreemde staat in het algemeen niet onmogelijk werd geacht.<sup>162</sup> Nederland heeft daarmee de twijfelachtige eer een unicum in de statenpraktijk op zijn naam te hebben staan. De beslis-

---

158. Rb. 's-Gravenhage 3 december 2004, *LJN* AR7843.

159. Voor deze mogelijkheid vergelijk par. 6.

160. Rb. 's-Gravenhage 7 februari 2005, rolnr. KG/ZA04-1546.

161. *Ibid.*, 10 februari 1988, te kennen uit *NIPR* 1988, 406.

162. *Ibid.*, 19 april 1989, *NIPR* 1989, 298.

sing in de *Zaire* zaak werd in hoger beroep vernietigd,<sup>163</sup> terwijl in de *Suriname* zaak het OM cassatie in het belang der wet instelde, teneinde duidelijkheid te verkrijgen omtrent de regels aangaande faillissement in het immunitetsrecht.<sup>164</sup> Uit de overwegingen van het hof en de Hoge Raad blijkt dat het faillissement een *sui generis* procedure is waar een vreemde staat niet aan onderworpen kan worden.

In 1987 werd een voormalige werknemster van de Republiek Zaire in haar gelijk gesteld in haar vordering tot betaling van achterstallig loon. Nu de vordering al bijna twee jaar openstond, en ook schulden bij andere schuldeisers niet voldaan werden, concludeerde de Haagse rechtbank dat de Republiek Zaire in de toestand verkeerde te hebben opgehouden te betalen en verklaarde haar failliet. Het hof vernietigde de faillietverklaring. Een faillissement, zo overwoog het hof, is een zeer verregaande maatregel waarbij de schuldenaar de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen verliest. Faillietverklaring van een vreemde staat die een ambassade of vertegenwoordiging in Nederland heeft, bemoeilijkt een doelmatig functioneren van de diplomatieke zending van die staat, zeker als de curator ook nog bevoegd wordt verklaard tot het openen van de post gericht aan de vreemde staat. Het hof overwoog:

‘Nu een dergelijk faillissement een niet geringe aantasting meebrengt van de onafhankelijkheid van de zendstaat tegenover de ontvangende staat, doordat in elk geval de diplomatieke zending in de ontvangende staat niet naar behoren kan functioneren, kan de zendstaat zich ... beroepen op de haar toekomende immuniteit van executie ... ’

Toen echter de Haagse rechtbank een jaar later wederom werd verzocht een vreemde staat failliet te verklaren bleek ze niet van zins terug te komen op het standpunt dat faillietverklaring van een vreemde staat in beginsel mogelijk is – alhoewel het niet tot een faillietverklaring kwam omdat niet aangetoond was dat Suriname in de toestand verkeerde te hebben opgehouden te betalen.

De Hoge Raad wees uiteindelijk de rechtbank terecht. De A-G betoogde dat vreemde staten immuun zijn voor de jurisdictie van de rechter in faillissementsprocedures aangezien faillietverklaring in strijd is met de onafhankelijkheid en gelijkheid van staten *onafhankelijk* van de vraag of er mogelijk goederen met een publieke bestemming door het faillissement getroffen worden. De Hoge Raad overwoog tenslotte als volgt:

‘De aard van het faillissement en de aan een faillietverklaring verbonden gevolgen staan eraan in de weg dat aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toekomt om een dergelijke maatregel ten aanzien van een vreemde mogendheid te nemen. Aanvaarding van die rechtsmacht zou impliceren dat een curator met vergaande bevoegdheden het beheer en de verffening van het vermogen van een buitenlandse mogendheid ter hand neemt onder toe-

---

163. Hof 's-Gravenhage 18 februari 1988, *NJ* 1989, 602.

164. HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 247.

zicht van een Nederlandse publieke functionaris. Een en ander zou een volkenrechtelijk ontoelaatbare inbreuk maken op de soevereiniteit van de betreffende vreemde Staat.’

De Hoge Raad laat dus in het midden of de onbevoegdheid op immunititeit van jurisdictie of immunititeit van executie gestoeld is. Het zijn de verstrekkende gevolgen voor de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van een vreemde staat over diens vermogen die onverenigbaar zijn met de soevereine gelijkheid van staten.

Ten slotte zij er op gewezen dat de relevante rechtsoverweging niet expliciet de aanwezigheid van een diplomatieke vertegenwoordiging in Nederland noemt. De uitspraak lijkt daarmee een ruimere toepassing te hebben dan de beslissing van het hof in de *Zaire* zaak.

