

de verplichting tot terugbetaling. Materieel bekeken lijkt, gezien al deze overwegingen, de conclusie van de A-G derhalve juist.

7. De Hoge Raad lijkt echter strikter naar de cassatiemiddelen te hebben gekeken. Voor zover uit het arrest en de conclusie A-G valt af te leiden, is geen cassatiemiddel ingesteld tegen het oordeel van het hof dat in het midden kan blijven of er sprake is van een geldlening of een schenking. De diverse onderdelen bij de cassatiemiddelen (waarbij veelal veronderstellenderwijs (bij wijze van hypothetisch feitelijke grondslag) is uitgegaan van een geldlening) falen, omdat de Hoge Raad oordeelt dat het hof heeft geoordeeld dat er sprake is van een (in cassatie niet bestredene) opschortende voorwaarde. In cassatiemiddel 3.1 wordt echter wel geklaagd dat de opschortende voorwaarde heeft te gelden als een (al dan niet aanwezige) tijdsbepaling als bedoeld in art. 7A:1797 en 1798 BW. De Hoge Raad gaat er echter, zonder verdere motivering, van uit dat er sprake is van een opschortende voorwaarde en dat daarom niet aan deze artikelen wordt toegekomen. Dit lijkt niet juist als er sprake zou zijn van een geldlening, maar omdat er niet geklaagd is tegen het oordeel van het hof dat in het midden kan worden gelaten of er sprake is van een geldlening of een schenking, heeft de Hoge Raad klaarblijkelijk het hof in zijn oordeel gevolgd en daarbij de afspraak op grond van art. 6:21 BW kunnen interpreteren als een opschortende voorwaarde nu art. 7A:1797 en 1798 BW in die redenering niet van toepassing zijn.

8. Deze uitspraak is relevant voor de (financierings)praktijk, vooral in de privé sfeer. Een *soft loan* blijkt op grond van deze uitspraak wel heel erg soft, lees: veelal oninbaar, te worden vanwege de omkering van de stelplicht en bewijslast.

Geldverstrekkers doen er dan ook goed aan duidelijk af te spreken dat er sprake is van een lening en dat terugbetaling geschiedt onder de 'tijdsbepaling' van het in staat zijn tot terugbetalen. Of, zeker in de privé sfeer, dergelijke afspraken ook schriftelijk worden vastgelegd, is echter een vraag op zich.

E.J.H. Zandbergen
Ferm advocaten

1296

201

Hoge Raad
30 september 2016, nr. 16/01153
ECLI:NL:HR:2016:2236
ECLI:NL:PHR:2016:551
(mr. Bakels, mr. Heisterkamp, mr. Snijders,
mr. De Groot, mr. Tanja-van den Broek)
(concl. A-G mr. Vlas)
Noot M. Teekens

Prejudiciële beslissing. Internationaal publiekrecht. Conservatoir beslag op eigendommen van vreemde staten. Presumptie en omvang van immuniteit van executie. Stelplicht en bewijslast met betrekking tot bestemming van goederen die beslag en executie toestaat.

In geval van conservatoir beslag of executiemaatregelen gericht op eigendommen van een vreemde staat geldt de presumptie van immuniteit. Staatseigendommen met een publieke bestemming zijn niet vatbaar voor gedwongen executie. De uitzondering opgenomen in art. 19 sub c van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen, waarin is bepaald dat executiemaatregelen op staatseigendommen mogelijk zijn indien die eigendommen geen publieke bestemming hebben, is codificatie van het internationaal gewoonterecht. Diezelfde uitzondering geldt ook voor conservatoir beslag. Het is aan de schuldeiser om te stellen en te bewijzen dat de desbetreffende staatseigendommen vatbaar zijn voor beslag. Er wordt op voorhand uitgegaan van de presumptie van immuniteit van executie. Het is niet relevant of de desbetreffende vreemde staat in het geding is verschenen. De presumptie van immuniteit verzet zich ertegen dat de vreemde staat gehouden zou zijn om gegevens aan te dragen waaruit volgt dat de eigendommen een bestemming hebben die zich tegen beslag en executie verzet of gerechtelijke stappen moet ondernemen tegen inbreuken op de soevereiniteit.

[GDW art. 3a; Rv art. 392, 438 lid 4; Wet AB art. 13a; Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen art. 18, 19; Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) art. 6]

Morning Star International Corporation (MSI), een rechtspersoon naar het recht van de Amerikaanse staat Nevada, stelt dat de Republiek Gabon (Gabon) gehouden is een schadevergoeding van € 24.859.220,- te voldoen wegens het frustreren van de uitvoering van een tussen partijen gesloten overeenkomst in 1994. De deurwaarder legt op verzoek van MSI verschillende derdenbeslagen ten laste van Gabon en doet hiervan op grond van art. 3a Ge-rechtsdeurwaarderswet mededeling aan het Ministerie van Veilig-

heid en Justitie. Het ministerie heeft vervolgens een aanzegging gedaan op grond van art. 3a lid 2 en lid 6 van de Gerechtsdeurwaarderswet, inhoudende dat de beslagen in strijd zijn met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat en aanstonds opgeheven dienen te worden. De beslagen zouden in strijd zijn met de presumptie van immuniteit, omdat MSI niet, althans onvoldoende, aannemelijk heeft gemaakt dat louter sprake is van vermogensbestanddelen die niet zijn bestemd voor publieke doeleinden. De gerechtsdeurwaarder spant op grond van art. 438 lid 4 Rv een kort geding aan tussen MSI en Gabon met de Staat als belanghebbende partij. Art. 3a lid 7 Gerechtsdeurwaarderswet biedt de voorzieningenrechter de mogelijkheid de gevolgen van de aanzegging van de minister op te heffen. Gabon verschijnt niet in de procedure. MSI en de Staat debatteren onder andere over de presumptie en omvang van de immuniteit van executie. MSI doet een beroep op de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 7 april 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:1337) waarin in een soortgelijke kwestie werd geoordeeld dat indien er geen aanwijzingen zijn dat sprake is van eigendommen met een publieke bestemming en een verklaring van de vreemde staat ontbreekt, er geen grond is om uit te gaan van de presumptie van immuniteit van executie. Indien de vreemde staat van mening is dat het beslag ten onrechte is gelegd op goederen die voor de publieke dienst zijn bestemd, kan opheffing van het beslag worden gevorderd. Volgens MSI rust op de vreemde staat de bewijslast dat sprake is van goederen met een publieke bestemming. Anders zou de schuldeiser in een onmogelijke bewijspositie worden gebracht. MSI heeft als beslaglegger gesteld dat de beslagen goederen commercieel van aard zijn. Er zijn volgens MSI geen aanwijzingen dat de beslagen goederen voor de publieke dienst zijn bestemd. Gabon heeft daarover geen verklaring afgelegd. De beslagen zijn gelegd onder partijen waarvan aannemelijk is dat zij een commerciële relatie met Gabon hebben, zoals banken en oliebedrijven. Het ligt volgens MSI niet voor de hand dat Gabon voor de publieke dienst bestemde gelden zou aanhouden op een Nederlandse bankrekening. Ook de oliebedrijven waaronder beslag is gelegd staan in een commerciële rechtsverhouding met Gabon. Op grond hiervan acht MSI het beslag toelaatbaar. Hiertegen voert de Staat aan dat het internationaal gewoonterecht met betrekking tot de immuniteit van executie in belangrijke mate is gecodificeerd in het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen (het VN-Verdrag). Dat het VN-verdrag nog niet in werking is getreden, doet volgens de Staat niet ter zake; de inhoud zou het bestaande internationaal gewoonterecht reflecteren. In het VN-Verdrag wordt onderscheid gemaakt tussen conservatoire en executoriale maatregelen, waarbij ten aanzien van conservatoire maatregelen de uitzonderingen op de hoofdregel van immuniteit minder ver gaan dan ten aanzien van executiemaatregelen. Op basis van art. 18 van het VN-verdrag is het niet mogelijk om conservatoir beslag te leggen op eigendommen van een vreemde staat, behoudens uitdrukkelijke instemming van die vreemde staat of het geval waarin die eigendommen zijn aangewezen of gereserveerd ter voldoening van de desbetreffende vordering. Ten aanzien van executiemaatregelen geldt op basis van art. 19 sub c van het VN-verdrag de aanvullende mogelijkheid van beslaglegging in het geval wordt vastgesteld dat de eigendommen in het bijzonder worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik door de staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden (het bestemmingscriterium) en zich bevinden op het grondgebied van de staat van het forum, met dien verstande dat executiemaatregelen uitsluitend mogen worden getroffen tegen eigendommen die verband houden met de entiteit waartegen het geding zich richtte (het samenhangvereiste). De volkenrechtelijke hoofdregel brengt volgens de Staat in elk geval mee dat er een presumptie van immuniteit van executie geldt in geval van beslag en executie, waarbij de stelplicht en bewijslast ten aanzien van de

bestemming van de eigendommen op de schuldeiser rust. De presumptie van immuniteit vloeit voort uit de ratio van de immuniteit zelf en van een vreemde staat kan niet worden verlangd dat zij gerechtelijke stappen moet ondernemen om inbreuken op de soevereiniteit ongedaan te maken of uitleg moet geven over de inzet van publieke middelen. De Staat voert verder aan dat het beroep van MSI op het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 7 april 2015 niet opgaat en de Staat in die zaak cassatieberoep heeft ingesteld. Partijen debatteren ook nog over de vraag of de presumptie van immuniteit in strijd is met art. 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (het EVRM). Op grond van het voorgaande en op de voet van art. 392 lid 1 Rv zijn vervolgens de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

“1. Geldt op grond van het volkenrecht voor goederen van een vreemde staat de presumptie van immuniteit van executie, die alleen wijkt indien is vastgesteld dat de betreffende goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn beoogd voor andere dan publieke doeleinden?

