

46 Immunititeit van executie: tijd voor een koerswijziging

Mr. M.C. van Leyenhorst*

1. Inleiding

Staten genieten soevereiniteit. Dat betekent onder andere dat staten geen gezag over elkaar kunnen uitoefenen. De rechtsfiguren van (staats)immunititeit van jurisdictie en executie zijn te beschouwen als uitvloeisels van soevereiniteit. Met immunititeit van jurisdictie wordt bedoeld het recht van een staat om niet onvrijwillig onderworpen te worden aan de rechtsmacht van een andere staat. Immunititeit van jurisdictie wordt tegenwoordig nog slechts in beperkte mate aanvaard, want in gevallen waarin het handelen van de vreemde staat gelijksoortig was aan het handelen van private partijen (*acta iure gestionis*) wordt immunititeit van jurisdictie – in elk geval in westerse landen – niet meer verleend. Dit artikel draait echter om immunititeit van executie: de onmogelijkheid om bepaalde goederen van een vreemde staat te executeren, of daarop conservatoir beslag te leggen.

Het beginsel van immunititeit van executie staat tegenover, bijvoorbeeld, het recht van een crediteur om voldaan te worden, het recht op effectieve rechtsbescherming / het recht op eigendom (lees: een vordering daadwerkelijk kunnen incasseren) en het uitgangspunt dat partijen in civielrechtelijke betrekkingen met hun gehele vermogen instaan voor hun schulden.

In veel gevallen is goed invoelbaar dat het recht op effectieve rechtsbescherming moet wijken voor een beroep op immunititeit. De bekende voorbeelden zijn het oorlogsschip van een vreemde staat en het pand van een ambassade, die geen onderwerp van beslag of executie mogen worden.

Maar er zijn ook gevallen waarin de uitkomst van die afweging anders kan of zelfs moet worden gemaakt. Als het gaat om vermogen dat niet direct gerelateerd is aan de soevereine taken van de betreffende staat zijn er goede redenen om de hiervoor genoemde rechten van de crediteur te laten prevaleren.

Twee voorbeelden kunnen de spanning tussen de twee tegengestelde belangen illustreren.

* Advocaat/partner bij Legaltree en docent International Dispute Resolution en International Commercial Arbitration & Litigation aan de Universiteit Leiden. De auteur dankt mr. A. Oorthuys en mr. T. Novakovski voor hun bijdragen en kritische commentaren bij eerdere versies van dit stuk. Ten behoeve van de transparantie wordt opgemerkt dat de auteur betrokken is geweest, en is, in verschillende gerechtelijke procedures waarin immunititeit van executie aan de orde is.

Stel dat een Nederlandse exporteur zaken verkoopt aan een buitenlandse staat. De buitenlandse staat laat de rekening van de exporteur zonder opgaaf van reden onbetaald en de Nederlandse exporteur stapt naar de rechter – of naar arbiters – en krijgt gelijk: de staat moet de rekening van de exporteur betalen. Het vonnis krijgt kracht van gewijsde en is in Nederland ten uitvoer te leggen. De vreemde staat weigert echter te voldoen aan het vonnis. De exporteur wil vervolgens executoriaal beslag leggen op een vordering die de buitenlandse staat heeft op een ander Nederlands bedrijf om zo te proberen alsnog het geld te ontvangen waarop de exporteur onherroepelijk recht heeft. De buitenlandse staat beroept zich op immuniteit van executie. Terecht?

Ander voorbeeld: stel dat nabestaanden van de slachtoffers van MH17 erin zouden slagen een civiele procedure tegen Rusland te voeren waarbij het eindvonnis bepaalt dat Rusland een schadevergoeding dient te betalen. Het lijkt onwaarschijnlijk dat Rusland vrijwillig aan zo'n vonnis zal voldoen. Mogen de nabestaanden, met een onherroepelijk in Nederland ten uitvoer te leggen vonnis in de hand, beslag leggen op een effectenrekening van de Russische staat die wordt aangehouden bij een Nederlandse commerciële bank of komt Rusland immuniteit toe?

Naar mijn overtuiging weerhoudt het internationale recht – dat ook in Nederland voor het antwoord op deze vragen beslissend is – de crediteur er in beide gevallen niet van om het beslag te leggen en de titel op het vermogen van de vreemde staat te executeren.

Onze Hoge Raad ziet dat anders. Volgens recente rechtspraak van de Hoge Raad zou internationaal recht er in beide voorbeelden aan in de weg staan dat de crediteur in Nederland verhaal zou nemen op de banktegoeden of de vordering op een vennootschap van de vreemde staat. Dat is volgens de Hoge Raad slechts anders als de crediteur kan aantonen dat het banksaldo c.q. de opbrengst van de beslagen vordering door de vreemde staat gebruikt zal worden voor een commerciële bestemming.

Deze jurisprudentie van de Hoge Raad heeft in Nederland geleid tot een systeem waarin het *de facto* vrijwel onmogelijk is om de voornoemde afweging te laten uitpakken in het voordeel van de crediteur. Dat is naar mijn mening een onjuist systeem, omdat het geen recht doet aan de gerechtvaardigde belangen van crediteuren van staten. Daarbij komt dat de Hoge Raad zijn rechtspraak baseert op onjuiste aannames over het internationale gewoonterecht. In deze bijdrage bespreek ik de rechtspraak van de Hoge Raad en geef ik aan op welke punten correctie nodig is – de Hoge Raad dient, zo meen ik, 'om te gaan'. Vervolgens ga ik in op de vraag of de Nederlandse wetgever het hierna te bespreken VN-Verdrag over immuniteit zou moeten ratificeren of op andere wijze zou moeten komen tot een meer gebalanceerd systeem. Aan het einde van deze bijdrage geef ik enkele praktische tips bij de tenuitvoerlegging van een executoriale titel op het vermogen van een vreemde staat.

2. De grondslag van immuniteit van executie

Een crediteur kan zich in beginsel verhalen op het gehele vermogen van zijn schuldenaar (art. 3:276 BW). Als de schuld moet worden voldaan door een vreemde staat wordt op dit beginsel een uitzondering gemaakt door bepaalde goederen van die staat af te schermen van executiemaatregelen: de bedoelde goederen genieten immuniteit van executie.

Immuniteit van executie is gegrond op het internationale recht en wordt in het Nederlandse recht bevestigd in art. 13a Wet Algemene Bepalingen:

‘De regtsmagt van den regter en de uitvoerbaarheid van regterlijke vonnissen en van authentieke akten worden beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend.’

Immuniteit van executie als zodanig, in de zin dat een dergelijke immuniteit bestaat, is onderdeel van internationaal gewoonterecht. Discussies over dit rechtsgebied gaan vrijwel altijd om de vraag naar de omvang van de te verlenen immuniteit. Zo is zeker dat een functionerend ambassadegebouw niet door een crediteur van de desbetreffende staat te gelde gemaakt kan worden. De onschendbaarheid van de diplomatieke missie gaat boven de rechten van de crediteur. Ook is zeker dat een vermogensbestanddeel van een vreemde staat dat is geormerkt om gebruikt te worden voor het betalen van een specifieke vordering van een specifieke crediteur, beslagen en geëxecuteerd kan worden: in dat geval is er geen recht van immuniteit. Tussen deze twee extreme – en vrij theoretische – gevallen ligt een breed scala aan vermogensbestanddelen waarvan het de vraag is of het internationale recht aan die goederen immuniteit verleent.

Immuniteit op grond van verdragen

Op dit moment is Nederland partij bij één verdrag waarin een algemene regeling is opgenomen over immuniteit van executie. Dat is de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten.¹ Het praktisch belang van dit verdrag is gering omdat slechts een beperkt aantal landen het heeft geratificeerd.²

Nederland is daarnaast partij bij een aantal verdragen waarin specifieke aspecten van immuniteit van executie geregeld zijn, zoals immuniteit voor de residentie en goederen

1 Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten, Bazel, 16 mei 1972 (*Trb.* 1973, 43).

2 Het verdrag geldt voor België, Cyprus, Duitsland, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland. De door het verdrag gekozen benadering is overigens niet algemeen aanvaard en is (dus) niet in lijn met internationaal gewoonterecht. Vgl. bijvoorbeeld C.H. Schreuer, *State Immunity: some recent developments*, Cambridge Grotius Publications Limited, 1988, p. 126: ‘The European Convention on State Immunity adopts a rather unusual solution concerning the implementation of judgments.’

van een diplomatiek ambtenaar³ en immunitet voor schepen in eigendom van Staten.⁴ Daarnaast heeft Nederland aan bepaalde internationale organisaties vrijwel absolute immunitet van (jurisdictie en/of) executie toegekend, zoals aan de Europese Octrooi Organisatie,⁵ het Permanente Hof van Arbitrage (PCA)⁶ en aan onderdelen van de NAVO.⁷

In veel zaken waarin immunitet van executie aan de orde is, zijn deze verdragen niet van toepassing. Vaak is bijvoorbeeld beslag gelegd op goederen die niet in die verdragen zijn genoemd, of is sprake van een debiteur die geen beroep kan doen op enige speciale immunitet op basis van een verdrag. Gezien het beperkte belang van genoemde verdragen in de praktijk laat ik deze verder buiten beschouwing.

In 2004 heeft de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties een VN-Verdrag aangenomen dat betrekking heeft op immunitet van executie.⁸ Het *Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immunitet van rechtsmacht van staten en hun eigendommen* is nog niet in werking getreden omdat het vereiste aantal van 30 ratificaties niet is bereikt. Op dit moment hebben 21 landen het verdrag geratificeerd.⁹ Nederland overweegt het verdrag te ratificeren. Dit voor Nederland nog niet geldende verdrag, dat ik hierna zal aanduiden als 'het VN-Verdrag', speelt een belangrijke rol bij de overwegingen van de Hoge Raad en, dus, in dit artikel.

Immunitet op grond van internationaal gewoonterecht

In de meeste zaken waarbij immunitet aan de orde is, zal geen verdrag op het gebied van immunitet van executie van toepassing zijn. In dat geval moet voor het vinden van 'de

3 Art. 22 lid 3, 30 en 31 van het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer, 1961 (*Trb.* 1962, 101). Vrijwel alle landen ter wereld zijn partij bij dit verdrag.

4 International Convention for the Unification of Certain Rules relating to the Immunity of State-owned Vessels (Brussel, 10 april 1926) en Additional Protocol (24 mei 1934), Société des Nations, Recueil des Traités, CLXXVI, 1937, No. 4062. Het verdrag geldt voor Argentinië, België, Brazilië, Chili, Congo, Cyprus, Denemarken, Duitsland, Egypte, Estland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Italië, Libië, Luxemburg, Madagaskar, Nederland, Noorwegen, Polen, Portugal, Somalië, Suriname, Syrië, Turkije, Uruguay, het Verenigd Koninkrijk, Zweden en Zwitserland.

5 Zie art. 3 lid 1 van het bij het Europees Octrooi-overdrag (1973) horende Protocol inzake voorrechten en immuniteten van de Europese Octrooiorganisatie (*Trb.* 1976,101), waarover HR 20 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:57, NJ 2017/235 m.nt. E.A. Alkema (Staat/Europese Octrooi Organisatie).

6 Zie art. 3 van het Verdrag inzake de zetel van het Permanente Hof van Arbitrage, Den Haag 30 maart 1999 (*Trb.* 1999,68).

7 Zie art. XI lid 2 van het Protocol on the Status of International Military Headquarters set up pursuant to the North Atlantic Treaty, Parijs, 28 augustus 1952, waarover Hof Den Bosch 27 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2860, NJF 2017/317 (*Supreme Fuels/SHAPE*).

8 Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immunitet van rechtsmacht van staten en hun eigendommen. Zie General Assembly United Nations, Fifty-ninth session, 65th plenary meeting, 2 december 2004, agenda item 142, p. 2, 3 and 8. http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/59/PV.65.

9 Het VN-Verdrag is geratificeerd door Finland, Frankrijk, Irak, Iran, Italië, Japan, Kazachstan, Letland, Libanon, Liechtenstein, Mexico, Noorwegen, Oostenrijk, Portugal, Roemenië, Saoedi Arabië, Slowakije, Spanje, Tsjechië, Zweden en Zwitserland.

uitzonderingen in het volkenrecht erkend' te rade gegaan worden bij de enige andere relevante bron van het internationale recht: het internationaal gewoonterecht.¹⁰ Kenmerkend aan dit gewoonterecht is dat het niet in internationale afspraken is vastgelegd. Als gevolg daarvan is een zoektocht naar het gewoonterecht aanzienlijk gecompliceerder dan een zoektocht naar het positieve geschreven recht.

In deze zoektocht is de beslissende vraag in hoeverre het internationaal gewoonterecht vereist dat aan bepaalde goederen van een vreemde staat immuniteit van executie wordt verleend. Slechts als het internationale recht op Nederland de *plicht*¹¹ oplegt om bepaalde goederen van een vreemde staat immuniteit te verlenen, moeten de rechten van de crediteur op betaling, effectieve rechtsbescherming, eigendom, etc. wijken.

3. De Herfstarresten van de Hoge Raad

In het najaar van 2016 heeft de Hoge Raad drie arresten gewezen over immuniteit van executie. Het gaat om *Morning Star/Gabon en Staat*,¹² *Staat/Servaas*¹³ en *N.N. c.s./Staat*.¹⁴ Deze arresten worden wel aangeduid met de naam 'Herfstarresten'.¹⁵ Het eerstgenoemde arrest is richtinggevend geweest voor de andere twee arresten. Daarom bespreek ik in

10 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star/Gabon en Staat*), r.o. 3.4.2. Zie ook Bundesverfassungsgericht 12 april 1983, 2 BvR 678/81 e.v. (National Iranian Oil Company), International Legal Materials, november 1983, Vol. 22(6), p. 1291: 'Since there is also no treaty under international law in effect between [Germany] and the Islamic Republic of Iran in which (...) the question of the permissibility of execution measures against assets of state enterprises is regulated (...), it is vital for the decision whether the rule of international law that is in doubt does exist.' In origineel, beschikbaar via www.rechtsportal.de: 'Da zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Islamischen Republik Iran auch nicht ein völkerrechtlicher in Kraft ist, in dem (...) die Frage der der Zulässigkeit von Vollstreckungsmaßnahmen in Vermögenswerte staatlicher Unternehmen geregelt ist (...), ist entscheidungserheblich, ob die in Zweifel stehende Regel des Völkerrechts besteht.' Zie bijvoorbeeld ook Rebecca M.M. Wallace, *International Law*, 7e druk, 2013, p. 7-8, over de bronnen van internationaal publiekrecht.

11 Een aanzegging van de minister tot opheffing van een beslag (art. 3a lid 2 Gdw) moet zijn gegrond op de stelling dat het beslag 'in strijd is met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat'. Zie ook Kamerstukken II, 1992-1993, 23 081, nr. 3 (MvT), p. 5, alsook Hof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1337, JOR 2015/346 (*Servaas/Staat*), r.o. 3.6 ('Op de Staat rust dan de plicht om te voorkomen dat zo'n beslag strijd oplevert met volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat. (...) het gaat om een eigen verantwoordelijkheid van de Staat om zijn volkenrechtelijke verplichtingen na te leven.')

12 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star/Gabon en Staat*).

13 HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354, NJ 2017/191 m.nt. Th.M. de Boer (*Staat/Servaas*).

14 HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371, NJ 2017/192 m.nt. Th.M. de Boer (*N.N./Staat*).

15 C.M.J. Ryngaert, 'Staatsimmuniteit van executie: beslagmogelijkheden voor crediteuren na de herfstarresten van de Hoge Raad (2016)', *TCR* 2017/3.3.

deze bijdrage vooral het eerstgenoemde arrest. De arresten zijn (enigszins) kritisch ontvangen,¹⁶ maar worden tot nu toe door lagere rechters gevolgd.¹⁷

In *Morning Star/Gabon en Staat* overweegt de Hoge Raad dat het VN-verdrag een codificatie behelst van het internationale gewoonterecht met betrekking tot de immuniteit van executie en de daaraan gestelde grenzen.¹⁸ De overweging van de Hoge Raad kan als volgt worden samengevat:

1. Naar internationaal gewoonterecht (zoals dat ook in Nederland geldt) genieten vreemde staten immuniteit van executie, zij het niet absoluut.
2. Het voornoemde oordeel vindt steun in het VN-Verdrag.
3. Een deel van het VN-Verdrag is een codificatie van internationaal gewoonterecht met betrekking tot immuniteit van executie en de daaraan gestelde grenzen. Dat blijkt uit de preambule van het Verdrag.
4. Niet alle bepalingen van het Verdrag zijn een codificatie van gewoonterecht: zo is conservatoir beslag tegen een staat in verschillende landen toegestaan, terwijl art. 18 van het Verdrag dat als uitgangspunt verbiedt.