## 6. BETEKENING VAN EXPLOTEN IN DE NEDERLANDSE RECHTSORDE

### 6.1 Algemene regels

Internationaal gewoonrecht kent slechts één enkele regel omtrent de betekening van dagvaardings- en beslagexploten en de kennisgeving van vonnissen aan vreemde staten en hun dienaren. De onschendbaarheid van de gebouwen van de diplomatieke en consulaire zending verzet zich tegen betekening van exploten aan een ambassade of consulaat.<sup>165</sup> De Europese Overeenkomst en het VN-Verdrag regelen de betekening van exploten wel in enig detail. Artikel 16 lid 2 EO bepaalt dat de bevoegde autoriteiten van het forum – doorgaans het ministerie van Buitenlandse Zaken – vonnissen en exploten via diplomatieke weg aan de minister van Buitenlandse Zaken van de gedaagde staat ter doorzending zenden. De dagvaardingstermijn gaat lopen op het moment dat het ministerie van Buitenlandse Zaken van de gedaagde staat de documenten in ontvangst neemt.<sup>166</sup> Artikel 22 van het VN-Verdrag laat naast betekening via diplomatieke kanalen de weg open voor betekening volgens speciaal overeengekomen regels, zolang het recht van het forum zich daar niet tegen verzet.

Gezien de (vooral nog) beperkte werkingssfeer van deze verdragen zal voor betekening van Nederlandse exploten echter vooral gekeken moeten worden naar nationale rechtsregels en algemene internationale rechtsregels omtrent betekening. Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kent geen specifieke bepaling voor betekening aan vreemde staten. De onschendbaarheid van ambassades en consulaten maken dat deze niet als kantoor of filiaal, en daarmee als woonplaats van een vreemde staat hebben te gelden in de zin van artikel 46 lid 1 Rv juncto artikel 1:14 Burgerlijk Wetboek (BW). De Hoge Raad heeft in de *Delsman* zaak zelfs algemener gesteld dat artikel 1:14 BW niet voor staten geldt, en dat dus ook legerbases niet als woonplaats

165. Denza, *supra* n. 135, p. 127-128.

166. Over de voor- en nadelen van deze procedure, zie Belinfante, *supra* n. 33, p. 19 e.v.

van een vreemde staat kunnen worden beschouwd.<sup>167</sup> Vreemde staten worden daarom doorgaans behandeld als iedere buitenlandse gedaagde zonder bekende woon- of verblijfplaats in Nederland van wie wel een woonplaats buiten Nederland bekend is. Artikel 55 lid 1 Rv geeft de hoofdregel. Betekening geschiedt aan het parket van de ambtenaar van het OM, respectievelijk de procureur-generaal bij de Hoge Raad, die een afschrift van het exploit ten behoeve van degene voor wie het bestemd is, toezendt aan het ministerie van Buitenlandse Zaken. De artikelen 55 lid 2 en 56 Rv wijzen op de bijzondere regels die gelden onder het Haags Betekeningsverdrag<sup>168</sup> en de Verordening van de Raad van de Europese Unie van 29 mei 2000 inzake de betekening en kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of handelszaken.<sup>169</sup>

Het zij ten slotte opgemerkt dat wanneer de vreemde staat voor de rechter verschijnt de vraag of de dagvaarding juist betekend is niet langer van belang is.<sup>170</sup>

## 6.2 Artikel 3a van de Gerechtsdeurwaarderswet

Artikel 3a lid 2 van de Gerechtsdeurwaarderswet (GDW) – het vroegere artikel 13 lid 4 Deurwaardersreglement – bepaalt dat '[o]nze Minister ... een gerechtsdeurwaarder [kan] aanzeggen dat een ambtshandeling die aan hem is of zal worden opgedragen, dan wel reeds door hem is verricht, in strijd is met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat.'<sup>171</sup> De aanzegging heeft tot gevolg dat de deurwaarder niet langer bevoegd is tot het doen van die ambtshandeling.