2. Ligt het op de weg van de partij die zich beroept op een uitzondering op de immuniteit van executie om gegevens aan te dragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld, althans aannemelijk gemaakt dat de betreffende goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn beoogd voor andere dan publieke doeleinden?

3. Of is de presumptie van immuniteit afhankelijk van (i) aanwijzingen dat de betreffende goederen van de vreemde staat een publieke bestemming hebben, dan wel (ii) een verklaring van de vreemde staat die inhoudt dat de goederen een publieke bestemming hebben?

4. Leidt toepassing van de presumptie van immuniteit van executie tot schending van art. 6 EVRM en tot een ontoelaatbare doorkruising van het Nederlandse beslagrecht, omdat crediteuren van vreemde staten, indien op hen de bewijslast rust dat de beslagen goederen geen publieke bestemming hebben, geen enkele mogelijkheid hebben om verhaal te halen op de vermogensbestanddelen van de vreemde staat?

5. Maakt het bij de beantwoording van de bovenstaande vragen uit of sprake is van conservatoir of executoriaal beslag ten laste van de vreemde staat?

6. Geven de door MSI, de Staat en de deurwaarder voorgestelde vragen aanleiding tot andere of nadere opmerkingen?”

Bij de beantwoording van deze vragen stelt de Hoge Raad voorop dat op grond van art. 13a Wet Algemene Bepalingen de uitvoerbaarheid van rechtelijke uitspraken wordt beperkt door de uitzonderingen die in het volkenrecht erkend zijn. In het onderhavige geval gaat het daarbij om ongeschreven internationaal publiekrecht. Naar de 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 en HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453). Een deel van de bepalingen in het VN-verdrag kan worden gezien als de codificatie van internationaal gewoonterecht, maar dit geldt niet voor alle bepalingen.

Art. 19 van het VN-verdrag kan als vastlegging van internationaal gewoonterecht worden aangemerkt, waarbij de Hoge Raad in het midden laat of dat ook geldt voor het samenhangvereiste dat aan het slot van onderdeel c van die bepaling wordt gesteld. Art. 18 van het VN-Verdrag kan echter 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 van het VN-verdrag bedoelde situatie wel toelaatbaar wordt geacht en art. 18 van het VN-verdrag die mogelijkheid niet biedt. Blijkens zijn totstandkomingsgeschiedenis bevat art. 18

van het VN-Verdrag een compromis tussen uiteenlopende internationale opvattingen en gewoonten. Tussen de twee soorten beslag wordt voor wat immuniteit van executie betreft geen onderscheid gemaakt. Executoriale en conservatoire maatregelen tegen vreemde staten zijn in Nederland uitgesloten, tenzij sprake is van een geval als bedoeld in art. 19 sub a tot c van het VN-verdrag. Daarmee wordt de vijfde vraag ontkennend beantwoord. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat het in overeenstemming is 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. Dat strookt met art. 19 sub c van het VN-verdrag. 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. In de procedure moet steeds worden vastgesteld of de eigendommen vatbaar zijn voor beslag. De daarmee verband houdende stelplicht en bewijslast rusten op de schuldeiser. Dat geldt ook ten aanzien van gelden en tegoeden die door de vreemde staat voor verschillende doeleinden worden gebruikt, waarbij de schuldeiser aannemelijk moet maken dat en in hoeverre die gelden en tegoeden vatbaar zijn voor beslag en executie. Het is verder niet relevant of de vreemde staat in de procedure is verschenen. De Hoge Raad beantwoordt vervolgens de eerste twee vragen bevestigend en de derde vraag ontkennend. De vierde vraag wordt ook ontkennend beantwoord, omdat volgens vaste rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens het toekennen van immuniteit van jurisdictie en executie overeenkomstig internationaal publiekrecht geen schending oplevert van art. 6 EVRM en er geen sprake is van een ontoelaatbare doorkruising van het Nederlandse beslagrecht.

De vennootschap naar buitenlands recht *Morning Star International Corporation*, gevestigd te Irvine, Californië, Verenigde Staten van Amerika, eiseres in eerste aanleg, advocaten in de prejudiciële procedure: mr. R.S. Meijer en mr. A. Knigge,

tegen

1. *Republiek Gabon*, zetelende te Libreville, Gabon, gedaagde in eerste aanleg, niet verschenen,

2. *De Staat der Nederlanden*, zetelende te Den Haag, belanghebbende in eerste aanleg, advocaten in de prejudiciële procedure: mr. J.W.H. van Wijk en G.C. Nieuwland.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als MSI en Gabon en belanghebbende als de Staat.

Bij vonnis in kort geding van 29 februari 2016¹ heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam aan de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld over de betekenis en de reikwijdte van de (presumptie van) immuniteit van executie van vreemde staten. Dezelfde vragen komen voor een belangrijk deel ook aan de orde in twee andere zaken (met zaaknummers 15/01944 en 15/02722) die thans bij de Hoge Raad aanhangig zijn en waarin ik heden eveneens concludeer.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1. Feiten² en procesverloop

1.1 MSI heeft op 25 november 2015 bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam een verzoek ingediend tot het leggen van conservatoir derdenbeslag ten laste van Gabon. In dit verzoekschrift is opgenomen dat MSI op 23 augustus 1994 met Gabon een overeenkomst heeft gesloten, waarvan de uitvoering volgens MSI door Gabon is gefrustreerd. MSI stelt als gevolg hiervan schade te hebben geleden die zij heeft begroot op € 22.299.292,=.

1.2 In het verzoekschrift is onder meer het volgende opgenomen:

‘1. WIJZE VAN BESLAGLEGGING

1.1 MSI is ermee bekend dat de wijze van beslaglegging dient te geschieden overeenkomstig de wijze zoals opgenomen in artikel 3a van de Gerechtsdeurwaarderswet. MSI heeft hierover contact gehad met de deurwaarder, die op grond van artikel 3a van de Gerechtsdeurwaarderswet melding zal doen bij de Minister van Veiligheid en Justitie (...).

1.2 Voor de goede orde wijst MSI op de recente jurisprudentie omtrent de presumptie van immuniteit van staatseigendommen. Uit een recente uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 7 april 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:1337) volgt dat, indien aanwijzingen ontbreken dat eigendommen van een vreemde staat een publieke bestemming hebben én er bovendien geen verklaring van de vreemde staat is die inhoudt dat sprake is van goederen met een publieke bestemming, er geen grond bestaat om *a priori* uit te gaan van de presumptie van immuniteit bij executie van eigendommen van de vreemde staat.

1.3 In het onderhavige geval zijn er geen aanwijzingen dat de eigendommen waarop MSI beslag wenst te leggen, bestemd zijn voor de openbare dienst van Gabon. Deze aanwijzingen liggen ook niet besloten in de aard [lees: aard, A-G] van de beslagen goederen. MSI stelt zich op het standpunt dat de goederen waarop zij beslag wenst te leggen, louter een commerciële bestemming hebben. Derhalve acht MSI het dan ook niet aannemelijk dat de beslagen die zij wenst te leggen in strijd komt [lees: komen, A-G] met de volkenrechtelijke verplichtingen van Nederland jegens Gabon.³

1.3 Op 26 november 2015 heeft de voorzieningenrechter MSI verlop verleend tot het leggen van derdenbeslag. De vordering is hierbij inclusief rente en kosten begroot op € 24.859.220,=. De termijn voor het instellen van de hoofdzak is gesteld op 30 dagen na de datum van de eerste beslaglegging.

1.4 Op 30 november 2015 heeft de deurwaarder op verzoek van MSI verschillende derdenbeslagen ten laste van Gabon gelegd. Op 7 december 2015 zijn de beslagexploten betekend aan Gabon.

1.5 Bij brief van 30 november 2015 van de deurwaarder is het Ministerie van Veiligheid en Justitie ervan in kennis gesteld dat de deurwaarder opdracht heeft gekregen tot het leggen van conservatoire derdenbeslagen ten laste van Gabon.

1.6 Op 18 december 2015 heeft de Staat (het Ministerie van Veiligheid en Justitie) een aanzegging gedaan (welke op 7 januari 2016 is gerectificeerd) op grond van art. 3a, tweede en zesde lid, van de Gerechtsdeurwaarderswet (hierna: de aanzegging van de minister). Hierin is onder meer opgenomen:

‘Ik acht deze ambtshandeling, na consultatie van mijn ambtge-

2 Zie o.m. rov. 2.1-2.7 van het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam.

3 Tegen de onder 1.2 genoemde uitspraak van het hof Amsterdam is cassatieberoep ingesteld, welk beroep aanhangig is onder zaaknummer 15/02722 en waarin ik heden eveneens concludeer.

1 ECLI:NL:RBAMS:2016:1197.

noot van Buitenlandse Zaken, in strijd met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat. In het geval van (voorgenomen) maatregelen ten aanzien van vermogensbestanddelen van een vreemde Staat geldt een presumptie van immuniteit, aangezien staatseigendommen met een publieke bestemming in elk geval niet vatbaar zijn voor gedwongen executie. Immuniteit van executie onder het internationaal recht heeft zowel betrekking op executoriale maatregelen als op conservatoire maatregelen. Slechts indien wordt vastgesteld dat de vermogensbestanddelen van de vreemde Staat niet bestemd zijn voor publieke doeleinden kan immuniteit van executie worden ontzegd. Dat louter sprake is van vermogensbestanddelen die niet zijn bestemd voor publieke doeleinden is echter door Groot & Evers [de deurwaarder, A-G] en diens opdrachtgever naar mijn opvatting niet, althans niet voldoende, aannemelijk gemaakt. Daarbij komt dat de presumptie van immuniteit, zoals die geldt voor executoriale maatregelen, a fortiori geldt voor conservatoire maatregelen. Dit laatste is onder andere af te leiden uit artikel 18 in samenhang met artikel 19 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen (...) Bovendien is door Groot & Evers betoogd noch aangetoond dat de Republiek Gabon afstand zou hebben gedaan van immuniteit van executie ten aanzien van derde partijen.