Uit deze samenvatting volgt al dat de Hoge Raad zijn overwegingen grondt op de preambule van het Verdrag. Dat is onterecht, zoals ik zal toelichten. Maar eerst, na de samenvatting hiervoor, het (bijna) volledige oordeel van de Hoge Raad:

‘3.4.3. Naar de thans in Nederland als ongeschreven internationaal publiekrecht geldende regels genieten vreemde staten immuniteit van executie, maar is deze niet absoluut. Staatseigendommen met een publieke bestemming zijn echter in elk geval niet vatbaar voor gedwongen executie (vgl. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, NJ 2010/525 (*Azeta/JCR en Staat*), en HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453 (*Ahmad/Staat*)).

3.4.4. In het arrest *Ahmad/Staat* is overwogen dat het hiervoor in 3.4.3 vermelde oordeel steun vindt in de op 2 december 2004 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties aangenomen, maar door Nederland niet geratificeerde en nog

16 Zie met name Th.M. de Boer in zijn noot onder de drie Herfstarresten van de Hoge Raad, NJ 2017/192, maar ook C.M.J. Ryngaert, ‘Staatsimmunititeit van executie: beslagmogelijkheden voor crediteuren na de herfstarresten van de Hoge Raad (2016)’, TCR 2017/3.3 en A.G.F. Ancery en M.A.M. Essed, ‘Staatsimmunititeit van executie’, MvV 2015/2.1.

17 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 27 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2860, NJF 2017/317 (*Supreme Fuels/SHAPE*), Hof Amsterdam 12 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3729, JBPR 2017/67 m.nt. A.W. Jongbloed (*Galkon/Syrië c.s.*) en V.zr. Rb. Amsterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2548 (*Republiek Kazachstan c.s./Caratube International*). In een recent vonnis van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao wordt overigens een genuanceerdere benadering gekozen: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 18 mei 2018, ECLI:NL:OGEAC:2018:92 (*ConocoPhillips/PDVSA*), r.o. 4.12 t/m 4.15. Deze overwegingen zijn overigens deels gegrond op art. 703 Rv, waardoor de maatstaf anders kan zijn dan bij toepassing van uitsluitend internationaal gewoonterecht.

18 De Hoge Raad had dit ook al – zij het in het kader van een beoordeling van art. 21 VN-Verdrag – beslist in HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453 m.nt. Th.M. de Boer (*Ahmad/Staat*), r.o. 3.6.1 t/m 3.6.2.

niet in werking getreden Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (hierna: VN-Verdrag) en dat dit verdrag een codificatie behelst van het internationale gewoonterecht met betrekking tot de immuniteit van jurisdictie en de immuniteit van executie en de aan een en ander gestelde grenzen. Dit laatste vindt steun in de preambule van dat verdrag die onder meer vermeldt: “Considering that the jurisdictional immunities of States and their property are generally accepted as a principle of customary international law”, “Believing that an international convention on the jurisdictional immunities of States and their property would enhance the rule of law and legal certainty, particularly in dealings of States with natural or juridical persons, and would contribute to the codification and development of international law and the harmonization of practice in this area” en “Taking into account developments in State practice with regard to the jurisdictional immunities of States and their property”.

Uit het voorgaande volgt niet dat alle bepalingen van het VN-Verdrag als internationaal gewoonterecht kunnen worden aangemerkt. In dit verband is van belang dat het arrest *Ahmad/Staat* moet worden gelezen in de context van de daarin aan de orde zijnde vraag of beslag op eigendommen met een publieke bestemming is uitgesloten. Daarbij ging het om eigendommen als bedoeld in art. 21 VN-Verdrag, welke bepaling in deze zaak niet speelt.

3.4.5. De immuniteit van staten is geregeld in de art. 18 en 19 van het VN-Verdrag. Art. 19 sluit executiemaatregelen tegen eigendommen van een vreemde staat uit, tenzij en voor zover (onderdeel a) de staat op de daar vermelde wijze uitdrukkelijk heeft ingestemd met het nemen van zodanige maatregelen, (onderdeel b) de staat eigendommen heeft aangewezen of gereserveerd ter voldoening van de desbetreffende vordering, of (onderdeel c) 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 het forum (met dien verstande dat executiemaatregelen uitsluitend mogen worden getroffen tegen eigendommen die verband houden met de entiteit waartegen het geding zich richtte). Art. 18 VN-Verdrag maakt conservatoire maatregelen in de hiervoor genoemde, in art. 19 onderdelen a en b VN-Verdrag vermelde gevallen van instemming door de vreemde staat mogelijk. De hiervoor genoemde, in art. 19 onderdeel c VN-Verdrag vermelde uitzondering ontbreekt evenwel in art. 18 VN-Verdrag.

3.4.6. Zoals volgt uit de hiervoor in de aanvang van 3.4.4 vermelde overweging van het arrest *Ahmad/Staat*, kan art. 19 VN-Verdrag als vastlegging van internationaal gewoonterecht worden aangemerkt. In deze zaak kan in het midden blijven of dit ook geldt voor het zogenoemde samenhangvereiste dat aan het slot van onderdeel c van die bepaling wordt gesteld en dat hiervoor in 3.4.5 tussen haakjes is weergegeven.

3.4.7. Art. 18 VN-Verdrag kan echter, voor zover daarin de in art. 19 VN-Verdrag onderdeel c vermelde uitzondering ontbreekt, niet als vastlegging van internationaal gewoonterecht worden aangemerkt, nu in veel staten het treffen van conservatoire

maatregelen tegen een vreemde staat in de in art. 19 onderdeel c bedoelde situatie toelaatbaar wordt geacht.

(...)

3.5.2 Het is in overeenstemming met de — op het respecteren van de soevereiniteit van vreemde staten gerichte — strekking van de immuniteit van executie om tot uitgangspunt te nemen dat eigendommen van vreemde staten niet vatbaar zijn voor beslag en executie tenzij en voor zover is vastgesteld dat deze een bestemming hebben die daarmee niet onverenigbaar is. Dit strookt met art. 19 onderdeel c VN-Verdrag dat, zoals hiervoor in 3.4.6 is overwogen, op dit punt valt aan te merken als een regel van internationaal gewoonterecht. Het past voorts bij de vermelde strekking van de immuniteit van executie dat vreemde staten niet gehouden zijn om gegevens aan te dragen waaruit volgt dat hun eigendommen een bestemming hebben die zich tegen beslag en executie verzet.

3.5.3 Met het hiervoor in 3.5.2 overwogene strookt dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de vatbaarheid voor beslag en executie rusten op de schuldeiser die beslag legt of wil leggen op goederen van de vreemde staat en dat, ook indien de vreemde staat in rechte verstek laat gaan, steeds vastgesteld moet worden dat de desbetreffende goederen vatbaar zijn voor beslag. De schuldeiser zal derhalve steeds gegevens moeten aandragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat de goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn bestemd voor, kort gezegd, andere dan publieke doeleinden.

3.5.4 Uit het vorenstaande vloeit tevens voort dat, ook indien het gaat om gelden en tegoeden die door de vreemde staat voor verschillende doeleinden worden gebruikt, zowel publiek als (uitsluitend) commercieel of anderszins, de schuldeiser die beslag legt of wil leggen, zal moeten stellen en aannemelijk maken dat en in hoeverre die gelden en tegoeden vatbaar zijn voor beslag en executie (vgl. het hiervoor in 3.4.3 genoemde arrest *Azeta/JCR en Staat*, rov. 3.5 en 3.7).¹⁹

De Hoge Raad oordeelt dat de aan immuniteit van executie gestelde grenzen te destilleren zijn uit het VN-Verdrag. De wijze waarop de Hoge Raad tot dat oordeel komt voldoet echter niet aan de internationaal geldende normen voor het vaststellen van het bestaan en de inhoud van een regel van gewoonterecht. Als gevolg daarvan is de door de Hoge Raad gevonden uitkomst ook onjuist.

Voor een juiste oordeelsvorming is vereist dat onderzoek wordt gedaan naar het bestaan van een consistente statenpraktijk en een *opinio juris sive necessitatis*. De Hoge Raad laat dergelijk onderzoek – al dan niet bij gebreke van voldoende aanknopingspunten in het procesdossier – achterwege.

De Hoge Raad beslist vervolgens dat bij de beoordeling van een beroep op immuniteit van executie het uitgangspunt geldt dat eigendommen van vreemde staten niet vatbaar

¹⁹ HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star/Gabon en Staat*).

zijn voor beslag en executie tenzij en voor zover is vastgesteld dat deze een bestemming hebben die daarmee niet onverenigbaar is. Er geldt dus een presumptie van immuniteit en de stelplicht en bewijslast voor het ontbreken van immuniteit rust op de crediteur, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad doet het voorkomen alsof deze conclusies volgen uit het internationale recht en dus rechtens ook in Nederland (moeten) gelden. Dat is niet het geval. Ook op dit punt laat de Hoge Raad na om kenbaar onderzoek te doen naar het bestaan van een consistente statenpraktijk en een *opinio juris* conform de door de Hoge Raad aangenomen regel. Had de Hoge Raad dat onderzoek wel gedaan, dan zou zijn gebleken dat geen regel van internationaal gewoonterecht bestaat op grond waarvan een presumptie van immuniteit geldt. De Hoge Raad beperkt met zijn beslissing dan ook de mogelijkheden van een crediteur om verhaal te nemen op het vermogen van zijn schuldenaar op een manier die verder gaat dan art. 13a Wet Algemene Bepalingen toelaat.

Beide oordelen van de Hoge Raad bespreek ik hierna; de overweging dat het VN-Verdrag internationaal gewoonterecht reflecteert (r.o. 3.4.3 t/m 3.4.7) en de overwegingen over de bewijslastverdeling (r.o. 3.5.2 t/m 3.5.4). Voor een goed begrip ga ik eerst in op de wijze waarop het bestaan en de inhoud van een regel van internationaal gewoonterecht moeten worden vastgesteld.

4. De identificatie van internationaal gewoonterecht

Voor de vaststelling van een regel van internationaal gewoonterecht is vereist dat gewezen kan worden op een bestendige statenpraktijk, in combinatie met de breed gedragen overtuiging dat de consistente statenpraktijk niet vrijblijvend is, maar dwingend (*opinio juris*). De combinatie van deze twee vereisten is algemeen aanvaard.²⁰

Onlangs heeft de International Law Commission (ILC) een uitgebreid (concept) rapport opgesteld over de vaststelling van het bestaan en de inhoud van regels van internationaal gewoonterecht.²¹ Doel van het rapport is ‘to produce authoritative guidance for those called upon to identify customary international law, including national and international judges’.²²

20 Zie bijvoorbeeld Rebecca M.M. Wallace, *International Law*, 7e druk, 2013, p. 9-20; P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, 10e druk, 2008, par. 2.1; Internationaal Gerechtshof 20 februari 1969, North Sea Continental Shelf Cases, Duitsland/Denemarken & Nederland, par. 74 en 77; en Rb. Limburg 8 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1002, NJF 2017/125 (*Supreme/SHAPE*), r.o. 4.11.

21 Identification of customary international law, Report of the International Law Commission, sixty-eighth session, August 2016, doc.nr. A/71/10, chapter V, pp. 74-117. Bron: [http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/a_71_10.pdf&lang=EFSRAC](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/reports/2016/english/a_71_10.pdf&lang=EN&lang=EFSRAC).

22 2011 recommendation of the Working-Group on the long-term programme of work, document A/66/10, Annex A, par. 4. Bron: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/527/74/PDF/N1152774.pdf?OpenElement>.

Het conceptrapport beschrijft de methode voor identificatie van een regel van internationaal gewoonterecht.²³ Het rapport bevestigt dat voor de vaststelling van het bestaan en de inhoud van een regel van gewoonterecht onderzoek noodzakelijk is (*‘the rigorous analysis required’*)²⁴ naar een bestendige statenpraktijk en een *opinio juris*:

‘To determine the existence and content of a rule of customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice that is accepted as law (*opinio juris*).’

(...)

‘Each of the two constituent elements is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence for each element.’²⁵

Over de vast te stellen statenpraktijk schrijft de ILC:

‘First, the practice must be followed by a sufficiently large and representative number of States. Second, such instances must exhibit consistency. In the words of the International Court of Justice in the *North Sea Continental Shelf* cases, the practice in question must be both “extensive and virtually uniform”: it must be a “settled practice”.’²⁶

Niet alleen moet internationaal een regel met een bepaalde inhoud wijdverbreid en vrijwel uniform worden toegepast; die praktijk moet ook gestoeld zijn op de overtuiging dat staten verplicht zijn conform die regel te handelen. Het Internationaal Gerechtshof verwoordde het in de *North Sea Continental Shelf Cases* als volgt:

‘The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by

23 In the *General Commentary*, ILC Report 2016, doc.nr. A/71/10, Chapter V, p. 79, par. 1, schrijft de International Law Commission: ‘The present draft conclusions concern the methodology for identifying rules of customary international law. They seek to offer practical guidance on how the existence (or non-existence) of rules of customary international law, and their content, are to be determined. This matter is not only of concern to specialists in public international law; others, including those involved with national courts, are increasingly called upon to apply or advise on customary international law. Whenever doing so, a structured and careful process of legal analysis and evaluation is required to ensure that a rule of customary international law is properly identified, thus promoting the credibility of the particular determination.’

24 Rapport van de International Law Commission, doc.nr. A/71/10, Commentary to Conclusion 3, par. 1, p. 85.

25 Rapport van de International Law Commission, doc.nr. A/71/10, Conclusion 2 en Conclusion 3, p. 76.

26 Rapport van de International Law Commission, doc.nr. A/71/10, Commentary to Conclusion 8, par. 2, p. 94.

considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty.²⁷

Een *opinio juris* kan blijken uit verschillende bronnen. De International Law Commission noemt in haar rapport:

‘Forms of evidence of acceptance as law (*opinio juris*) include, but are not limited to: public statements made on behalf of States; official publications; government legal opinions; diplomatic correspondence; decisions of national courts; treaty provisions; and conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference.’²⁸

Als een consistente statenpraktijk en/of *opinio juris* niet kan worden vastgesteld, dient te worden geconcludeerd dat de beweerdelijke regel van internationaal gewoonterecht niet bestaat, aldus de ILC:

‘Where the existence of a general practice accepted as law cannot be established, the conclusion will be that the alleged rule of customary international law does not exist.’²⁹

5. Een kritische beschouwing van de Herfstarresten van de Hoge Raad

De Hoge Raad heeft in zijn Herfstarresten geen kenbaar onderzoek gedaan naar de statenpraktijk en/of *opinio juris* ten aanzien van de grenzen van immuniteit van executie.

De methode van rechtsvinding door de Hoge Raad voldoet daarmee niet aan de internationaal algemeen aanvaarde standaard.³⁰ Dat is op zichzelf al teleurstellend, maar het is niet mijn enige kritiek op de analyse van de Hoge Raad. Mijn andere hoofdpunt van kritiek ziet op de overweging van de Hoge Raad dat art. 19 van het VN-Verdrag kan worden beschouwd als vastlegging van internationaal gewoonterecht. Die overweging is onjuist.

27 Internationaal Gerechtshof 20 februari 1969, North Sea Continental Shelf Cases, Duitsland/Denemarken & Nederland, par. 77. Beschikbaar op <http://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>.

28 Rapport van de International Law Commission, doc.nr. A/71/10, Conclusion 10 (2), p. 77.

29 Rapport van de International Law Commission, doc.nr. A/71/10, Commentary to Conclusion 2, par. 3, p. 83.

30 Zie ook C. Ryngaert, ‘Ascertaining Customary International Law: An Inquiry into the Methods Used by Domestic Courts’, *Netherlands International Law Review*, april 2018, Vol. 65, Issue I, p. 23 (‘It remains that from a doctrinal perspective, a serious legal analysis of all available materials is called for. Ultimately, courts, and especially domestic courts, which function in a state governed by the rule of law, are supposed to identify and apply the law, regardless of the political ramifications of their decisions. Therefore, a rigorous application of the two-elements approach to customary law identification by domestic courts is called for.’). Vergelijk ook Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/121, laatste alinea.

VN-Verdrag een codificatie van internationaal gewoonterecht?

De overweging van de Hoge Raad dat art. 19 van het VN-Verdrag (wellicht afgezien van het laatste zinsdeel van art. 19 sub (c)) een codificatie van internationaal gewoonterecht behelst, steunt uitsluitend op een verwijzing naar de tekst van de preambule van het VN-Verdrag. Ter herinnering: de Hoge Raad oordeelde in *Morning Star/Gabon*³¹ dat immuniteit van executie volgens internationaal gewoonterecht niet absoluut is, maar dat staats eigendommen met een publieke bestemming in elk geval niet vatbaar zijn voor gedwongen executie (r.o. 3.4.3).