Het artikel vindt zijn oorsprong in de perikelen die zich begin vorige eeuw rond de zaak *De Booy* afspeelden. Tijdens de Eerste Wereldoorlog raakt een aan de Nederlander de Booy toebehorend binnenschip beladen met steenkolen beschadigd door acties van het Duitse leger op Belgisch grondgebied. De gedupeerde stelde een vordering tot schadevergoeding in tegen het Duitse Rijk voor de Rotterdamse rechtbank. Toen gedaagde niet verscheen, verleende de rechtbank verstek en wees de gevorderde schadevergoeding toe.<sup>172</sup>

Een offensief van de Nederlandse staat, onaangenaam getroffen door deze rechterlijke uitspraak, volgde. De minister van Justitie verzocht het OM executie van het vonnis te beletten, alhoewel hij in de Tweede Kamer moest toegeven dat dit verzoek niet was gebaseerd op enige wettelijke basis.<sup>173</sup> Daarnaast zette de regering een twee-

167. HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 887. Vgl. L.A.N.M. Barnhoorn, 'De deurwaarder en de volkenrechtelijke verplichtingen van de staat', *Ger.Deurv.* 1998, p. 65-77; Spiegel, *supra* n. 17, p. 232-233 en voor een kritische beschouwing p. 233-242.

168. Verdrag inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke in handelszaken 1965, *Trb.* 1969, 55 (i.w.tr. 10 februari 1969; Nederland 2 januari 1976).

169. Verordening (EG) nr. 1348/2000 (*PbEG* 2000, L 160/37).

170. Art. 22 lid 4 VN-Verdrag; art. 16 lid 6 EO.

171. *Stb.* 2001, 327.

172. Rb. Rotterdam 25 september 1916, *NJ* 1917, 13.

173. Zie *ibid.*, p. 13-15.

tal juridische procedures in. In de eerste plaats richtte de staat zich tot de president van de rechtbank om de tenuitvoerlegging van het vonnis bij voorlopige voorziening te schorsen, en ten tweede werd derden-verzet aangetekend tegen het gewezen verstekvonnis.

De schorsing van de tenuitvoerlegging werd door de president verleend,<sup>174</sup> en door het hof in hoger beroep gehandhaafd.<sup>175</sup> Het Haagse gerechtshof bepaalde dat de rechtbank ten onrechte tot verstekverlening had besloten, overwegende dat de handeling in geschil in de uitoefening van de 'hoogste Staatsmacht' was verricht en dat het Duitse Rijk dientengevolge niet was onderworpen aan Nederlandse rechtsmacht. Het derden-verzet tegen het verstekvonnis diende pas enkele jaren later. Artikel 376 Rv bepaalt dat:

'Derden ... bevoegd zijn zich te verzetten tegen een vonnis hetwelk hunne regten benadeelt, indien zij noch in persoon, noch wettelijk vertegenwoordigd, of indien zij welke zij vertegenwoordigen, in het rechtsgeding niet zijn geroepen, of door voeging of tussenkomst geene partij zijn geweest.'

De Hoge Raad oordeelde dat de Nederlandse staat aan dit artikel geen bevoegdheid tot derden-verzet kon ontleen. Een rechtsgeldig derdenverzet, zo oordeelde de Hoge Raad, is gegrond op een benadeling van een subjectief recht. De verplichtingen die de Nederlandse staat heeft onder de regels van staatsimmunititeit in het volkenrecht gaan echter, zo werd geredeneerd, niet gepaard met een recht van de staat op naleving van deze regels.<sup>176</sup>

De *De Booy* zaak maakte duidelijk dat de Nederlandse rechter niet altijd geneigd is internationaal recht te volgen. Alhoewel de schade voor de Nederlandse staat in dit concrete geval beperkt was gebleven – het vonnis kon immers niet tenuitvoer worden gelegd en de Hoge Raad erkende dat het oorspronkelijk vonnis onverenigbaar was met het internationaal recht inzake staatsimmunititeit – zag de Nederlandse regering zich genoodzaakt de regel van staatsimmunititeit in de Nederlandse wet te verankeren door invoering van twee nieuwe wetsartikelen.

De invoering van artikel 13a Wet AB bracht geen inhoudelijke wijziging met zich mee. Het artikel geeft de Nederlandse rechter de opdracht haar jurisdictie uit te oefenen in overeenstemming met de internationaalrechtelijke regel van staatsimmunititeit en codificeert dus slechts wat reeds geldend recht werd geacht. Artikel 13 lid 4 Deurwaardersreglement, daarentegen, gaf de minister van Justitie een nieuwe, verregaande bevoegdheid om in te grijpen in de rechtsgang door het blokkeren van het uitbrengen van een dagvaardings- of beslagexploot.

