

| | |
|----------|--|
| File ID | uvapub:106893 |
| Filename | Staatsimmunititeit in het privaatrecht |
| Version | final |

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

| | |
|-----------|--|
| Type | book chapter |
| Title | Staatsimmunititeit in het privaatrecht |
| Author(s) | A.A.H. van Hoek |
| Faculty | FdR |
| Year | 2011 |

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:

<http://hdl.handle.net/11245/1.353188>

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content licence (like Creative Commons).

MAKING CHOICES IN PUBLIC AND PRIVATE INTERNATIONAL IMMUNITY LAW

Preadviezen van

Prof. Mr A.A.H. van Hoek

Prof. Dr M.M.T.A. Brus

Prof. Mr I.F. Dekker | Prof. Dr C. Ryngaert



STAATSIMMUNITEIT IN HET PRIVAATRECHT*

Aukje A.H. van Hoek**

* © 2011, Prof. Mr A.A.H. van Hoek.

** Aukje van Hoek is hoogleraar internationaal privaatrecht en burgerlijk procesrecht bij de Universiteit van Amsterdam. Daarnaast is ze raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Den Bosch.

INHOUDSOPGAVE

| | | |
|-----|---|----|
| 1. | Inleiding | 5 |
| 2. | Korte beschrijving van de uitspraken van de Hoge Raad en het EHRM | 6 |
| 2.1 | Twee maal investeringen in Chili: <i>Azeta v. Chili</i> : Hoge Raad 11 juli 2008, C07/054HR, NJ 2010, 525 (<i>Azeta 1</i>) en Hoge Raad 26 maart 2010, 08/03023, NJ 2010 526 (<i>Azeta 2</i>) | 6 |
| 2.2 | Nogmaals immuniteit van executie: HR 24 september 2010 zaak 09/03236, NJ 2010/507 | 7 |
| 2.3 | Twee maal werknemer versus Marokko: HR 22 september 2009, zaaknr. 07/13385, NJ 2010, 523(<i>F. v. Marokko</i>) en HR 5 februari 2010, zaaknr. 08/02855, NJ 2010, 524 (<i>Marokko v. Aissaoui</i>) | 8 |
| 2.4 | En tenslotte de positie van het EHRM: <i>Cudak v. Lithuania</i> , App. no 15869/02, Grand Chamber, 23 maart 2010 | 8 |
| 3. | Achtergrond van en grenzen aan de immuniteitsverlening | 9 |
| 4. | Bronnen van immuniteitsrecht | 12 |
| 5. | Immuniteit en de territoriale nexus | 18 |
| 6. | Arbeidsconflicten | 22 |
| 7. | Ambtshalve toepassing | 28 |
| 8. | Immuniteit van executie | 31 |
| 9. | Stellingen | 35 |

1. INLEIDING

In februari dit jaar vond een ongebruikelijke gebeurtenis plaats in ambassadeland: een groep lokale medewerkers van de Marokkaanse ambassade hield een wilde staking uit protest tegen het schenden van hun rechten door de werkgever.¹ De protesten leidden tot kamervragen in zowel Marokko en Nederland² en gaven aanleiding voor diplomatiek overleg tussen de twee landen. Minister Rosenthal heeft verder toegezegd dat hij zou proberen om de positie van ambassadepersoneel op de internationale agenda te zetten.

De staking, die overigens gesteund werd door de AbvaKabo, is vanuit de optiek van het arbeidsrecht bijzonder omdat in Nederland geschillen over rechten van werknemers niet via staking worden uitgevochten, maar via de rechter. In dit geval brengt de weg naar de rechter echter onvoldoende soelaas: voor zover een rechtszaak niet afstuit op immuniteit van jurisdictie, kan het vervolgens verworven vonnis niet ten uitvoer gelegd worden wegens de immuniteit van executie. Collectieve actie en diplomatieke druk zijn dan de enige middelen om een ambassade te wijzen op zijn verplichting om de Nederlandse wetten te respecteren.³

De sociale onrust onder het ambassadepersoneel vestigt dus de aandacht op de twee elementen van immuniteit in het privaatrecht: de immuniteit van jurisdictie die verhindert dat een Nederlandse rechter zich bevoegd verklaart om te oordelen over een geschil waarbij een buitenlandse mogendheid is betrokken en de immuniteit van executie die bepaalde staatseigendommen en -vorderingen vrijstelt van beslag en verhaal. Op deze twee terreinen zijn in 2010 een vijftal arresten gepubliceerd, gewezen over een periode van 2 jaar. Na jaren van relatieve rust is dit een opvallend kwintet, waarin een aantal belangrijke aspecten van het immuniteitsvraagstuk hernieuwd aan de orde komen.

In twee van deze uitspraken speelt het VN-verdrag inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen van 2004 een belangrijke rol. Dit verdrag is in 2011 gepubliceerd in het Tractatenblad.⁴ Ratificatie ervan door Nederland wordt op dit moment overwogen.⁵ Hoewel nog niet in werking getreden, blijkt het verdrag een belangrijke bron van inspiratie te vormen voor zowel de

¹ AbvoKabo/FNV Vragen Marokkaans parlement over ambassademedewerkers, 30 maart 2011 <<http://www.abvakabofnv.nl/nieuws/archief/281576/291624/marokkaans-parlement-stelt-vragen>>. Alle websites zijn het laatst bezocht in de week van 11 september 2010. En 'Nieuwe werkonderbreking ambassadepersoneel Marokko, 11 april 2011', <<http://www.abvakabofnv.nl/nieuws/archief/281576/303350/nieuwe-werkonderbreking>>.

² Zie Kamerstuk 25883 nr. 184: Verslag van een algemeen overleg van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken met minister Rosenthal van Buitenlandse Zaken, gehouden op 27 april 2011.

³ Voor deze verplichting, zie o.a. Weens verdrag inzake diplomatiek verkeer 1961, *Trb.* 1962, 101, art. 41 sub 1: 'Without prejudice to their privileges and immunities, it is the duty of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of the receiving State. They also have a duty not to interfere in the internal affairs of that State.'

⁴ *Trb.* 2010, 272.

⁵ *Kamerstukken II* 2010/2011, bijlage 108534 bij Kamerstuk 32500 V, nr. 164, p. 1.

Hoge Raad als het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dat op 23 maart 2010 een uitspraak deed over immuniteitsverlening in het licht van artikel 6 EVRM.⁶

Er is dus reden genoeg om immuniteit in het privaatrecht op de juridische agenda te zetten. De keuze voor het thema immuniteit voor de najaarsvergadering van de NVIR van 2011 komt daarmee zeer gelegen. Tegelijkertijd is op dit moment nog niet duidelijk of Nederland zal overgaan tot ratificatie van het VN-verdrag van 2004. Een al te gedetailleerde verhandeling over het Nederlandse immuniteitsrecht – geldend of komend – ligt daarmee minder voor de hand. In dit preadvies zal ik dan ook een aantal punten eruit lichten en voorleggen ter discussie. De keuze voor de te bespreken onderwerpen vloeit direct voort uit de rechterlijke uitspraken die hierboven zijn vermeld. Daarmee is de opzet van het preadvies als volgt. Na een summier bespreken van de rechtelijke uitspraken van de Hoge Raad en het EHRM begin ik mijn betoog met een inleiding over de achtergrond van de immuniteitsleer en de gespannen verhouding die dit leerstuk heeft met het recht op toegang tot de rechter. Daarna volgt een paragraaf over de bronnen van het immuniteitsrecht. Wat de omvang van de immuniteit van jurisdictie betreft, bespreek ik achtereenvolgens de noodzaak van een territoriale nexus met de forumstaat en de immuniteit in arbeidszaken. Tenslotte komen de ambtshalve toetsing van de immuniteit van jurisdictie aan bod alsmede de immuniteit van executie.

Zoals gezegd, is het niet mijn bedoeling om overzicht te geven van het geldende recht, maar veeleer om een aantal punten aan de vergadering voor te leggen ter bespreking. De verschillende paragrafen zullen dan ook afgerond worden met een discussiepunt en niet met een conclusie.

2. KORTE BESCHRIJVING VAN DE UITSPRAKEN VAN DE HOGE RAAD EN HET EHRM

2.1 Twee maal investeringen in Chili: *Azeta v. Chili*: Hoge Raad 11 juli 2008, C07/054HR, NJ 2010, 525 (*Azeta 1*) en Hoge Raad 26 maart 2010, 08/03023, NJ 2010 526 (*Azeta 2*)

In de zaak *Aneto v. Chili* was sprake van een pachtovereenkomst tussen de staat Chili en een Chileense rechtspersoon, El Canelo. Door een latere verhoging van de pacht prijs door Chili werd een rendabele exploitatie van de grond onmogelijk. Bij deze exploitatie was de Nederlandse onderneming Azeta betrokken. Het ontbinden van de overeenkomst leidde tot schade voor zowel El Canelo als Azeta. El Canelo droeg vervolgens zijn eventuele rechten jegens Chili over aan Azeta waarop deze laatste een procedure in Nederland begon. De staat Chili liet verstek gaan en werd bij vonnis van 5 december 1984 veroordeeld tot betaling van een schadever-

goeding van Euro 15.000.000 met rente. Op 24 april 1998 legt Azeta executoriaal beslag op de bankrekeningen van de Chileense ambassade in Nederland. Op vordering van de Staat der Nederland is dit beslag echter bij kort geding vonnis van 14 mei 1998 opgeheven wegens immuniteit van executie. Intussen had Chili bij exploitatie van 7 mei 1998 verzet aangetekend tegen het vonnis uit 1984. Deze verzetprocedure leidt uiteindelijk tot HR 26 maart 2010 (*Azeta 2*). In deze uitspraak beslist de Hoge Raad – voor zover hier relevant – dat de Nederlandse rechter niet verplicht is om ambtshalve te toetsen op immuniteit. Hij is daartoe in verstekzaken echter wel bevoegd.⁷ In casu mocht het gerechtshof de beoordeling van de immuniteit baseren op overeenkomstige toepassing van de Europese Overeenkomst van 1972.

Intussen had Azeta op 29 maart 2005 opnieuw een poging gedaan om het vonnis uit 1984 te executeren. Ditmaal werd beslag gelegd onder een derde (JCR) op gelden die deze laatste aan Chili verschuldigd was terzake van dividendbelasting uit hoofde van het aandeelhouderschap van JCR in een Chileense onderneming. De Hoge Raad besliste echter in 2008 dat ‘voor belastingvorderingen geldt dat deze in het algemeen moeten worden aangemerkt als goederen met een publieke bestemming, en derhalve niet vatbaar voor uitwinning.’ (*Azeta 1*)

2.2 Nogmaals immuniteit van executie: HR 24 september 2010 zaak 09/03236, NJ 2010/507

Deze procedure betreft een vordering van Llanos, een in Colombia gevestigde rechtspersoon naar het recht van het Isle of Man tegen Ecopetrol, een Colombiaans staatsbedrijf. De gepretendeerde vordering was gebaseerd op de onrechtmatige beëindiging van een exploratie- en exploitatie-overeenkomst inzake gaswinning in Colombia. Ter verzekering van de vordering verzocht Llanos om een conservatoir beslag op (onder andere) de ambtswoning van de Colombiaanse ambassadeur te Den Haag. Bij het verzoek om beslaglegging is een conceptdagvaarding voor een bodemprocedure voor eveneens de Haagse rechter overlegd. De voorzieningenrechter weigert echter de toestemming met betrekking tot de ambtswoning. Deze beslissing wordt door zowel het gerechtshof als de Hoge Raad bekrachtigd. De Hoge Raad acht op grond van het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer van 1961 een dergelijk beslag ongeoorloofd. Daarvoor is niet relevant of door het gelegde beslag het functioneren van de diplomatieke missie daadwerkelijk wordt belemmerd.

⁶ De uitspraak is gedaan door de Grand Chamber, Appl. no 15869/02, *Cudak v. Lithuania*.

⁷ In de procedure werd door Chili bepleit dat in verband met het openbare orde karakter van de immuniteit het verstrijken van de verzetstermijn haar niet tegengeworpen kon worden. Dit beroep werd echter niet gehonoreerd. Een eventuele schending van de immuniteit levert geen zelfstandige reden op om een verstekvonnis na afloop van de verzetstermijn te vernietigen.

2.3 **Twee maal werknemer versus Marokko: HR 22 september 2009, zaaknr. 07/13385, NJ 2010, 523 (F. v. Marokko) en HR 5 februari 2010, zaaknr. 08/02855, NJ 2010, 524 (Marokko v. Aissaoui)**

Deze twee zaken betreffen beide Marokkaanse onderdanen die in Nederland werkzaam zijn respectievelijk als chauffeur bij het consulaat-generaal te Rotterdam en als secretaresse op de ambassade te Den Haag. Beiden worden ontslagen nadat ze zijn uitgevallen wegens ziekte. De zaken verschillen echter feitelijk nogal van elkaar en dit leidt in eerste instantie ook tot andere uitkomsten met betrekking tot de immuniteit.