De Hoge Raad overweegt vervolgens:

‘In het arrest Ahmad/Staat is overwogen dat het hiervoor in 3.4.3 vermelde oordeel steun vindt in de op 2 december 2004 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties aangenomen, maar door Nederland niet geratificeerde en nog niet in werking getreden Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (hierna: VN-Verdrag) en dat dit verdrag een codificatie behelst van het internationale gewoonterecht met betrekking tot de immuniteit van jurisdictie en de immuniteit van executie en de aan een en ander gestelde grenzen. Dit laatste vindt steun in de preambule van dat verdrag (...). Uit het voorgaande volgt niet dat alle bepalingen van het VN-Verdrag als internationaal gewoonterecht kunnen worden aangemerkt.’

Maar, zo overweegt de Hoge Raad:

‘Zoals volgt uit de hiervoor in de aanvang van 3.4.4 vermelde overweging van het arrest Ahmad/Staat, kan art. 19 VN-Verdrag als vastlegging van internationaal gewoonterecht worden aangemerkt. In deze zaak kan in het midden blijven of dit ook geldt voor het zogenoemde samenhangvereiste dat aan het slot van onderdeel c van die bepaling wordt gesteld en dat hiervoor in 3.4.5 tussen haakjes is weergegeven.’

Deze overweging is onlogisch, ongefundeerd en onjuist.

De overweging is onlogisch omdat niet valt in te zien hoe aan de hand van de algemeen geformuleerde preambule zou kunnen worden geconcludeerd dat art. 19 wél, maar art. 18 (en mogelijk art. 19 sub (c), laatste zinsdeel) géén codificatie behelst van internationaal gewoonterecht. De Hoge Raad erkent dit ook. Hij overweegt: ‘Uit het voorgaande volgt niet dat alle bepalingen van het VN-Verdrag als internationaal gewoonterecht kunnen worden aangemerkt.’ Om dan desondanks, zonder enige nadere analyse of bron, te concluderen dat (bijvoorbeeld) art. 19 van het verdrag een regel van gewoonterecht behelst (r.o. 3.4.4), is onlogisch. Om die conclusie te kunnen trekken moet toch op zijn minst

31 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star/Gabon en Staat*).

gekeken worden naar andere bronnen dan de voor het gehele verdrag geldende preambule. Die andere bronnen zijn er niet, waarmee de overweging ook ongefundeerd is.

In dit specifieke geval is de overweging die gebaseerd wordt op de preambule bovendien onjuist. In de preambule staat niet dat het Verdrag gewoonterecht bevat met betrekking tot de aan immuniteit van executie gestelde grenzen. De preambule erkent slechts in algemene zin het bestaan van de rechtsfiguur van immuniteit van (jurisdictie en) executie als zijnde een onderdeel van het internationaal gewoonterecht:

‘Considering that the jurisdictional immunities of States and their property are generally accepted as a principle of customary international law.’

Ook uit de door de Hoge Raad geciteerde overweging uit de preambule, dat het verdrag ‘would contribute to the codification and development of international law and the harmonization of practice in this area’, kan men niet afleiden dat het verdrag een codificatie van gewoonterecht behelst. Deze overweging bevat niet méér dan een verwijzing naar de algemene taakstelling van de ILC. Art. 1 van het Statuut van de ILC luidt:

‘The International Law Commission shall have for its object the promotion of the progressive development of international law and its codification.’

De ILC schrijft hierover op haar website:

‘In practice, the Commission’s work on a topic usually involves some aspects of the progressive development as well as the codification of international law, with the balance between the two varying depending on the particular topic.’³²

Uit de preambule van het VN-Verdrag kan dus niet worden afgeleid in hoeverre het VN-Verdrag beoogt bij te dragen aan ‘*progressive development*’ en in hoeverre het verdrag een codificatie zou zijn – de preambule verwijst slechts naar de taakstelling van de ILC.

Het VN-verdrag bevat geen codificatie van regels van internationaal gewoonterecht over de reikwijdte c.q. de grenzen van immuniteit van executie. Dat blijkt duidelijk uit de toelichting door de ILC – de opsteller van de *Draft articles on jurisdictional immunities of States and their property*, die de basis vormden voor het VN-Verdrag. In de toelichting bij art. 5 van het verdrag, dat bepaalt dat staten immuniteit genieten volgens de bepalingen van het verdrag, schrijft de ILC:

‘In formulating the text of article 5, the Commission has considered all the relevant doctrines as well as treaties, case law and national legislation, and was able to adopt a compromise formula (...). (...) it was considered that any immunity or exception

32 <http://legal.un.org/ilc/work.shtml>.

to immunity accorded under the present articles would have no effect on general international law and would not prejudice the future development of State practice. If the articles became a convention, they would be applicable only as between the States which became parties to it. Article 5 is also to be understood as the statement of the principle of State immunity forming the basis of the present draft articles and does not prejudge the question of the extent to which the articles, including article 5, should be regarded as codifying the rules of existing international law.³³

Art. 5 van het VN Verdrag was dus niet bedoeld als codificatie van het internationaal gewoonterecht ten aanzien van de grenzen van immuniteiten. Het VN-Verdrag behelst een compromis van verschillende voorkomende opvattingen uit verscheidene jurisdicties.³⁴ Bestudering van de notulen van de ILC gedurende de – lange – periode waarin de Draft Articles werden opgesteld, maakt duidelijk dat een aantal aspecten van immuniteit, waaronder de grenzen van immuniteit van executie, onderwerp van uitvoerig debat was. Dat debat heeft niet geresulteerd in overeenstemming, anders dan overeenstemming over een compromistekst. En zelfs na de vaststelling van de compromisteksten door de ILC in 1991 is er nog twee decennia gedebatteerd over en gezocht naar een tekst die voor vertegenwoordigers van de verschillende opvattingen aanvaardbaar zou zijn.³⁵ De opstellers van het VN-Verdrag hoopten weliswaar een verdrag te schrijven dat zou kunnen bijdragen aan uniformering van het rechtsgebied en dat (ook) regels zou codificeren die voor alle betrokkenen werden aanvaard als zijnde internationaal gewoonterecht (zoals wellicht de immuniteit voor de in art. 21 VN-Verdrag beschreven goederen), maar dat wil uiteraard niet zeggen dat het VN-Verdrag zoals het uiteindelijk tot stand is gekomen als geheel een codificatie behelst van de grenzen van immuniteit van executie. Uit de totstandkomings-geschiedenis van het verdrag blijkt dat van codificatie c.q. eenstemmigheid op het gebied van immuniteit van executie geen sprake is geweest.

33 Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session, 29 April – 19 July 1991, Official Records of the General Assembly, Forty-sixth session, Supplement No. 10, Document A/46/10, p. 23. Beschikbaar op http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_46_10.pdf.

34 Vgl. ook de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke vraagstukken, Advies nr. 4 van 14 oktober 1999 over art. 18 van (destijds nog) het ILC-Ontwerp, beschikbaar op [http://cms.webbeat.net/ContentSuite/upload/cav/doc/Advies_nr_04_Immunitet_van_staten\(1\).pdf](http://cms.webbeat.net/ContentSuite/upload/cav/doc/Advies_nr_04_Immunitet_van_staten(1).pdf), par. 2.4.1: 'Dit artikel maakt deel uit van deel IV van het ILC ontwerp en biedt een tegenwicht aan deel III, zodat het geheel van het ontwerp een compromis wordt tussen de voorstanders van absolute staatsimmunitet en voorstanders van een restrictievere staatsimmunitet.'

35 Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen in de periode 1991-2004 de volgende stukken van de VN: Resolution 46/55 van 9 december 1991, Decision 47/414 van 25 november 1992, Decision 48/413 van 9 december 1993, Resolution 49/61 van 9 december 1994, Resolution 52/151 van 15 december 1997, Resolution 53/98 van 8 december 1998, Resolution 54/101 van 9 december 1999, Resolution 54/111 van 9 december 1999, Resolution 55/150 van 12 december 2000, Resolution 56/78 van 12 december 2001, Resolution 57/16 van 19 november 2002, Resolution 58/74 van 9 december 2003, en Resolution 59/38 van 2 december 2004.

Twee van de bij de totstandkoming van het VN-Verdrag rechtstreeks betrokken ILC-leden, prof. G. Eiriksson en dr. P.S. Rao, hebben recent onafhankelijk van elkaar in schriftelijke opinies gemotiveerd bevestigd dat het VN-Verdrag, anders dan de Hoge Raad heeft beslist, niet beschouwd kan worden als bron van internationaal gewoonterecht op het gebied van (de grenzen van) immuniteit van executie.

De Herfstarresten van de Hoge Raad gaan aldus op onjuiste gronden uit van de veronderstelling dat het VN-Verdrag, en in het bijzonder art. 19 (althans een deel daarvan) kan worden beschouwd als vastlegging van een regel van internationaal gewoonterecht.

6. De stand van het internationaal gewoonterecht – inleiding

De Hoge Raad heeft dus ten onrechte geput uit art. 19 VN-Verdrag als bron van een regel van internationaal gewoonterecht. Dat neemt niet weg dat art. 19 – of een andere bepaling uit het VN-Verdrag – best zou kunnen overeenstemmen met de inhoud van een bestaande regel van internationaal gewoonterecht. De vraag of dat zo is kan alleen niet gevonden worden door bestudering van het verdrag. Die vraag kan uitsluitend worden beantwoord door onderzoek te verrichten naar de inhoud van het internationaal gewoonterecht. Zoals we hiervoor zagen is daarvoor onderzoek nodig naar de vraag of een consistente statenpraktijk te onderkennen is conform een regel met de gezochte inhoud, en of die statenpraktijk dan ook voldoet aan het *opinio juris*-vereiste.

In het hiernavolgende bespreek ik jurisprudentie uit verschillende landen. Daarbij behandel ik eerst jurisprudentie over de aan immuniteit van executie gestelde grenzen en daarna jurisprudentie over de vraag naar het bestaan van een presumptie van immuniteit van executie. De hierna volgende weergave pretendeert niet dat daarmee ‘*the rigorous analysis required*’³⁶ is verricht die ons in staat stelt te concluderen dat een bepaalde regel van gewoonterecht bestaat. Er zal zeker andere jurisprudentie beschikbaar zijn; deze bijdrage is beperkt tot de mij bekende buitenlandse jurisprudentie. Het onderzoek volstaat naar mijn mening niettemin om te kunnen concluderen dat een consistente statenpraktijk conform de lijn van de Herfstarresten in elk geval niet bestaat. Uit het onderzoek blijkt namelijk dat geen consistente statenpraktijk bestaat volgens welke immuniteit van executie wordt verleend voor andere dan ‘art. 21 VN-Verdrag’ goederen. Ook blijkt dat geen consistente statenpraktijk bestaat volgens welke uitgegaan moet worden van een presumptie van immuniteit van executie. Aangezien ‘*State practice (...) should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked*’,³⁷ valt daarmee vast te stellen dat de opvatting van de Hoge Raad niet gebaseerd kan worden op internationaal gewoonterecht.

36 Rapport van de International Law Commission, doc.nr. A/71/10, Commentary to Conclusion 3, par. 1, p. 85.

37 Internationaal Gerechtshof 20 februari 1969, North Sea Continental Shelf Cases, Duitsland/Denemarken & Nederland, par. 74. Beschikbaar op <http://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>.

7. Statenpraktijk ten aanzien van de aan immuniteit van executie te stellen grenzen

Voor zover ik heb kunnen nagaan is de statenpraktijk omtrent immuniteit van executie in zoverre eenduidig dat *het beginsel* van immuniteit van executie vrijwel alom wordt aanvaard. Vrijwel, want een enkel land lijkt aan vreemde staten in het geheel geen immuniteit van executie te verlenen. In Turkije zijn rechterlijke beslissingen geweest die er op wijzen dat een vreemde staat in Turkije geen beroep toekomt op enige vorm van immuniteit van executie.³⁸ Turkije lijkt echter de uitzondering die de regel van (ten minste enige mate van) immuniteit van executie bevestigt.³⁹ In het hiernavolgende zal ik de Turkse uitzondering buiten beschouwing laten.

De statenpraktijk ten aanzien van de aan de immuniteit van executie gestelde grenzen is minder eenduidig. China hangt, zo lijkt het, nog absolute immuniteit van jurisdictie en executie aan.⁴⁰ Van veel landen is überhaupt geen praktijk of rechtspraak bekend.

Immuniteit voor goederen met soevereine bestemming

Afgaande op de gepubliceerde uitspraken van rechters in verscheidene landen lijkt – in elk geval binnen die groep⁴¹ – algemeen aanvaard dat goederen die zijn bedoeld voor de daadwerkelijk soevereine taakuitoefening van een staat, immuniteit genieten.⁴² Gewezen kan bijvoorbeeld worden op de volgende uitspraken:

Duitse Bundesverfassungsgericht (Federale Constitutionele Hof), 1977:

‘Execution (...) against a foreign State issued in relation to non-sovereign action (acta iure gestionis) of that State upon things of that State located or occupied in the national territory of the forum State is inadmissible without assent of the foreign

38 Turkse Cour de Cassation 11 juni 1993 (*Société X c./U.S.A.*) en het Turkse Tribunal d'exécution 21 februari 2001 (*Société c./Azerbeidzjan*). Beide uitspraken zijn in Franstalige samenvatting gepubliceerd in Council of Europe (eds.), *State Practice regarding State immunities*, 2006, p. 675-678 (als TR/6 resp. TR/9).

39 Rapport van de International Law Commission, doc.nr. A/71/10, Commentary to Conclusion 8, par. 7, p. 96: 'At the same time, complete consistency in the practice of States is not required. The relevant practice needs to be virtually or substantially uniform; some inconsistencies and contradictions are thus not necessarily fatal to a finding of "a general practice".'

40 Qi, Dahai, 'State Immunity, China and Its Shifting Position', *Chinese Journal of International Law*, 2008, Vol. 7(2), pp. 307-337.

41 De gepubliceerde beslissingen zijn veelal afkomstig uit jurisdicties van westerse landen. Het eventueel ontbreken van relevante statenpraktijk uit andere landen is op zichzelf geen beletsel voor het aannemen van een regel van gewoonterecht. Zie C.H. Schreuer, *State Immunity: some recent developments*, Cambridge Grotius Publications Limited, 1988, p. 4-5.

42 Zie ook J. Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter* (diss. VU), 2001, p. 105 ('Als het geen goederen betreft die de vreemde staat nodig heeft om zijn soevereine taken uit te oefenen, is er geen immuniteit van executie.').

State, insofar as these things at the time of commencement of the enforcement measure serve sovereign purposes of the foreign State.⁴³

Zwitserse Tribunal fédéral, 1985:

‘Immunity can therefore only be claimed by reason of the nature of the assets subjected to attachment where those assets are allocated in an identifiable manner for the performance of a sovereign function, as in the case of those services necessary for the maintenance of diplomatic relations (embassy buildings).’⁴⁴

Zwitserse Tribunal fédéral, 1998:

‘Par ailleurs, ce qui vaut pour l’immunité de juridiction vaut en principe aussi pour l’immunité d’exécution, la seconde n’étant qu’une simple conséquence de la première, sous la seule réserve que les mesures d’exécution ne concernent pas des biens destinés à l’accomplissement d’actes de souveraineté.’⁴⁵

Spaanse Tribunal Constitucional, 1992:

‘Thus, as a general rule it may be said that where a particular activity, or the use to which a particular asset is put, does not involve a foreign State’s sovereignty, then neither international law, nor by extension Spanish domestic law, justify the non-execution of a judgment (...).’⁴⁶

43 *Bundesverfassungsgericht* 13 december 1977 (*BVerfGE*, Vol. 46, p. 342; *International Law Reports*, Vol. 65, p. 150. Geciteerde tekst is afkomstig van de vertaling die beschikbaar is op <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=584>. In origineel, beschikbaar op <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv046342.html>: ‘Die Zwangsvollstreckung (...) gegen einen fremden Staat, der über ein nicht-hoheitliches Verhalten (acta iure gestionis) dieses Staates ergangen ist, in Gegenstände dieses Staates, die sich im Hoheitsbereich des Gerichtsstaats befinden oder dort belegen sind, ist, soweit diese Gegenstände im Zeitpunkt des Beginns der Vollstreckungsmaßnahme hoheitlichen Zwecken des fremden Staates dienen, ohne Zustimmung des fremden Staates unzulässig.’