Een aantal voorbeelden van de wijze waarop de minister van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt kan worden ontleend aan een wetenschappelijke bijdrage over

---

174. Pres. Rb. Rotterdam 13 januari 1917, *NJ* 1917, 133.

175. Hof 's-Gravenhage 23 maart 1917, *NJ* 1918, 38.

176. HR 21 maart 1924, *NJ* 1924, 535. Voor de afwijkende mening van de rechtbank en het hof, zie Rb. Rotterdam 19 april 1920, *NJ* 1921, 853; Hof 's-Gravenhage 22 december 1922, *NJ* 1923, 609.



dit onderwerp uit 1998.<sup>177</sup> In 1963 werd aan alle deurwaarders in zeehavensteden per aanzegging opgedragen om geen (conservatoir of executoriaal) beslag te leggen op Indonesische schepen en hun lading.<sup>178</sup> Het betrof hier een aanzegging niet voor één specifieke zaak maar voor alle eventueel toekomstige zaken betreffende zulke schepen. In 1981 werd door middel van twee koninklijke besluiten een aanzegging gedaan aan alle deurwaarders ter bescherming van in Nederland aanwezige garantiefondsen bestemd voor de geschillenbeslechting in het kader van het Iran-US Claims Tribunal.<sup>179</sup> De minister liet aldus weten – wederom vóóraf, en dus geheel preventief – dat beslag op deze fondsen, evenals het instellen van vorderingen tegen de rechtspersonen onder wie de fondsen zich bevonden, in strijd zou zijn met volkenrechtelijke verplichtingen.

De voorbeelden illustreren het probleem van het oude artikel 13 lid 4 Deurwaardersreglement. Doordat de minister doorgaans niet vooraf op de hoogte was van een beslag, nam hij zijn toevlucht tot preventieve, algemene aanzeggingen. De minister trachtte hier enigszins verandering in aan te brengen door de deurwaarders in 1987 te verzoeken – middels een oproep in de ledencirculaire van de Vereniging van Gerechtsdeurwaarders – om hem in geval van een voorgenomen uitbrengen van een exploit aan een vreemde staat telefonisch op de hoogte te stellen.<sup>180</sup> Toen in 2001 het Deurwaardersreglement plaats maakte voor de Gerechtsdeurwaarderswet, werd het manco verholpen door lid 1 van artikel 3a wat bepaalt dat:

‘De gerechtsdeurwaarder die opdracht ontvangt tot het verrichten van een ambtshandeling stelt, indien hij redelijkerwijs rekening moet houden met de mogelijkheid dat het verrichten daarvan in strijd is met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat, Onze Minister aanstonds van de ontvangen opdracht in kennis, op de wijze als bij ministeriële regeling is vastgesteld.’

Artikel 3a lid 2 GDW geeft de minister geen discretionaire bevoegdheid. Alleen indien hij van mening is dat een bepaald exploit in strijd is met volkenrechtelijke verplichtingen kan hij de deurwaarder een aanzegging doen. De beslissing kan worden aangevochten voor de rechter.<sup>181</sup> De voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State heeft de stelling van de regering dat ‘grote terughoudendheid dient te worden betracht bij de rechterlijke beoordeling van maatregelen op grond van dit artikel’ en dat ‘de regering het laatste woord behoort te hebben’ resoluut verworpen.<sup>182</sup>

---

177. Barnhoorn, *supra* n. 168, p. 66-67.

178. *Kamerstukken II* 1963, p. 71.

179. KB van 13 juli 1981, *Stb.* 1981, 451; KB van 28 oktober 1981, *Stb.* 1981, 669.

180. Zie M. Teekens, ‘De gerechtsdeurwaarder en het volkenrecht’, *Ger.Deurw.* 1987, p. 218, en voor bericht p. 202-204.

181. Vgl. art. 3a lid 7 GDW.

182. Vz. ARRvS 24 november 1986, *KG* 1987, 38.

Desalniettemin wordt de ministeriële bevoegdheid tot het doen van aanzeggingen door veel commentatoren gezien als 'een onnodige inbreuk op de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.'<sup>183</sup> Ook wordt betoogd dat de bevoegdheid op gespannen voet staat met het recht op toegang tot de rechter onder artikel 6 EVRM.<sup>184</sup>

Er is op gewezen dat het (oude) artikel 324 lid 1 Rv het Openbaar Ministerie de gelegenheid biedt in civiele procedures gehoord te worden om zodoende het openbaar belang onder de aandacht van de rechter te brengen, en dat het daarbij heel wel mogelijk is dat het OM wanneer het gehoord wordt in civiele gedingen onder directe orders van de betrokken ministers zou handelen.<sup>185</sup> Deze mogelijkheid wordt nu gegeven in artikel 44 lid 1 Rv. De memorie van toelichting bij artikel 324 Rv stelt bovendien dat het OM vooraf zou kunnen aangeven dat het in bepaalde zaken *altijd* gehoord wil worden.<sup>186</sup>