De chauffeur F. is al vanaf 1976 voor het Koninkrijk werkzaam, afwisselend in Marokko en Nederland. Vanaf 1994 werkt hij te Rotterdam, sedert 2000 op een overeenkomst als 'agent local'. In 2005 wordt hij ontslagen. Hij vecht zijn ontslag aan bij zowel de Marokkaanse bestuursrechter als de Rotterdamse rechtbank, sector kanton. In Marokko stuit hij aanvankelijk op een onbevoegd verklaring. Deze wordt in hoger beroep teruggedraaid, maar F. trekt vervolgens zijn verzoekschrift in. Ook de Nederlandse rechter verklaart zich echter onbevoegd en wel wegens een geslaagd beroep van Marokko om immuniteit van jurisdictie. Deze beslissing wordt in hoger beroep bevestigd waarop F. in cassatie komt. Inhoudelijk levert de uitspraak van de Hoge Raad zelf niet veel op. Het gerechtshof heeft voor het beantwoorden van de immuniteitsvraag het VN-verdrag van 2004 als maatstaf genomen. Hiertegen is geen cassatieklacht gericht en de Hoge Raad neemt deze maatstaf dan ook over. Het arrest wordt vervolgens gecasseerd omdat het hof bij de toepassing van die maatstaf een motiveringsgebrek valt te verwijten.

Mw. Aissaoui heeft al direct succes. Zij is in 2001 middels een advertentie in de Telegraaf geworven voor de functie van secretaresse. Ze heeft een contract als 'agent local'. Eveneens in 2001 verkrijgt zij de Nederlandse nationaliteit. In juni 2003 valt ze uit met een nekhernia waarop ze in januari 2004 wordt ontslagen. Bij dagvaarding van juni 2005 vordert Aissaoui onder andere doorbetaling van loon. Een in verzet door Marokko gedaan beroep op immuniteit van jurisdictie wordt in drie instanties niet gehonoreerd. De basis voor deze beslissing wordt – nu ook door de Hoge Raad – gevonden in de regeling in het VN-verdrag 2004, dat op dit punt als neerslag van het gewoonterecht wordt aangemerkt.

2.4 **En tenslotte de positie van het EHRM: Cudak v. Lithuania, App. no 15869/02, Grand Chamber, 23 maart 2010**

Ook deze zaak heeft betrekking op een secretaresse bij een ambassade. Het betreft een in Vilnius (Litouwen) woonachtige vrouw die in 1997 in dienst treedt als secretaresse/telefoniste bij de Poolse ambassade. In 1999 dient zij een klacht in bij de Ombudsman gelijke behandeling in verband met seksuele intimidatie door een lid van de diplomatieke staf. In zijn oordeel bevestigt de Ombudsman dat zij slachtoffer is geweest van intimidatie. Tussen 1 september en 29 oktober 1999 is de werknemster op ziekteverlof. Als ze zich weer op de werkplek meldt, wordt ze

echter niet meer tot de ambassade toegelaten. In reactie op een brief die zij hierover schrijft aan de ambassadeur, krijgt ze te horen dat ze wegens ongeoorloofd verzuim is ontslagen. De procedure die ze hierover start bij de rechter in Litouwen stuit in drie instanties af op een beroep op immuniteit van Polen. Daarop klaagt Cudak de staat Litouwen aan bij het EHRM.

Litouwen beroept zich er primair op dat Cudak niet ontvankelijk is nu zij haar klacht had kunnen en moeten voorleggen aan de Poolse rechter. Dit argument wordt door het EHRM als irrelevant terzijde geschoven. Een procedure in Polen kan niet gelden als een 'local remedy' ten aanzien van een klacht tegen Litouwen.⁸ Daarnaast acht het EHRM in de gegeven omstandigheden een procedure in Polen geen 'accessible or effective remedy': 'if the applicant had been required to use such a remedy she would have encountered serious practical difficulties which would have been incompatible with her right of access to court The applicant was a Lithuanian national, recruited in Lithuania under a contract that was governed by Lithuanian law, and the Republic of Poland had itself agreed on this choice of law in the contract.'⁹

Nu de klacht ontvankelijk is, wordt de immuniteitsverlening getoetst aan artikel 6 EVRM. Bij deze toetsing speelt wederom het VN-verdrag 2004 een grote rol. In paragraph 67 stelt het Hof: 'Consequently, it is possible to affirm that Article 11 of the International Law Commission's 1991 Draft Articles [dat betrekking heeft op arbeidsovereenkomsten AH], on which the 2004 Convention was based, applies to the respondent State under customary international law.' Artikel 11 gaat ervan uit dat in arbeidsgeschillen alleen immuniteit wordt verleend als een specifieke, in het artikel opgenomen uitzondering zich voordoet. Na toetsing van de diverse argumenten concludeert het Hof dat Cudak onder geen van de genoemde uitzonderingen viel.¹⁰ Door toch immuniteit te verlenen, handelde Litouwen dan ook in strijd met het EVRM.¹¹

3. ACHTERGROND VAN EN GRENZEN AAN DE IMMUNITEITSVERLENING

Het leerstuk van immuniteit (van jurisdictie) heeft met betrekking tot staten zijn oorsprong in de gelijkheidsgedachte: de ene soevereine staat kan niet zonder zijn instemming worden onderworpen aan het oordeel van een rechter in een andere soevereine staat – dit alles volgens het Latijnse adagium 'par in parem non habet imperium'.¹² Deze rationale past in het klassieke volkenrecht dat in belangrijke

⁸ Para. 35.

⁹ Para. 36.

¹⁰ Para. 69.

¹¹ Para. 74.

¹² Zie o.a. R. van Alebeek, 'Staatsimmuniteit', in N. Horbach, R. Lefebvre en O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag, T.M.C. Asser Press 2007, p. 233 en *Kamerstukken II*, 32 012, nr. 3 (Memorie van Toelichting bij Evaluatiewet herziening rechterlijke macht), p. 39.

mate betrekking heeft op de onderlinge afbakening van de aan staten toekomende bevoegdheden. Daarmee heeft het immuñteitsrecht een gemeenschappelijke basis met het internationale bevoegdheidsrecht – de regels met betrekking tot de verdeling van jurisdictie.¹³ Naast deze juridisch-dogmatische achtergrond heeft het leerstuk echter ook een politieke kant, namelijk het beoogt belemmeringen in de internationale betrekkingen tussen staten te voorkomen. Dit laatste aspect speelt bijvoorbeeld een duidelijke rol bij de immuñteitverlening ten aanzien van ambassades en de daar werkzame diplomatieke vertegenwoordigers.¹⁴

Immuñteit van jurisdictie staat eraan in de weg dat de rechterlijke instanties van de ene staat uitspraak doen over de handelingen en/of rechtsbetrekkingen van een andere staat en/of zijn vertegenwoordigers zonder daartoe (expliciet of impliciet) door de andere staat te zijn gemachtigd. Dat betekent in concreto dat het leerstuk tot onbevoegdheid van de Nederlandse rechter kan leiden in een procedure over een investeringsgeschil tussen het Nederlandse bedrijf Azeta en de Staat Chili (de leverancier van twee van de bovengenoemde uitspraken van de Hoge Raad) of tussen een werknemer bij de Marokkaanse ambassade en de staat Marokko (dat andere twee uitspraken). In civiele zaken vormt het immuñteitsleerstuk daarmee een belemmering voor de toegang tot de rechter zoals dat is gegarandeerd in (onder andere) artikel 6 EVRM. In het verleden worden immuñteitsvraagstukken door de mensenrechtencommissie en het EHRM afgedaan via artikel 1 EVRM dat betrekking heeft op de werkingssfeer van het EVRM zelf. Als er terecht een beroep op immuñteit was gedaan, viel de betrokkene c.q. het geschil binnen de toen gevolgde redenering niet ‘within the jurisdiction’ van de aangezochte staat. Deze opvatting is inmiddels verlaten: vragen inzake de immuñteit van jurisdictie worden tegenwoordig standaard getoetst aan artikel 6.¹⁵

Zoals ook uitgebreid is beschreven in het preadvies van Dekker en Ryngaert toetst het EHRM in het kader van een beweerde schending van artikel 6 of de beperking een legitiem doel dient en zo ja, of die beperking ook proportioneel is.¹⁶ Op dat eerste punt levert de toetsing geen problemen op: ook het EHRM erkent

¹³ Zie Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken, *Advies inzake de immuñteit van buitenlandse ambtsdragers*, Advies no. 20, Den Haag, mei 2011 (verder te noemen CAVV 2011) p. 10; Hazel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, Oxford University Press 2008, p. 51 e.v.; A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 123.

¹⁴ Voor de drie verschillende achtergronden van de immuñteitsverlening, zie IDI, Session de Naples 2009, Troisième Commission, Résolution sur l’immuñité de juridiction de l’Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux, article II – Principes, para. 1. Voor aanvullingen hierop, zie Fox 2008, p. 56 e.v. die ook de onmogelijkheid van tenuitvoerlegging van vonnissen tegen vreemde staten en de gelijksoortige immuñteiten van de forumstaat zelf noemt als achtergrond voor de immuñteit van jurisdictie van vreemde staten.

¹⁵ Aukje van Hoek en Michiel Luchtman, ‘The European Convention on Human Rights and Transnational Cooperation in Criminal Matters’, in A. van Hoek et al. (red.), *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Antwerpen/Oxford, Intersentia 2006, p. 34.

¹⁶ Daarnaast mag immuñteitsverlening het recht op toegang niet in zijn kern aantasten. Dit punt lijkt echter met name te spelen bij internationale organisaties. Zie ook C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR*, Deventer, Kluwer 2005, p. 264.

het nut van immuñteitsverlening voor de internationale betrekkingen. In *Cudak v. Lithuania*¹⁷ formuleert het EHRM het in r.o. 60 aldus:

‘The Court must first examine whether the limitation pursued a legitimate aim. In this connection, it observes that State immunity was developed in international law out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State could not be subject to the jurisdiction of another. The Court considers that the grant of immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State’s sovereignty.’

Het is bij immuñteitsverlening dus uitsluitend de vraag of de beperking in het concrete geval proportioneel is. In het *Cudak* arrest neemt het EHRM bij het beantwoorden van deze laatste vraag de tekst van het VN-verdrag 2004 als richtsnoer. Voor zover een staat binnen de grenzen blijft die dit verdrag stelt, is van een schending van artikel 6 EVRM geen sprake. Een zelfstandige toetsing van de immuñteitsregels door het EHRM vindt – anders dan bij internationale organisaties – niet plaats. Door deze verwijzing naar het geldende internationale recht terzake, is de rechtspraak van het EHRM een kenbron van het internationale immuñteitsrecht. Op dit aspect wordt hieronder, in paragraaf 3, nader ingegaan.

In vergelijking met de rechtspraak inzake de immuñteit van internationale organisaties valt verder op dat het beschikbaar zijn van een alternatieve remedie bij het beoordelen van de proportionaliteit niet expliciet een rol speelt. Dit lijkt vanzelfsprekend, omdat immers de particulier die een geschil heeft met een vreemde staat, altijd de optie heeft om dit geschil voor te leggen aan een rechterlijke instantie in de betrokken staat. Anders dan bij internationale organisaties is er dus in beginsel een onafhankelijke rechter bevoegd om over het geschil te oordelen – maar dan in het land waartegen de procedure wordt gevoerd.¹⁸ De vraag is echter of dit in alle gevallen als een ‘effective remedy’ kan worden gezien. In de *Cudak* zaak oordeelde het EHRM dat van betrokkene in het concrete geval niet verwacht kon worden dat zij een procedure zou starten voor de rechter in het buurland Polen.¹⁹ Deze opmerking werd echter gemaakt in het kader van de vraag of *Cudak* voldaan had aan de ontvankelijkheidsvoorwaarde van het EHRM dat eerst de ‘local remedies’ moeten zijn uitgeput. De overweging keert bij de beoordeling van de immuñteitsverlening aan het proportionaliteitsbeginsel niet meer terug. Hieronder, in de paragraaf over immuñteit en de territoriale nexus, zal ik echter beplei-

¹⁷ Dit is een standaardformulering; zie ook *Fogarty*, r.o. 34.

¹⁸ Op de complicatie dat het gedaagde land geen onafhankelijke rechtspraak kent, wordt hier verder niet ingegaan.

¹⁹ Deze overweging geeft te denken als een vergelijking wordt getrokken met de eis van een *effective remedy* in zaken met betrekking tot de werknemers bij internationale organisaties. In die zaken wordt in de Nederlandse rechtspraak toegang tot het administratieve tribunaal van de ILO als een *effective remedy* gezien. De geografische afstand tussen de werkplek en het tribunaal lijkt bij deze beoordeling geen enkele rol te spelen. Zie HR 23 oktober 2009, *NJ 2009/527 (Bertrand v. EPO)*.

ten dat bij het formuleren van de voorwaarden voor immuniteitsverlening de vraag naar het redelijke alternatief wel degelijk een rol speelt – zij is namelijk verwerkt in de regel zelf.

4. BRONNEN VAN IMMUNITEITSRECHT

Zoals ook al uit de eerdere preadviezen blijkt, is het leerstuk van de immuniteit in het internationale publiekrecht nog niet in extenso gecodificeerd. Er bestaan wel diverse regelingen maar die hebben materiaal en/of formeel maar een beperkte werkingssfeer. Voor de civiele immuniteit van staten is met name de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten van 1972 van belang. Dit verdrag is tot stand gekomen binnen de Raad van Europa en is op dit moment van kracht in België, Cyprus, Duitsland, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk, VK en Zwitserland.²⁰ De formele werkingssfeer ervan berust – naar in de Nederlandse rechtspraktijk wordt aangenomen – op reciprociteit.²¹ In 2004 is daarnaast een verdrag tot stand gekomen binnen de VN. De tekst van dit verdrag is opgesteld door de International Law Commission van de VN en vervolgens aanvaard door de algemene vergadering.²² Het verdrag is nog niet in werking getreden maar telde op 30 augustus van dit jaar wel al 28 ondertekeningen en 12 ratificaties.²³ Van de bij de Europese Overeenkomst aangesloten landen hebben België, Oostenrijk Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk het verdrag ondertekend. Oostenrijk en Zwitserland hebben tevens geratificeerd. Zoals gezegd is ratificatie door Nederland op dit moment onderwerp van overleg.²⁴ De Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken heeft in 2006 over de gevolgen van ratificatie voor Nederland geadviseerd.²⁵ Naast deze algemene verdragen over immuniteit van staten

²⁰ Verdrag van 16 mei 1972, *Trb.* 1973, 43, ETS 074, i.w.tr. voor Nederland, 22 mei 1985. Zie <www.coe.int>.