44 Zwitserse Tribunal fédéral, BGE 111 Ia 62, 24 april 1985, *International Law Reports*, Vol. 82, p. 35 (*Libyan Arab Socialist People’s Jamahiriya v. Actimon SA*). In origineel, beschikbaar via www.bger.ch: ‘Immunität im Hinblick auf die Natur der verarrestierten Sache kann somit nur dann beansprucht werden, wenn diese in erkennbarer Weise einem konkreten hoheitlichen Zweck gewidmet ist, wie etwa der Pflege diplomatischer Beziehungen (Botschaftsgebäude).’

45 Zwitserse Tribunal fédéral, 20 augustus 1998, 124 III 382 (*Banque Bruxelles Lambert (Suisse) SA c.s. v. République du Paraguay*), beschikbaar via www.bger.ch.

46 Spaanse Constitutional Court, 1 juli 1992, Decision 107/92 (*Abbott v. Republic of South Africa*), *Revista española de derecho internacional*, Vol. 44, 1992, p. 565; *International Law Reports*, Vol. 113, p. 422. In origineel, beschikbaar via www.tribunalconstitucional.es: ‘Por ello, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno desautorizan que se inecute una Sentencia (...).’

De hierboven geciteerde uitspraken van het Duitse Bundesverfassungsgericht en het Spaanse Tribunal Constitucional werden door het Internationaal Gerechtshof, in de *Jurisdictional Immunities*-zaak, instemmend aangehaald als illustraties van de stand van het internationaal gewoonterecht. Het Internationaal Gerechtshof besliste dat – voor zover thans relevant – alleen ‘*the property (...) in use for an activity not pursuing government non-commercial purposes*’ beslagen kan worden.⁴⁷ Het Hof oordeelde vervolgens dat een Duits cultureel centrum in Italië, dat was opgericht en werd geadmistreerd op basis van een Duits-Italiaans verdrag, immuniteit genoot. Het Hof oordeelde dat het centrum ‘*is being used for governmental purposes that are entirely non-commercial, and hence for purposes falling within Germany’s sovereign functions*’.⁴⁸

De uit deze rechtspraak te trekken conclusie is dat goederen die zijn bestemd voor de daadwerkelijk soevereine taakuitoefening van een staat, immuniteit van executie genieten.⁴⁹

Mij is geen rechtspraak bekend die niet in lijn is met deze conclusie. De bedoelde goederen zijn terug te vinden in art. 21 van het VN-Verdrag, waarin een lijst staat van goederen die volgens het Verdrag in elk geval beschouwd moeten worden als zijnde ‘in use or intended for use (...) for (...) government non-commercial purposes’.⁵⁰ De lijst omvat:

47 Internationaal Gerechtshof 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, par. 118. Beschikbaar op <http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>.

48 Internationaal Gerechtshof 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, par. 119.

49 Zie ook reeds W.J. Habscheid, ‘Die Immunität Ausländischer Staaten nach Völkerrecht und deutschem Zivilprozeßrecht’, in: *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Vol. 8, 1968, p. 258: ‘Weiterhin wird bei einem Zwangsvollstreckungsverfahren nicht in jeden im Urteilsstaat befindlichen Vermögensgegenstand des ausländischen Staates exekutiert werden können – z. B. nicht in Büroeinrichtungen diplomatischer Missionen oder in auf Gastreisen weilende Kriegsschiffe. Es werden Gegenstände und Vermögensbereiche abzugrenzen sein, die mit hoheitlich-politischen Fragen des ausländischen Staates in direktem Zusammenhang stehen, und die, damit der ausländische Staat seine Staatsaufgaben erfüllen kann, von der Vollstreckung ausgenommen sein müssen.’ Zie verder Bundesverfassungsgericht 13 december 1977 (*BVerfGE*, Vol. 46, p. 342; *International Law Reports*, Vol. 65, p. 146; <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=584>). Het Bundesverfassungsgericht verwijst in zijn uitspraak naar nog oudere bronnen: ‘The Court of Cassation of the Kingdom of Italy ruled similarly in 1926 in re State of Romania v. Trutta (AJIL 26 [1932] supp. p.711f.); it was held to be beyond doubt that except for things indispensable for the functioning of the official administration of the foreign State, all property of government was subject to execution’; en ‘According to an established view, which began to emerge even before Grotius (*De iure belli ac pacis*, L. II, c. XVIII, 9), and Bynkershoek (*Foro Legatorum*, sec.ed. 1744, Cap.XVI, XXIII), in the case of measures of security or execution against a foreign State, under international law things at the relevant time serving its diplomatic mission in carrying out its official functions may not be seized’.

50 Vgl. Hof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1337, *JOR* 2015/346 (*Servaas/Staat*), r.o. 3.12 (‘In het volkenrecht wordt algemeen erkend dat tot de goederen met een publieke bestemming in ieder geval behoren een ambassadegebouw (HR 28 juni 2013, *NJ* 2014, 453 m.nt. De Boer), bankrekeningen van die ambassade, culturele centra van een vreemde staat, belastingvorderingen van een vreemde staat (HR 11 juli 2008, *NJ* 2010, 525 m.nt. De Boer), militaire eigendommen, ontwikkelingsgelden en fondsen van de centrale bank van een vreemde staat. Deze staatseigendommen genieten immuniteit van executie, zodat (executoriaal) beslag daarop niet is toegelaten’).

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

In zoverre als art. 21 van het VN-Verdrag goederen noemt die kunnen worden gezien als goederen met een ‘soevereine’ bestemming, behelst het artikel een codificatie van gewoonterecht. De bekende rechtspraak uit verschillende landen – en daarmee de betreffende statenpraktijk en *opinio juris* – is in zoverre immers uniform. Mij lijken in elk geval de goederen sub (a), (b) en (c) onder de categorie ‘soevereine’ bestemming te vallen en dus volgens internationaal gewoonterecht immuniteit te genieten,⁵¹ zij het dat over de precieze afbakening van die categorieën nog wel verschillend wordt gedacht. Zo adviseerde de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken ten aanzien van het thans in art. 21 sub (c) genoemde ‘*property of the central bank or other monetary authority of the State*’ dat immuniteit slechts zou moeten worden verleend voor zover die goederen daadwerkelijk gehouden worden voor ‘*central bank purposes*’⁵² – en dus niet bijvoorbeeld voor een inactieve rekening die geen specifieke bijzondere bestemming heeft. In buitenlandse rechtspraak wordt deze nuancering ook wel aangebracht,⁵³ maar in Nederland vooralsnog niet.⁵⁴

51 Zie ook Van Alebeek, ‘Staatsimmuniteit’, in: Horbach, Lefeber & Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, T.M.C. Asser Press, Den Haag, 2007, p. 260: ‘De eerste drie categorieën reflecteren internationaal gewoonterecht en ook de Nederlandse praktijk, terwijl de laatste twee vooralsnog slechts verdragenrecht zijn. Ratificatie van het verdrag lijkt de mogelijkheden van executie dus enigszins te beperken.’

52 Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke vraagstukken, Advies nr. 4 van 14 oktober 1999 over art. 18 van (destijds nog) het ILC-Ontwerp, beschikbaar op [http://cms.webbeat.net/ContentSuite/upload/cav/doc/Advies_nr._04_Immunititeit_van_staten\(1\).pdf](http://cms.webbeat.net/ContentSuite/upload/cav/doc/Advies_nr._04_Immunititeit_van_staten(1).pdf), par. 2.4.4: ‘Met betrekking tot artikel 19 [thans 21; MvL] lid 1 sub c (“property of the central bank or other monetary authority of the State”) wordt door de CAW gepleit hieraan toe te voegen een zinsnede als “held by it for central banking purposes”, zoals is geschied in artikel VIII sub C3 van de ILA-tekst en artikel 4 lid 2 sub c van de tekst van het Institut de Droit International 1992.’

53 Zie de hiervoor geciteerde uitspraak van het Zwitserse Tribunal fédéral, BGE 111 Ia 62, 24 april 1985, *International Law Reports*, Vol. 82, p. 30-36 (*Libyan Arab Socialist People’s Jamahiriya v. Actimon SA*). Origineel beschikbaar via www.bger.ch.

54 Zie V.zr. Rb. Amsterdam 22 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2548 (Republiek Kazachstan c.s./Caratube International), r.o. 4.9, verwijzend naar Hof Amsterdam 14 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4683, *JOR* 2018/157 m.nt. W.J.M. van Andel (*Van Hees en Harmsen q.q./Bank Indonesia*), r.o. 3.7.2.

De vraag die bij lezing van bovengenoemde rechtspraak opdoemt, is die naar het verschil tussen, of de grens tussen, ‘soevereine’ bestemmingen (welke term in de geciteerde buitenlandse rechtspraak wordt gebruikt); ‘*government non-commercial purposes*’ (welke term in het VN-Verdrag en door het Internationaal Gerechtshof is gebruikt); en ‘publieke bestemming’ (welke term in Nederlandse rechtspraak wordt gebruikt).

In Nederlandse rechtspraak wordt wel aangenomen dat goederen van een staat ofwel een soevereine of publieke bestemming hebben, ofwel een commerciële. Het één wordt geacht het ander uit te sluiten. Een treffend voorbeeld is Hof Den Haag 17 februari 2015, waarin werd overwogen:

‘Een belangrijke, door het volkenrecht erkende, uitzondering betreft de regel die inhoudt dat goederen die bestemd zijn voor de openbare dienst van een vreemde Staat, aan executiemaatregelen zijn onttrokken (immunitet van executie). (...) De immunitet van executie geldt derhalve niet voor *alle* goederen van een vreemde staat die zich bevinden in het domein van een andere staat, maar kan tegelijkertijd alleen dan niet worden ingeroepen indien wordt vastgesteld dat de goederen van de vreemde Staat *niet* bestemd zijn voor een overheidstaak en worden gebruikt voor commerciële doeleinden. Dit laatste is ook terug te vinden in [het VN-Verdrag].’⁵⁵

Als inderdaad zou moeten worden aangenomen dat onder ‘goederen die bestemd zijn voor een overheidstaak’ alle goederen moeten worden begrepen die geen commerciële bestemming hebben, dan wordt daarmee – zoals nu in Nederland gebeurt – een veel verdergaande immunitet toegekend dan de mate van immunitet die volgt uit het internationale gewoonterecht. Immers, dan genieten ook alle banktegoeden en alle vorderingen op (andere) derden van een staat die nog geen specifieke (commerciële) bestemming (kunnen) hebben, immunitet. Een zo ruime immunitet van executie valt, zoals we hierna zullen zien, niet te destilleren uit de internationale statenpraktijk en/of *opinio juris*, hetgeen betekent dat moet worden aangenomen dat ‘*the alleged rule of customary international law does not exist*.’⁵⁶ In de internationale statenpraktijk bestaat geen verdergaande consensus dan dat goederen die bestemd zijn voor een daadwerkelijk soevereine taakuitoefening, immunitet genieten.

Wat onder een soevereine taakuitoefening moet worden verstaan, is niet precies af te bakenen. In verschillende jurisdicties zullen daarover verschillende opvattingen bestaan, mede in het licht van de nationale opvattingen over de staatsinrichting en de rol van de overheid in de maatschappij en de economie. In grote lijn zou men kunnen zeggen dat het (in elk geval) gaat om de typische overheidstaken; taken die een land altijd verricht

55 Hof Den Haag 17 februari 2015, nr. 200.151.017/01 (*A. c.s./Staat der Nederlanden*), r.o. 8 en 9, niet gepubliceerd maar kenbaar uit HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371, NJ 2017/192 m.nt. Th.M. de Boer (*N.N./Staat*).

56 Rapport van de International Law Commission, doc.nr. A/71/10, Commentary to Conclusion 2, par. 3, p. 83.

en die uitsluitend door landen kunnen worden verricht. Voorbeelden daarvan zijn het onderhouden van diplomatieke betrekkingen met andere staten, de bescherming van het territorium, het voeren van monetair beleid.⁵⁷ De term ‘publieke taken’ is (nog) minder duidelijk en daarmee minder geschikt als afbakening van immuniteit. Men zou deze term kunnen hanteren waar men in wezen het oog heeft op de soevereine taken van de staat, maar de term kan ook gehanteerd worden om te wijzen op alle taken van de overheid die strekken tot bevordering van enig algemeen nut. In dat laatste geval valt bijvoorbeeld ook de bouw van een speeltuin of het kopen van een onderhoudswagen door de gemeente onder de term.⁵⁸ Van goederen bestemd voor ‘soevereine taken’ kan dan m.i. bezwaarlijk nog gesproken worden. In de Nederlandse rechtspraak is niet helemaal duidelijk op welke manier men de term ‘publieke taken’ c.q. ‘publieke bestemming’ hanteert. Een commerciële bestemming is m.i. het andere uiteinde van het spectrum: een staat kan zich op eenzelfde wijze als een commerciële partij op de markt begeven, bijvoorbeeld door grond of kantoren te huur aan te bieden of door zaken te koop aan te bieden. Het goed heeft dan zeker geen soevereine bestemming (meer) en m.i. ook geen publieke bestemming.⁵⁹

Rechtspraak over het onderscheid tussen soevereine goederen, commerciële goederen en ‘*government non-commercial purposes*’-goederen is schaars. Een mooie beschikbare uitspraak is de uitspraak die de hoogste rechter van Zweden wees in 2011.⁶⁰ Het geval betrof een beslag dat Franz Sedelmayer, een Duitse zakenman, had gelegd op een appartementen-

57 Vgl. art. 21 sub (a), (b) en (c) van het VN-Verdrag.

58 Zelfs bijvoorbeeld een proceskostenkostenveroordeling ten gunste van een vreemde staat en ten laste van een Nederlandse procespartij, zou dan een goed zijn dat bestemd is voor de publieke taak – en aldus naar Nederlands recht mogelijk onder immuniteit van executie vallen. In vroegere Nederlandse rechtsspraak werd geoordeeld dat immuniteit niet zover ging. Zie de (niet op internationaal recht maar op art. 703 Rv gestoelde) uitspraak van Rb. Rotterdam 1 december 2005, nr. 247936 / KG ZA 05-928(*Georgië/Sierra Oil Enterprises*), r.o. 4.4 (niet gepubliceerd): ‘Uiteraard vloeien deze gelden [uit een proceskostenveroordeling; MvL], indien wordt betaald, in de staatskas van Georgië, doch daarmee vallen die gelden niet onder het beslagverbod van artikel 703 Rv. Met Sierra moet worden geoordeeld dat bij gebreke van een concrete publieke bestemming, die als gevolg van het beslag zou worden gefrustreerd, niet kan worden gezegd dat het beslag niet mogelijk is.’ Vergelijk ook Vzr. Rb. Den Haag 12 januari 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AS3470, *NJF* 2005/77 (*gemeente Janswoude/Kompier*), r.o. 3.7 (eveneens gewezen naar het nationale Nederlandse recht): ‘Het betoog van eiseres komt er in wezen op neer dat de enkele omstandigheid dat de gelden waarop gedaagde beslag heeft gelegd aan haar toebehoren, voldoende is om deze te kunnen aanmerken als bestemd voor de openbare dienst. Dit betoog faalt. Of de goederen toebehoren aan een overheidsinstantie is, anders dan eiseres kennelijk meent, niet doorslaggevend voor de vraag of deze bestemd zijn voor de openbare dienst. Mede gelet op de herkomst van de door het beslag getroffen gelden – eiseres heeft ter zitting desgevraagd bevestigd dat het beslag rust op de gelden die zij van gedaagde heeft ingevorderd –, staat niet bij voorbaat vast dat deze bestemd zijn voor de openbare dienst. De enkele stelling van eiseres dat zij deze gelden wenst aan te wenden in het kader van haar instandhouding en functioneren, en daarmee ten behoeve van de openbare dienst, is daarvoor onvoldoende.’