## 7. AFSTAND VAN IMMUNITEIT

### 7.1 Voorwaarden voor rechtsgeldige afstand

Staten kunnen afstand doen van hun immuniteit door zich vrijwillig te onderwerpen aan de rechtsmacht van een vreemde staat. Een aantal zaken behoeft vooraf opmerking. Zo moet men zich realiseren dat een vrijwillige onderwerping aan vreemde rechtsmacht niet automatisch een afstand van het recht op immuniteit van executie inhoudt.<sup>187</sup> Verder ziet afstand vaak op een specifiek forum, niet op een geschil als zodanig. Tenslotte is het zo dat afstand van immuniteit niet altijd betekent dat de rechter ook daadwerkelijk jurisdictie kan uitoefenen. Nationale jurisdictieregels kunnen hieraan in de weg staan.

Alleen de staat zelf, niet het onderdeel of individu dat in de procedure betrokken is, kan rechtsgeldig afstand doen van het recht op immuniteit. Aangezien het staatshoofd en de minister van Buitenlandse Zaken geacht worden de staat te representeren,<sup>188</sup> kunnen deze personen namens de staat een rechtsgeldige afstand tot stand brengen.<sup>189</sup>

Afstand kan op verschillende manieren gedaan worden. In de eerste plaats kan een staat uitdrukkelijk afstand doen van een haar toekomend recht op immuniteit, zowel

---

183. Spiegel, *supra* n. 17, p. 248; Barnhoorn, *supra* n. 168, p. 70.

184. Barnhoorn, *supra* n. 168; Spiegel, *supra* n. 17, p. 255-262.

185. C.C.A. Voskuil, 'State immunity and the law of civil procedure and execution in the Netherlands', in T.D. Gill & W.P. Heere (red.), *Reflections on Principles and Practice of International Law: Essays in Honour of L.J. Bouchez*, 2000, p. 229-232, 236-237. Ook Spiegel wijst er op dat de staat het publieke belang reeds genoeglijk in het civiele proces naar voren kan brengen via art. 324 lid 1(a)(1) Rv (oud), 438 lid 1 en 705 Rv; Spiegel, *supra* n. 17, p. 248-249.

186. *Ibid.*

187. Vgl. ook art. 20 VN-Verdrag.

188. Voor het sluiten van verdragen, vgl. art. 7 lid 2(a) Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht 1969, *Trb.* 1985, 79 (i.w.tr. 27 januari 1980; Nederland 9 mei 1985).

189. Zie ook Fox, *supra* n. 17, p. 267-268.

voor- als nadat een geschil is gerezen. Artikel 7 van het VN-Verdrag noemt de internationale overeenkomst, het geschreven contract en de verklaring voor de rechtbank of een schriftelijke verklaring in een procedure, en benadrukt verder dat een rechtskeuze niet geïnterpreteerd mag worden als afstand.

Daarnaast is het mogelijk afstand van immuniteit af te leiden uit bepaalde proceshandelingen van de vreemde staat – de zogenaemde impliciete afstand. Het VN-Verdrag bepaalt in artikel 8 dat een staat geen beroep op immuniteit kan doen wanneer hij als eiser optreedt in een procedure, of wanneer hij intervenieert of andere stappen gericht op de inhoud van de eis neemt. Lid 2 specificceert dat genoemde gedragingen niet tot afstand van immuniteit leiden indien zij slechts dienden om zich te beroepen op immuniteit of om rechten of belangen in bepaalde goederen naar voren te brengen.

Ten slotte zij opgemerkt dat een uitzondering geldt op de hoofdregel dat een staat alleen aan het begin van een procedure een rechtsgeldig beroep op immuniteit kan doen. Wanneer de staat aantoont dat hij pas na het aannemen van zijn aanvankelijke proceshouding kennis heeft kunnen nemen van feiten waarop hij een beroep op immuniteit had kunnen baseren kan een dergelijk beroep alsnog worden gedaan.<sup>190</sup>