²¹ Zie o.a. Th.M. de Boer, noot onder *NJ* 2010, 524, para. 4 en Van Alebeek in Horbach 2007, p. 234.

²² United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, New York, 2 December 2004, adopted by the General Assembly of the United Nations on 2 December 2004. Not yet in force. Zie General Assembly Resolution 59/38, Annex, *Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49)*, VN Doc. A/59/508, *Trb.* 2010, 272.

²³ <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=UNTS&tabid=2&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en>. Het treedt in werking na de 30ste ratificatie.

²⁴ Voor de achtergronden hiervan, zie Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 15 augustus 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 V, nr. 148. Daarin wordt o.a. verwezen naar overleg met de verdragsstaten bij de Europese Overeenkomst over de verhouding tussen de twee instrumenten.

²⁵ CAVV, *Advies inzake de United Nations Convention on Immunities of States and their Property*, Advies nr. 17, Den Haag 2006 (verder te noemen CAVV 2006). In 1999 had de CAVV al een advies uitgebracht naar aanleiding van de ontwerp-artikelen van de LC: CAVV, *Commentaar inzake 'Immuniteit van Staten en hun eigendom', de ontwerp-artikelen van de ILC*, Advies no. 4, Den Haag 1999 (verder te noemen CAVV 1999). Zie voor beide <<http://www.rijksoverheid.nl/ministeries/bz/organisatie/organogram/cavv>>.

is er een stelsel van verdragen specifiek met betrekking tot diplomatieke en consulaire betrekkingen. Deze zogenaamde Weense verdragen kennen een groot aantal aangesloten staten.²⁶ Ook bestaat er een verdrag dat politieke ambtsdragers moet beschermen als zij op een bijzondere missie in het buitenland zijn.²⁷ Nederland is bij dit laatste verdrag geen partij.

Het algemene verdrag van de Raad van Europa heeft dus een beperkt formeel toepassingsgebied, wegens het beperkt aantal verdragsluitende staten. De bijzondere verdragen van Wenen daarentegen bestrijken slechts een klein deel van de immuniteitsproblematiek. Voor het overige is de immuniteitsverlening dus gebaseerd op ongeschreven recht. In geval van immuniteitsverlening is dat het ongeschreven internationaal publiekrecht oftewel het international gewoonterecht.

Voor het vaststellen van internationaal gewoonterecht is het noodzakelijk dat er sprake is van een bestendige gewoonte (*usus*) die wordt nageleefd op basis van een overtuiging van juridische gebondenheid (*opinio juris*).²⁸ Verdragen kunnen een codificatie vormen van het gewoonterecht of juist aanleiding geven tot de vorming van gewoonterecht. In beide gevallen kunnen de daarin opgenomen regels ook verbindend zijn voor niet-verdragsstaten.

Ten aanzien van het fenomeen staatsimmuniteit is van een gewoonterechtelijke regel zeker sprake. Lastiger is het waar het gaat om de precieze grenzen van de immuniteitsverlening in een concreet geval.²⁹ Zoals ook blijkt uit de lange voorgeschiedenis van het VN-verdrag en de voorbehouden die daarbij worden gemaakt, verschillen staten op tal van punten van mening. Dit uit zich in een zeer gevarieerde statenpraktijk, bijvoorbeeld ten aanzien van arbeidsovereenkomsten van ambassadepersoneel of de aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen door overheidsinstanties.³⁰ De immuniteitsverlening in een concreet geval is dan ook gebaseerd op de nationale interpretatie van een volkenrechtelijke verplichting.³¹

Deze dubbele basis van de immuniteitsverlening komt ook terug in de hier besproken uitspraken. In de zaak *Azeta* had het hof overwogen: 'Hoewel de Europese Overeenkomst in casu toepassing mist, leent de daarin vervatte algemene

²⁶ Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen 1963, *Trb.* 1965, 40 en Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer 1961, *Trb.* 1962, 101. Naast deze multilaterale verdragen bestaan er ook bilaterale afspraken bijvoorbeeld inzake consuls met Portugal (*Trb.* 1987, 82), Italië (*Trb.* 1986, 155) en Spanje (*Trb.* 1986, 117) en afspraken over de toelating van partners tot de arbeidsmarkt van het gastland. Over die laatste, zie Marjoleine Zieck, 'Diplomatiek en Consulair Recht', in Horbach 2007, p. 285.

²⁷ Convention on Special Missions, New York, 8 december 1969, *UNTS* (1400) no. 1-23431 <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=UNTS&tabid=2&mtdsg_no=III-9&chapter=3&lang=en>.

²⁸ Zie o.a. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvucht*, Deventer, Kluwer 2008, p. 11 e.v.; André Nollkaemper 2011, p. 196 e.v.; en Jan Wouters, 'Bronnen van het internationaal recht', in Horbach 2007, p. 83 e.v.

²⁹ Fox 2008, p. 741.

³⁰ Van Alebeek in Horbach 2007, p. 235.

³¹ Fox 2008, p. 1; Van Alebeek in Horbach 2007, p. 234. Voor de complicaties inzake de nationale uitleg van het onderscheid *acta iure imperii* en *acta iure gestionis*, zie Van Alebeek in Horbach 2007, pp. 238-239.

regeling van het leerstuk van de statenimmunitet zich voor overeenkomstige toepassing, omdat die regeling niet wezenlijk afwijkt van de opvattingen binnen de Nederlandse rechtspraktijk van destijds en nog richtinggevend is voor die van nu.³² De Hoge Raad nam die overweging over, maar formuleerde hem wel anders. In ov. 3.8.2 valt te lezen: 'De regeling van de Europese Overeenkomst kan zich, als regel van internationaal gewoonterecht, lenen voor overeenkomstige toepassing op door die overeenkomst niet bestreken gevallen.' Het verschil is niet zonder betekenis: het hof lijkt de analoge toepassing van de regeling voornamelijk te relateren aan de Nederlandse statenpraktijk, terwijl de Hoge Raad zich concentreert op de mogelijke bindendheid van de regeling, buiten de formele werkingsfeer om, op grond van het gewoonterecht. Hieronder komen we op dit verschil nader terug.

Uit de besproken uitspraken blijkt duidelijk dat de rechter bij het vaststellen van het ongeschreven recht in belangrijke mate terugvalt op de bestaande verdragen. Voor zover de zaak niet direct wordt beslist op basis van een toepasselijk verdrag, wordt in alle gevallen een beroep gedaan op analoge toepassing van de regelingen van de Europese Overeenkomst resp. het VN-verdrag. Daarbij is echter wel een verschuiving opgetreden: in de *Azeta* zaak wordt de Europese Overeenkomst analoog toegepast. In de ambassadezaken wordt de regeling van de Europese Overeenkomst voor immuniteit in arbeidszaken echter als achterhaald beschouwd en wordt zowel door het hof als de Hoge Raad de voorkeur gegeven aan de regeling in het VN-verdrag. De argumenten daarvoor lopen in belangrijke mate parallel. Zowel de Europese Overeenkomst als het VN-verdrag maken deel uit van een ontwikkeling om de immuniteit van jurisdictie zoals deze wordt toegekend aan staten, te beperken. Deze ontwikkeling is niet gestopt bij het totstandkomen van de Europese Overeenkomst in 1972. De verdergaande beperkingen die het VN-verdrag oplegt in vergelijking met de Europese Overeenkomst passen in deze ontwikkeling. 'Gelet op het mondiale karakter van genoemd verdrag heeft het hof met juistheid die wezenlijk van het bepaalde in artikel 5 lid 2(a) Europese Overeenkomst afwijkende regel aangemerkt als een regel van internationaal gewoonterecht. Nederland heeft genoemd – na jarenlang overleg door de Algemene Vergadering zonder stemming aangenomen, maar nog niet in werking getreden – verdrag weliswaar niet ondertekend of geratificeerd, maar dat doet aan het vorenstaande niet af.' Aldus de Hoge Raad in NJ 2010 524. De conclusie dat het VN-verdrag op het specifieke punt dat speelde in die zaak, een weerslag vormde van het gewoonterecht wordt door de Hoge Raad onderbouwd met een verwijzing naar het advies van de CAVV uit 2006. Deze had 'in haar op diens verzoek aan de minister van Buitenlandse Zaken uitgebrachte advies van 19 mei 2006 inzake het VN-Verdrag – in het bijzonder over de verhouding van dit verdrag tot de Europese Overeenkomst, alsmede tot het algemene volkenrecht, mede in het licht van de Nederlandse jurisprudentie en staatspraktijk op het gebied van staatsimmuniteit – ... laten weten dat het bepaalde in artikel 11 lid 2(e), haar geen aanleiding geeft tot opmerkingen.'

³² NJ 2010, 527, r.o. 15.

De specifieke bepaling in het VN-verdrag vormt dus een weerslag van het internationale gewoonterecht, mede omdat de regeling overeenkomt met de Nederlandse statenpraktijk. Maar is het niet van tweeën één? 1) De regeling komt overeen met de Nederlandse statenpraktijk en is toegestaan binnen de grenzen die het internationale gewoonterecht ten aanzien van immuniteit stelt of 2) de regeling bindt als zodanig omdat hij deel uitmaakt van het internationale gewoonterecht. Het lijkt spijkers zoeken op laag water, maar het verschil is mijns inziens wel degelijk belangrijk. Dit blijkt met name in de hier ook besproken uitspraak van de grote kamer van het EHRM.

Immunitetsverlening vormt in civiele zaken een beperking van het recht op toegang tot de rechter zoals dat gegarandeerd is in artikel 6 EVRM. Het EHRM erkent dat immunitetsverlening een legitiem doel dient, maar toetst wel de proportionaliteit van de immunitetsverlening in het concrete geval (zie ook hierboven). Bij deze toetsing speelt het internationale recht inzake immuniteit een grote rol. Volgens een vaste formule oordeelt het EHRM 'that measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognised rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to court as embodied in Article 6(1)'.³³ In elk concreet geval wordt door het EHRM nagegaan wat het geldende internationale recht is en of de aangeklaagde staat binnen de *margin of appreciation* is gebleven die het internationale recht haar biedt. In drie eerdere zaken die aan het EHRM waren voorgelegd, constateerde het Hof steeds dat op het litigieuze punt onvoldoende overeenstemming bestond om te kunnen spreken van een gewoonterechtelijke regel die geschonden zou zijn door de staat in kwestie.

In de *Fogarty* zaak over een medewerkster bij een Amerikaanse overheidsdienst op Engels grondgebied oordeelde het Hof bijvoorbeeld: '37. The Court observes that, on the material before it (see paragraphs 16-20, 29 and 31 above), there appears to be a trend in international and comparative law towards limiting State immunity in respect of employment-related disputes. However, where the proceedings relate to employment in a foreign mission or embassy, international practice is divided on the question whether State immunity continues to apply and, if it does so apply, whether it covers disputes relating to the contracts of all staff or only more senior members of the mission. Certainly, it cannot be said that the United Kingdom is alone in holding that immunity attaches to suits by employees at diplomatic missions or that, in affording such immunity, the United Kingdom falls outside any currently accepted international standards.'

In *McElhinney* (dat betrekking heeft op een schietincident bij de Ierse/Noord-Ierse grens) oordeelt het Hof: '38. ... Certainly, it cannot be said that Ireland is alone in holding that immunity attaches to suits in respect of such torts committed by *acta iure imperii* or that, in affording this immunity, Ireland falls outside any

³³ *Fogarty v. The United Kingdom*, EHRM 21 november 2001, Appl. no. 37112/97, r.o. 36; *McElhinney v. Ireland*, EHRM 21 november 2001, Appl. no. 31253/96, r.o. 37; *Al-Adsani v. The United Kingdom*, EHRM 21 november 2001, Appl. no. 35763/97, r.o. 56. Zie ook CAVV 2006, p. 10.

currently accepted international standards. The Court agrees with the Supreme Court in the present case (see paragraph 15 above) that it is not possible, given the present state of the development of international law, to conclude that Irish law conflicts with its general principles.'

In *Al-Adsani* tenslotte, was het Hof zeer terughoudend in het aannemen van een uitzondering op de immuniteitsverlening met betrekking tot foltering: '66. The Court, while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, does not accordingly find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State. The 1978 Act, which grants immunity to States in respect of personal injury claims unless the damage was caused within the United Kingdom, is not inconsistent with those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity.'