59 Vgl. art. 21 sub (d) en (e) van het VN-Verdrag: ‘(...) and not placed or intended to be placed on sale’.

60 Swedish Supreme Court, 1 juli 2011 (*Russian Federation/Sedelmayer*). De uitspraak is beschikbaar in Engelse vertaling op http://www.arbitrations.ru/files/articles/uploaded/Supreme_Court_of_Sweden_01072011.pdf.

complex nabij Stockholm waarvan Rusland eigenaar was en op huuropbrengsten die Rusland uit dien hoofde genoot. Rusland had verklaard dat *'the property is exclusively used for the official purposes of the Russian Federation'*. Sedelmayer had deze stelling betwist en aanwijzingen overgelegd waaruit zou blijken dat in het appartementencomplex twee Zweedse bedrijven waren gevestigd en 60 personen aldaar woonden, van wie geen enkele diplomaat. Rusland had daarop zijn andersluidende visie gegeven. De hoogste Zweedse rechter overwoog dat veel staten het principe aanhangen dat *'property that is used for other purpose than government non-commercial purposes'* (zoals verwoord in art. 19 (c) van het VN-Verdrag) beslagen moet kunnen worden, maar dat internationaal verschil van inzicht bestaat over wat daaronder moet worden verstaan.⁶¹

De Zweedse rechter oordeelde als volgt:

'Thus, the meaning of the phrase must be narrowed down. In this context, the phrase must generally be considered to entail that immunity from enforcement measures can be claimed at least with respect to property that is used for a state's official functions. However, the phrase cannot be considered to mean that immunity from enforcement measures can be successfully claimed solely based on the fact that a property is owned by a state and used for a non-commercial purpose. Enforcement measures should however be held impermissible if the purpose of the holding of the property is of a more specific nature, such as when the property is used for state acts proper and similar purposes of official nature or when the property is of such particular nature as stated in Article 21 of the 2004 UN convention.'⁶²

Ten aanzien van de voorliggende casus oordeelde de Högsta Domstolens (de hoogste Zweedse rechter) dat een gebouw dat *'to a substantial extent – but not necessarily mainly –'* wordt gebruikt voor diplomatieke doeleinden in elk geval immuniteit van executie geniet. De rechter ging voorbij aan de stelling van Rusland dat het gebouw vanaf 1 juli 2010 exclusief gebruikt zou gaan worden door diplomaten en oordeelde dat de feitelijke bestemming van het gebouw ten tijde van de beslaglegging beslissend is.⁶³ Daarmee was

61 Swedish Supreme Court, 1 juli 2011 (*Russian Federation/Sedelmayer*), par. 14.

62 Swedish Supreme Court, 1 juli 2011 (*Russian Federation/Sedelmayer*), par. 14. De uitspraak is beschikbaar in Engelse vertaling op http://www.arbitrations.ru/files/articles/uploaded/Supreme_Court_of_Sweden_01072011.pdf. In die vertaling staat echter een fout in de hierboven geciteerde par. 14, te weten dat de vertaling rept van *'used for government non-commercial purposes'*. Het woord *'government'* staat in deze zin niet in de originele Zweedse versie (beschikbaar op <http://www.hogstodomstolen.se/Domstolar/hogstodomstolen/Avgoranden/2011/2011-07-01%20O%20170-10%20Beslut.pdf>). In het Zweedse origineel staat: *'att egendomen i fråga ägs av en stat och används av den för ett icke-kommersiellt ändamål'*, oftewel: *'dat het onroerend goed in kwestie eigendom is van een staat en door het land wordt gebruikt voor een niet-commercieel doel.'*

63 Swedish Supreme Court, 1 juli 2011 (*Russian Federation/Sedelmayer*), par. 19-20.

de benadering van de Zweedse hoogste rechter overigens anders dan die van de Hoge Raad in HR 28 juni 2013 (*Ahmad/Staat*).⁶⁴

De Högsta Domstolens overwoog vervolgens dat volgens Rusland 15 van de 48 appartementen werden gebruikt door diplomaten of hun personeel en dat twee gedeelten van de begane grond werden gebruikt als archief c.q. parkeerplaats ten behoeve van de diplomatieke dienst. In zoverre waren dit gedeelten die volgens het Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer (1961) bescherming genieten.⁶⁵ De vraag was vervolgens of dit gebruik, gezien het gebruik van het resterende gedeelte van het appartementencomplex, voldoende was om ten aanzien van het complex immuniteit van executie te verlenen.

Aangezien het gebruik van het grootste deel van het complex werd bestempeld als '*for purposes under private law but that were of non-commercial, but also non-official nature*', oordeelde de hoogste Zweedse rechter dat aan Rusland geen immuniteit toekwam.⁶⁶ Ten aanzien van de huuropbrengsten werd overwogen: '*it is an asset that is of a commercial nature*'.⁶⁷ Ook op deze vordering mocht Sedelmayer verhaal nemen.

Deze Zweedse uitspraak, die in feite een nadere uitwerking is van de eerder besproken jurisprudentie uit andere landen, biedt naar mijn mening een evenwichtiger benadering van immuniteit van executie ten opzichte van de rechten van een crediteur dan de huidige Nederlandse benadering. Goederen die feitelijk en in overwegende mate worden gebruikt voor soevereine taken genieten immuniteit, maar niet alle goederen van een staat met een niet-commerciële bestemming worden afgeschermd. Het doel van immuniteit van executie wordt zo geen geweld aangedaan terwijl de crediteur nog enige mogelijkheid houdt om zijn vordering op een vreemde staat te innen.

Uit de besproken internationale jurisprudentie – en bij het, voor zover bekend, ontbreken van tegengestelde jurisprudentie – blijkt dat immuniteit van executie alom wordt aanvaard waar het gaat om goederen met een soevereine bestemming. Waar de statenpraktijk in zoverre vrijwel unaniem is, kan dat niet gezegd worden voor een statenpraktijk waarin aan vreemde staten een verdergaande mate van immuniteit van executie wordt verleend. Een zodanige verdergaande consistente statenpraktijk valt niet te ontdekken.⁶⁸ Toch

64 HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453 m.nt. Th.M. de Boer (*Ahmad/Staat*). De Boer liet zich in zijn noot kritisch uit over de benadering van de Hoge Raad.

65 Swedish Supreme Court, 1 juli 2011 (*Russian Federation/Sedelmayer*), par. 21.

66 Swedish Supreme Court, 1 juli 2011 (*Russian Federation/Sedelmayer*), par. 22-22.

67 Swedish Supreme Court, 1 juli 2011 (*Russian Federation/Sedelmayer*), par. 24.

68 Vgl. ook J. Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter* (diss. VU), 2001, p. 107 ('In ogen-schouw genomen dat staten onderling grote verschillen vertonen in de mate waarin zij executie van goederen van of ten behoeve van een vreemde staat toestaan, nodigt de bepaling uit tot forumshopping.'). Spiegel doelt op art. 54 van het ICSID Verdrag, welke bepaling ziet op de tenuitvoerlegging van ICSID-vonnissen. Het citaat ziet echter in zijn algemeenheid op de variëteit van immuniteitsregels in de verschillende jurisdicties. Vergelijk ook Kamerstukken II 1981/1982, 17485, nr. 3, p. 1 (MvT): 'Het hoeft daarom niet te verwonderen, dat daar van land tot land uiteenlopende doctrines zijn ge-

oordeelt de Hoge Raad onder verwijzing naar internationaal gewoonterecht dat immuniteit van executie niet slechts geldt voor goederen met een soevereine bestemming, maar voor alle ‘staats eigendommen met een publieke bestemming’.⁶⁹ Daaronder vallen volgens de Hoge Raad kennelijk niet alleen goederen zoals genoemd in art. 21 van het VN-Verdrag, maar ook bijvoorbeeld – en in beginsel – een contractuele vordering van Irak op Nederlandse oliemaatschappijen⁷⁰ en banktegoeden en effectenportefeuilles die Kazachstan aanhoudt bij Nederlandse banken.⁷¹ Niet valt in te zien dat deze goederen een soevereine bestemming hebben. In elk geval is te concluderen dat het internationaal recht beslag op dergelijke goederen niet verbiedt, want de beschikbare internationale jurisprudentie uit verscheidene landen suggereert een statenpraktijk volgens welke dergelijke goederen vatbaar zijn voor beslag en geen immuniteit van executie genieten. Dit zal hierna aan de orde komen. Eerst wordt ingegaan op de statenpraktijk ten aanzien van immuniteit voor bankrekeningen van een ambassade.

Immuniteit voor bankrekeningen van een ambassade

Veel staten houden tegoeden aan op buitenlandse bankrekeningen. Waar dergelijke tegoeden worden aangehouden voor het functioneren van een ambassade, laat de statenpraktijk zien (i) dat die tegoeden immuniteit genieten; en (ii) dat de vreemde staat niet hoeft toe te lichten hoe de tegoeden op de bankrekening van de ambassade gebruikt worden. Dat zou namelijk een inbreuk maken op, kort gezegd, de diplomatieke onschendbaarheid.

Een gezaghebbende bron op dit onderwerp is de hiervoor al genoemde uitspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht van 13 december 1977. Het geschil betrof een beslag op de bankrekening die de Filipijnse ambassade in Duitsland aanhield bij Deutsche Bank.⁷² Het Bundesverfassungsgericht besprak in zijn uitspraak de statenpraktijk van verscheidene landen en kwam tot de conclusie dat tegoeden op een betaalrekening in de gaststaat c.q. forumstaat die op naam staat van een buitenlandse ambassade en die bestemd zijn om de onkosten van de ambassade te dekken, op grond van internationaal gewoonterecht immuniteit van executie genieten. Het Hof achtte het in strijd met het internationale recht

groeid, hetgeen de onzekerheid over de juiste interpretatie van het geldende volkenrecht op dit gebied in de hand heeft gewerkt’.

69 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, *NJ* 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star/Gabon en Staat*), r.o. 3.4.3, verwijzend naar eerdere arresten.

70 HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354, *NJ* 2017/191 m.nt. Th.M. de Boer (*Staat/Servaas*).

71 HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371, *NJ* 2017/192 m.nt. Th.M. de Boer (*N.N./Staat*).

72 Bundesverfassungsgericht 13 december 1977 (*BVerfGE*, Vol. 46, p. 342 (*Philippine Embassy*); *International Law Reports*, Vol. 65, p. 146); <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=584>. Instemmende verwijzingen naar deze uitspraak zijn te vinden in onder meer Internationaal Gerechtshof 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, r.o. 118 en A-G Strikwerda (conclusies vóór HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, *NJ* 2010/525 m.nt. Th.M. de Boer (*Azeta/JCR en Staat*), par. 25 en HR 24 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7679, *NJ* 2010/507 (*Llanos Oil/Republiek Colombia*), voetnoot 24).

om van de vreemde staat informatie op te eisen over het bestaan en/of de bestemming van een dergelijke bankrekening:

‘Because of the demarcation difficulties in assessing endangerment of this functionality [of the diplomatic representation; MvL] and because of the latent possibilities of abuse, general international law draws the sphere of protection in favour of the foreign State very broadly, focusing on the typical, abstract danger, not on the specific endangerment of the functionality of the diplomatic representation by measures taken by the receiving State (et. Habscheid, BerDGVR, loc.cit., p.206). Thus, for instance, Article 22(3) of the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 18 April 1961, which here codifies general international law, excludes mission premises, their furnishings and other property thereon, and the mission’s means of transport, from search, requisition, attachment or execution.

(...)

The financial settlement of the expenses and costs of an embassy through a general current account of the sending State maintained with a bank in the receiving State belongs directly to the maintenance of the diplomatic functions of the sending State

(...)

(...)

That enforcement agencies of the receiving State should expect a sending State without its assent to give details of the existence of the earlier, present or future uses of credit balances on such an account would, furthermore, constitute interference contrary to international law with exclusive matters of the sending State. General international law does not on the other hand bar a requirement on the sending State that it show that an account is an account serving the maintenance of the functions of its diplomatic representation.⁷³

In de hiervoor eveneens aangehaalde uitspraak van het Spaanse Tribunal Constitucional uit 1992 is een vergelijkbaar oordeel te vinden: een bankrekening van een ambassade geniet immuniteit, ook als niet vaststaat hoe de gelden op die rekening precies besteed worden:

‘Contemporary international practice clearly exempts embassy bank accounts from any form of execution. (...) The fact that funds held in an account to cover the day-to-day functioning of diplomatic and consular missions may also be used for commercial purposes does not justify the exclusion of such funds from immunity against execution, and hence from attachment. This follows both from the single and indivisible nature of the funds and from the impossibility, in the case of an account operated by a diplomatic mission, of investigating the transactions, flow of funds and purposes to which such funds are applied. Such an investigation would involve

73 *Bundesverfassungsgericht* 13 december 1977 (*BVerfGE*, Vol. 46, p. 342; *International Law Reports*, Vol. 65, p. 186-189. Geciteerde tekst is afkomstig van de vertaling die beschikbaar is op <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=584>.

an interference with the mission's activity, in breach of the rules of public international law.⁷⁴

Ook in Zwitserse jurisprudentie is herhaaldelijk beslist dat een bankrekening van een ambassade, alsook gelden die bestemd zijn voor andere soevereine taken van de vreemde staat, immuniteit genieten.⁷⁵

Opmerking verdient dat zelfs ten aanzien van immuniteit van bankrekeningen van ambassades wel enig tegengeluid te horen is, met name waar het gaat om de onweerlegbare aanname dat het gehele tegoed van een bankrekening van een ambassade bestemd is voor het functioneren van de ambassade. Misbruik ligt op de loer en rechters zouden hieraan beperkingen moeten stellen, zo wordt vanuit verschillende kanten betoogd. Meer in het bijzonder zou van een vreemde staat verlangd mogen worden dat hij specifiek aantoonde dat beslag op de bankrekening zou leiden tot significante belemmering van zijn diplomatieke missie.⁷⁶ Ondanks deze kanttekeningen uit de literatuur kan geconcludeerd worden dat volgens de huidige statenpraktijk en *opinio juris* (blijkend uit jurisprudentie uit Duitsland, Spanje en Zwitserland, met daarin verwijzingen naar jurisprudentie uit andere landen) een beslag op een bankrekening van een ambassade niet mogelijk is. In de Spaanse en Duitse uitspraken is voorts beslist dat van een vreemde staat niet kan worden verlangd dat hij openheid van zaken geeft over de bestemming van de tegoeden op een op naam van de ambassade staande bankrekening.

Geen immuniteit voor andere bankrekeningen

De vraag naar beslag op ambassaderekeningen moet onderscheiden worden van die naar beslag op andere bankrekeningen van een vreemde staat. In Nederland lijkt dat onderscheid niet duidelijk gemaakt te worden. Zo overwoog A-G Strikwerda in zijn conclusie vóór HR 11 juli 2008 (*Azeta/JCR en Staat*) dat 'Algemeen wordt aangenomen dat goederen, waaronder bankrekeningen en vorderingen, van de vreemde staat slechts dan niet onder immuniteitsregels vallen, indien en voor zover is vastgesteld dat die goederen een niet-publieke, commerciële bestemming hebben.'⁷⁷ Ter onderbouwing van die stelling wees

74 Tribunal Constitucional de Espana, 1 juli 1992 (*Abbott v. Republic of South Africa*), *Revista española de derecho internacional*, Vol. 44, 1992, p. 565; *International Law Reports*, Vol. 113, p. 423-424. Origineel beschikbaar via www.tribunalconstitucional.es.

75 Zwitserse Tribunal fédéral 10 februari 1960 (BGE 86 I 23); Zwitserse Tribunal fédéral, BGE 111 Ia 62, 24 april 1985, *International Law Reports*, Vol. 82, p. 30-36 (*Libyan Arab Socialist People's Jamahiriya v. Actimon SA*). Origineel beschikbaar via www.bger.ch.

76 C.H. Schreuer, *State Immunity: some recent developments*, Cambridge Grotius Publications Limited, 1988, p. 155; H. van Houtte, 'Towards an attachment of embassy bank accounts', *Revue Belge de droit international*, 1986, p. 77-78; C. Ryngaert, 'Embassy Bank Accounts and State Immunity from Execution: Doing Justice to the Financial Interests of Creditors', *Leiden Journal of International Law* (2013), 26, p. 83-84. Vergelijk ook de Franse Advocate General Gulphe, conclusie vóór Cour de Cassation 14 maart 1984, *Islamic Republic of Iran v. Société Eurodif*, *International Legal Materials*, Vol. 23(5), p. 1062-1070; *International Law Reports*, Vol. 77, p. 520.

77 A-G Strikwerda, conclusie vóór HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, NJ 2010/525 m.nt. Th.M. de Boer (*Azeta/JCR en Staat*), par. 25.

Strikwerda naar het arrest van het Duitse Bundesverfassungsgericht uit 1977, terwijl dat arrest nu juist specifiek ziet op een bankrekening van een ambassade, welke vanwege de link met de diplomatieke missie bijzondere bescherming geniet.

Het lijkt erop dat vanwege het gebrek aan onderscheid tussen immuniteit ten aanzien van een ambassadebankrekening (en de achtergronden daarvan) en een normale bankrekening, nu ook beslag op een normale bankrekening van een vreemde staat in Nederland in beginsel niet mogelijk is. Met een normale bankrekening bedoel ik een bankrekening die niet wordt aangehouden ter dekking van de onkosten van de ambassade. Ook voor tegoeden op een normale bankrekening wordt in Nederland namelijk vermoed dat zij bestemd zijn voor publieke doeleinden.