(...)

Op grond van artikel 3a, tweede en zesde lid, van de Gerechtsdeurwaarderswet zeg ik voornoemde gerechtsdeurwaarder en zijn kantoorgenoten aan dat de in dezen conservatoir gelegde beslagen strijdig zijn met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat en aanstonds opgeheven dienen te worden.

(...)

1.7 Bij beschikking van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 22 december 2015 is op verzoek van MSI de termijn voor het instellen van de hoofdzaak verlengd met 21 dagen.

1.8 Bij proces-verbaal van 12 januari 2016 heeft de gerechtsdeurwaarder op grond van art. 438 lid 4 Rv bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam een kort geding aanhangig gemaakt tussen MSI en Gabon. De Staat is als belanghebbende in dat geding opgeroepen en verschenen. In het proces-verbaal heeft de deurwaarder gesteld dat art. 3a lid 7 Gerechtsdeurwaarderswet de voorzieningenrechter de mogelijkheid biedt de gevolgen van de aanzegging van de minister op te heffen, nu de deurwaarder op het bezwaar stuit dat door MSI een beroep wordt gedaan op het vervullen van zijn ministerieplicht, terwijl de aanzegging van de minister hem dit belet.

1.9 Ter terechtzitting van 1 februari 2016, waarop Gabon niet is verschenen, is de zaak behandeld. MSI, de Staat en de deurwaarder hebben producties in het geding gebracht. MSI en de Staat hebben tevens een pleitnota in het geding gebracht en de Staat heeft een conclusie van antwoord in het geding gebracht. Ter zitting heeft de voorzieningenrechter voorgesteld om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad, waarmee de aanwezige partijen hebben ingestemd. Daarbij is tussen de aanwezige partijen afgesproken dat de door de deurwaarder ten laste van Gabon gelegde conservatoire beslagen in ieder geval blijven liggen totdat de Hoge Raad de te stellen prejudiciële vragen heeft beantwoord, en in het onderhavige kort geding een eindvonnis zal zijn geweest. Vervolgens hebben de deurwaarder en de raadvrouw van de Staat bij brieven van 15 februari 2016 conceptvragen geformuleerd. De raadvrouw van MSI heeft bij brief van 16 februari 2016 conceptvragen geformuleerd.

1.10 Bij vonnis van 29 februari 2016 heeft de voorzieningenrechter, onder aanhouding van iedere verdere beslissing, op de

voet van art. 392 lid 1 Rv de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

“1. Geldt op grond van het volkenrecht voor goederen van een vreemde staat de presumptie van immuniteit van executie, die alleen wijkt indien is vastgesteld dat de betreffende goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn beoogd voor andere dan publieke doeleinden?

2. Ligt het op de weg van de partij die zich beroept op een uitzondering op de immuniteit van executie om gegevens aan te dragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld, althans aannemelijk gemaakt dat de betreffende goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn beoogd voor andere dan publieke doeleinden?

3. Of is de presumptie van immuniteit afhankelijk van (i) aanwijzingen dat de betreffende goederen van de vreemde staat een publieke bestemming hebben, dan wel (ii) een verklaring van de vreemde staat die inhoudt dat de goederen een publieke bestemming hebben?

4. Leidt toepassing van de presumptie van immuniteit van executie tot schending van artikel 6 EVRM en tot een ontoelaatbare doorkruising van het Nederlandse beslagrecht, omdat crediteuren van vreemde staten, indien op hen de bewijslast rust dat de beslagen goederen geen publieke bestemming hebben, geen enkele mogelijkheid hebben om verhaal te halen op de vermogensbestanddelen van de vreemde staat?

5. Maakt het bij de beantwoording van de bovenstaande vragen uit of sprake is van conservatoir of executoriaal beslag ten laste van de vreemde staat?

6. Geven de door MSI, de Staat en de deurwaarder voorgestelde vragen aanleiding tot andere of nadere opmerkingen?”

1.11 De Hoge Raad heeft MSI en de Staat ingevolge art. 393 lid 1 Rv en art. 7:1 Reglement prejudiciële vragen⁴ in de gelegenheid gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken. MSI en de Staat hebben van die mogelijkheid gebruik gemaakt, waarna zij op de voet van art. 9:3 Reglement prejudiciële vragen nog een reactie hebben gegeven op elkaars schriftelijke opmerkingen.

2 Bespreking van de prejudiciële vragen

2.1 Zoals hiervoor aangegeven, staat in deze zaak het leerstuk van immuniteit van executie centraal waarop een vreemde staat zich kan beroepen wanneer op aan die staat toebehorende goederen in een andere staat beslag wordt gelegd. Immuniteit is tweeledig. Aan de ene kant kan de vreemde staat een beroep doen op immuniteit van jurisdictie, wanneer hij voor de rechter van een andere staat wordt gedaagd. Van een absolute immuniteit is daarbij geen sprake. Onderscheid wordt gemaakt tussen overheidshandelingen (*acta iure imperii*) waarvoor immuniteit bestaat, en handelingen die de staat in het rechtsverkeer heeft verricht op voet van gelijkheid met particulieren (*acta iure gestionis*). Komt aan de vreemde staat geen beroep op immuniteit van jurisdictie toe, omdat de door die staat verrichte handeling geen overheidshandeling is, dan kunnen executie maatregelen worden doorkruist door het leerstuk van immuniteit van executie. Ook deze vorm van immuniteit is niet absoluut. Op goederen die eigendom zijn van de vreemde staat kunnen geen executie maatregelen worden getroffen, wanneer deze goederen voor de publieke dienst van die staat zijn bestemd. Door executie maatregelen te treffen ten aanzien van die goederen zou immers de publieke taakuitoefening van de vreemde staat in het gedrang komen en zou daarmee de ene soevereine staat zich mengen in de publieke taakuitoefening van de andere soeverei-

4 Reglement prejudiciële vragen van de civiele kamer van de Hoge Raad der Nederlanden, Stcrt. 4 juni 2012, nr. 10675.

ne staat. Daarmee zou het in het volkenrecht wezenlijke beginsel van de soevereine gelijkheid van staten ernstig worden geschonden en zou dit aanleiding kunnen geven tot diplomatieke incidenten. Reden waarom in art. 13a Wet Algemene Bepalingen is bepaald dat de rechtsmacht van de rechter en de uitvoerbaarheid van rechterlijke vonnissen en van authentieke akten worden beperkt 'door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend' en in art. 3a Gerechtsdeurwaarderswet aan de deurwaarder de verplichting is opgelegd de opdracht tot het verrichten van ambtshandelingen die mogelijk in strijd zijn met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat te melden aan de Minister van (thans) Veiligheid en Justitie. Vervolgens kan de minister krachtens art. 3a lid 2 Gerechtsdeurwaarderswet de deurwaarder aanzeggen dat de ambtshandeling in strijd is met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat. Een dergelijke aanzegging heeft in de onderhavige zaak plaatsgevonden (zie hierboven onder 1.6).

2.2 Op 22 mei 1985 is voor Nederland in werking getreden de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten van 16 mei 1972.⁵ Dit verdrag mist in de onderhavige zaak toepassing, omdat Gabon daarbij geen partij is. Art. 23 van dat verdrag gaat overigens nog uit van een absolute immuniteit van executie, hetgeen te verklaren valt in het licht van de destijds gevoerde onderhandelingen over de totstandkoming van het verdrag.⁶

2.3 Op 2 december 2004 is te New York tot stand gekomen de United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen, hierna: VN-Verdrag).⁷ Dit verdrag is niet in werking getreden, omdat daarvoor het vereiste aantal van dertig ratificaties nog niet is gehaald. Het VN-Verdrag is door het Koninkrijk der Nederlanden vooralsnog niet ondertekend. In art. 18 t/m 21 VN-Verdrag zijn bepalingen opgenomen in verband met immuniteit van executie. In de Nederlandse vertaling luiden deze bepalingen als volgt:

'Artikel 18 Immuniteit van staten van conservatoire maatregelen

Tegen eigendommen van een staat mogen geen conservatoire maatregelen worden getroffen, zoals beslag of zekerheidsstelling in verband met een geding voor een rechter van een andere staat, tenzij en voor zover:

- a. de staat uitdrukkelijk heeft ingestemd met het nemen van maatregelen als vermeld;
- i. in een internationale overeenkomst;

- ii. in een arbitrageovereenkomst of in een schriftelijke overeenkomst; of

- iii. in een verklaring voor de rechter of een schriftelijke mededeling na het ontstaan van een geschil tussen de partijen; of
- b. de staat eigendommen heeft aangewezen of gereserveerd ter voldoening van de vordering die onderwerp is van dat geding.