Kortom: het Hof toont een groot respect voor de *margin of appreciation* die het internationale recht de staten laat op het terrein van de immuniteitsverlening. Ten minste: tot aan de hier besproken zaak *Cudak v. Lithuania*. De *Cudak* zaak betrof een arbeidsgeschil tussen werkneemster Cudak en de Poolse ambassade in Vilnius (Litouwen). Er is met betrekking tot de casuspositie een duidelijke parallel met de *Fogarty* zaak uit 2001 (zie ook hieronder, paragraaf 6). Terwijl de UK echter zonder schending van het EVRM immuniteit mocht verlenen, volgt in deze zaak een veroordeling. Het verschil is mede te verklaren vanuit de aangelegde toetsingsmaatstaf.³⁴ In de *Cudak* zaak acht het EHRM Litouwen als gedaagde staat gebonden aan de bepaling inzake arbeidsovereenkomsten van het VN-verdrag 2004, terwijl de UK in 2001 nog ruimte lijkt te worden gelaten voor eigen beleid. Letterlijk overweegt de Grote Kamer in *Cudak* (r.o. 67): 'Consequently, it is possible to affirm that Article 11 of the International Law Commission's 1991 Draft Articles, on which the 2004 Convention was based, applies to the respondent State under customary international law.' Het Hof baseert deze binding enerzijds op de constatering dat de regel van Article 11 past binnen een opkomende trend in de statenpraktijk en anderzijds op de constatering dat Litouwen – hoewel geen partij bij het verdrag – geen bezwaar heeft gemaakt tegen de tekst van Article 11 en ook niet tegen het verdrag als geheel heeft gestemd in de Algemene Vergadering.³⁵ Het Hof verwijst hierbij naar de *North Sea Continental Shelf cases* van het Internationaal Gerechtshof – een klassieke locus met betrekking tot het ontstaan van internatio-

³⁴ Het EHRM stelt in ov. 38 van de *Fogarty*-zaak dat in casu sprake was van *recruitment* – een ook onder het VN-verdrag onder de immuniteit vallende aangelegenheid. Dit is vatbaar voor discussie: in ov. 10 staat dat de werkneemster het North London Industrial Tribunal had benaderd met de klacht dat 'her dismissal had been the result of sex discrimination.' Overigens is bij het verlengen van tijdelijke aanstellingen (zoals in casu) het verschil tussen niet-aanstellen en ontslaan graduëel.

³⁵ Para. 66. Voor de rol van resoluties van de Algemene Vergadering bij het ontstaan van gewoonterecht, zie o.a. Wouters in Horbach 2007, p. 87.

naal gewoonterecht.³⁶ Hiermee is dus blijkbaar de *margin of appreciation* voor de bij het EHRM aangesloten staten verdwenen – tenminste: met betrekking tot arbeidsovereenkomsten.

Het Hof doet geen uitspraak over de algemene binding aan het VN-verdrag; de zaak heeft uitsluitend betrekking op Artikel 11 daarvan. Dit artikel lijkt EVRM-landen te binden, voor zover ze niet expliciet bezwaar tegen de bepaling hebben aangetekend, dan wel tegen het verdrag hebben gestemd. Het Hof beperkt deze binding overigens niet tot specifieke onderdelen van artikel 11. Dit is relevant, nu niet alle onderdelen van artikel 6 overeenstemmen met de Nederlandse praktijk tot nu toe, zie ook paragraaf 6. Onduidelijk is verder of deze binding twee kanten uitwerkt of slechts geldt waar Artikel 11 de immuniteitsverlening beperkt ten opzichte van de eerdere statenpraktijk. Anders gezegd: Litouwen mocht in casu geen immuniteit verlenen omdat het verdrag hier niet in voorzag. Maar mag Polen nu ook aanspraak maken op immuniteit in alle gevallen die wel zijn voorzien in het VN-verdrag? Of heeft Litouwen de vrijheid om een (nog) beperktere opvatting over immuniteit aan te hangen dan die is vastgelegd in artikel 11 van het VN-verdrag? Voor de laatste vraag moeten we overigens niet bij het EHRM zijn. Immers: het Hof laat zich slechts uit over het recht op toegang tot de rechter voor het individu en niet over het recht op immuniteit van de gedaagde staat. Vanuit het perspectief van het EHRM is artikel 11 dan ook – om in arbeidsrechtelijke termen te formuleren – 'eenzijdig dwingend': het bindt de staten alleen voor zover dat ten gunste van de werknemers is.

Intussen is het de vraag of het EHRM niet wat snel is in haar aanname dat Article 11 Litouwen bindt op grond van het gewoonterecht.³⁷ Het loutere feit dat een staat niet tegen de aanname van een verdragstekst heeft gestemd, lijkt me hiervoor in ieder geval onvoldoende.³⁸ Ook een '*emerging trend in the legislative and treaty practice of a growing number of States*' is hiervoor mijns inziens een wat wankelende basis. Volgens de regels van het internationale recht moet er sprake zijn van een *gevestigde praktijk*.³⁹ Daar komt bij dat de tekst van het verdrag nog allerminst een 'rustig bezit' is. Het aantal ratificaties is nog gering, het aantal voorbehouden aanzienlijk.⁴⁰ Om de gezaghebbende auteur Fox te citeren: 'the legal adviser would be

³⁶ *North Sea Continental Shelf cases*, ICJ Rep. 1969. De andere klassieker op het terrein van het gewoonterecht is de *Nicaragua case*, ICJ Rep. 1986.

³⁷ Overigens is het EHRM vrijwel unaniem in haar opvatting. Slechts de rechters Cabral Barreto en Popovic maken in een concurring opinion bezwaar tegen de formulering van overweging 67.

³⁸ Over binding door *acquiescence* versus de *persistent objector*, zie Wouters in Horbach 2007, p. 89.

³⁹ Wouters in Horbach 2007 pp. 84 en 88; Kooijmans 2008, p. 12; Nollkaemper 2011, pp. 198-200.

⁴⁰ Al moet worden toegegeven dat deze tot nu toe geen betrekking hadden op art. 11. Ze betreffen voorbehouden m.b.t. de immuniteiten ten aanzien van 'military activities/armed forces' (Noorwegen, Zweden) en 'heads of state' (Noorwegen, Zweden) alsmede de aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen gepleegd buiten het forum (Noorwegen, Zweden, Zwitserland). Iran maakt bezwaar tegen de bevoegdheid van het internationaal gerechtshof op grond van art. 27, terwijl Noorwegen nog een voorbehoud maakt ten aanzien van pretrial measures of constraint. De overige vijf verdragsstaten hebben geen voorbehoud aangemeld.

unwise to rely upon it as the sole, or even primary, source of the current international law on state immunity.’⁴¹ Daar staat de mening van Nollkaemper tegenover: hij beschouwt in zijn tekstboek uit 2011 als ‘in hoofdlijnen een gezaghebbende weergave van de stand van het gewoonterecht.’⁴²

DISCUSSIEPUNT: Hoewel het EHRM in de uitspraak *Cudak v. Litouwen* terecht het VN-verdrag 2004 als uitgangspunt neemt bij het bepalen van de stand van zaken in het internationale gewoonterecht, gaat het te ver om op de in het arrest genoemde gronden binding aan de bepalingen daarvan op grond van het gewoonterecht aan te nemen.

5. IMMUNITEIT EN DE TERRITORIALE NEXUS

Zoals hierboven reeds is aangeduid, moeten de precieze regels met betrekking tot de immuniteit de balans zoeken tussen de belangen van een staat om procedures tegen zichzelf en/of zijn vertegenwoordigers in eigen hand te houden en de belangen van justiciabelen bij effectieve toegang tot de rechter. In deze afweging trekt de staat lang niet altijd meer aan het langste eind. Om te beginnen heeft de vroeger wel verdedigde absolute immuniteit plaatsgemaakt voor een relatieve. Aan de staat wordt geen algemene immuniteit verleend in de hoedanigheid van mogelijke procespartij, maar slechts beperkte immuniteit in de hoedanigheid van overheid. Met andere woorden: er wordt een onderscheid gemaakt tussen privaatrechtelijk handelen (*acta iure gestionis*) en typisch overheidshandelen (*acta iure imperii*). Een vergelijkbaar onderscheid wordt overigens ook gemaakt met betrekking tot de immuniteit van (ex)staatschefs en diplomatieke vertegenwoordigers (zie preadvies Brus) terwijl ook bij de immuniteit van internationale organisaties een beperking tot een meer functionele vorm van immuniteit plaatsvindt (zie preadvies Dekker/Ryngaert). Het onderscheid tussen *acta iure imperii* en *acta iure gestionis* is echter niet eenduidig; het moet in elke context opnieuw worden ingevuld. Voor schepen wordt de grens getrokken op basis van de publieke of private bestemming van het schip; bij arbeidsovereenkomsten speelt onder andere de betrokkenheid van de werknemer bij het uitoefenen van staatsgezag een rol.

Daarnaast is het onderscheid tussen *acta iure imperii* en *acta iure gestionis* niet in alle gevallen doorslaggevend. Handelingen die niet vallen binnen de harde kern van voorbehouden handelingen kunnen onder omstandigheden toch onder de immuniteit vallen en omgekeerd. Zo hanteert het Europese verdrag naast de verplichte immuniteitsgronden een ‘zone grise’ van handelingen waarvoor staten zelf mogen bepalen of daarvoor immuniteit wordt verleend.⁴³ Daarnaast is de vraag of immuniteit zal worden verleend vaak afhankelijk van de aan- of afwezigheid van

⁴¹ Fox 2008, p.173.

⁴² Nollkaemper 2011, p. 124.

⁴³ *Azeta 1*, weergave van het Hof, para. 14; MvT goedkeuringswet bij de Europese Overeenkomst 1973, *Kamerstukken II* 1981/82, 17 485, nr. 3 pp. 5-6; Van Alebeek in Horbach 2007, p. 239.

een territoriale nexus met het forum. Het verdrag van 1972 is zeer sterk doortrokken van territoriale aanknopingen. Ook ten aanzien van handelingen die niet onder de *acta iure imperii* in strikte zin vallen, wordt immuniteit verleend tenzij het conflict een specifieke territoriale band heeft met het forum. Voor contracten is dat de plaats van tenuitvoerlegging van de verbintenis (art. 4), voor procedures over rechten inzake de eigendom en het gebruik van onroerende zaken de plaats van ligging (art. 9), voor onrechtmatige daden de locus delicti (art. 11), voor arbeidsovereenkomsten het land waar de arbeid moet worden verricht – de locus laboris (art. 5, met nadere beperkingen). Daarnaast speelt bij arbeidsovereenkomsten ook de nationaliteit van de werknemer een rol. Buiten deze specifiek in het verdrag geregelde gevallen geldt dat een staat geen rechtsmacht mag aannemen ten opzichte van een andere staat als zijn bevoegdheid is gebaseerd op een van de in een bijlage vermelde exorbitante bevoegdheidsgrondslagen (art. 24).

Deze verwevenheid tussen territoriale aanknopingen en het al dan niet verlenen van immuniteit is voorwerp van kritiek, in Nederland bijvoorbeeld in het proefschrift van Judith Spiegel.⁴⁴ Het VN-verdrag maakt inmiddels een duidelijke scheiding tussen het (internationaal privaatrechtelijke) bevoegdheidsrecht en de (internationaal publiekrechtelijke) vraag van immuniteit – de diverse bepalingen stellen steeds voorop dat er bevoegdheid in internationaal privaatrechtelijke zin aanwezig moet zijn. Intussen gebruikt het verdrag in de afzonderlijke bepalingen nog steeds territoriale aanknopingspunten bij het toekennen van een beroep op immuniteit. Maar de ruimte om alsnog tot onbevoegdheid te besluiten wegens het ontbreken van relevante territoriale aanknopingsfactoren met het forum is wel kleiner dan onder de Europese Overeenkomst van 1972. Zo kent artikel 10 van het VN-verdrag 2004 een staat geen immuniteit toe terzake van de commerciële transacties die de staat is aangegaan met een *buitenlandse* partij. De plaats van uitvoering speelt bij de immuniteitsverlening inzake overeenkomsten dus geen rol meer. Maar blijkbaar kan een Staat ten aanzien van puur interne overeenkomsten nog wel bezwaar maken als een andere staat zich daarmee bemoeit. Ten aanzien van arbeidsovereenkomsten is het alsnog toekennen van een beroep op immuniteit op basis van de nationaliteit van de werknemer nader ingeperkt – zie hierover nader paragraaf 6. Voor de overige hier genoemde soort geschillen is eis met betrekking tot het bestaan van een territoriale band met het forum eigenlijk niet gewijzigd.⁴⁵

Hoe deze samenhang tussen immuniteit en territorialiteit in de praktijk uitpakt, kan worden geïllustreerd aan de hand van het hierboven besproken conflict tussen Azeta en de staat Chili. In dit geschil was sprake van een overeenkomst tussen een Chileense onderneming (El Canelo) en de Chileense staat inzake de exploitatie

⁴⁴ J. Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter*, W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 8. Zij vindt daarin o.a. Franx (boekbespreking *WPNR*, nr. 6505 en 6506, 2002., p. 699) tegenover zich. Zie over deze discussie o.a. Van der Plas 2005, p. 267.

⁴⁵ Voor arbeidsovereenkomsten geldt nog steeds als eis dat deze (geheel of gedeeltelijk) in de forumstaat moeten worden uitgevoerd. Zie art. 11. Voor onrechtmatige daden, zie art. 12; voor onroerende zaken, art. 13(a).

van grondstoffen. De claim van Azeta was deels gegrond op deze puur Chileense overeenkomst. De bevoegdheid van de Nederlandse rechter kon in dit geval uitsluitend worden gebaseerd op de woonplaats van de eiser (art. 126 lid 3 Rv oud) – een erkend exorbitante bevoegdheidsgrondslag. Zowel onder het Europese verdrag van 1972 als onder de nieuwe regeling van het VN-verdrag 2004 zou Chili derhalve een beroep op immuniteit toekomen, en wel onafhankelijk van het al dan niet commerciële karakter van de exploitatieovereenkomst. Voor zover Azeta zijn claim mede baseert op onrechtmatige daad, zal eveneens immuniteit moeten worden verleend, nu omdat de verweten gedragingen zich geheel in Chili hebben afgespeeld.