Dit is internationaal zeker geen gewoonterecht. Sinds jaar en dag wordt aangenomen dat immuniteit van executie niet geldt voor tegoeden op normale bankrekeningen. Het Duitse Bundesverfassungsgericht wees in zijn uitspraak uit 1977 op Italiaanse jurisprudentie uit 1887 en 1926 en op Zwitserse jurisprudentie uit 1918.⁷⁸ Deze lijn heeft zich daarna voortgezet, zonder (mij) bekende afwijkingen in buitenlandse rechtspraak. In 1960 oordeelde de Zwitserse Tribunal fédéral dat beslag op banktegoeden van de Verenigde Arabische Emiraten, die geen specifieke bestemming (meer) hadden en die *'became available to the UAR for any use that it desired'*, beslagen konden worden.⁷⁹

In een latere uitspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht kwam de vraag naar immuniteit van een normale bankrekening ook aan bod. In deze uitspraak van 12 april 1983 benadrukte het Bundesverfassungsgericht dat zijn uitspraak uit 1977 (over een bankrekening van een ambassade) was gebaseerd op de bescherming van het diplomatieke verkeer en dat de vraag naar de immuniteit van *'accounts not earmarked to pay for expenses and costs of a diplomatic mission'* daarin niet was beantwoord.⁸⁰ De zaak waarover het Bundesverfassungsgericht in 1983 moest oordelen was aanhangig gemaakt door de National Iranian Oil Company (NIOC), die volgens eigen zeggen *'only an instrument of the Iranian State'* was. Bepaalde opbrengsten uit olieverkopen door NIOC waren gestort op bankrekeningen die door NIOC bij Duitse banken werden aangehouden. NIOC stelde dat deze opbrengsten volgens Iraans recht moesten worden overgemaakt naar de Iraanse centrale bank en dat zij specifiek bestemd waren voor het dekken van overheidsuitgaven (*'earmarked for financing the state budget'*). Het Bundesverfassungsgericht ging uit van de situatie zoals door NIOC geschetst en nam veronderstellenderwijs aan dat NIOC in

78 Bundesverfassungsgericht 13 december 1977 (*BVerfGE*, Vol. 46, p. 342; *International Law Reports*, Vol. 65, p. 146), par. 4(a) en 4 (b). In Engelse vertaling beschikbaar op <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=584>.

79 Zwitserse Tribunal fédéral, 10 februari 1960 (BGE 86 I 23), *American Journal of International Law*, Vol. 55, p. 170. Origineel beschikbaar via www.bger.ch.

80 Bundesverfassungsgericht 12 april 1983, 2 BvR 678/81 e.v. (*National Iranian Oil Company*), *International Legal Materials*, november 1983, Vol. 22(6), p. 1289. Origineel beschikbaar via www.rechtsportal.de.

dezelfde mate als Iran een beroep kon doen op immuniteit. Het Bundesverfassungsgericht deed onderzoek naar de statenpraktijk op het gebied van immuniteit van executie en onderzocht jurisprudentie uit Zwitserland, Frankrijk, Oostenrijk, België, Nederland,⁸¹ Verenigde Staten en Duitsland. Het hof concludeerde dat het beslag op tegoeden op de bankrekeningen niet strijdig was met internationaal gewoonterecht:

‘It can remain open to question here whether or not legally responsible enterprises of a foreign state can be holders of an international common law claim to exemption from national jurisdiction or in certain respects are on an equal footing under international law either in whole or in part with their “mother country”. For no commandment of general international law would stand in the way of a seizure even if legally responsible enterprises of foreign states had to receive immunity to the same extent as these states themselves. The forum state would not be prevented in cases such as this for reasons of international law from seizing claims from credit balances that are in accounts at banks in the forum state and that are earmarked under foreign law for transfer to an account maintained by a foreign state to meet its budgetary expenditures if the action had the purpose of securing a claim directed against the foreign state and foreign state itself were the owner of the situate claims in the forum state.’

(...)

Credit balances in accounts with banks in the forum state and earmarked for transfer to an account of this state with its central bank to meet the budget of a foreign state do not reach their decisive purpose according to the intention of the foreign state until the credit balances reach the power of disposal of the central bank. With the instruction to transfer the credit balance to the central bank, at best indirect sovereign purposes are pursued. From an international law aspect, the forum state would not have to classify the credit balances as serving sovereign purposes even though after their receipt in the account of the foreign state at its central bank they were used for purposes that can be classified as sovereign. The

81 Het Bundesverfassungsgericht bespreekt een arrest van Hof Den Haag uit 1968, dat zag op een in Nederland ten laste van NIOC gelegd beslag. Hof Den Haag had geoordeeld dat beslag op contractuele vorderingen van een vreemde staat op een Nederlandse vennootschap mogelijk was (Hof Den Haag 28 november 1968, ECLI:NL:GHSGR:1968:AB6271, NJ 1969/484 (*N.V. Cabolent/NIOC*), r.o. 34). Het Bundesverfassungsgericht kwam tot hetzelfde oordeel. A-G Strikwerda wees in zijn conclusie vóór HR 11 juli 2008 (*Azeta/JCR en Staat*) op het arrest van Hof Den Haag als voorbeeld van een geval waarin immuniteit van executie niet geldt en beslag dus mogelijk is (A-G Strikwerda, conclusie vóór HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, NJ 2010/525 m.nt. Th.M. de Boer (*Azeta/JCR en Staat*), par. 14). Deze paragraaf uit de conclusie van de A-G vormde vervolgens de basis voor het arrest van de Hoge Raad volgens welke immuniteit niet absoluut is (zie r.o. 3.5), welk arrest door de Hoge Raad zelf wordt aangehaald in zijn Herfstarristen, waarin hij oordeelt dat beslag op contractuele vorderingen van een vreemde staat op een Nederlandse vennootschap in beginsel niet mogelijk is (HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star/Gabon en Staat*), r.o. 3.4.3 e.v.). Eén en ander overziend vraag ik mij af op welke gronden de conclusie in de opvolgende verwijzingen kennelijk verspringt van ‘beslag wel mogelijk’ (A-G, verwijzend naar Hof Den Haag) naar ‘beslag niet mogelijk’ (Hoge Raad, verwijzend naar A-G).

practice of the states in the field of immunity law does not indicate that such a classification is required under international law at the time decisive here.’

(...)

‘Thus the following is in force: The law of the general immunity of states does not prevent the forum state from ordering security measures as regards claims from credit balances that are located in accounts with banks in the forum state and that are earmarked for transfer to an account maintained by a foreign state with its central bank to meet its state budget, since the forum may classify these credit balances as assets that do not serve sovereign purposes of the foreign state at the time of the beginning of the security measures’⁸²

Oftewel: het Bundesverfassungsgericht oordeelde in 1983, op basis van onderzoek naar de internationale statenpraktijk, dat geen regel van internationaal gewoonterecht bestaat volgens welke beslag op een normale bankrekening van een vreemde staat onmogelijk is. Dat de tegoeden op die bankrekening op grond van de wet van de vreemde staat bestemd zijn voor de algemene middelen van de vreemde staat, maakte dat niet anders.

De conclusie is m.i. dat het internationaal gewoonterecht immuniteit van executie verleent aan bankrekeningen die worden gebruikt ter financiering van ambassades, maar niet aan normale bankrekeningen. De huidige Nederlandse rechtspraak, die in beginsel immuniteit verleent aan normale bankrekeningen, kan niet worden gebaseerd op de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht uit 1977 aangezien die uitspraak specifiek zag op bankrekeningen van een ambassade. Het Bundesverfassungsgericht heeft in 1983, na onderzoek naar de stand van het internationaal gewoonterecht op het specifieke punt van immuniteit voor tegoeden van een normale bankrekening, beslist dat geen regel bestaat die beslag op normale bankrekeningen verbiedt. Uit dit onderzoek door het Bundesverfassungsgericht blijkt daarmee dat (ook) op Nederland geen volkenrechtelijke verplichting rust om te beletten dat een crediteur beslag legt op een gewone bankrekening van een vreemde staat.

Geen immuniteit voor vorderingen op derden

Waar geen regel van internationaal gewoonterecht te vinden is die belet dat een crediteur beslag legt op een tegoed van een vreemde staat op een Nederlandse normale bankrekening, zie ik evenmin reden om aan te nemen dat beslag op een vordering van een vreemde staat op een Nederlandse vennootschap in strijd zou zijn met internationaal gewoonterecht. Een bankbeslag is immers ook een beslag onder een vennootschap. Er is geen reden om een vordering van een vreemde staat op een andere Nederlandse B.V. of N.V. qua immuniteit anders te behandelen dan een vordering op een bank. Jurisprudentie waarin beslag op een vordering van een vreemde staat op een bedrijf wordt belet wegens immuniteit van executie is mij – buiten Nederland – niet bekend. Nu ook andere aanwijzingen ontbreken voor het bestaan van een consistente statenpraktijk en *opinio juris* volgens

82 Bundesverfassungsgericht 12 april 1983, 2 BvR 678/81 e.v. (*National Iranian Oil Company*), International Legal Materials, november 1983, Vol. 22(6), p. 1293, 1305 en 1306. Origineel beschikbaar via www.rechtsportal.de.

welke beslag op vorderingen van een vreemde staat op een vennootschap in beginsel verboden is, moet de conclusie zijn dat het internationaal gewoonterecht een dergelijk beslag niet verbiedt.

8. Statenpraktijk ten aanzien van bewijslast / presumptie van immuniteit van executie

De Herfstarresten van de Hoge Raad bieden vreemde staten aldus verdergaande immuniteit van executie dan alleen voor soevereine goederen. Hierboven is uiteengezet dat het verlenen van die verdergaande immuniteit niet kan worden gebaseerd op een volkenrechtelijke verplichting van Nederland.

Het andere onderwerp dat in de Herfstarresten aan de orde komt, en dat de positie van een crediteur van vreemde staten eveneens significant verslechtert, is de presumptie van immuniteit die volgens de Hoge Raad gehanteerd moet worden.

De Hoge Raad besliste in *Morning Star/Gabon en Staat*:

‘dat vreemde staten niet gehouden zijn om gegevens aan te dragen waaruit volgt dat hun eigendommen een bestemming hebben die zich tegen beslag en executie verzet.

(...) dat de stelplicht en bewijslast met betrekking tot de vatbaarheid voor beslag en executie rusten op de schuldeiser die beslag legt of wil leggen op goederen van de vreemde staat en dat, ook indien de vreemde staat in rechte verstek laat gaan, steeds vastgesteld moet worden dat de desbetreffende goederen vatbaar zijn voor beslag. De schuldeiser zal derhalve steeds gegevens moeten aandragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat de goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn bestemd voor, kort gezegd, andere dan publieke doeleinden.

(...) dat, ook indien het gaat om gelden en tegoeden die door de vreemde staat voor verschillende doeleinden worden gebruikt, zowel publiek als (uitsluitend) commercieel of anderszins, de schuldeiser die beslag legt of wil leggen, zal moeten stellen en aannemelijk maken dat en in hoeverre die gelden en tegoeden vatbaar zijn voor beslag en executie (...).⁸³

De huidige rechtspraak in Nederland over de stand van het internationaal gewoonterecht is dat een conservatoir of executoriaal beslag op een vordering van een vreemde staat op een Nederlandse derde (bank of anderszins) door het internationaal gewoonterecht wordt belet, tenzij de beslaglegger aannemelijk maakt dat de vordering (althans de daaruit te verkrijgen gelden) door de vreemde staat worden gebruikt of zijn bestemd voor andere dan publieke doeleinden. ‘Publieke doeleinden’ wordt in dat kader breed geïnterpreteerd

83 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star/Gabon en Staat*), r.o. 3.5.2 – 3.5.4.

en omvat in elk geval meer dan goederen die bestemd zijn voor typisch soevereine taak-uitoefening van de staat, zoals de goederen die worden genoemd in art. 21 VN-Verdrag.⁸⁴

De Hoge Raad oordeelt dat één en ander strookt met de strekking van immuniteit van executie.⁸⁵ Dat is echter niet de relevante maatstaf. De – ook gezien art. 13a Wet AB – beslissende vraag is of de door de Hoge Raad aan een crediteur opgelegde beperkingen volkenrechtelijke verplichtingen van Nederland behelzen. Gaat het, met andere woorden, om regels van internationaal gewoonterecht die de Nederlandse Staat verplichten dergelijke beperkingen te stellen aan de uitvoerbaarheid van vonnissen?

Dat laatste is niet het geval. In ons omringende jurisdicties is beslist dat, als een vreemde staat een beroep wil doen op immuniteit van executie, hij zal moeten stellen en bewijzen dat het beslagen goed immuniteit van executie geniet. De bewijslast rust dus op de staat, niet op de crediteur. Bij gebreke van een duidelijke en specifieke soevereine bestemming van het goed wordt immuniteit niet verleend en is beslag dus mogelijk. Beslag op banktegoeden van een vreemde staat is dus ook mogelijk, tenzij de tegoeden op die bankrekening specifiek bestemd zijn voor een soevereine taak. Gewezen kan worden op de volgende jurisprudentie:

Zwitserse Tribunal fédéral, 1960:

‘In the absence of a precise designation of purpose, attachment is permissible. Thus, in its decision in RO 44 I 49, this Court affirmed the validity of an attachment of a credit balance belonging to the Austrian state which was not specifically earmarked. In decisions RO 56 I 237 and 82 I 75, the object of the attachment was assets whose use had not been designated; and the sole reason that the attachment was set aside

84 Zie Hof Den Haag 17 februari 2015, nr. 200.151.017/01 (*A./Staat der Nederlanden*), r.o. 11, niet gepubliceerd maar kenbaar uit HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371, *NJ 2017/192* m.nt. Th.M. de Boer (*N.N./Staat*): ‘Mogelijk betreffen de banktegoeden en effectenportefeuilles die N.N. met de beslagen beoogt te treffen, de vruchten van tussen de desbetreffende ondernemingen en Kazachstan bestaande commerciële verhoudingen, maar daarmee staat nog niet vast dat de beoogde beslagobjecten ook voor commerciële doeleinden zijn bestemd (...)’. Zie voorts Hof Amsterdam 7 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4585 (*Solvochem/Staat der Nederlanden*), r.o. 3.5: ‘Toepassing van dit normatieve kader [zijnde het arrest van de Hoge Raad van 30 september 2016; MvL] brengt met mee dat de vorderingen die de staat Irak (mogelijk) heeft op de derdebeslagenen ter zake van door hen met de KRG gesloten overeenkomst(en) niet vatbaar zijn voor beslag en executie tenzij en voor zover is vastgesteld dat die (althans de daaruit te verkrijgen gelden) een bestemming hebben die daarmee niet onverenigbaar is. Dit betekent dat Solvochem in het kader van dit kort geding moet stellen en aannemelijk maken dat de vorderingen (althans de daaruit te verkrijgen gelden) door de staat Irak worden gebruikt of zijn bestemd voor andere dan publieke doeleinden.’

85 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, *NJ 2017/190* m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star/Gabon en Staat*), r.o. 3.5.2 t/m 3.5.4.

was the fact that the underlying debts had no connection with the territory of Switzerland. This Court sees no reason to adopt a different solution in this case.⁸⁶

Zwitserse Tribunal fédéral, 1985:

‘It cannot be stated that the burden of proof rests with the respondent [i.e. de beslaglegger; MvL] to establish that the act at issue was performed *iure gestionis*. In this regard pointers are to be found in the current jurisprudence of the Federal Tribunal, which is based on recognized rules of public international law which have also been adopted in the jurisprudence of other States.

(...)

Forced execution on the property of a foreign State which is allocated for the performance of sovereign functions is inadmissible. But it cannot be said that all property of foreign States and their national banks is automatically allocated for the performance of sovereign functions. In addition to administrative assets (*Verwaltungsvermögen*) the State also normally owns private fiscal assets (*Finanzvermögen*), which are comparable to property owned by natural or legal persons under private law. Immunity can therefore only be claimed by reason of the nature of the assets subjected to attachment where those assets are allocated in an identifiable manner for the performance of a sovereign function, as in the case of those services necessary for the maintenance of diplomatic relations (embassy buildings). According to the predominant opinion, a plea of immunity is inadmissible, in respect of money and securities, unless the documents or specified sums have been designated for the performance of such tasks (ATF 108 III 109 with references; 86 I 32; Habscheid, “Die Immunität Ausländischer Staaten nach deutschen Zivilprozeßrecht”, in *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Vol. 8, 1968, p. 266). On the other hand Gramlich puts forward an opinion which is more favourable to foreign central banks. He considers that the assets of a foreign central bank may in general be considered as currency reserves and that, as such, they should not be subject to forced execution (*op. cit.*, pp. 594-5). This opinion is not convincing, however, because every foreign State would thereby be enabled, by depositing its assets abroad in the name of its central bank, to benefit in practical terms from unlimited immunity from execution and thereby to achieve a result which would under all circumstances be quite incompatible with the Swiss legal conception of such immunity, as outlined above.