Artikel 19 Immuniteit van staten van executiemaatregelen

Tegen eigendommen van een staat mogen geen executiemaatregelen worden getroffen zoals beslag, zekerheidsstelling of executie in verband met een geding voor een rechter van een andere staat, tenzij en voor zover:

- a. de staat uitdrukkelijk heeft ingestemd met het nemen van maatregelen als vermeld:

- i. in een internationale overeenkomst;

- ii. in een arbitrageovereenkomst of in een schriftelijke overeenkomst; of

- iii. in een verklaring voor de rechter of een schriftelijke mededeling na het ontstaan van een geschil tussen partijen; of

- b. de staat eigendommen heeft aangewezen of gereserveerd ter voldoening van de vordering die onderwerp is van dat geding; of

- 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 de staat van het forum, met dien verstande dat executiemaatregelen uitsluitend mogen worden getroffen tegen eigendommen die verband houden met de entiteit waartegen het geding zich richtte.

Artikel 20 Gevolgen van instemming met rechtsmacht ter zake van dwangmaatregelen

Voor zover instemming met de dwangmaatregelen uit hoofde van de artikelen 18 en 19 vereist is, behelst instemming met de uitoefening van rechtsmacht uit hoofde van artikel 7 geen instemming met het nemen van dwangmaatregelen.

Artikel 21 Specifieke categorieën van eigendommen

1. Met name de volgende categorieën van eigendommen van een staat worden niet aangemerkt als eigendommen die in het bijzonder worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik door de staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden uit hoofde van artikel 19, onderdeel c:

- a. eigendommen, met inbegrip van banktegoeden, die worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik bij de uitoefening van de taken van diplomatieke vertegenwoordigingen van de staat of zijn consulaire posten, speciale missies, vertegenwoordigingen bij internationale organisaties of delegaties bij organen van internationale organisaties of bij internationale conferenties;

- b. eigendommen met een militair karakter die worden gebruikt of beoogd zijn voor de uitoefening van militaire taken;
- c. eigendommen van de centrale bank of een andere monetaire autoriteit van de staat;

- d. eigendommen die deel uitmaken van het cultureel erfgoed van de staat of van zijn archieven en die niet te koop worden aangeboden of beoogd zijn om te koop te worden aangeboden;
- e. eigendommen die deel uitmaken van een tentoonstelling van objecten van wetenschappelijk, cultureel of historisch belang en die niet te koop worden aangeboden of beoogd zijn om te koop te worden aangeboden.

2. Het eerste lid laat artikel 18 en artikel 19, onderdelen a en b, onverlet.'

2.4 De Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) heeft op 19 mei 2006 advies over het VN-Verdrag uitgebracht aan de Minister van Buitenlandse Zaken. De CAVV heeft de minister geadviseerd het ertoe te leiden dat het Koninkrijk der Nederlanden partij wordt bij het VN-Verdrag, rekening houdend met de overwegingen in het advies. Ten aan-

5 Zie Trb. 1973, 43.

6 In de Nederlandse vertaling luidt art. 23: 'Geen maatregelen van gedwongen tenuitvoerlegging noch conservatoire maatregelen mogen ten aanzien van goederen van een Overeenkomstsluitende Staat op het grondgebied van een andere Overeenkomstsluitende Staat worden genomen, behoudens in de gevallen en naar de mate waarin die Staat daar schriftelijk in heeft toegestemd'. Zie hierover W.G. Belinfante, Het Europese verdrag inzake immuniteit van Staten, preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, Mededelingen NVIR, nr. 67, 1973, p. 25. Belinfante, t.a.p., wijst erop dat in verschillende staten bij immuniteit van executie een onderscheid wordt gemaakt tussen goederen die voor de publieke dienst zijn bestemd en die niet voor executie vatbaar zijn en goederen waarop dwang-executie wel is toegelaten. Om de ratificatie niet te bemoeilijken (en Italië aan boord van het verdrag te krijgen) is destijds besloten tot opnemings van de absolute immuniteit van executie. Zie ook J. Spiegel, Vreemde staten voor de Nederlandse rechter, diss. VU 2001, p. 157-162.

7 Zie Trb. 2010, 272 (Franse en Engelse authentieke teksten; Nederlandse vertaling).

zien van de conservatoire en executoriale dwangmaatregelen van art. 18 en 19 heeft de CAVV het volgende opgemerkt:

‘93. In de Nederlandse rechtspraak wordt in het algemeen als criterium gehanteerd, of een eigendom van een vreemde staat al dan niet bestemd is voor commerciële doeleinden; anders gezegd: of het bestemd is voor de openbare dienst. Nu artikel 18 geen ruimte laat voor toepassing van dit criterium, zouden de mogelijkheden voor een particulier om conservatoire dwangmaatregelen te nemen, zeer worden beperkt.

94. Indien een vreemde staat voor een rechter kan worden aangesproken omdat deze bijvoorbeeld voor *acta iure gestionis*, geen immuniteit geniet, dan nog doet zich het probleem voor dat een particulier het vonnis niet ten uitvoer kan leggen. Het is – althans in principe – niet toegestaan een vonnis te executeren tegen eigendommen van een vreemde staat die voor de openbare dienst worden gebruikt (bijvoorbeeld eigendommen van een ambassade, waaronder de bankrekening).

95. Artikel 19 kent, naast de twee aan artikel 18 gelijklopende uitzonderingen, onder (c) een derde uitzondering. Deze houdt in dat, als een particulier al een voor hem gunstig vonnis heeft verkregen, bij de executie daarvan alsnog dient te worden nagegaan of het gaat om een goed dat is bestemd voor de openbare dienst.

96. De CAVV acht het aan te bevelen in ieder geval terzake van artikel 18 te overwegen een voorbehoud te maken.⁸

2.5 Toetreding tot het VN-Verdrag brengt voor Nederland derhalve met zich dat het leggen van conservatoir beslag op goederen die toebehoren aan een vreemde staat vrijwel is uitgesloten.⁹ Een dergelijk beslag is slechts mogelijk wanneer de vreemde staat uitdrukkelijk heeft ingestemd met de beslaglegging of de beslagen goederen heeft aangewezen ter voldoening van de litigieuze vordering. De relativering van immuniteit van executie, namelijk dat beslag wel mogelijk is op goederen die niet bestemd zijn voor de publieke dienst, ontbreekt in art. 18 VN-Verdrag. In art. 19 VN-Verdrag is daarin ten aanzien van executoriaal beslag wel voorzien (‘gebruik door de staat voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden’/‘use by the State for other than government non-commercial purposes’).¹⁰ In de geldende Nederlandse opvattingen wordt ten aanzien van immuniteit van executie geen onderscheid gemaakt tussen conservatoir en executoriaal beslag en is voor een beroep op immuniteit van executie alleen beslissend of het beslagen goed bestemd is of gebruikt wordt voor de openbare dienst.¹¹ De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 28 juni 2013¹² in dit verband het volgende overwogen:

‘3.6.1 Naar de thans in Nederland als ongeschreven volkenrecht aanvaarde regels is de immuniteit van executie niet absoluut. Staatseigendommen met een publieke bestemming zijn echter in elk geval niet vatbaar voor gedwongen executie (vgl. HR 11 juli 2008, LJN BD1387, NJ 2010/525). In dit verband geldt niet de nadere eis dat de staatseigendommen daadwerkelijk worden gebruikt voor publieke doeleinden.

3.6.2 Het vorenstaande vindt steun in de op 2 december 2004

door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties aangenomen, maar nog niet in werking getreden, Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property (hierna: VN-Verdrag). Het VN-Verdrag behelst een codificatie van het internationaal gewoonterecht met betrekking tot immuniteit van jurisdictie en de immuniteit van executie en de aan een en ander gestelde grenzen (vgl. met betrekking tot de immuniteit van jurisdictie HR 5 februari 2010, LJN BK6673, NJ 2010/524). (...)’.

2.6 Uit deze rechtspraak volgt dat in Nederland het VN-Verdrag als codificatie van het internationaal gewoonterecht uitgangspunt is voor de beoordeling van immuniteitsvragen. Weliswaar kon in het VN-Verdrag niet op alle punten overeenstemming worden bereikt – het verschil tussen art. 18 en 19 VN-Verdrag is daarvan een voorbeeld –, maar dit neemt niet weg dat het verdrag de uitkomst is van meer dan 25 jaar onderhandelingen in de *International Law Commission* van de VN en daarmee een zekere internationale *communis opinio* reflecteert.¹³ Uit de omstandigheid dat in Nederland het VN-Verdrag uitgangspunt is voor de beoordeling van immuniteitsvragen, volgt niet dat geen nuances zouden mogen worden aangebracht, zoals ten aanzien van de immuniteit van executie bij conservatoire maatregelen. Niet valt in te zien dat in Nederland op de voet van art. 18 VN-Verdrag voor conservatoire maatregelen een andere immuniteitsmaatstaf zou moeten gelden dan de immuniteitsmaatstaf van art. 19 VN-Verdrag voor executiemaatregelen. Ook bij conservatoire maatregelen dient als maatstaf voor toekenning van immuniteit het bestemmingscriterium te worden gehanteerd: indien de beslagen goederen bestemd zijn of gebruikt worden voor statelijke, niet-commerciële doeleinden, komt aan de vreemde staat immuniteit van executie toe.¹⁴

2.7 Uitgangspunt is derhalve dat de vreemde staat óók ten aanzien van conservatoire maatregelen immuniteit van executie geniet, tenzij de beslagen goederen een commerciële bestemming hebben en niet voor de publieke taakuitoefening zijn bestemd of worden gebruikt (en zich evenmin het geval voordoet dat de desbetreffende goederen door de vreemde staat zijn aangewezen ter voldoening van de vordering van de beslaglegger, of de vreemde staat heeft afgezien van het beroep op immuniteit van executie). Wanneer het bestemmingscriterium ook wordt gehanteerd ten aanzien van goederen van een vreemde staat waarop conservatoir beslag wordt gelegd, ligt het voor de hand dat de beslaglegger aantoont dat de beslagen goederen een commerciële bestemming hebben en niet voor de publieke taakuitoefening zijn bestemd of worden gebruikt.¹⁵

2.8 Dat de beslaglegger moet aantonen dat het beslagen goed

8 CAVV, advies no. 17, 19 mei 2006, p. 27-28.

9 Zie ook Rosanne van Alebeek, Staatsimmuniteit, in: Nathalie Horbach, René Lefeber, Olivier Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, 2007, p. 262.