Hoe kunnen deze extra eisen met betrekking tot wat primair een internationaal privaatrechtelijke probleem is – te weten de rechtsmacht van de rechter – verklaard worden binnen het leerstuk van de immuniteit? Het onderscheid tussen *acta iure imperii* en *acta iure gestionis* levert daarvoor, zoals gezegd, geen afdoende verklaring.⁴⁶ Deze kan mijns inziens wel gevonden worden in het geheel van overwegingen die aan het verlenen van immuniteit ten grondslag liggen.

Het credo *par in parem* heeft blijkbaar niet uitsluitend betrekking op de overheid voor zover deze typische overheidshandelingen verricht. Aan de overheid en haar vertegenwoordigers wordt ook in hun privaatrechtelijke handelen – tot op zekere hoogte – een bijzondere positie toegekend.⁴⁷ De immuniteit wordt slechts doorbroken als de overheid zelf in haar handelen de rechtsorde van een andere staat (of andere staten) heeft betreden. Dit kan – in navolging van het Amerikaanse bevoegdheidsrecht – worden beschouwd als een vorm van vrijwillige onderwerping.⁴⁸ Heeft een dergelijke impliciete onderwerping niet plaatsgevonden, dan kan de rechter van een andere staat slechts bevoegdheid uitoefenen in geval van expliciete instemming van de gedaagde staat.⁴⁹ In zoverre past de territoriale bepaaldheid van de doorbreking van de immuniteit dus binnen de internationaalrechtelijke grondslagen daarvan. Dit komt ook terug bij de bespreking daarvan in de internationaalrechtelijke literatuur, waarin wel wordt gesteld dat de immuniteitsleer deel uitmaakt van de bevoegdheidsverdeling tussen staten.⁵⁰

⁴⁶ Zie Fox 2008, pp. 49-50.

⁴⁷ Zie o.a. de 'Calvo doctrine' (Calvo, *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, Paris, 1868) en de 'Calvo clause' in contracten tussen (meest Latijns-Amerikaanse) overheden en buitenlandse investeerders waarin de laatste zich onvoorwaardelijk onderwerpen aan de jurisdictie van de fora van de contracterende staat. Vergelijk ook het *contrat administratif* binnen het Franse recht, waarin bepaalde overeenkomsten met de staat (en soms zelfs met een particulier die overheidsbevoegdheden uitoefent) als een aparte categorie overeenkomsten worden beschouwd die zijn onderworpen aan het administratieve recht en de administratieve rechtspraak <<http://www.decision-achats.fr/Definitions-Glossaire-Achats/Contrat-administratif-6552.htm>>. Dit type administratieve contracten vindt erkenning in art. 4 lid 2(c) van de Europese Overeenkomst van 1972, *Trb.* 1973, 43. Zie ook Van Alebeek in Hornbach 2007, pp. 238, 240 en Fox 2008, pp. 743-745 mn met betrekking tot rechtsmacht.

⁴⁸ Zie Fox 2008, pp. 52 en 477.

⁴⁹ Het VN-verdrag van 2004 bevat in art. 7-9 gedetailleerde bepalingen over de vraag wanneer een staat geacht wordt in te stemmen met de rechtsmacht van de rechter van een andere staat.

⁵⁰ Zie hierboven, para. 2.

Daarnaast houdt de immuniteitsverlening bij ambassades verband met het ongestoord uitoefenen van de aan de ambassade toevertrouwde taken (*ne impediatur legatio*). Ook dit aspect – mede geworteld in de goede betrekkingen tussen staten – noopt tot terughoudendheid in de beoordeling van conflicten die betrekking hebben op het functioneren van de ambassade. Dit aspect is met name relevant voor arbeidsgeschillen van het bij de ambassade werkzame personeel, maar kan ook een rol spelen bij bijv. aansprakelijkheidsvragen en aanbestedingen.⁵¹

Het belang van immuniteit voor de gedaagde staat moet tenslotte worden afgewogen tegen het belang van toegang tot de rechter van de private eiser. Ook bij deze afweging spelen territoriale factoren een rol. Immuniteitsverlening door de rechter van land X vormt namelijk een grotere inbreuk op het recht op effectieve toegang als van de wederpartij redelijkerwijs niet verwacht mag worden dat deze de procedure tegen Y voert voor een rechter in land Y. Terwijl deze wederpartij wel op redelijke gronden kon verwachten toegang te hebben tot de rechter van land X. Ook bij het wegen van deze verwachtingen speelt de band van het conflict met land X respectievelijk land Y een rol. Immers: hoe legitiem is de verwachting van Azeta dat de Nederlandse rechter zich zal buigen over een conflict tussen twee Chileense partijen over een investering in Chili?

Er is nog weinig bekend over het territoriale element van het fundamentele recht op toegang tot de rechter in civiele zaken. Indirect lijkt het EHRM zich er wel over uit te laten in de zaak *Cudak v. Litouwen*.⁵² In zijn uitspraak stelde het EHRM dat van een Litouwse werkneemster die was gerecruteerd in Litouwen en in Litouwen werkzaam was op basis van een overeenkomst waarin Litouws recht van toepassing was verklaard, in het algemeen niet verwacht kan worden dat zij haar arbeidsgeschil voorlegt aan een buitenlandse rechter.⁵³ De betekenis van deze overweging voor de territoriale reikwijdte van het recht op toegang is echter hoogst onzeker. Zoals reeds vermeld, maakte deze overweging onderdeel uit van de ontvankelijkheidsvraag en niet van de beoordeling van de immuniteitsverlening. Het gaat hier verder om een geval met zeer sterke banden met het forum, alleen de status van de werkgever levert een relevante connectie met een ander land op. En tenslotte zal hieronder nog blijken dat ook in een dergelijk semi-intern geval in sommige omstandigheden toch immuniteit wordt verleend. Maar het belang van de staat bij immuniteitsverlening zal zwaarwegender moeten zijn, dan ingeval ook

⁵¹ Op dit punt vertoont de ambassade gelijkenis met de internationale organisatie. De immuniteit van internationale organisaties is echter veel ruimer dan die van ambassades; zie ook het preadvies van Dekker/Ryngaert.

⁵² Eveneens indirect: *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, Appl. no. 42527/98, EHRM 12 juli 2001, *Reports of Judgments and Decisions* 2001-VIII. Over dit arrest, zie Aukje van Hoek, 'Transnational Corporate Social Responsibility: Some Issues with Regard to the Liability of European Corporations for Labour Law Infringements in the Countries of Establishment of Their Suppliers,' in A. Veldman, F. Pennings, and Y. Konijn (eds.), *Social Responsibility in Labour Relations: European and Comparative Perspectives* Austin [etc.], Kluwer Law International 2008, p. 147 e.v. Draft versie verkrijgbaar via SSRN <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113843>.

⁵³ Para. 36.

de werknemer een duidelijke band heeft met het land dat zich op de immuniteit beroept.

Het verlenen van immuniteit berust dus niet op een strikte afbakening tussen *acta iuri imperii* en *acta iure gestionis*, maar op een afweging van de relevante belangen. Als deze bredere visie op immuniteit als belangenafweging wordt gevolgd, hoeft het opnemen van territoriale criteria niet langer verbazing te wekken. Sterker nog: deze maken een integraal onderdeel uit van die afweging.⁵⁴

DISCUSSIEPUNT: Het verlenen van immuniteit berust op een afweging tussen het belang van de vreemde staat om een oordeel over het eigen handelen voor te behouden aan de eigen rechterlijke instanties en het recht van particulieren op effectieve toegang tot de rechter. De precieze aard van de overheidshandeling die aan de claim ten grondslag ligt, is daarbij wel relevant, maar niet het enige gezichtspunt. Bij de nadere invulling van de afweging spelen territoriale aankopingsfactoren een legitieme rol.⁵⁵

6. ARBEIDSCONFLICTEN

In de rechtspraak inzake immuniteit spelen arbeidsconflicten met betrekking tot ambassades en consulaten een belangrijke rol. Voor de categorie arbeidsgeschillen is zowel in de Europese Overeenkomst als in het VN-verdrag een bijzondere bepaling opgenomen. Daarbij geldt internationaal als uitgangspunt dat geen immuniteit wordt verleend voor arbeidsovereenkomsten die worden uitgevoerd binnen het forum.⁵⁶ Op dit beginsel wordt echter een aantal uitzonderingen gemaakt. De in de praktijk belangrijkste uitzondering is gebaseerd op de functie van de betrokken werknemer en zijn al dan niet ambtelijke en/of diplomatieke status. Een beroep op immuniteit kan worden gehonoreerd als de werknemer werkzaamheden vervult die nauw samenhangen met de specifieke overheidstaken van de ambassade. Het onderscheid tussen *acta iure imperii* en *acta iure gestionis* wordt bij arbeidsverhoudingen dus in belangrijke mate ingevuld aan de hand van de door de werknemer uitgeoefende functie. Op deze grond wordt als uitgangspunt gehanteerd dat er wel immuniteit kan worden toegekend ten aanzien van arbeidsverhoudingen van leden van de diplomatieke staf en geen immuniteit ten aanzien van arbeidsgeschillen met werknemers in een louter ondersteunende functie, zoals bodes, chauffeurs, tuinmannen en butlers. Bij secretaresses en andere leden

⁵⁴ Fox 2008, p. 743, verwijst expliciet naar een te ruime bevoegdheidsgrondslag in het IPR als oorzaak voor conflicten op het gebied van het immuniteitsrecht. 'It is for consideration whether the requirement of a jurisdictional link with the forum State may not be a more convincing basis [dan het onderscheid *acta iure imperii* en *acta iure gestionis*, AH] at the present stage of the development of international law for the limitation of exceptions to the general rule of immunity.'

⁵⁵ Fox 2008, o.a. p. 63.

⁵⁶ Europese Overeenkomst 1972, art. 5; VN-verdrag, art. 11.

van de technische en administratieve staf wordt betekenis gehecht aan de precieze inhoud van de functie.⁵⁷

De rechtspositie van ambassade medewerkers raakt aan diplomatieke immuniteit – een leerstuk dat in belangrijke mate verdragsrechtelijk is geregeld. Zieck beschrijft de drie theorieën die aan diplomatieke immuniteit ten grondslag worden of werden gelegd. Een daarvan is de inmiddels als achterhaald te beschouwen extraterritorialiteits-fictie.⁵⁸ Binnen die theorie werd de ambassade geacht geen onderdeel uit te maken van het grondgebied van de gaststaat. Parallel hieraan werden conflicten met betrekking tot ambassadepersoneel door het EHRM beschouwd als vallende buiten de jurisdictie van de gaststaat. Deze extraterritorialiteits-fictie is inmiddels verlaten: de ambassade ligt wel degelijk binnen het territoir van de gaststaat maar heeft een bijzondere, onschendbare status. Nog wel geldigheid heeft de theorie waarbinnen de ambassade als vertegenwoordiger van de staat wordt gezien. De aan de ambassade verleende immuniteiten zijn dan een verlengstuk van de staatsimmuniteit. De alternatieve theorie is die van de functionele noodzakelijkheid. Binnen die theorie wordt aan ambassades en consulaten die mate van immuniteit verleend die noodzakelijk is voor het functioneren ervan.

De theorie inzake de functionele noodzakelijkheid vertoont verwantschap met die inzake de immuniteit van internationale organisaties – zie preadvies Dekker/Ryngaert.⁵⁹ Ook in de discussie ten aanzien van internationale organisaties zijn overigens de precieze grenzen van de immuniteit onduidelijk en wordt er een onderscheid gemaakt tussen de belangrijkste functionarissen van de organisatie (met diplomatieke status), technische en administratieve staf waaronder secretaresses en ondersteunend personeel/service staff zoals chauffeurs, tuinmannen, butlers en portiers – zie preadvies Dekker/Ryngaert. Ook het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer van 18 april 1961⁶⁰ maakt een onderscheid tussen deze drie categorieën.⁶¹

Het VN-verdrag van 2004 verwijst in de bepaling over arbeidsovereenkomsten nadrukkelijk naar het diplomatieke recht: in artikel 11 lid 2 wordt de principiële afwezigheid van immuniteit in arbeidszaken beperkt ten aanzien van diplomatiek ambtenaren (2-b-i), consulaire ambtenaren (2-b-ii), leden van het diplomatieke personeel van een permanente vertegenwoordiging van de staat bij een internationale

⁵⁷ In het in 1999 verschenen boek *International Law and The Hague's 750th Anniversary* (W.P. Heere (ed.), Den Haag, T.M.C. Asser Press) zijn over dit onderwerp drie bijdragen gepubliceerd, geschreven door P.J.I.M. de Waart, W.Gloor en Y.M. Schrevelius. Zie ook Spiegel 2001, p. 67 e.v.; Van der Plas 2005, pp. 271-273 en CAVV 2006, p. 19 e.v. Voor een rechtsvergelijkende analyse, zie ook H. Fox, 'Employment Contracts as an Exception to State Immunity: Is All Public Service Immune?', *British Yearbook of International Law* 1996, p. 97 e.v.; een ook al wat ouder, maar invloedrijk artikel is dat van R. Garnett, 'State Immunity in Employment Matters', *JCLQ* 1997, p. 81 e.v.

⁵⁸ Zieck in Horbach 2007, p. 275 e.v.

⁵⁹ Internationale organisaties kennen een eigen systeem, gebaseerd op de toelatingsovereenkomst tussen organisatie en gaststaat.

⁶⁰ *Trb.* 1961, 101.