De hierboven reeds aangehaalde curieuze uitspraak van de Haagse rechtbank dient ook hier vermeld te worden. In een privaatrechtelijke overeenkomst deed Kenia expliciet afstand van alle immuniteit van jurisdictie en executie die de staat en haar bezit mogelijkwerwijs toekomen in geschillen betreffende de overeenkomst. Toen het uiteindelijk tot een geschil met de privaatrechtelijke contractspartij kwam over de mogelijkheid tot conservatoir derdenbeslag op de bankrekening van de ambassade van Kenia, hief de rechtbank het beslag op alhoewel ze overwoog dat de afstand rechtsgeldig was gedaan en ook 'niet [was] gebleken van een dwingendrechtelijke regel van volkenrecht die bepaalt dat sommige goederen immer immuun zouden zijn, zelfs als er afstand is gedaan van immuniteit van executie.'<sup>191</sup> Hierbij achtte de rechtbank niet zozeer de openbare bestemming van belang, maar veeleer de vraag of het beslag de behartiging van de publieke taken, en met name het functioneren van de buitenlandse vertegenwoordiging door het beslag belemmert werden. Het lijkt dus of de rechtbank impliciet toch een dwingendrechtelijke volkenrechtelijke regel aannam.

## 7.2 Eis in reconventie

Artikel 9 VN-Verdrag reflecteert de heersende opvatting over de relatie tussen afstand van immuniteit en de eis in reconventie. Leden 1 en 2 bepalen dat een staat zich niet op immuniteit kan beroepen wanneer een door hem gedaagde partij of een partij in een procedure waarin hij intervenieert een vordering in reconventie indient die voortvloeit uit dezelfde rechtsverhouding of feiten als de conventionele vordering. Omgekeerd bepaalt lid 3 dat een vreemde staat na het indienen van een eis in reconventie

---

190. Voor kritiek op deze mogelijkheid, vgl. Spiegel, *supra* n. 17, p. 30-31.

191. Rb. 's-Gravenhage 10 augustus 2006, *LJN* AY6030. Zie 4.2.

zich niet langer op immuniteit ten aanzien van de conventionele vordering kan beroepen.<sup>192</sup>

### 7.3 Arbitrage

Een door een vreemde staat gesloten arbitrageovereenkomst ter zake van een commercieel geschil is een impliciete afstand van immuniteit van de rechtsmacht van de gewone rechter over bepaalde aan die arbitrageovereenkomst gerelateerde geschillen (de zogenoemde toezichthoudende jurisdictie). Artikel 17 van het VN-Verdrag noemt procedures met betrekking tot de geldigheid, interpretatie of toepassing van de overeenkomst, de arbitrageprocedure, en de bevestiging of vernietiging van de arbitrale uitspraak.<sup>193</sup>

In sommige landen wordt uit een arbitrageovereenkomst ook afstand van immuniteit in procedures met betrekking tot de tenuitvoerlegging van de arbitrale uitspraak afgeleid.<sup>194</sup> In andere landen – waaronder Nederland – is dit echter absoluut niet geaccepteerd, en het huidige artikel 17 reflecteert deze laatste opvatting.<sup>195</sup>

### 7.4 Verstek

Het VN-Verdrag maakt duidelijk dat afstand niet kan worden afgeleid uit het niet verschijnen van een vreemde staat. Artikel 23 lid 1 bepaalt dat de rechter alleen verstek kan verlenen na een ambtshalve toetsing aan de internationale immuniteitsregels en de regels betreffende betekening aan vreemde staten.<sup>196</sup>

De verplichting tot *ex officio* toepassing van immuniteitsregels is niet algemeen geaccepteerd in de statenpraktijk. De Nederlandse rechter erkent de verplichting wel, alhoewel deze niet altijd wordt nageleefd.<sup>197</sup>

---

192. Zie ook art. 1 lid 2-3 EO. Vgl. HR 17 oktober 1969, *NJ* 1970 428.

193. Art. 12 lid 1 EO beperkt de afstand tot de rechtsmacht van de staat waar of volgens welks recht de arbitrage plaatsheeft.

194. Sweden, Svea Court of Appeals 18 juni 1980, *Liamco v. Socialist People's Republic of Libya*, *ILR* (62) 1982, p. 225; Australische FSIA, s. 17, *ILM* (25) 1986, p. 715.

195. Rb. 's-Gravenhage 15 april 1965, *Mededelingen NVIR* 1973, p. 43-44; US D.D.C., *Liamco v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, *ILR* (62) 1982, p. 220; TGI 6 maart 1979, *Procureur de la République v. Liamco*, *ILR* (65) 1984, p. 78.

196. Vgl. ook art. 15, 16 lid 7 EO.

197. Zie Spiegel, *supra* n. 17, p. 31-32.