10 Zie hierover Gerhard Hafner en Ulrike Köhler, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, NYIL 2004, p. 38-39.

11 Zie nr. 14 van de conclusie A-G Strikwerda vóór HR11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, NJ 2010/525, m.nt. Th.M. de Boer (*Azeta/Staat*).

12 HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453, m.nt. Th.M. de Boer (*Ahmad/Staat*).

13 Zie ook Hafner en Köhler, a.w., p. 48, die erop wijzen dat het VN-Verdrag ‘only attempts to reflect the development of the second half of the twentieth century generating the restrictive approach to state immunity and to form a legal basis for a universally acceptable legal solution of the question of state immunity based on this development’. Zie ook de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof van 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, ICJ Reports 2012, rov. 117.

14 Zie ook het reeds genoemde advies van de CAVV.

15 Zie de reeds genoemde uitspraak van het Internationaal Gerechtshof, ICJ Reports 2012, rov. 118, waar het Hof overweegt dat ‘there is at least one condition that has to be satisfied before any measure of constraint may be taken against property belonging to a foreign State: that the property in question must be in use for an activity not pursuing government non-commercial purposes (...)’. Zie voorts: Hazel Fox en Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 2015, p. 511: ‘By reason of the general immunity of property of a foreign State from measures of constraint, the burden of proof that the property is in use or intended use for a commercial purpose

een commercieel doel dient, is logisch gezien vanuit het leerstuk van de immuniteit van executie. Aan de vreemde staat komt immers immuniteit van executie toe, tenzij de uitzonderingen daarop van toepassing zijn. De immuniteit van executie is niet afhankelijk van het bestaan van aanwijzingen dat de beslagen goederen bestemd zijn voor de openbare dienst van de desbetreffende vreemde staat en evenmin van een door die staat af te leggen verklaring dat de beslagen goederen een publieke bestemming hebben. Wanneer de vreemde staat zou moeten aantonen dat de beslagen goederen bestemd zijn voor de publieke taakuitoefening van die staat en dat dus terecht een beroep op immuniteit van executie wordt gedaan, zou de vreemde staat in de procedure voor de buitenlandse rechter gedwongen worden inzicht te verschaffen in zijn publieke taakvervulling. Op zijn beurt zal het voor de beslaglegger vaak lastig, zo niet onmogelijk zijn om aan te tonen dat het beslagen goed wél een commercieel doel dient. In de literatuur zijn dan ook kritische geluiden te beluisteren die bepleiten dat juist de vreemde staat moet aantonen dat het beslagen goed een statelijke, niet-commerciële bestemming heeft.¹⁶ Dat de beslaglegger op goederen die eigendom van een vreemde staat zijn in een lastige positie komt te verkeren, betekent niet dat de presumpctie van immuniteit daarom moet wijken. Het belang dat met het leerstuk van de immuniteit is gediend, namelijk het voorkomen van internationale (diplomatieke) verwickelingen tussen soevereine staten, is van hogere orde dan het individuele crediteursbelang. De individuele crediteur is overigens niet rechteloos. De Staat heeft er naar mijn mening terecht op gewezen dat de crediteur die ervoor kiest met een vreemde staat te contracteren, maatregelen kan bedingen om zekerheid te krijgen voor de nakoming van de op die staat rustende verplichtingen.¹⁷

2.9 In dit verband wil ik nog kort aandacht besteden aan de problematiek van ‘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.¹⁸

2.10 Op grond van het voorgaande dient de eerste prejudiciële vraag van de voorzieningenrechter – of op grond van het volkenrecht voor goederen van een vreemde staat de presumpctie

van immuniteit van executie geldt, die alleen wijkt indien is vastgesteld dat de desbetreffende goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn beoogd voor andere dan publieke doeleinden – bevestigend te worden beantwoord.

2.11 De tweede prejudiciële vraag – of het op de weg ligt van de partij die zich beroept op een uitzondering op de immuniteit van executie om gegevens aan te dragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld, althans aannemelijk gemaakt dat de desbetreffende goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn beoogd voor andere dan publieke doeleinden – moet in het licht van het voorafgaande eveneens bevestigend worden beantwoord.

2.12 De bevestigende beantwoording van de tweede prejudiciële vraag leidt ertoe dat de derde prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord. De presumpctie van immuniteit is *niet* afhankelijk van (i) aanwijzingen dat de desbetreffende goederen van de vreemde staat een publieke bestemming hebben dan wel van (ii) een verklaring van de vreemde staat die inhoudt dat de goederen een publieke bestemming hebben.

2.13 De vierde prejudiciële vraag heeft betrekking op de verhouding van de presumpctie van immuniteit tot art. 6 EVRM. Gevraagd wordt of de immuniteit van executie tot een schending van art. 6 EVRM en tot een ontoelaatbare door kruising van het Nederlandse beslagrecht leidt, omdat crediteuren van vreemde staten, indien op hen de bewijslast rust dat de beslagen goederen geen publieke bestemming hebben, geen enkele mogelijkheid hebben om verhaal te halen op de vermogensbestanddelen van de vreemde staat.

2.14 Het is vaste rechtspraak van het EHRM dat het toekennen van immuniteit van jurisdictie en van executie geen schending van art. 6 EVRM oplevert.¹⁹ De beperkingen die door de immuniteit op art. 6 EVRM worden aangebracht, dienen een legitiem doel en zijn proportioneel.²⁰ In zijn uitspraak van 12 december 2002 heeft het EHRM overwogen dat het EHRM bij de uitleg van het EVRM rekening moet houden met de relevante bepalingen van internationaal recht en dat het EVRM:

‘should be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity’.

Het EHRM vervolgde:

‘It follows that measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognized rules of public international law in State immunity cannot generally be regarded as imposing disproportionate restriction on the right of access to a court as embodied in Article 6 par. 1. Just as the right of access to a court is an inherent part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, an example of those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State im-

rests with the claimant’; Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, 2012, p. 41.

- 16 Zie Cedric Ryngaert, *Embassy Accounts and State Immunity from Execution: Doing Justice to the Financial Interests of Creditors*, LJIL 2016, p. 73-88, i.h.b. p. 81; Christophe H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, 1988, p. 149-151; Spiegel, a.w., p. 179-181. Zie ook Th.M. de Boer onder nr. 2 van zijn noot bij HR 28 juni 2013, NJ 2014/453.
- 17 Zie nr. 6 van de reactie van de Staat ex art. 9.3 van het Reglement prejudiciële vragen. Voorts: A.G.F. Ancery en M.A.M. Essed, *Staats-immuniteit van executie*, MvV 2015, p. 46, die ook wijzen op de mogelijkheid dat door de vreemde staat zekerheid kan worden afgegeven.
- 18 Zie nr. 25 van de conclusie A-G Strikwerda, vóór HR 11 juli 2007, ECLI:NL:HR:2015:BD1387, NJ 2010/525, m.nt. Th.M. de Boer (*Azeta/Staat*). In rov. 3.5 van genoemd arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat ‘in de feitelijke instanties gesteld noch gebleken is dat de opbrengst van de onderhavige belastingvordering geheel of gedeeltelijk bestemd is voor andere dan publieke doeleinden’.

- 19 Zie ten aanzien van immuniteit van jurisdictie o.a. EHRM 18 februari 1999, no. 28934/95, *Beer and Regan v. Germany* en het gelijklopende arrest inzake *Waite and Kennedy v. Germany*, no. 26083/94; EHRM 11 juni 2013, no. 65542/12, *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands*, NJ 2014/263, m.nt. N.J. Schrijver. Ten aanzien van immuniteit van executie: EHRM 12 december 2002, no. 59021/00, *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*.

- 20 Zie ook William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights*, 2015, p. 286: ‘In the context of article 6, recognition of sovereign immunity pursues a legitimate aim of “complying with international law to promote comity and good relations between States through respect of another State’s sovereignty”’. In gelijke zin: Karen Reid, *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, 2015, p. 142.

munity (see *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no. 35763/97, ECHR 2001-XI, par. 52-56).²¹

2.15 Van een ontoelaatbare doorkruising van het Nederlandse beslagrecht is bij toepassing van de immuniteit van executie geen sprake. Toepassing van immuniteit van executie volgt uit het (ongeschreven) volkenrecht. Voor de volledigheid wijs ik erop dat de omstandigheid dat aan de vreemde staat immuniteit van executie toekomt, niet per definitie betekent dat crediteuren geen enkel verhaal hebben op vermogensbestanddelen van die staat. Ik verwijs naar nr. 2.8 van deze conclusie.

2.16 De vierde prejudiciële vraag dient naar mijn mening ontkenkend te worden beantwoord: de presumptie van immuniteit van executie leidt niet tot een schending van art. 6 EVRM en evenmin tot een ontoelaatbare doorkruising van het Nederlandse beslagrecht.

2.17 In de vijfde prejudiciële vraag heeft de voorzieningenrechter gevraagd of het voor de beantwoording van eerste vier vragen verschil maakt of sprake is van een conservatoir of een executoriaal beslag ten laste van de vreemde staat. Uit hetgeen ik in deze conclusie heb geschreven, volgt dat ik van mening ben dat deze vijfde vraag ontkenkend dient te worden beantwoord. Het maakt voor de presumptie van immuniteit van executie naar thans geldend recht geen verschil of het beslag dat wordt gelegd op goederen van een vreemde staat, een conservatoir beslag dan wel een executoriaal beslag betreft.