⁶¹ Zie art. 1 en art. 37, *Trb.* 1962, 101.

organisatie, leden van bijzondere missies en vertegenwoordigers bij diplomatieke conferenties (2-b-iii) alsmede andere personen die diplomatieke immuniteit genieten (2-b-iv).⁶² Helemaal duidelijk is deze laatste verwijzing niet, nu onder het Weens verdrag inzake diplomatiek verkeer van 1961 zelfs de ondersteunende staf nog enige vorm van immuniteit geniet.⁶³ Voor zover deze medewerkers geen onderdaan of ingezetene zijn van de gaststaat, genieten ze namelijk immuniteit ten aanzien van in functie verrichte handelingen. Het lijkt er echter op dat lid 2(b)(iv) geen betrekking heeft op ondersteunende staf van ambassades en consulaten, maar ziet op personen met een bijzondere diplomatieke status die in rang vergelijkbaar is met de in artikel 11 lid 2(b) specifiek genoemde personen, zoals ambassadeurs en vertegenwoordigers van de staat op een diplomatieke conferentie.⁶⁴ De Europese Overeenkomst bevat de expliciete uitzondering voor diplomatieke ambtenaren niet, maar lijkt dit probleem op indirecte wijze te hebben opgelost door immuniteit te verlenen ten aanzien van arbeidsgeschillen met werknemers die de nationaliteit van de zendstaat hebben.⁶⁵

Het leidt inmiddels geen twijfel dat conflicten met de diplomatieke staf van een ambassade onder de immuniteit valt. Een andere grondslag voor deze uitsluiting van jurisdictie van de gaststaat wordt wel gevonden in de ambtelijke status van deze medewerkers. Dit argument speelde ook in de *Cudak* zaak van het EHRM: ambtenaren zijn namelijk tot op zekere hoogte uitgesloten van de bescherming van artikel 6 EVRM. Deze uitsluiting is echter in de loop der jaren sterk beperkt. In de zaak *Vilho Eskelinen and others v. Finland* heeft het EHRM zijn voorgaande rechtspraak in belangrijke mate herzien.⁶⁶ In dat arrest formuleert de Grote Kamer twee criteria: de uitsluiting moet expliciet zijn voorzien in het nationale recht en deze uitsluiting moet zijn te rechtvaardigen op objectieve gronden van nationaal belang. Hiervoor is niet alleen de functie van de werknemer doorslaggevend, ook de aard van het geschil moet aanleiding geven tot het maken van een uitzondering op artikel 6. Ten aanzien van het functionele criterium – dat eerder was geformuleerd in de *Pellegrin* zaak – wordt overigens steun gezocht bij de rechtspraak van het Hof van Justitie EU inzake de openbare dienst exceptie in het vrij verkeer van werknemers en diensten binnen de EU.⁶⁷

⁶² Zie ook de 'Understanding' ten aanzien van art. 11 in de bijlage bij de Convention; CAVV 2006, p. 20.

⁶³ Zie art. 37.

⁶⁴ Dit valt af te leiden uit de ontwerp-artikelen waarin de vertegenwoordigers bij internationale conferenties nog als voorbeeld golden van de categorie 'overige personen.' Zie CAVV 1999, para. 2.3.3. Echter, het is lastig om een scenario te bedenken waarin een tijdelijk naar Nederland gezonden ambtenaar die deelneemt aan de onderhandelingen in bijv. de Haagse Conferentie voor IPR in geval van geschil met zijn werkgever toegang zou hebben tot de Nederlandse rechter. Deze heeft dan immers geen rechtsmacht in de IPR betekenis van het woord.

⁶⁵ Het Verdrag inzake Wenen gaat er namelijk van uit dat diplomaten in beginsel de nationaliteit van de zendstaat hebben. Zie art. 8.

⁶⁶ Grand Chamber 19 april 2007, Appl. no. 63235/00.

⁶⁷ Para. 62. Over de rechtspraak van het HvJ EU inzake de publieke dienst exceptie, zie N. Beenen, *Citizenship, Nationality and Access to Public Service Employment*, Groningen, Europa Law

Intussen wordt in het commentaar van de International Law Commission op de ontwerp-artikelen voor het VN-verdrag verduidelijkt dat naast geaccrediteerde officials met name 'private secretaries, code clerks, interpreters, translators and other persons entrusted with functions related to state security or basic interests of the state' binnen de immuniteit zullen vallen. Dit op grond van de in artikel 11 lid 2(a) opgenomen uitzondering met betrekking tot 'de werknemer [die] is aangesteld voor het vervullen van bepaalde functies in de uitoefening van bevoegdheden van de overheid.' De CAVV stelt in zijn advies uit 2006 vast dat deze afbakening, voor zover kan worden nagegaan, aansluit bij de Nederlandse jurisprudentie.⁶⁸

Op diverse fronten woedt er dus een discussie over de rechtsbescherming van werknemers en functionarissen binnen overheidsorganisaties (en internationale organisaties). Wat de toegang tot de rechter betreft spelen hierbij zowel de functie van de werknemer als de precieze aard van het geschil een rol. In de discussie inzake staatsimmuniteit is dat niet anders. Echter, hier komt er ook nog een territoriaal/personeel element bij. De Europese Overeenkomst verleent alsnog immuniteit in arbeidsgeschillen als de werknemer de nationaliteit van de zendstaat heeft maar ook als de werknemer noch onderdaan noch permanent ingezetene van de gaststaat is. Deze nationaliteitsdiscriminatie is al geruime tijd voorwerp van kritiek.⁶⁹ Het VN-verdrag van 2004 beperkt deze uitzondering dan ook en wel tot onderdanen van de zendstaat die geen permanent ingezetene van de gaststaat zijn. Het zal dan in het algemeen gaan om uitgezonden werknemers – expats. Ten aanzien van deze groep kan verdedigd worden dat hun arbeidsovereenkomsten onder de Rome I Verordening beheerst worden door het recht van de zendstaat. Dit maakt het logischer en acceptabeler om de werknemer ingeval van conflicten naar de rechter van de zendstaat te verwijzen. Ook de CAVV tekent tegen deze uitzondering geen bezwaren aan.

Dat is anders ten aanzien van de vraag of de aard van het geschil en/of de eis een grondslag kan en moet zijn om (alsnog) immuniteit te verlenen. In het VN-verdrag worden in artikel 11 lid 2(d) geschillen met betrekking tot het verlenen of verlengen van de aanstelling alsmede herstel van de dienstbetrekking uitgesloten van jurisdictie in de gaststaat. Artikel 11 lid 2(e) voegt daar ontslagprocedures aan toe voor zover dergelijke procedures – in de ogen van de vertegenwoordigers van de zendstaat – inbreuk zouden maken op de veiligheidsbelangen van de zendstaat. De CAVV heeft grote bezwaren tegen deze twee uitzonderingen en geeft er de voorkeur aan om de Nederlandse rechter ook op deze punten – marginaal – te laten toetsen. Hiervoor verwijst het advies naar een uitspraak van de Hoge Raad en de latere invulling van de in dit arrest ingezette lijn door de Rechtbank Den

Publishing 2001. Ook voor de verdere beperking van de uitsluiting zoekt het EHRM aansluiting bij het HvJ EU. Zie para. 60. Overigens hebben vijf rechters een dissenting opinion toegevoegd omdat ze van mening waren dat art. 6 in casu niet van toepassing was op basis van het functionele criterium uit de *Pellegrin* zaak.

⁶⁸ CAVV 2006, para. 65, p. 20.

⁶⁹ Zie o.a. CAVV 1999.

Haag. De zaak *Van der Hulst v. VS* (HR 22 december 1989 *NJ* 1991, 70) betrof een Nederlandse die als secretaresse was aangenomen bij de Amerikaanse ambassade onder voorbehoud van de uitslag van een veiligheidsonderzoek. Toen dit onderzoek een in de ogen van de werkgever ongunstige uitslag gaf, werd de arbeidsverhouding beëindigd. De Hoge Raad honoreerde vervolgens het beroep op immuniteit.⁷⁰

De Rechtbank Den Haag bracht in een uitspraak in hoger beroep van 2002 een belangrijke nuancering aan op de door de Hoge Raad ingezette lijn.⁷¹ In deze zaak was er sprake van langdurige ziekte naar aanleiding van een arbeidsconflict. De betrokkene was als computer-assistent werkzaam op de ambassade van de VS. In 1997 viel hij uit na een conflict met zijn nieuwe leidinggevende. Bij betermelding na een ziekteperiode van ca. anderhalf jaar werd de werknemer de toegang tot de werkplek ontzegd. Vervolgens werd het 27-jarige dienstverband door de VS beëindigd. De rechtbank kende in hoger beroep een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag toe van afgerond HFL 270.000. De rechtbank houdt rekening met de bijzondere positie van de ambassade waar het de doorgevoerde reorganisatie van de ICT afdeling betreft en het door toelating van de werknemer tot de werkplek eventueel opgeroepen veiligheidsrisico. De door de VS aangevoerde veiligheidsaspecten leidden echter niet tot immuniteitsverlening, maar tot de niet-toetsbaarheid van de daarop betrekking hebbende overwegingen van de vreemde staat.⁷² Een en ander staat echter volgens de rechtbank een beoordeling van het ontslag op kennelijke onredelijkheid niet in de weg.

Het door de rechtbank gemaakte onderscheid klinkt sympathiek en wordt ook door verschillende auteurs ondersteund – zowel in Nederland als internationaal. De vraag is echter of het naar Nederlands recht haalbaar is om de twee elementen te scheiden. Met andere woorden: kan de reden van het beëindigen van de arbeidsverhouding werkelijk worden losgekoppeld van de vraag of een ontslagvergoeding dient te worden toegekend en zo ja, in welke hoogte?⁷³ Als de relevante bepalingen van het BW erop worden nageslagen, blijkt dit niet het geval te zijn. De bepaling die in deze relevant is, is artikel 7:681 BW, dat betrekking heeft op kennelijk onredelijk ontslag. Terwijl vroeger deze bepaling wel gebruikt werd om een standaard afvloeiingsregeling op basis van de kantonrechttersformule toe te kennen,⁷⁴ is recent de jurisprudentiële norm voor toepassing van deze bepaling aangescherpt.⁷⁵ Toekenning van een schadevergoeding is alleen mogelijk als het ontslag kennelijk

onredelijk is, terwijl het niet betalen van een ontslagvergoeding het ontslag op zichzelf nog niet onredelijk maakt.⁷⁶ Er moeten dus bijkomende omstandigheden zijn, waarop de onredelijkheid is gebaseerd.⁷⁷ Ook de hoogte van de eventueel toe te kennen schadevergoeding is in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het is in mijn bescheiden praktijkervaring⁷⁸ dan ook extreem moeilijk om dergelijke zaken te beoordelen zonder vergaande informatie over het handelen van alle betrokkenen in de periode voorafgaande aan het ontslag. Daar komt bij dat arbeidsconflicten die voor de rechter belanden, menigmaal zijn veranderd in een partijtje moddergooien. Dit kan zeer problematisch worden als de tegenspelers van de werknemer een diplomatieke status genieten. De casusposities in de zaken *Fogarty* en *Cudak* kunnen dat illustreren.

In de *Fogarty* zaak had de werkneemster geklaagd over discriminatie op grond van geslacht en meer specifiek over seksuele intimidatie door haar baas. Ook Cudak had geklaagd over seksuele intimidatie door een meerdere die blijkens de stukken deel uitmaakte van de diplomatieke staf van de ambassade. Bijzonder aan deze zaken was, dat in beide gevallen de werkneemster eerder al een klacht had ingediend over de seksuele intimidatie als zodanig. In die procedure – waarin de werkneemster in het gelijk was gesteld – had de vreemde staat inhoudelijk verweer gevoerd. Het beroep op immuniteit volgde pas in een tweede procedure die – ook weer in beide gevallen – betrekking had op het beëindigen van de arbeidsverhouding in de nasleep van de eerdere procedure.⁷⁹ Dit lost wel enige problemen op maar neemt niet weg dat de kern van beide geschillen is gelegen in het gedrag van een diplomaat die zelf immuniteit geniet van zowel strafrechtelijke als civielrechtelijke procedures. De werkneemster zou dus in geen geval de baas zelf direct kunnen aanspreken op zijn handelen omdat dit het goede functioneren van de diplomatieke dienst in de weg zou staan.⁸⁰ De immuniteit van de diplomaat is verstrekkend en bestrijkt, behoudens een aantal specifieke uitzonderingen, ook particuliere geschillen als echtscheidingen en verkeersongevallen. Daarnaast kan de diplomatieke ambtenaar ook niet verplicht worden als getuige te verschijnen.⁸¹ Over de band van het arbeidsgeschil kan het gedrag van een diplomatiek ambtenaar echter wel degelijk in de openbaarheid en voor de rechter van het forum gebracht wor-

⁷⁰ Spiegel 2001, p. 71, CAVV 2006, p. 22.

⁷¹ Rb. Den Haag, 25 september 2002, *Praktijkids* 2002, no. 5959.

⁷² Dit is vergelijkbaar met de Amerikaanse Act of State doctrine, volgens welke de geldigheid van officiële handelingen van vreemde staten, verricht binnen het eigen territorium in beginsel niet ter beoordeling van de forumrechter staat. Over het verschil tussen immuniteit, act of state, political question en andere vormen van non-justiciability, zie Fox 2008, p. 100 e.v. en Van der Plas 2005, p. 363 e.v.

⁷³ Dit onderscheid wordt overigens ook gemaakt in de EVRM rechtspraak over ambtenaren, met name in de tijd voor het *Pellegrini*-arrest en na het arrest *Vilho Eskelinen*.

⁷⁴ De rechtbank in de hierboven aangehaalde zaak had de schadevergoeding berekend aan de hand van de kantonrechttersformule.