86 Zwitserse Tribunal fédéral, 10 februari 1960 (BGE 86 I 23), *American Journal of International Law*, Vol. 55, p. 170. In origineel, beschikbaar via www.bger.ch: ‘L’absence d’une affectation précise permet d’admettre la validité d’un séquestre opéré en Suisse sur les avoirs d’un Etat étranger. C’est ainsi que, dans son arrêt RO 44 I 49, le Tribunal fédéral a confirmé la validité d’un séquestre portant sur un avoir de l’Etat autrichien, qui n’avait pas de destination déterminée. Dans les arrêts RO 56 I 237 et 82 I 75, le séquestre avait aussi pour objet des biens dont l’utilisation n’avait pas été fixée, et, s’il a été annulé, ce n’est pas pour cette raison, mais uniquement parce que les créances en poursuite n’étaient pas rattachées au territoire suisse. La Chambre de droit public n’a pas de raison d’adopter une solution différente en l’espèce.’

In the present case the assets subjected to attachment are a promissory note for one million Swiss francs issued by the International Bank for Reconstruction and Development and deposited by the Central Bank of Libya at the Swiss National Bank. The appellant has failed to give any details as to the designated purpose of this deposit, except to state in a quite general manner that it would be devoted to the performance of acts related to sovereign State functions. Consequently it cannot be said that the deposit is not subject to attachment by reason of its designated purpose. This deposit could equally well form part of the private fiscal assets (Finanzvermogen) of the Libyan Central Bank. In these circumstances the appellant's submission that the asset attached should not be subject to measures of execution by reason of its immunity is unfounded.⁸⁷

Belgische Hof van Beroep, 2010:

'La République Démocratique du Congo soutient que ce compte technique est nécessaire à l'exercice de la puissance publique dans la mesure où il est affecté au fonctionnement du Consulat Général à Anvers de la République Démocratique du Congo, et que dès lors il est couvert par l'immunité d'exécution. Comme la République Démocratique du Congo n'est pas en mesure de démontrer que cette affirmation est exacte alors que Monsieur Mabibi-ma-Kibebi [de créateur; MvL] se trouve dans l'impossibilité de démontrer le contraire (l'affectation à des fins privées de ce compte) et comme la République Démocratique du Congo ne dépose aucune pièce et ne fournit aucune explication convaincante à ce sujet, il y a lieu d'admettre que pour le montant créditant ce compte, la République Démocratique du Congo ne peut pas se prévaloir d'une immunité d'exécution.'⁸⁸

Oostenrijkse Oberster Gerichtshof, 2012:

'Grundsätzlich trifft die Behauptungs- und Beweislast für jene Tatsachen, die Vollstreckungsimmunität begründen, die Partei, die sich darauf beruft (...). Ob von dem Grundsatz "in dubio pro jurisdictione" dann eine Ausnahme zu machen wäre, wenn bereits nach dem ersten Anschein die Vermutung für eine Verwendung des Exekutionsobjekts zu hoheitlichen Zwecken spricht, (...) bedarf hier keiner Prüfung, weil ein solcher Fall nicht vorliegt: Hier geht es um die Pfändung körper-

87 Zwitserse Tribunal fédéral, BGE 111 Ia 62, 24 april 1985, *International Law Reports*, Vol. 82, p. 30-36. Origineel beschikbaar via www.bger.ch.

88 Cour d'Appel de Bruxelles, 26 april 2010, *M v. The Democratic Republic of Congo, Fortis Bank SA, The State of Belgium and the French Community*, 2008/AR/2441, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* 1623 (BE 2010), ook kenbaar uit: C. Ryngaert, 'Embassy Bank Accounts and State Immunity from Execution: Doing Justice to the Financial Interests of Creditors', *Leiden Journal of International Law* (2013), 26.

licher Sachen (Kunstgegenstände), wobei ein hoheitlicher Verwendungszweck jedenfalls nicht a priori augenscheinlich ist.⁸⁹

Italiaanse Corte Suprema di Cassazione Civile, 1997:

‘Wanneer dus, zoals in het onderhavige geval, tegoeden van de buitenlandse staat bij banken zijn onderworpen aan onteigening, dient de staat, als hij van plan is te bevestigen dat de tegoeden afkomstig zijn van de storting van bedragen die de staat gebruikt voor de uitoefening van zijn openbare taken, verzet aan te tekenen tegen de executie en de concrete feitelijke situatie van de zaak uiteen te zetten waarvan hij stelt dat deze verband houdt met de niet-vatbaarheid voor beslag van de zaak.’⁹⁰

Italiaanse Tribunale di Roma, 2009:

‘Daarentegen moet de stelling worden bevestigd dat het louter deponeren van vangbare zaken zoals geldbedragen bij een kredietinstelling op zichzelf een privaatrechtelijke handeling vormt die geen enkele toeschrijving veroorzaakt aan de bestemming daarvan. Deze heeft slechts de betekenis om aan de buitenlandse staat geld ter beschikking te stellen voor de uitoefening van activiteiten die zowel iure imperi of iure privatorum kunnen zijn. Geld dat door de storting valt in het vermogen van de schuldenaar. En, bij het ontbreken van specifieke bestemmingsbeperkingen die door de wet in ons rechtstelsel zijn vastgelegd, blijft het de taak van de geëxecuteerde (als wederpartij) om concreet en per geval de daadwerkelijke bestemming voor openbare doeleinden van het geld te bewijzen om de vatbaarheid voor beslag ervan uit te sluiten.’⁹¹

De overwegingen van de Hoge Raad over de bewijslast in immuniteitszaken wijkt dus opnieuw af van de overwegingen in vergelijkbare zaken van rechters in ons omringende

89 Oostenrijkse Oberste Gerichtshof, 11 juli 2012 (3 Ob 18/12m), par. 3.4.1 en 3.4.3, beschikbaar via www.ris.bka.gv.at.

90 Italiaanse Corte Suprema di Cassazione Civile, 1 juli 1997, nr. 5888 (Repubblica Indonesia/Vincenzo). In origineel: ‘Quando, perciò, come nel caso, siano stati sottoposti ad espropriazione, presso banche, crediti dello Stato estero, se esso intenda affermare che i crediti derivano dal deposito di somme di cui si avvale per l’espletamento di proprie funzioni pubbliche, lo Stato deve proporre opposizione all’esecuzione ed allegare la concreta situazione di fatto cui afferma si ricollegli l’impignorabilità del bene.’

91 Tribunale di Roma, 3 juni 2009, nr. 5986 (Repubblica dell’Iraq/En. S.p.A.). In origineel: ‘Deve, invece, affermarsi la tesi che il mero deposito di beni fungibili quali le somme di danaro presso un istituto di credito di per sé costituisce un atto di diritto privato che non reca alcuna imputazione quanto alla destinazione delle stesse. Ha il solo significato di mettere a disposizione dello Stato estero danaro per l’esercizio di attività che possono essere sia iure imperi che iure privatorum. Danaro che, per l’effetto del deposito, entra nel patrimonio del debitore. E, in assenza di specifici vincoli di destinazione stabiliti per legge operante nel nostro ordinamento, rimane onere dell’esecutato opponente dimostrare, in concreto e caso per caso, l’effettiva destinazione del danaro a fini pubblici per escluderne la pignorabilità.’

landen. Het lijkt er desondanks op dat de Hoge Raad meent dat zijn rechtspraak in lijn is met de ons omringende landen, althans met een consistente statenpraktijk. De Hoge Raad kwam immers tot zijn overwegingen naar aanleiding van prejudiciële vragen over hetgeen het volkenrecht behelst op het gebied van bewijsrecht.⁹²

Het oordeel van de Hoge Raad, dat ‘ook indien het gaat om gelden en tegoeden die door de vreemde staat voor verschillende doeleinden worden gebruikt, zowel publiek als (uitsluitend) commercieel of anderszins, de schuldeiser die beslag legt of wil leggen, zal moeten stellen en aannemelijk maken dat en in hoeverre die gelden en tegoeden vatbaar zijn voor beslag en executie’,⁹³ kan m.i. evenmin worden gebaseerd op een gewoonterechtelijke regel. Voor zover de Hoge Raad zijn oordeel baseerde op de conclusie van de A-G (de bronvermelding in r.o. 3.5.4 is niet duidelijk), dan is het oordeel bovendien gebaseerd op een onjuiste analyse van de gebruikte bronnen.

A-G Vlas overweegt in par. 2.9 vóór HR (*Morning Star/Gabon en Staat*) over mixed funds:

‘Hieronder zijn te verstaan gelden die door de staat worden aangewend voor de financiering van zaken die deels wel en deels niet tot de overheidstaak zijn te rekenen. Een vreemde staat kan met de gelden van een “mixed fund” een commercieel doel dienen, maar met (een deel van) die gelden ook een overheidstaak vervullen, bijvoorbeeld voorzieningen treffen voor onderwijs, volksgezondheid, etc. “Mixed funds” vallen als zodanig niet buiten de reikwijdte van de regel voor immuniteit van executie. Dat is slechts het geval wanneer door de partij die beslag op gelden van een vreemde staat heeft gelegd, heeft aangetoond dat die gelden of een deel daarvan een niet-publieke bestemming hebben.’⁹⁴

A-G Vlas verwees ter onderbouwing van dit oordeel naar de conclusie van A-G Strikwerda vóór HR 11 juli 2008 (*Azeta/Staat*), die had geschreven:

‘Is met betrekking tot een als een “mixed fund” aan te merken goed door de private partij niet aangetoond welk deel daarvan een niet-publieke bestemming heeft, dan valt het goed in zijn geheel onder de immuniteitsregel. Reinisch, a.w., p. 831, spreekt onder vermelding van veel (Europese) rechtspraakgegevens, waaronder de invloedrijke uitspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht van 13 december 1977, NJW 1978, p. 485, inzake banksaldi van de Filippijnse diplomatieke vertegen-

92 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star/Gabon en Staat*), r.o. 3.3 en 3.5.1 t/m 3.5.5.

93 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star/Gabon en Staat*), r.o. 3.5.4.

94 A-G Vlas in zijn conclusie vóór HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star/Gabon en Staat*), par. 2.9. Dezelfde overweging staat in zijn conclusie vóór HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354, NJ 2017/191 m.nt. Th.M. de Boer (*Staat/Servaas*), par. 2.13.

woordiging in de BRD, van “the idea of a rebuttable presumption in favour of the public purpose of state-owned property” als heersende opvatting, met name als het gaat om “mixed funds”. Zie ook Spiegel, [Vreemde staten voor de Nederlandse rechter], p. 177–185 en Van Alebeek, [Handboek Internationaal Recht, 2007], p. 260–261.⁹⁵

De door Strikwerda genoemde bronnen Reinisch, Bundesverfassungsgericht, Spiegel en Van Alebeek zien echter niet op (een presumptie van) immuniteit voor normale bankrekeningen maar specifiek op mixed funds in de context van bankrekeningen van een ambassade. Alleen Spiegel schrijft ook,⁹⁶ separaat, over immuniteit voor ‘overige banktegoeden’ en zij is daar, onder verwijzing naar verschillende bronnen, bepaald genuanceerd over. Het aanhalen van deze bronnen als onderbouwing voor het standpunt dat een goed van een vreemde staat als uitgangspunt in zijn geheel immuniteit geniet als de crediteur niet kan aantonen welk gedeelte van het goed een niet-publieke bestemming heeft – dan wel voor het standpunt dat de heersende leer, ook buiten bankrekeningen voor ambassades, uitgaat van een presumptie van immuniteit – is niet overtuigend en naar mijn mening onjuist. Zoals we zagen is de immuniteit voor bankrekeningen van een ambassade, alsook de terughoudendheid om van staten bewijs te verlangen over de bestemming van *dergelijke* bankrekeningen, van een geheel andere orde dan immuniteit (en de mogelijkheid bewijs te verlangen) ten aanzien van normale bankrekeningen.

Voor zover ik heb gezien in buitenlandse jurisprudentie is er geen ander land dat een dergelijke stringente benadering van ‘mixed funds’ een presumptie van immuniteit toepast. Van een consistente statenpraktijk conform de leer van de Hoge Raad is in elk geval geen sprake.

9. Positie van een crediteur van een vreemde staat onder de Nederlandse benadering van immuniteit van executie

Op alle genoemde punten (omvang immuniteit, bewijslastverdeling, mixed funds) gaat de recente Nederlandse jurisprudentie van de Hoge Raad en Hoven verder dan de statenpraktijk in ons omringende landen. Buitenlandse uitspraken waarin op vergelijkbare wijze is beslist als in de Herfstarresten zijn mij niet bekend. De Nederlandse ruimhartige immuniteitsregels kunnen naar mijn mening niet worden gestoeld op de resultaten van een onderzoek naar de internationale statenpraktijk en *opinio juris*, zoals door de International Law Commission wordt voorgeschreven.⁹⁷ De Nederlandse benadering is niet in

95 A-G Strikwerda in zijn conclusie vóór HR 11 juli 2007, ECLI:NL:HR:2015:BD1387, NJ 2010/525 m.nt. Th.M. de Boer (*Azeta/Staat*), par. 25.

96 t.a.p. (p. 183-185).

97 Zie het hierboven genoemde Rapport van de International Law Commission, doc.nr. A/71/10, Chapter V.

overeenstemming met een ‘*extensive and virtually uniform*’ statenpraktijk⁹⁸ en is dus niet representatief voor een ‘*sufficiently widespread and representative, as well as consistent*’ statenpraktijk.⁹⁹ Dat impliceert dat de recent in Nederland ingezette lijn onmogelijk kan worden gebaseerd op een regel van internationaal gewoonterecht – terwijl de arresten dat wel pretenderen te doen.

De Nederlandse benadering impliceert dat een crediteur van een vreemde staat in Nederland alleen beslag kan leggen op een normale bankrekening of op een (andere) vordering van de vreemde staat op een in Nederland gevestigde derde, als de crediteur er in slaagt te bewijzen (in kort geding: aannemelijk te maken) dat de bestemming van de vordering commercieel van aard is. Dat is een vrijwel onmogelijke opgave.

Al aangenomen dat men zou kunnen zeggen dat een vordering een bestemming kan hebben (hetgeen enigszins gekunsteld is), zal het voor de crediteur ondoenlijk zijn om aan te tonen wat die bestemming in een concreet geval is. Die bestemming kan immers normaal gesproken nergens uit worden afgeleid, behalve uit een verklaring daaromtrent door de vreemde staat. Die vreemde staat zal dus ofwel niets daarover verklaren (wat in Nederland wordt geaccepteerd),¹⁰⁰ ofwel simpelweg verklaren dat de vordering een soevereine bestemming heeft (welke verklaring in Nederland in beginsel niet in twijfel zal worden getrokken). Daarmee zullen vreemde staten in Nederland, praktisch gezien, vrijwel absolute immuniteit van executie genieten en kunnen creditoren in Nederland vrijwel niets met een onherroepelijke executoriale titel tegen een vreemde staat.

10. Moet Nederland het VN-Verdrag ratificeren?

Het VN-verdrag wordt naar verwachting in 2018 ter parlementaire goedkeuring ingediend.¹⁰¹ Men zou zich de vraag moeten stellen welk doel nagestreefd wordt met het ratificeren van het VN-Verdrag. Een redelijk doel zou kunnen zijn dat de Nederlandse regering duidelijk wil maken dat het immuniteitsrecht in Nederland op een vergelijkbare wijze als in andere verdragsstaten wordt toegepast. Zolang de interpretatie van de Nederlandse rechter van het VN-Verdrag c.q. het internationaal gewoonterecht substantieel afwijkt van de statenpraktijk in bijvoorbeeld Italië, Oostenrijk, Spanje, Zweden en Zwitserland – die alle ook het VN-Verdrag hebben geratificeerd – lijkt een ratificatie door Nederland niet de geëigende weg om internationale harmonisatie te bereiken of te sugge-

98 Internationaal Gerechtshof 20 februari 1969, North Sea Continental Shelf Cases, Duitsland/Denemarken & Nederland, par. 74. Beschikbaar op <http://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>.

99 Rapport van de International Law Commission, doc.nr. A/71/10, conclusion 8 (1), p. 77.

100 Zie echter recent Hof Amsterdam 31 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2736 (*Instrubel, Irak*).

101 Zie ‘Technische informatie over de publicatie Verdragen die in 2018 naar verwachting ter parlementaire goedkeuring zullen worden ingediend, (PA-lijst I)’. Deze publicatie is op 22 maart 2018 gepubliceerd door Tweede Kamer der Staten-Generaal. De publicatie is van het type Bijlage en heeft als identifier ‘blg-836316’.

reren. Het is mij overigens niet duidelijk of genoemde landen met de ratificatie van het VN-Verdrag bedoelen af te wijken van hun statenpraktijk tot nu toe.