2.18 De zesde vraag – of de door MSI, de staat en de deurwaarder voorgestelde vragen aanleiding geven tot andere of nadere opmerkingen – behoeft geen behandeling.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot bevestigende beantwoording van de door de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam aan de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen 1 en 2, en tot ontkenkende beantwoording van de overige vragen 3, 4, 5 en 6.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instantie

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar het vonnis in de zaak C/13/600694/KG ZA 16-28 van de voorzieningenrechter te Amsterdam van 29 februari 2016.

Het vonnis van de voorzieningenrechter is aan deze beslissing gehecht.

2 De prejudiciële procedure

Bij laatstgenoemd vonnis heeft de voorzieningenrechter op de voet van art. 392 RV de hierna onder 3.3 vermelde prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.

MSI en de Staat hebben schriftelijke opmerkingen als bedoeld in art. 393 lid 1 Rv ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot bevestigende beantwoording van de door de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam aan de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen 1 en 2, en tot ontkenkende beantwoording van de overige vragen 3, 4, 5 en 6.

3 Beantwoording van de prejudiciële vragen

3.1 Het gaat in deze procedure om het volgende.

(i) MSI heeft op 25 november 2015 bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam een verzoek ingediend tot het leggen van conservatoir derdenbeslag ten laste van Gabon. In dit verzoekschrift wordt aangevoerd dat MSI op 23 augustus 1994 met Gabon een overeenkomst heeft gesloten, waarvan de uitvoering door Gabon is gefrustreerd. MSI stelt als gevolg hiervan schade te hebben geleden, die zij begroot op € 22.299.292,=.

(ii) Het verzoekschrift vermeldt onder meer:

“11.1 MSI is ermee bekend dat de wijze van beslaglegging dient te geschieden overeenkomstig de wijze zoals opgenomen in artikel 3a van de Gerechtsdeurwaarderswet. MSI heeft hierover contact gehad met de deurwaarder, die op grond van artikel 3a van de Gerechtsdeurwaarderswet melding zal doen bij de Minister van Veiligheid en Justitie (...).

11.2 Voor de goede orde wijst MSI op de recente jurisprudentie omtrent de presumptie van immuniteit van staatseigendommen. Uit een recente uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 7 april 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:1337) volgt dat, indien aanwijzingen ontbreken dat eigendommen van een vreemde staat een publieke bestemming hebben én er bovendien geen verklaring van de vreemde staat is die inhoudt dat sprake is van goederen met een publieke bestemming, er geen grond bestaat om a priori uit te gaan van de presumptie van immuniteit bij executie van eigendommen van de vreemde staat.

11.3 In het onderhavige geval zijn er geen aanwijzingen dat de eigendommen waarop MSI beslag wenst te leggen, bestemd zijn voor de openbare dienst van Gabon. Deze aanwijzingen liggen ook niet besloten in de aard van de beslagen goederen. MSI stelt zich op het standpunt dat de goederen waarop zij beslag wenst te leggen, louter een commerciële bestemming hebben. Derhalve acht MSI het dan ook niet aannemelijk dat de beslagen die zij wenst te leggen in strijd komen met de volkenrechtelijke verplichtingen van Nederland jegens Gabon.”

(iii) Op 26 november 2015 heeft de voorzieningenrechter MSI verlop verleend tot het leggen van derdenbeslag.

De vordering is hierbij inclusief rente en kosten begroot op € 24.859.220,=.

(iv) Op 30 november 2015 heeft de deurwaarder op verzoek van MSI verschillende derdenbeslagen ten laste van Gabon gelegd. Op 7 december 2015 zijn de beslagexperten betekend aan Gabon. Bij brief van 30 november 2015 van de deurwaarder is het ministerie van Veiligheid en Justitie ervan in kennis gesteld dat de deurwaarder opdracht heeft gekregen tot het leggen van conservatoir derdenbeslagen ten laste van Gabon.

(v) Op 18 december 2015 heeft de Staat (ministerie van Veiligheid en Justitie) een aanzegging gedaan (die op 7 januari 2016 is gerectificeerd) op grond van art. 3a lid 2 en lid 6 van de Gerechtsdeurwaarderswet (hierna: de aanzegging van de minister). Hierin is onder meer opgenomen:

“Ik acht deze ambtshandeling, na consultatie van mijn ambtgenoot van Buitenlandse Zaken, in strijd met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat. In het geval van (voorgenomen) maatregelen ten aanzien van vermogensbestanddelen van een vreemde Staat geldt een presumptie van immuniteit, aangezien staatseigendommen met een publieke bestemming in elk geval niet vatbaar zijn voor gedwongen executie. Immuniteit van executie onder het internationaal recht heeft zowel betrekking op executoriale maatregelen als op conservatoir maatregelen. Slechts indien wordt vastgesteld dat de vermogensbestanddelen van de vreemde Staat niet bestemd zijn voor publieke doeleinden kan immuniteit van executie worden ontzegd. Dat louter sprake is van vermogensbestanddelen die niet zijn bestemd voor publieke doeleinden is echter door [de deurwaarder] en diens opdrachtgever naar mijn opvatting niet,

²¹ EHRM 12 december 2002, no. 59021/00, Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany. Zie in dit verband ook: ECHR, Guide to Article 6, 2013, nr. 54 (p. 16). In gelijke zin ten aanzien van de immuniteit van jurisdictie: EHRM 14 maart 2013, no. 36703/04, Oleynikov v. Russia.

althans niet voldoende, aannemelijk gemaakt. Daarbij komt dat de presumptie van immuniteit, zoals die geldt voor executoriale maatregelen, a fortiori geldt voor conservatoire maatregelen. Dit laatste is onder andere af te leiden uit artikel 18 in samenhang met artikel 19 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen (...) Bovendien is door [de deurwaarder] betoogd noch aangetoond dat de Republiek Gabon afstand zou hebben gedaan van immuniteit van executie ten aanzien van derde partijen. (...)

Op grond van artikel 3a, tweede en zesde lid, van de Gerechtshoofdwet zeg ik voornoemde gerechtshoofdwet en zijn kantoorgenoten aan dat de in dezen conservatoir gelegde beslagen strijdig zijn met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat en aanstonds opgeheven dienen te worden.”

3.2 De deurwaarder heeft op grond van art. 438 lid 4 Rv het onderhavige kort geding aanhangig gemaakt tussen MSI en Gabon. De Staat is daarin als belanghebbende opgeroepen en verschenen. De deurwaarder heeft aangevoerd dat art. 3a lid 7 Gerechtshoofdwet de voorzieningenrechter de mogelijkheid biedt de gevolgen van de aanzegging van de minister op te heffen, nu de deurwaarder op het bezwaar stuit dat door MSI een beroep wordt gedaan op het vervullen van zijn ministerieplicht, terwijl de aanzegging van de minister hem dit belet.

3.3 De voorzieningenrechter heeft de volgende prejudiciële vragen gesteld:

“1. Geldt op grond van het volkenrecht voor goederen van een vreemde staat de presumptie van immuniteit van executie, die alleen wijkt indien is vastgesteld dat de betreffende goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn beoogd voor andere dan publieke doeleinden?

2. Ligt het op de weg van de partij die zich beroept op een uitzondering op de immuniteit van executie om gegevens aan te dragen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld, althans aannemelijk gemaakt dat de betreffende goederen door de vreemde staat worden gebruikt of zijn beoogd voor andere dan publieke doeleinden?

3. Of is de presumptie van immuniteit afhankelijk van (i) aanwijzingen dat de betreffende goederen van de vreemde staat een publieke bestemming hebben, dan wel (ii) een verklaring van de vreemde staat die inhoudt dat de goederen een publieke bestemming hebben?

4. Leidt toepassing van de presumptie van immuniteit van executie tot schending van artikel 6 EVRM en tot een ontoelaatbare doorkruising van het Nederlandse beslagrecht, omdat crediteuren van vreemde staten, indien op hen de bewijslast rust dat de beslagen goederen geen publieke bestemming hebben, geen enkele mogelijkheid hebben om verhaal te halen op de vermogensbestanddelen van de vreemde staat?

5. Maakt het bij de beantwoording van de bovenstaande vragen uit of sprake is van conservatoir of executoriaal beslag ten laste van de vreemde staat?

6. Geven de door MSI, de Staat en de deurwaarder voorgestelde vragen aanleiding tot andere of nadere opmerkingen?”

3.4.1 Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.2 De uitvoerbaarheid van rechterlijke uitspraken wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend (art. 13a Wet AB). Voor zover hierin niet is voorzien in een verdrag, zoals in de verhouding tussen Gabon en Nederland, gaat het daarbij om ongeschreven internationaal publiekrecht.

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. Staatseigen-

dommen 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 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 executie maatregelen 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 executie maatregelen 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.

Voorafgaand aan de totstandkoming van het VN-Verdrag was de onder meer in Nederland geldende opvatting dat conservatoire beslagen ten laste van eigendommen van vreemde staten in dezelfde gevallen mogelijk zijn als executiemaatregelen (vgl. HR 28 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0974, NJ 1994/329, de conclusie van de Advocaat-Generaal voor dat arrest onder 16 e.v. en de literatuur die daar is aangehaald). Blijkens zijn totstandkomingsgeschiedenis bevat art. 18 VN-Verdrag dan ook een compromis tussen uiteenlopende internationale opvattingen en gewoonten, bij welk compromis niet is gekozen voor de zojuist genoemde opvatting (vgl. de documenten die te vinden zijn op de webpagina http://legal.un.org/ilc/guide/4_1.shtml, onder meer de samenvatting van de vergadering van de Sixth Committee van 15 November 2000, A/C.6/55/SR.30, par. 42, 50; het Report of the Chairman of the Working Group van 10 November 2000, A/C.6/55/L.12, par. 7, 53 e.v.; het Report of the Chairman of the Working Group van 12 November 1999, A/C.6/54/L.12, par. 35 e.v.; het Report of the Working Group on jurisdictional immunities of States and their property, A/CN.4/L.576, par. 108 e.v.).