⁷⁵ Zie o.a. Tekst en Commentaar Arbeidsrecht, art. 7:681 BW (Luttmer-Kat).

⁷⁶ HR 12 februari 2010, *LJN* BK4472, *NJ* 2010, 494.

⁷⁷ Voor de kennelijke onredelijkheid geldt dit in het bijzonder voor toetsing aan het 'gevolgen' criterium waarbij de rechter beoordeelt of er sprake is van onevenredigheid tussen het belang van de werkgever bij beëindiging en de daarmee samenhangende negatieve gevolgen voor de werknemer.

⁷⁸ Sinds januari 2007 ben ik raadsheer-plaatsvervanger in de arbeidsrechtkamer van het Hof Den Bosch.

⁷⁹ Het gaat dus over victimisatie: het stellen van een sanctie op het gebruik maken van het klachtrecht in de gelijke behandelingswetgeving.

⁸⁰ Hierbij speelt het risico van aantasting van de waardigheid van de diplomaat als vertegenwoordiger van de staat ook een rol. Vgl. CAVV 2011, p. 16.

⁸¹ Weens verdrag 1961, *Trb* 1962, 101, art. 31. 1. A diplomatic agent shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State. He shall also enjoy immunity from its civil and administrative jurisdiction, except in the case of: ... ; 2. A diplomatic agent is not obliged to give evidence as a witness.

den. De zendstaat kan zich daar dan op grond van het VN-verdrag niet tegen verzetten, nu slechts aanstellingsgeschillen en ontslag om veiligheidsredenen specifiek zijn geregeld. Daarin schuilt minst genomen een inconsistentie waarover in de literatuur maar weinig is terug te vinden.

Al met al kan worden geconcludeerd dat arbeidsconflicten van personeel van ambassades en consulaten een hoogst relevant maar zeer ingewikkeld onderdeel zijn van de immuniteitsdiscussie. Artikel 11 beoogt de belangrijkste aspecten daarvan te regelen, maar lost niet alle problemen op. In het algemeen wordt de bepaling als een vooruitgang gezien – met name voor zover de discriminatie op grond van nationaliteit in belangrijke mate is beperkt in vergelijking met de Europese Overeenkomst.⁸² Verschillende auteurs pleiten ervoor om – in aansluiting tot de rechtsontwikkeling – de bepaling zo uit te leggen dat er bij de immuniteitsverlening een onderscheid wordt gemaakt tussen de redenen voor een gegeven ontslag en de financiële afwikkeling daarvan. Een dergelijk onderscheid is naar Nederlands recht echter maar beperkt haalbaar.

DISCUSSIEPUNT: De in de literatuur en rechtspraak voorgestane splitsing tussen de beoordeling van de geldigheid van een gegeven ontslag en de financiële afwikkeling daarvan, stuit in de Nederlandse praktijk op problemen door de nauwe samenhang tussen de twee onderwerpen. Als de ontslagreden niet toetsbaar is om reden van immuniteit, biedt het desondanks toegang bieden tot de rechter schijnbescherming.

7. AMBTSHALVE TOEPASSING

Immuniteit is een recht dat toekomt aan de gedaagde staat, die er ook afstand van kan doen. Het leerstuk staat er niet aan in de weg dat een staat zich vrijwillig aan de rechtsmacht van een vreemde rechter onderwerpt. Het VN-verdrag van 2004 bevat dan ook in Artikel 7-9 gedetailleerde bepalingen over de vraag wanneer een staat geacht wordt in te stemmen met het uitoefenen van rechtsmacht door de rechter van een andere staat. Artikel 7 regelt gevallen van uitdrukkelijke instemming: een staat kan bij verdrag, bij schriftelijke overeenkomst of door een verklaring in een specifiek geding akkoord gaan met de uitoefening van rechtsmacht door het forum. Maar ook de proceshouding van de staat kan een beroep op immuniteit in de weg staan: dit kan gelden als impliciete instemming. Er is geen beroep op immuniteit mogelijk als de staat de procedure zelf is begonnen (art. 8 lid 1(a)). Op grond van artikel 9 kan de staat er geen bezwaar maken dat de wederpartij in een procedure een eis in reconventie instelt, als de staat zelf de procedure is gestart of zich daarin heeft gevoegd. Daarnaast bepaalt artikel 8 nog dat een staat die opkomt in het geding of enige andere maatregel heeft getroffen ten aanzien van de

inhoud ervan geen beroep meer heeft op immuniteit. Alleen als de staat pas in de loop van de procedure kennis neemt van feiten waarop hij zijn immuniteit had kunnen gronden, is bij uitzondering ook later in de procedure een beroep op immuniteit mogelijk. In het geval de staat zich voegt in een reeds lopend geding geldt dat niet als afstand van het recht op immuniteit als de staat uitsluitend is opgekomen in het geding om zich op immuniteit te beroepen dan wel ter veiligstelling van zijn recht op of belang in de eigendommen die voorwerp zijn van het geschil.

Hoewel op grond van artikel 6 de forumstaat moet verzekeren dat zijn gerechten eigener beweging vaststellen dat de immuniteit van andere staten wordt geëerbiedigd, is een ambtshalve onderzoek van de immuniteit dus niet nodig als de gedaagde staat opkomt in de procedure zonder een beroep te doen op immuniteit. Dit maakt een beroep op immuniteit in hoge mate tot een persoonlijk verweermiddel van de gedaagde staat.⁸³ In tegenspraak daarmee moet in verstekzaken de rechter ambtshalve controleren of 'dit Verdrag hem niet belet zijn rechtsmacht uit te oefenen'.⁸⁴

Op dat laatste punt is het Nederlandse recht duidelijk afwijkend. De Hoge Raad verklaart in het arrest *Azeta 2* (r.o. 3.5.3): 'Na verstekverlening dient de rechter ambtshalve te onderzoeken of hij internationaal bevoegd is tot kennisneming van de zaak. Indien hem ter zake van het voorgelegde geschil in beginsel rechtsmacht toekomt, heeft hij het geschil te berechten, ook als de verweerder een soevereine staat is, behoudens voorzover de verweerder tijdig een gegrond beroep op het privilege van jurisdictionele immuniteit heeft gedaan. De rechter is niet verplicht ambtshalve te onderzoeken of de omstandigheden van het gegeven geval een dergelijk beroep wettigen (vgl. HR 25 november 1994, nr. 15522, *LJN* ZC1554, *NJ* 1995/650), maar hij is daartoe in verstekzaken wel bevoegd.' Als de vreemde staat meent dat in een verstekzaak ten onrechte geen immuniteit is toegekend, dient deze tijdig tegen het vonnis in verzet te komen. Van de vreemde staat wordt dus naar Nederlands recht een actieve houding vereist in geval er een procedure tegen hem wordt gestart.

Daar staat tegenover, dat de Nederlandse Staat een procedure tegen een vreemde staat actief kan voorkomen door het uitbrengen van de dagvaarding te blokkeren. Artikel 3(a) van de Gerechtsdeurwaarderswet bepaalt namelijk dat de gerechtsdeurwaarder die een opdracht ontvangt tot het verrichten van een ambtshandeling ten aanzien waarvan hij redelijkerwijs rekening moet houden met de mogelijkheid dat het verrichten daarvan in strijd is met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat, aanstonds de minister van justitie van de ontvangen opdracht in kennis moet stellen. De minister kan vervolgens het stellen van de ambtshandeling blokkeren. Deze rechtmatigheid van deze blokkade kan door geïnteresseerde partijen worden voorgelegd aan de rechter. Het laatste woord over de vraag of een vreemde staat of een organisatie recht heeft op immuniteit van (rechtspraak en) executie

⁸² Fox 2008, p. 742 onder verwijzing naar Denza, *Diplomatic Law*, 2008; CAVV 1999, para. 2.3.5.

⁸³ Over het verschil tussen de kwalificatie als *rationae personae* dan wel *rationae materiae*, zie Fox 2008, p. 482.

⁸⁴ Art. 23 lid 1(c).

ligt daarmee bij de (civiele) rechter.⁸⁵ De betreffende bepaling is ingevoegd in 2001⁸⁶ en vindt zijn oorsprong in de perikelen rond de faillietverklaring van Zaïre en Suriname in 1988 en '89.⁸⁷ Deze incidenten waren aanleiding om de Nederlandse regering meer mogelijkheden te geven om in te grijpen in civiele procedures tegen vreemde staten. Het feit dat ingrijpen uitsluitend ambtshalve geschiedt, benadrukt het publieke karakter van de bevoegdheid. Partijen kunnen er niet om verzoeken.⁸⁸

Het leerstuk van de staatsimmunitet heeft dus in Nederland een hybride karakter. De Hoge Raad benadrukt dat het om een privilege van de vreemde staat gaat, dat zelfs in verstekzaken niet ambtshalve hoeft te worden toegepast. Artikel 3(a) van de Gerechtsdeurwaarderswet is daarentegen gebaseerd op de gedachte dat bij immunitetsverlening ook een openbare belang van de Nederlandse Staat is betrokken.⁸⁹

De CAVV heeft in een advies uit 2011 aanbevolen om ook in Nederland tot ambtshalve toetsing over te gaan.⁹⁰ De Commissie verwijst daarbij naar het wetsvoorstel 'Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie'. Daarin is een wijziging opgenomen van artikel 1 Rv. Deze bepaling, die onderdeel is van de afdeling inzake de rechtsmacht van de Nederlandse rechter, luidt nu: 'Onverminderd het omtrent rechtsmacht in verdragen en EG-verordeningen bepaalde, wordt de rechtsmacht van de Nederlandse rechter beheerst door de volgende bepalingen.' Dit artikel heeft een signaleringsfunctie: de bepaling is niet nodig om te verzekeren dat verdragen en verordeningen voorrang hebben op de regeling van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering – dat volgt immers uit ons staatsrecht respectievelijk het Europese Unie-recht – maar wijst de rechtsbeoefenaar slechts op het bestaan van deze hogere regelingen. Het is de bedoeling om in dit artikel na «bepaalde» in te voegen: 'en onverminderd artikel 13(a) van de Wet algemene bepalingen'. In de memorie van toelichting zegt de minister hierover: 'Met het opnemen van een verwijzing naar artikel 13(a) Wet AB in artikel 1 Rv is beoogd de rechtstoepasser nadrukkelijker te wijzen op het bestaan van volkenrechtelijke immuniteten van jurisdictie. Daarmee voorziet het wetsvoorstel in een signaleringsfunctie waaraan behoefte bestaat. Het komt regelmatig voor dat een in rechte betrokken partij die aanspraak kan maken op volkenrechtelijke immunitet (bijv. een vreemde Staat of een volkenrechtelijke organisatie) ervoor kiest om – op grond van die immunitet – niet voor de rechter te verschijnen. In dat geval gaat de rechter bij de ambtshalve toetsing van zijn rechtsmacht niet altijd na of sprake is van een volkenrechtelijke immunitet. Dit kan leiden tot politieke problemen van de Nederlandse staat en aansprakelijkstelling voor het niet naleven van zijn volkenrechtelijke immunitets-

verplichtingen. De grotere nadruk die artikel 13(a) Wet AB krijgt door in artikel 1 Rv een verwijzing naar die bepaling op te nemen, kan voorkomen dat rechtsmacht wordt aanvaard in strijd met de volkenrechtelijke immunitetsverplichtingen van de Nederlandse Staat.'

De overweging in de memorie van toelichting is om verschillende redenen opvallend. Ten eerste wordt het immunitetsleerstuk nadrukkelijk onderdeel gemaakt van de vraag naar de (internationaal-privaatrechtelijke) rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Dit is dogmatisch minder zuiver en ook uit praktisch oogpunt niet wenselijk. Ten tweede lijkt de overweging ervan uit te gaan dat ambtshalve toetsing in verstekzaken reeds is voorgeschreven op grond van het ongeschreven internationale recht. Deze vooronderstelling wordt echter niet gedeeld door de Hoge Raad. Het is pikant dat de uitspraak van de Hoge Raad is gegeven op 26 maart 2010 terwijl de memorie van toelichting is uitgebracht op 3 augustus 2009. De latere uitspraak van de Hoge Raad heeft niet geleid tot aanpassing van het voorstel⁹¹, terwijl dit mijns inziens wel voor de hand had gelegen. Immers: nu artikel 1 Rv slechts een signaleringsfunctie heeft, zal het vermelden van artikel 13(a) Wet AB daarin geen nieuwe verplichtingen (namelijk tot ambtshalve toetsing) voor de rechter met zich meebrengen.

DISCUSSIEPUNT: De plicht om in verstekzaken ambtshalve te toetsen op volkenrechtelijke immunitet dient in een afzonderlijke wetsbepaling te worden opgenomen. Daarbij dient het onderscheid tussen rechtsmacht en immunitet in acht te worden genomen. De voorgestelde wijziging van artikel 1 Rv is dan ook inadequaat.

8. IMMUNITEIT VAN EXECUTIE⁹²

Het recht op effectieve toegang tot de rechter zoals dat is gegarandeerd in artikel 6 EVRM brengt ook een recht mee op daadwerkelijke executie van een eenmaal gewezen vonnis. In diverse uitspraken heeft het EHRM benadrukt dat 'execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an integral part of the "trial" for the purposes of Article 6.'⁹³ Waar het vonnissen tegen staten betreft, is tenuitvoerlegging echter allerm minst vanzelfsprekend. Naast immunitet van jurisdictie bestaat er immers ook immunitet van executie en deze laatste is tamelijk veelomvattend. Hoewel absolute immunitet – buiten het kader van de Europese Overeenkomst⁹⁴ – niet meer wordt aangenomen, vallen alle goederen bestemd voor

⁸⁵ Zie ook *Kamerstukken II*, 23 081, nr. 8 (Nota n.a.v. het Nader Verslag).