Ratificatie van het VN-Verdrag zou bovendien, zelfs in de visie van de Hoge Raad, een stap terug zijn. De Hoge Raad heeft erkend dat het verbod ex art. 18 van het VN-Verdrag om conservatoir beslag te leggen op goederen die niet bestemd zijn voor ‘*government non-commercial purposes*’, geen regel van gewoonterecht is en dat dergelijke beslagen, die het VN-Verdrag niet toestaat, wel degelijk toelaatbaar zijn.¹⁰² Ook over het vereiste in art. 19 (c) van het VN-Verdrag, dat executoriale beslagen alleen gelegd mogen worden op een goed ‘*that has a connection with the entity against which the proceeding was directed*’, vormt geen regel van gewoonterecht. De Hoge Raad heeft dat niet expliciet erkend maar wel uitdrukkelijk in het midden gelaten.¹⁰³

Ratificatie van het VN-Verdrag zou bovendien betekenen dat beslag op de goederen, genoemd in art. 21 sub (d) en (e) van het VN-Verdrag, zoals culturele of wetenschappelijke objecten, niet (langer) mogelijk is. Op dit moment is minst genomen niet evident dat dergelijke goederen naar internationaal gewoonterecht immuniteit van executie genieten.¹⁰⁴

Op ten minste deze drie punten zal het ratificeren van het VN-Verdrag ertoe leiden dat beslaglegging ten laste van een vreemde staat nog moeilijker wordt. Het is de vraag of dan nog enige reële mogelijkheid tot het innen van een vordering op een vreemde staat zal bestaan.

Tegenover deze nadelen voor schuldeisers van vreemde staten staan m.i. nauwelijks voordelen van ratificatie van het VN-Verdrag. Harmonisatie met de statenpraktijk in ons omringende landen is niet te verwachten zolang onze rechterlijke macht meent dat het VN-verdrag gewoonterecht codificeert en dat recht uitlegt op een wijze die afwijkt van de statenpraktijk. Duidelijkheid omtrent de in Nederland aan immuniteit van executie te stellen grenzen zal evenmin bereikt worden door ratificatie, om dezelfde reden.

Een betere manier om de Nederlandse interpretatie van het gewoonterecht in lijn te brengen met de statenpraktijk in de ons omringende landen lijkt ofwel het alsnog in detail analyseren van de statenpraktijk en *opinio juris* door de Hoge Raad, ofwel het door de Nederlandse wetgever duidelijk maken waar Nederland de grenzen van immuniteit wenst te trekken. Nederland kan daarbij uiteraard desgewenst kiezen voor een verdergaande

102 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star/Gabon en Staat*), r.o. 3.4.7.

103 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190 m.nt. Th.M. de Boer (*Morning Star/Gabon en Staat*), r.o. 3.4.6.

104 Van Alebeek, Staatsimmuniteit, in: Horbach, Lefeber & Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, T.M.C. Asser Press, Den Haag, 2007, p. 260: ‘De eerste drie categorieën reflecteren internationaal gewoonterecht en ook de Nederlandse praktijk, terwijl de laatste twee vooralsnog slechts vorderingsrecht zijn. Ratificatie van het verdrag lijkt de mogelijkheden van executie dus enigszins te beperken.’

immunititeit van executie dan gewoonterecht voorschrijft; dat is een politieke keuze. Een aantal Angelsaksische landen heeft die keuze ook zo gemaakt.¹⁰⁵ Zolang Nederland echter niet op grond van nationale wetgeving beslist dat vreemde staten in Nederland verregende immunititeit van executie genieten kan die verdergaande immunititeit niet op juridische gronden worden gehanteerd. Thans is immers het internationaal gewoonterecht – en dus slechts de minimum regel waaromtrent een consistente statenpraktijk en *opinio juris* bestaat – beslissend.

In navolging van de in deze bijdrage besproken buitenlandse jurisprudentie zou het naar mijn mening aanbeveling verdienen om in wetgeving vast te leggen welke goederen wel en welke goederen niet beslagen kunnen worden. Daarbij zou de wetgever moeten stilstaan bij de vraag of en in hoeverre Nederland wenst te voldoen aan hetgeen internationaal gebruikelijk is en of Nederland om politieke redenen verdergaande immunititeit van executie aan vreemde staten wenst toe te kennen.

Indien in wetgeving wordt aangegeven waar de grenzen van immunititeit van executie liggen zou, in lijn met de besproken statenpraktijk, kunnen worden bevestigd dat immunititeit van executie geldt voor:

- de ambassade van een vreemde staat die als zodanig in gebruik is;
- een bankrekening van de ambassade van een vreemde staat;
- eventueel de andere goederen die staan genoemd in art. 21 van het VN-Verdrag (al dan niet met de nuancering die de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken in dat kader heeft geadviseerd ter zake van tegoeden van de centrale bank van een vreemde staat).¹⁰⁶

¹⁰⁵ Zie wetgeving in de V.S. (Foreign Sovereign Immunities Act 1976), het V.K. (State Immunity Act 1978), Canada (State Immunity Act 1982) en Singapore (State Immunity Act 1979, herzien in 2014). C.H. Schreuer schrijft daarover: 'National legislation or court practice might accord a wider immunity to foreign States than that required by international law for political or economic considerations or simply in the hope of reciprocal treatment. In examining the relevant material, one therefore has to distinguish between an international minimum standard and policy decisions to grant immunity beyond strict legal requirements.' Zie C.H. Schreuer *State Immunity: some recent developments*, Cambridge Grotius Publications Limited, 1988, p. 6. Vergelijk ook Bundesverfassungsgericht 13 december 1977 (*BVerfGE*, Vol. 46, p. 342; *International Law Reports*, Vol. 65, p. 146), in Engelse vertaling beschikbaar op <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=584>. ('It is true that Section 1610 (d) of the U.S. Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) permits attachment prior to the entry of judgement to secure satisfaction of a judgement of assets of a foreign state only if the latter has made an appropriate Naiver declaration. Also Section 13 (2) (a) (3) of the British State Immunity Act (STIA) grants interim protection only in the case of a written agreement by the state concerned. However, these regulations do not express the conviction that the forum state is prohibited as a matter of principle based on general international law from attaching assets of a foreign state to secure a claim. The appropriate regulations of the immunity laws of Pakistan, South Africa, Singapore and Canada do not indicate any such thing either.'). In de uitspraak wordt in meer detail op de achtergronden van de nationale wetgevingen van de V.S. en het V.K. ingegaan.

¹⁰⁶ Zie het hiervoor reeds aangehaalde rapport van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke vraagstukken, Advies nr. 4 van 14 oktober 1999, par. 2.4.4; Zwitserse Tribunal fédéral, BGE 111 Ia

Immunititeit zou niet moeten gelden voor tegoeden op een bankrekening van een vreemde staat die niet wordt gebruikt voor het functioneren van de ambassade en ook niet voor contractuele vorderingen van de vreemde staat op (andere) (rechts)personen in Nederland. Of bij dat laatste een uitzondering gemaakt zou moeten worden belastingvorderingen is, opnieuw, een politieke keuze.¹⁰⁷

Naast genoemde concrete voorbeelden zou een algemene bepaling opgenomen kunnen worden waarin wordt bevestigd dat een vreemde staat immunititeit van executie geniet voor zover het gaat om goederen die onmisbaar zijn voor de soevereine taakuitoefening van de vreemde staat. Aan de hand van een dergelijk criterium kan worden bereikt dat vreemde staten enerzijds beschermd worden bij het te allen tijde kunnen blijven voldoen aan hun soevereine taakuitoefening, terwijl anderzijds wordt voorkomen dat vreemde staten geheel voorbij gaan aan hun – door overheidsrechters of arbiters – onherroepelijk vastgestelde financiële verplichtingen jegens crediteuren.

De vraag in hoeverre andere categorieën van vermogensbestanddelen van vreemde staten, die niet uitdrukkelijk in de wet worden opgenomen, immunititeit genieten, kan dan, aan de hand van het genoemde algemene criterium, in de rechtspraak verder worden behandeld. Daarbij kan dan ook, zowel voor het vaststellen van de grenzen van immunititeit als voor de bewijslastverdeling, worden gekeken hoe ons omringende rechtstelsels zich verder ontwikkelen, zodat de Nederlandse praktijk vergelijkbaar wordt en blijft met de internationale statenpraktijk. Daarbij dient voor ogen te worden gehouden dat het weliswaar strijdig is met internationaal recht om van een vreemde staat te verlangen dat hij de financiële huishouding van zijn diplomatieke dienst openbaart, maar dat internationaal recht niet belet dat de vreemde staat in andere gevallen de bewijslast draagt van zijn stelling dat het beslagen goed immunititeit geniet.¹⁰⁸

11. Praktische tips bij het executeren op vermogen van een buitenlandse staat

Tot slot enkele aanwijzingen van meer praktische aard voor het executeren van een buitenlands vonnis op vermogensbestanddelen van een vreemde staat in Nederland.

62, 24 april 1985, *International Law Reports*, Vol. 82, p. 30-36 (*Libyan Arab Socialist People's Jamahiriya/Actimon SA*).

107 Zie HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, NJ 2010/525 m.nt. Th.M. de Boer (*Azeta/JCR en Staat*) en Hof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1337, JOR 2015/346 (*Servaas/Staat*), r.o. 3.12. Zie bijvoorbeeld ook Bundesgerichtshof 4 oktober 2005, VII ZB 8/05 (*Sedelmayer/Rusland*), beschikbaar via www.italaw.com.

108 Zo is in de Australische Foreign States Immunities Act de volgende bepaling opgenomen: 'property that is apparently vacant or apparently not in use shall be taken to be being used for commercial purposes unless the court is satisfied that it has been set aside otherwise than for commercial purposes.' Zie Section 32 (3) (b) van de Australische Foreign States Immunities Act 1985. Beschikbaar via www.legislation.gov.au.

Mede gezien de schaarste van geschikte beslagobjecten is executie van een titel op vermogen van een vreemde staat een kwestie van de lange adem. Normaal gesproken behelst de veroordeling ook een rentecomponent, waardoor de vordering gaandeweg de executieopgaven veelal alleen maar toeneemt. Men dient wel goed voor ogen te houden dat ook het recht om een executorialle titel ten uitvoer te leggen kan verjaren. In Nederland is die termijn ruim, namelijk 20 jaar. Stuiting is mogelijk, maar de opvolgende verjaringstermijnen zijn slechts vijf jaar. Zie art. 3:324 lid 1 jo 3:325 lid 1 jo 3:319 lid 2 BW. Stuiting van de verjaring kan onder meer door het doen betekenen van een schriftelijke aanmaning, hetgeen veelal zal kunnen gebeuren aan het parket (art. 55 Rv). De relatief lange verjaringsstermijn die in Nederland geldt brengt mee dat buitenlandse titels die elders, inclusief in het land van herkomst, wegens verjaring niet langer executeerbaar zijn, in Nederland nog wel executeerbaar zijn (mits immuniteit geen obstakel vormt uiteraard).¹⁰⁹

Indien een deurwaarder de opdracht krijgt om executorial beslag te leggen op vermogen van een vreemde staat en hij redelijkerwijs rekening moet houden met de mogelijkheid dat dit beslag in strijd is met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat (dit lijkt onder de huidige rechtspraak vrijwel altijd het geval), dan dient de deurwaarder op grond van art. 3a Gdw daarvan melding te doen aan de minister van Justitie en Veiligheid. Deze melding dient ‘aanstonds’ na het ontvangen van een opdracht tot beslaglegging te worden gedaan. De wet vereist niet dat de deurwaarder vervolgens eerst het oordeel van de minister afwacht; de deurwaarder kan de melding doen en beslag leggen, om vervolgens af te wachten of de minister een aanzegging ex art. 3a lid 2 Gdw doet. De wetgever heeft deze mogelijkheid ook onder ogen gezien.¹¹⁰ Als een deurwaarder geruime tijd vóór de geplande beslaglegging wordt geïnformeerd is de kans groot dat een aanzegging ex art. 3a lid 2 Gdw wordt gedaan, waardoor het beslag niet meer gelegd mag worden. In dat scenario kan de crediteur weliswaar in kort geding de vraag voorleggen of de aanzegging van de minister terecht was (art. 3a lid 7 Gdw), maar zelfs als de crediteur gelijk krijgt zal daarna het vermogensbestanddeel van de vreemde staat waarschijnlijk verdwenen zijn. Voor een crediteur is het in voorkomend geval dus zaak dat het beslag eerst gelegd wordt en dat pas daarna de mogelijke aanzegging door de minister volgt. De deurwaarder is dan weliswaar verplicht het beslag ongedaan te maken, maar de opdrachtgever van de deurwaarder kan weigeren daaraan mee te werken. De deurwaarder kan dan op grond van art. 438 lid 4 Rv jo. art. 3a lid 7 Gdw een beslissing van de kortgedingrechter vragen terwijl het beslag gedurende die procedure op het goed rust. Zeker in spoedgevallen zal de deurwaarder bereid zijn het beslag te leggen meteen nadat de melding is gedaan, zonder de reactie daarop van de minister af te wachten. Aangezien de minister vrijwel standaard een aanzegging doet is het trachten beslag te laten leggen voordat de minister een beslissing neemt in wezen onvermijdelijk, omdat na de aanzegging nog slechts een beoogd maar inmiddels verboden c.q. nietig beslag (art. 3a lid 5 Gdw) onder de aandacht van de voorzieningen-

109 Hof Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1235 (NRSL/Kompas) en HR 17 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1077, NJ 2015/453 m.nt. Strikwerda (NRSL/Kompas).

110 Art. 3a lid 5 Gdw, eerste zin, *a contrario*. Vgl. ook Kamerstukken II, 1999-2000, 23 081, nr. 9, p. 2.

rechter kan worden gebracht. Van enige effectieve rechtsbescherming door de burgerlijke rechter tegen de beslissing van de minister is dan geen sprake meer.

12. Conclusies

Immunitet van executie van een vreemde staat impliceert in zoverre de onmogelijkheid om het vorderingsrecht van de schuldeiser te effectueren. Om het recht tot verhaal van de crediteur niet illusoir te maken dient de immunitet ten minste enigszins beperkt te zijn. De huidige Nederlandse rechtspraak maakt het verhaalsrecht van een crediteur illusoir. Zij is niet conform de internationale statenpraktijk en *opinio juris*.

In zijn Herfstarresten heeft de Hoge Raad op weinig overtuigende wijze geoordeeld dat art. 19 van het VN-Verdrag gewoonterecht reflecteert. Onderzoek naar de gepubliceerde statenpraktijk in ons omringende landen wijst uit dat geen regel van gewoonterecht bestaat volgens welke een presumptie van immunitet van executie geldt. Uit het internationaal gewoonterecht volgt dus niet dat een crediteur die een executoriale titel op vermogen van een vreemde staat wil executeren, zou moeten aantonen dat het beslagen goed geen immunitet geniet. Evenmin is een regel van internationaal gewoonterecht te vinden volgens welke beslag op een vordering van een vreemde staat op een bank of (andere) vennootschap verboden is. Een verbod tot beslaglegging geldt in zoverre slechts voor bankrekeningen van ambassades, niet voor overige vorderingen van een vreemde staat.

Afgaande op de statenpraktijk in ons omringende landen zou (ook) in Nederland beslag mogelijk moeten zijn op goederen van een vreemde staat die niet bestemd zijn voor de daadwerkelijk soevereine taakuitoefening van de vreemde staat. Beslag op normale bankrekeningen en op vorderingen van de vreemde staat op Nederlandse bedrijven zou in elk geval mogelijk moeten zijn. Internationaal recht verbiedt dergelijke beslagen niet.

Er lijkt geen goede reden te zijn het VN-Verdrag thans voor Nederland te ratificeren. Ratificatie leidt op zichzelf niet tot harmonisatie van de Nederlandse benadering van immunitet van executie met de buitenlandse statenpraktijk. Voor daadwerkelijke harmonisatie van de Nederlandse leer met de statenpraktijk in ons omringende landen is vereist dat de Hoge Raad en/of de wetgever onderzoek doet naar de internationale statenpraktijk en aan de hand van de bevindingen daarvan heldere en reële grenzen stelt aan immunitet van executie. Voor crediteuren van vreemde staten die tot die tijd hun executoriale titel in Nederland ten uitvoer willen leggen, is het onderzoek doen naar, en het inroepen van de – van de Herfstarresten afwijkende – internationale statenpraktijk, onvermijdelijk.