De hiervoor genoemde, onder meer in Nederland geldende opvatting heeft sinds de totstandkoming van het VN-Verdrag geen wijziging ondergaan (vgl. August Reinisch, 'European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures', *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, p. 803-836, i.h.b. p. 834-835; Nathalie Horbach, René Lefeber & Olivier Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, T.M.C. Asser Press 2007, p. 262; Roger O'Keefe & Christian J. Tams (eds.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, A Commentary, Oxford University Press, 2013, p. 287 e.v., i.h.b. 289-290 en 306; Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press 2013, p. 378-390; Xiaodong Yang, 'Immunity from execution', in: Alexander Orakhelashvili (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Edward Elgar Publishing 2015, p. 403-409). Dienovereenkomstig heeft de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken de minister geadviseerd ter zake van art. 18 VN-Verdrag een voorbehoud te maken (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.4).

Ook de Staat stelt zich in dit geding op het standpunt dat in de gevallen dat executiemaatregelen kunnen worden genomen tegen eigendommen van vreemde staten, ook conservatoir beslag mogelijk is.

3.4.8 Gelet op het voorgaande, wordt de uitvoerbaarheid in Nederland van zowel conservatoire als executoriale maatregelen ingevolge art. 13a Wet AB door het internationaal publiekrecht beperkt in die zin dat dergelijke maatregelen zijn uitgesloten tenzij en voor zover sprake is van een geval als bedoeld in art. 19 onderdelen a-c VN-Verdrag (zie ook hiervoor in 3.4.6). Hieruit volgt dat de vijfde prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord.

3.5.1 De eerste drie prejudiciële vragen lenen zich voor gezamenlijke beantwoording.

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 ver-

melde 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).

3.5.5 De eerste en tweede vraag moeten dus bevestigend worden beantwoord en de derde vraag ontkennend.

3.6.1 De vierde prejudiciële vraag behelst in de eerste plaats de vraag of de presumptie van immuniteit in strijd komt met art. 6 EVRM.

3.6.2 Volgens vaste rechtspraak van het EHRM levert het toekennen van immuniteit van jurisdictie en van executie overeenkomstig internationaal publiekrecht, geen schending op van art. 6 EVRM (vgl. de uitspraken aangehaald in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.14, noten 19 en 21). De toepassing van de hiervoor in 3.5.2-3.5.4 genoemde regels komt derhalve niet in strijd met art. 6 EVRM.

3.6.3 De vierde vraag houdt mede in of genoemde regels neerkomen op een ontoelaatbare doorkruising van het Nederlandse beslagrecht, nu die regels kunnen meebrengen dat geen verhaal mogelijk is op de vermogensbestanddelen van een vreemde staat. Ook het antwoord op dit deel van de vraag luidt ontkennend. Het gaat hier om een in de wet (art. 13a Wet AB) geregelde beperking op de mogelijkheid van beslag en executie, die voortvloeit uit het internationaal publiekrecht.

3.6.4 Het antwoord op de vierde vraag luidt dus ontkennend.

3.7 De zesde prejudiciële vraag behoeft geen beantwoording.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vragen op de wijze als hiervoor in 3.4.8, 3.5.5 en 3.6.4 is vermeld;

begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1800,- aan de zijde van MSI, op € 1800,- aan de zijde van de Staat en op nihil aan de zijde van Gabon.

NOOT

1. Het treffen van conservatoire en executiemaatregelen op eigendommen van een vreemde staat is er met deze uitspraak niet makkelijker op geworden. Dezelfde overwegingen van de Hoge Raad betreffende de presumptie van immuniteit komen ook terug in de uitspraak van 14 oktober 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2371) en de uitspraak van diezelfde dag naar aanleiding van het cassatieberoep in het door MSI aangehaalde arrest (ECLI:NL:HR:2016:2354). Het eerder gerelativeerde beginsel van immuniteit van executie begint weer absolute kenmerken te vertonen. Het effectief treffen van beslag- en executiemaatregelen

tegen een weigerachtige vreemde staat is in beginsel onmogelijk en die vreemde staat hoeft daar niets voor te doen. Alleen het geval waarin de vreemde staat afstand van de immuniteit van executie heeft gedaan, kan daarin verandering brengen.

2. Een schuldeiser kan zich op grond van art. 3:276 BW verhalen op alle vermogensbestanddelen van zijn schuldenaar. Hierop bestaan echter uitzonderingen. Uitzonderingen opgenomen in Nederland geldende verdragen gaan voor op grond van art. 93 en art. 94 Grondwet. Op grond van art. 436 Rv mag beslag niet worden gelegd op goederen die zijn bestemd voor de openbare dienst. En art. 13a Wet Algemene Bepalingen onderwerpt de verhaalsmogelijkheden aan de volkenrechtelijke uitzonderingen die in Nederland worden erkend. Het gaat dan om uit het ongeschreven volkenrecht voortvloeiende uitzonderingen. Immuniteit van executie, waaraan de volkenrechtelijke soevereiniteitsleer en het uitgangspunt van de onderlinge gelijkheid van staten ten grondslag ligt, is daarvan een voorbeeld.

3. Op 22 mei 1985 is voor Nederland in werking getreden de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten van 16 mei 1972, waarin nog wordt uitgegaan van absolute immuniteit. Dit verdrag mist in de onderhavige zaak toepassing, nu Gabon daarbij geen partij is. De betekenis van het verdrag is ook beperkt vanwege het geringe aantal partijen dat zich daarbij heeft aangesloten en het daarin op basis van onderhandelingen opgenomen absolute uitgangspunt is achterhaald. Op 2 december 2004 is het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen tot stand gekomen (het VN-verdrag). Het VN-verdrag is nog niet geratificeerd en is door het Koninkrijk der Nederlanden nog niet ondertekend. Desondanks heeft de Hoge Raad in de onderhavige uitspraak wederom bevestigd dat, mede vanwege de inhoud en de totstandkoming van het VN-verdrag, daarin al geldende volkenrechtelijke uitgangspunten zijn gecodificeerd. Dit geldt voor de in art. 19 sub c van het VN-verdrag opgenomen uitzondering ten aanzien van de immuniteit van executie bij executiemaatregelen op eigendommen van vreemde staten die niet dienen of niet bestemd zijn voor publiek gebruik. Diezelfde uitzondering geldt vanwege het internationaal gewoonterecht volgens de Hoge Raad ook voor conservatoire beslaglegging op eigendommen van een vreemde staat (overweging 3.4.7 van de onderhavige uitspraak, HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, NJ 2010/525 en HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453; zie ook A. Reinisch, 'European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures', *EJIL* 2006, p. 803 e.v.). De Hoge Raad laat het samenhangvereiste, opgenomen in art. 19 sub c, in de onderhavige procedure onbesproken, zodat onduidelijk is of dat onderdeel ook codificatie van een volkenrechtelijk uitgangspunt is.

4. Uit de hiervoor aangenomen volkenrechtelijke uitgangspunten bij beslag- en executiemaatregelen ten laste van een vreemde staat, blijkt niet dat daarin ook de presumptie van immuniteit besloten ligt, dat wil zeggen het bij voorbaat bestaande vermoeden dat alle eigendommen van de vreemde staat in gebruik zijn als publieke bestemming of beoogd zijn voor dergelijk gebruik totdat anders is vastgesteld. De presumptie van immuniteit van executie houdt volgens de Hoge Raad ook in dat eigendommen van vreemde staten niet vatbaar zijn voor beslag en executie, tenzij en voor zover is vastgesteld dat deze een niet-publieke bestemming hebben. De Hoge Raad overweegt dat de presumptie van immuniteit in overeenstemming is met de strekking van het beginsel van immuniteit van executie en strookt met art. 19 sub c van het VN-verdrag, maar daarmee is nog niet vastgesteld dat de presumptie van immuniteit daadwerkelijk onderdeel is van de volkenrechtelijke uitgangspunten bij

immuniteit van executie. Deze noot leent zich niet voor de vaststelling of op internationaal niveau wel of geen sprake is van een bestendige lijn ten aanzien van de aangenomen presumptie van immuniteit van executie op grond waarvan men kan concluderen dat sprake is van internationaal gewoonterecht. De literatuur en de daarin opgenomen rechtspraak wijst wel in die richting, maar de rechtspraak over het beginsel is voortdurend in beweging en derhalve is het vaststellen van de omvang van de immuniteit van executie niet eenvoudig (zie o.a. Dhisadee Chamlongrasdr, *Foreign State Immunity and Arbitration*, 2007, p. 344 e.v.; Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law*, 2012, p. 39 e.v.; A. Peters, E. Langrange, S. Oeter, C. Tomuschat, *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, 2015, p. 162 e.v.; A. Reinisch, 'European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures', *EJIL* 2006, p. 803 e.v.; A. Reinisch & U. Kriebaum, 'The International Relation of National Courts: A Discourse on International Law Norms on Jurisdiction and Enforcement Immunity', *The Law of International Relations*, 2007, p. 289 e.v.; vgl. C. Ryngaert, 'Embassy Accounts and State Immunity from Execution: Doing Justice to the Financial Interests of Creditors', *LJIL* 2013, 26, p. 73-88; *Oleynikov v. Russia*, EHRM, 14 maart 2013, Application no. 36703/04).