⁸⁶ *Stb.* 2001, 71.

⁸⁷ Voor Zaïre, zie *NIPR* 1988 nr. 407, voor Suriname HR 19 april 1989, *NJ* 1991, 247.

⁸⁸ Zie *Kamerstukken II*, 23 081, nr. 9 (Tweede Nota van Wijziging).

⁸⁹ Zie voor dit laatste ook MvT Evaluatiewet modernisering rechterlijke organisatie, *Kamerstukken II*, 32012, nr. 3.

⁹⁰ CAVV 2011, p. 39.

⁹¹ Zie Gewijzigd Voorstel van Wet, *Kamerstukken I*, 32012, nr. A.

⁹² Voor deze paragraaf is dankbaar gebruik gemaakt van de scriptie van Sterre Boom, *Tenuitvoerlegging van een executoriale titel tegen een vreemde staat*, UvA 2011.

⁹³ Zie bijv. *Hornsby v. Griekenland*, EHRM 19 maart 1997, Appl. no. 18357/91, *Reports* 1997-II, para. 40 en *Immobiliare Saffi v. Italy*, EHRM 28 juli 1999, Appl. no. 22774/93, *Report of Judgments and Decisions* 1999-V, para. 63.

⁹⁴ De Europese Overeenkomst kent een eigen systeem van nakoming van vonnissen tegen de staat. Gedwongen executie is binnen dat systeem niet mogelijk. Zie Spiegel 2001, p. 157 e.v.

de openbare dienst in beginsel onder de immuniteit van executie. Bij ambassades en consulaten wordt de grondslag hiervoor gevonden in het diplomatieke recht.⁹⁵ Voor andere goederen is er een rechtsbasis in zowel artikel 13(a) Wet AB, dat o.a. stelt dat de uitvoerbaarheid van vonnissen beperkt wordt door de volkenrechtelijk erkende uitzonderingen, als artikel 436 Rv. Deze laatste bepaling verbiedt elk beslag op goederen bestemd voor de openbare dienst. De bepaling is geschreven ten gunste van de Nederlandse staat maar wordt ook van toepassing geacht op vreemde staten. Voor specifieke goederen zoals staatsschepen kunnen daarnaast bijzondere verdragen bestaan.⁹⁶

Het VN-verdrag sluit wat executoriaal beslag betreft aan bij deze traditie maar beperkt de mogelijkheid van conservatoire maatregelen nog verder: deze zijn slechts mogelijk als de vreemde staat hiermee instemt dan wel specifiek eigendommen heeft aangewezen of gereserveerd ter voldoening van de vordering in geschil.⁹⁷ Voor executiemaatregelen geldt dat deze – buiten de voor conservatoir beslag geregelde gevallen – mogelijk zijn als ‘vastgesteld is dat de eigendommen in het bijzonder worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik door de staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden en zich bevinden op het grondgebied van de staat van het forum, met dien verstande dat executiemaatregelen uitsluitend mogen worden getroffen tegen eigendommen die verband houden met de entiteit waartegen het geding zich richt.’ Met deze laatste toevoeging lijkt het verdrag te willen voorkomen dat schulden tegen de staat als overheid worden verhaald op commerciële agentschappen en vice versa.⁹⁸

Gelden met een publieke bestemming en goederen bestemd voor de openbare dienst zijn dus niet vatbaar voor beslag. Hiertoe behoren naar Nederlands recht naast militaire goederen, de bankrekening van ambassades en consulaten, ontwikkelingsgelden bestemd voor een vreemde staat⁹⁹ alsmede – zie het arrest *Azeta 1* – belastingschulden aan een vreemde staat.¹⁰⁰ Ook de woning van de ambassadeur is naar Nederlands recht niet vatbaar voor beslag – zie het arrest *Llanos v. Ecopetrol*.

⁹⁵ Zie bijv. art. 22 lid 3 Verdrag van Wenen 1961. De immuniteit die wordt toegekend ten aanzien van de banktegoeden van ambassades en consulaten is niet met zoveel woorden geregeld in het verdrag. Spiegel 2001, p. 177 baseert deze op het ongeschreven recht; Reinisch leidt hem eerder af uit het verdrag zelf. A. Reinisch, ‘European Court Practice concerning State Immunity’, *European Journal of International Law* 2006, p. 812.

⁹⁶ Verdrag tot het vaststellen van eenige eenvormige regelen betreffende de immuniteit van staatsschepen, Brussel, 10 april 1926.

⁹⁷ De CAVV 2006, p. 28, raadt dan ook aan om ten aanzien van deze bepaling – net als Noorwegen – een voorbehoud te maken.

⁹⁸ Fox 2008, p. 610. Zie ook het ILC commentaar op de draft articles <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf>.

⁹⁹ Spiegel 2001, p. 186 e.v.

¹⁰⁰ De exacte reikwijdte van immuniteit van executie ten aanzien van geldvorderingen van een vreemde staat is nog niet duidelijk. Een uitleg van de uitspraak van de Hoge Raad is dat de immuniteit in casu afhangt van de grondslag van de vordering. Er zou dan verschil bestaan tussen een recht op dividend op basis van staatsdeelneming in een onderneming en een belastingvordering. Zie in deze zin Broekveldt, noot onder HR 11 juli 2008, *JBPR* 2008/51.

Artikel 21 van het VN-verdrag bevat een opsomming van specifieke categorieën van eigendommen die niet vatbaar zijn voor beslag:

- a. eigendommen, met inbegrip van banktegoeden, die worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik bij de uitoefening van de taken van diplomatieke vertegenwoordigingen van de staat of zijn consulaire posten, speciale missies, vertegenwoordigingen bij internationale organisaties of delegaties bij organen van internationale organisaties of bij internationale conferenties;
- b. eigendommen met een militair karakter die worden gebruikt of beoogd zijn voor de uitoefening van militaire taken;
- c. eigendommen van de centrale bank of een andere monetaire autoriteit van de staat;
- d. eigendommen die deel uitmaken van het cultureel erfgoed van de staat of van zijn archieven en die niet te koop worden aangeboden of beoogd zijn om te koop te worden aangeboden; en
- e. eigendommen die deel uitmaken van een tentoonstelling van objecten van wetenschappelijk, cultureel of historisch belang en die niet te koop worden aangeboden of beoogd zijn om te koop te worden aangeboden.

Bij overname van de bepalingen van het VN-verdrag wordt het afdwingen van naleving door de vreemde staat van een veroordelend vonnis de facto nagenoeg onmogelijk. Dit rijpt in het bijzonder ten aanzien van de arbeidsovereenkomsten van het ondersteunende personeel van ambassades en consulaten. Deze werknemers hebben toegang gekregen tot de rechter van de gaststaat, omdat dit noodzakelijk is om hen in geval van geschil effectieve rechtsbescherming te kunnen bieden. Deze bescherming heeft echter in belangrijke mate het karakter van een dode mus als vervolgens geen uitvoering wordt gegeven aan het verkregen vonnis. Ambassades zijn verplicht zich te houden aan de arbeidsrechtelijke regels van het gastland,¹⁰¹ maar blijken de in de inleiding geschetste conflicten bij de Marokkaanse ambassade doen ze dit niet altijd. Fox (2008, p. 739) constateert dan ook dat ‘Diplomatic law is really self-sufficient. There is one serious gap: the position as to immunity of accounts held in the name of the diplomatic mission, particularly in respect of claims for unpaid salaries by State employees.’ Zij stelt voor om dit probleem te ondervangen met een aparte rekening voor salarissen waarop dan wel beslag mogelijk zou zijn. Dit past in het systeem van het VN-verdrag waarin dwangmaatregelen wel worden toegestaan ten opzichte van specifiek ter voldoende van een claim aangewezen goederen. Het is echter de vraag of een dergelijk systeem effectief zou kunnen zijn: het tegoed op de rekening zou immers nooit meer hoeven bedragen dan het bedrag van de eerstvolgende salarisbetaling terwijl dit bedrag slechts gedurende zeer korte tijd op de rekening hoeft te staan. Ook andere schrijvers hebben gezocht naar een oplossing voor het gebrek aan executiemogelijkheden. Deze schrijvers richten zich met name tegen zogenaamde ‘mixed

¹⁰¹ Zie ook de *understanding* bij art. 11 in de Annex bij het VN-verdrag, *Trb.* 2010, 272.

funds': rekeningen met een deels publieke, deels commerciële bestemming. Het zou volgens die auteurs mogelijk moeten zijn om een scheiding af te dwingen tussen de publieke middelen die zijn vrijgesteld van beslag, en de commerciële middelen waarop wel verhaal mogelijk is.¹⁰² Nu bij bankrekeningen – naar Nederlands recht – deelbeslag niet mogelijk is, is ook dit echter lastig te verwezenlijken zonder medewerking van de betrokken staat.

De inning van staatschulden staat op dit moment hernieuwd in de belangstelling. Niet alleen door het geschil tussen de Marokkaanse ambassade en haar medewerkers maar ook en vooral vanwege de huidige schulden crisis die in Europa heeft geleid tot het afwaarderen van de staatsschulden van o.a. Griekenland. Dit deel van het preadvies werd geschreven op de dag dat het *Bundesverfassungsgericht* de grondwettelijke bezwaren verwierp die door een groep bezorgde burgers waren ingebracht tegen de steun van Duitsland aan Griekenland. Ook de zekerheden die Finland had afgedwongen bij zijn garanties, waren op dat moment een punt van heftige politieke discussie. Voor economen, omdat deze zekerheden het wankel bouwwerk van de hulp aan Griekenland lijken te ondermijnen en daarmee de reddingsactie van de Euro in gevaar brengen. Voor privatisten omdat Finland hiermee inbreekt op de *paritas creditorum*.¹⁰³ In het kader van dit preadvies is de Finse *Alleingang* interessant omdat hiermee uitvoering lijkt te worden gegeven aan het stelsel van artikel 18 en 19(b) van het VN-verdrag: zowel bewarende maatregelen als executie maatregelen zijn mogelijk ten aanzien van eigendommen die door de staat zijn aangewezen of gereserveerd ter voldoening van de vordering die onderwerp is van een andere staat gevoerd of te voeren geding. Griekenland kan zich tegenover Finland dus niet meer op immuniteit van executie beroepen ten aanzien van de in onderpand gegeven gelden.¹⁰⁴

DISCUSSIEPUNT: De tenuitvoerlegging van vonnissen vormt het 'open einde' van de beperking van de immuniteit met het oog op de effectieve rechtsbescherming van de private partij. Het is bij de huidige stand van het internationale recht onmogelijk om werknemers van ambassades effectieve rechtsbescherming te bieden bij arbeidsconflicten door een gebrek aan effectieve tenuitvoerlegging van ten gunste van die werknemers gewezen vonnissen.

¹⁰² Zie hierover Spiegel 2001, p. 177 e.v.

¹⁰³ Overigens beriep ook Oostenrijk zich op dit argument. Zie 'Austria hits out at Finland over collateral deal with Greece', < <http://euobserver.com/1016/113394>>. Zie tevens <<http://www.elsevier.nl/web/Opinie/Commentaren/313530/Finland-heeft-groot-gelijk-met-eis-Grieks-onderpand.htm>>.

¹⁰⁴ Ik laat hier even de complicatie buiten beschouwing dat het VN-verdrag spreekt van vordering die voorwerp zijn van een geding in een andere staat. Het is dus niet geheel duidelijk of een recht van parate executie hieronder zou vallen.

9. STELLINGEN

1. Hoewel het EHRM in de uitspraak *Cudak v. Litouwen* terecht het VN-verdrag 2004 als uitgangspunt neemt bij het bepalen van de stand van zaken in het internationale gewoonterecht, gaat het te ver om op de in het arrest genoemde gronden binding aan de bepalingen daarvan op grond van het gewoonterecht aan te nemen.
2. Het verlenen van immuniteit berust op een afweging tussen het belang van de vreemde staat om een oordeel over het eigen handelen voor te behouden aan de eigen rechterlijke instanties en het recht van particulieren op effectieve toegang tot de rechter. De precieze aard van de overheidshandeling die aan de claim ten grondslag ligt, is daarbij wel relevant, maar niet het enige gezichtspunt. Bij de nadere invulling van de afweging spelen territoriale aankopingsfactoren een legitieme rol.
3. De in de literatuur en rechtspraak voorgestane splitsing tussen de beoordeling van de geldigheid van een gegeven ontslag en de financiële afwikkeling daarvan, stuit in de Nederlandse praktijk op problemen door de nauwe samenhang tussen de twee onderwerpen. Als de ontslagreden niet toetsbaar is om reden van immuniteit, biedt het desondanks toegang bieden tot de rechter schijnbescherming.
4. De plicht om in verstekzaken ambtshalve te toetsen op volkenrechtelijke immuniteit dient in een afzonderlijke wetsbepaling te worden opgenomen. Daarbij dient het onderscheid tussen rechtsmacht en immuniteit in acht te worden genomen. De voorgestelde wijziging van artikel 1 Rv is dan ook inadequaat.
5. De tenuitvoerlegging van vonnissen vormt het 'open einde' van de beperking van de immuniteit met het oog op de effectieve rechtsbescherming van de private partij. Het is bij de huidige stand van het internationale recht onmogelijk om werknemers van ambassades effectieve rechtsbescherming te bieden bij arbeidsconflicten door een gebrek aan effectieve tenuitvoerlegging van ten gunste van die werknemers gewezen vonnissen.