5. Vooral de aanname dat de eigendommen van de vreemde staat in beginsel niet vatbaar zijn voor beslag en executie is interessant nu art. 19 sub c van het VN-verdrag als een verbodsbepaling is geschreven. Derhalve kan de onderhavige uitspraak procedurele consequenties hebben. De uitspraak roept de vraag op of een schuldeiser nog wel zonder meer kan overgaan tot het leggen van conservatoir beslag ten laste van een vreemde staat. In de verzoekschriftprocedure voor dat beslag is in beginsel geen gelegenheid om vast te stellen wat de bestemming van staatseigendommen is. Het is de vraag of de mogelijkheid van conservatoir beslag zich wel verhoudt tot de presumptie van immuniteit van executie en of verloffverlening na de onderhavige uitspraak nog op dezelfde wijze zal kunnen plaatsvinden. Ook bij executiemaatregelen wordt de bestemming van de eigendommen niet vastgesteld. Strikt genomen is elke beslaglegging ten laste van een vreemde staat zonder voorafgaande vaststelling van de bestemming van beslagobjecten onmogelijk, omdat die eigendommen zonder vaststelling van de bestemming niet vatbaar zijn voor beslag. Dit uitgangspunt maakt een efficiënt verhaalstraject onmogelijk, omdat de schuldeiser eerst een procedure zou moeten starten waarin de bestemming van de eigendommen wordt vastgesteld. Ondertussen kan de vreemde staat de verhaalsmogelijkheden beperken, niet in de laatste plaats door herbestemming van de eigendommen, hetgeen op grond van art. 19 sub c van het VN-verdrag in beginsel mogelijk zou kunnen zijn tot het moment van de beslag- of executiemaatregelen (zie o.a. 'ILC Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property', 2(2) *YBILC* 58 (1991), A/46/10 p. 58).

6. Indien en voor zover het toch de bedoeling blijft om na beslaglegging de bestemming van de eigendommen en de in dat geval daarmee samenhangende rechtmatigheid van de het beslag in rechte vast te stellen op basis van een kort geding op grond van art. 438 (lid 4), 705 Rv of andere procedure, hetgeen uit de uitspraak met terugverwijzing van 14 oktober 2016 lijkt te volgen (ECLI:NL:HR:2016:2354), is de vraag wat de gevolgen voor de beslaglegging en executie zijn in het theoretische geval waarin het Ministerie van Veiligheid en Justitie verzuimt of weigert op grond van art. 3a Gerechtsdeurwaarderswet te ageren en de vreemde staat evenmin in actie komt. Ten behoeve van de rechtmatigheid van het beslag en de executie is dan nog steeds vaststelling van de bestemming van eigendommen noodzakelijk, zodat de schuldeiser in elk geval vóór de executie actie moet ondernemen.

7. Mocht een schuldeiser zich niet laten afschrikken door de eventueel met de onderhavige uitspraak gemoeide procedurele consequenties, dan zal deze zich toch wel twee keer bedenken als het op de vaststelling van de bestemming van de eigendommen aankomt. De bewijslast rust volledig op de schuldeiser en slechts aan de hand van concreet bewijs kan tot vaststelling van de niet-publieke bestemming worden gekomen, terwijl de schuldeiser in beginsel niet beschikt over de relevante bewijsstukken en de vreemde staat vanwege de immuniteit van executie op geen enkele wijze medewerking hoeft te verlenen aan het verschaffen van inzicht in de wijze waarop invulling wordt gegeven aan de publieke taakuitoefening. De vreemde staat hoeft zelfs niet in een procedure te verschijnen. De al dan niet commerciële herkomst van het beslagobject is bij de vaststelling van de bestemming evenmin relevant. Mocht desondanks beslaglegging en executie ten laste van de vreemde staat worden overwogen, dan is het raadzaam om vooraf de bewijspositie ten aanzien van de bestemming van de eigendommen te beschouwen en voor zover mogelijk te verzekeren.

8. In de door MSI aangehaalde en inmiddels vernietigde uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam werd overigens nog aangenomen dat niet in de volkenrechtelijke erkende uitgangspunten van immuniteit van executie besloten ligt dat in geval een verklaring van de vreemde staat ontbreekt of indien uit de aard of enige andere aanwijzing niet volgt dat sprake is van een publieke bestemming, op voorhand het vermoeden van de publieke bestemming geldt. Dergelijk uitgangspunt zou zich ook niet verhouden tot de in de literatuur en rechtspraak waarneembare trend om een al te ruimhartige toekenning van immuniteit tegen te gaan (Gerechtshof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1337, «JOR» 2015/346; zie ook Rechtbank Amsterdam 4 augustus 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5274). Deze gerelativeerde en inmiddels gesneuvelde uitleg zal volgens sommigen meer aansluiten bij de voortdurende globalisering waarbij het past dat vreemde staten die zijn veroordeeld tot schadevergoeding zich niet kunnen verschuilen achter immuniteit van executie. De huidige combinatie van de procesrechtelijke belemmeringen en de onmogelijke bewijspositie van de schuldeiser zal vermoedelijk resulteren in het voorleggen van de rechtmatigheid van de thans aangenomen presumptie van immuniteit van executie aan het EHRM. Het EHRM ging eerder uit van een gerelativeerde benadering: "...the Court observes that the application of absolute State immunity has, for many years, clearly been eroded, in particular with the adoption of the Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property by the United Nations General Assembly in 2004 (...) This convention is based on Draft Articles adopted in 1991, of which Article 10 concerned commercial transactions and endorsed the principle of restrictive immunity, having provided that a State cannot rely upon immunity from jurisdiction if it engages in a commercial transaction with a foreign natural or juridical person" (*Oleynikov v. Russia*, EHRM, 14 maart 2013, Application no. 36703/04, 61). Uit die uitspraak volgt dat een beperking van art. 6 EVRM alleen is gerechtvaardigd indien deze niet verder strekt dan de in het volkenrecht aangenomen omvang van het beginsel van immuniteit van executie. In dat kader zal moeten worden vastgesteld of de meer absolute presumptie van immuniteit, en de in beginsel daaraan verbonden niet-vatbaarheid voor beslag- en executiemaatregelen van staats eigendommen, onderdeel is van het in het volkenrecht aangenomen beginsel van immuniteit van executie.

M. Teekens

TeekensKarstens advocaten notarissen

Strafrecht

202

Hoge Raad
13 september 2016, nr. 16/02068
ECLI:NL:HR:2016:2068
ECLI:NL:PHR:2016:736
(mr. Van Dorst, mr. Snijders, mr. Buruma,
mr. Van Strien, mr. Faase)
(concl. A-G mr. Bleichrodt)
Noot M.L.C.C. de Bruijn-Lückers

Prejudiciële vraag (art. 392 Rv). Kort geding over rechtsbijstand bij politieverhoor.

Uitleg van HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, NJ 2016/52 (strafkamer). Toetsing in kort geding van beleid (Beleidsbrief OM 'Raadsman bij verhoor per 1 maart 2016'). Verwijzing naar HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AD5666, NJ 1984/360 (Staat/LSV). In dit stadium geen grond voor bevel in kort geding tot buiten toepassinglating of aanpassing van beleid.

[Rv art. 392]

De Hoge Raad geeft in deze civielrechtelijk zaak (kort geding tegen de staat) antwoord op prejudiciële vragen gesteld door de Rechtbank Den Haag over de invulling van het recht op rechtsbijstand van de aangehouden verdachte tijdens zijn verhoor door de politie (hierna ook: verhoorbijstand), zoals dat ten aanzien van meerderjarige verdachten erkenning heeft gevonden in het arrest van de Hoge Raad van 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3608, NJ 2016/52, m.nt. Klip.

De Beleidsbrief OM beoogt aan de beslissing van het arrest uitvoering te geven. Uitgangspunt van de Beleidsbrief OM is dat met het verhoor van een aangehouden of ontboden verdachte door enige opsporingsinstantie niet kan worden begonnen indien bij dat verhoor geen raadsman aanwezig is. Hierop kan volgens de Beleidsbrief OM slechts in twee – nader omschreven – situaties uitzondering worden gemaakt, te weten in geval van, kort gezegd, afstand van verhoorbijstand onderscheidenlijk dringende noodzaak. In geval van toepassing van de laatstgenoemde uitzonderingsgrond zal – achteraf – moeten worden beoordeeld of gelet op alle omstandigheden van het geval wel of geen sprake was van een 'dwingende reden' tot beperking van het recht op verhoorbijstand, zoals bedoeld in het bovenstaande arrest. In zijn algemeenheid kan evenwel niet worden gezegd dat de in de Beleidsbrief OM vervatte regeling strijdig is met bedoeld arrest.

Noch uit art. 6 EVRM, noch uit enige andere thans geldende rechtsregel vloeit voort dat een raadsman die tijdens het politieverhoor rechtsbijstand verleent aan een verdachte, in staat moet worden gesteld tijdens een verhoor a) daaraan deel te nemen door tussendoor vragen te stellen aan de verdachte of opmerkingen te maken, of b) de verdachte ten aanzien van specifieke vragen te adviseren zich (al dan niet) op zijn zwijgrecht te beroepen, zolang beperkingen dienaangaande niet zodanig zijn dat het recht op rechtsbijstand tijdens het verhoor slechts theoretisch of illusoir is. Dat de Beleidsbrief OM voorziet in de mogelijkheid dat een raadsman in nader omschreven gevallen wordt verwijderd uit de verhooruimte, betekent echter niet zonder meer dat de uitoefening