



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Annotatie bij Hoge Raad 17 mei 2024, nr. 23/01711,
ECLI:NL:HR:2024:727**

Plas, C.G. van der

Citation

Plas, C. G. van der. (2024). Annotatie bij Hoge Raad 17 mei 2024, nr. 23/01711, ECLI:NL:HR:2024:727. *Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht*, 2024(4), 658-660. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4172330>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4172330>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

in de zin van art. 2:2 lid 2 BW. Ten tweede zal moeten worden vastgesteld of er een (met voldoende waarborgen omklede) kerkrechtelijke rechtsgang is waarin die vordering zou kunnen worden ingesteld (en de desbetreffende kerkrechtelijke regeling niet in strijd is met fundamenteel dwingend recht). Daaraan voegt het onderhavige arrest ten derde de vraag toe of de vordering *uitsluitend* in een kerkelijke rechtsgang kan worden ingesteld en daarmee niet bij de burgerlijke rechter. Wanneer moet dat worden aangenomen? Voor 'kerk arbeidsrechtelijke' kwesties zoals de ontzetting van de pastoor uit zijn ambt lijkt het voor de hand te liggen om aan te nemen dat daarover alleen in een kerkelijke rechtsgang kan worden geprocedeerd, in dit geval bij de Congregatie, en die rechtsgang dus exclusief is bedoeld. Zoals ook het materiële arbeidsrecht in beginsel moet wijken voor het kerkelijke arbeidsrecht. Dit nu onder het 'statuut' van een kerkgenootschap in de zin van art. 2:2 lid 2 BW over het algemeen (in elk geval) regels over de interne organisatie en verhouding van het kerkgenootschap tot geestelijken worden begrepen (zie hierover de noot onder het onderhavige arrest van Zondag, «JAR» 2024/162). Voor meer algemene kwesties zoals in dit geval schadevergoeding wegens smaad en laster, spreekt dat minder vanzelf, ook al gaat het hier feitelijk om een interne setting binnen de rooms-katholieke kerk. Een bijzonder aspect bij beantwoording van deze vraag naar 'kerkrechtelijke exclusiviteit' is overigens nog dat kerkelijk recht geen recht is in de zin van art. 79 RO en een oordeel daarover geen rechtsoordeel is maar een feitelijk oordeel. De gedaagde in een procedure bij de burgerlijke rechter die meent dat de desbetreffende vordering alleen in een kerkelijke rechtsgang kan worden ingesteld, zal dat als verweer aan de orde moeten stellen en moeten onderbouwen (en in theorie daarvan bewijs moeten leveren); in de woorden van de Hoge Raad is vereist dat de gedaagde dit 'toereikend onderbouwt' (r.o. 4.3). Daarmee komt het aan op het partijdebat over de vraag of een bepaalde kerkrechtelijke rechtsgang door het desbetreffende kerkelijke recht exclusief bedoeld is. Dat sluit overigens wel weer aan bij de godsdienstvrijheid en scheiding tussen kerk en Staat die aan art. 2:2 lid 2 BW ten grondslag ligt.

9. Bij dit alles past nog een kanttekening. Als de conclusie luidt dat de kerkelijke rechtsgang exclusief is en die dus moet worden gevolgd, is de rol

van de burgerlijke rechter nog niet helemaal uitgespeeld. In de literatuur wordt althans aangenomen dat als de kerkelijke rechtsgang is doorlopen, de burgerlijke rechter de uitkomst daarvan nog beperkt, marginaal kan toetsen (zie de conclusie, sub 4.20). Daarbij moet, aldus Zondag in zijn genoemde «JAR»-noot, bijzondere terughoudendheid worden betracht (onder verwijzing naar HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7818 waarin de Hoge Raad spreekt van analoge toepassing van art. 7:904 lid 1 BW, over toetsing van een vaststellingsovereenkomst en verdere rechtspraak). Er blijft wat dat betreft dus een (heel) beperkte 'restrechter'-rol voor de burgerlijke rechter over. Ik veronderstel althans dat de Hoge Raad daarin geen verandering heeft willen brengen.

mr. P.W. den Hollander
advocaat bij Stibbe in Amsterdam

47

Staatsimmunititeit in relatie tot vertrouwelijke documenten en een op te leggen dwangsom

Hoge Raad
17 mei 2024, nr. 23/01711,
ECLI:NL:HR:2024:727
(mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek,
mr. Wattendorff, mr. Schaafsma,
mr. Salomons)
(Concl. A-G Vlas)
Noot prof. mr. C.G. van der Plas

Immunititeit van jurisdictie. Immunititeit van executie. Internationaal gewoonterecht. Dwangsom.

[Rv art. 11; Wet AB art. 13a; VN-immuniteitsverdrag art. 11 lid 2, 19]

In dit arrest herhaalt de Hoge Raad dat een beroep op immunititeit van jurisdictie moet worden gedaan vóór alle weren ten gronde. Daarop strandt de cassatieklacht dat de rechter de beslissing van een vreemde staat over de aard van bepaalde documenten en de gevolgen van het zonder toestemming verstrekken daarvan aan derden, slechts marginaal mag toetsen. Verder oordeelt de Hoge Raad dat er geen regel van internationaal

gewoonterecht bestaat op grond waarvan een vreemde staat geen dwangsom kan worden opgelegd.

De Verenigde Arabische Emiraten, vertegenwoordigd door haar ambassade te Den Haag, verzoeker tot cassatie, hierna: de VAE, advocaten: N.T. Dempsey en R.R. Verkerk, tegen [de werknemster] te [woonplaats], verweerster in cassatie, hierna: de werknemster, advocaat: W.A. Jacobs.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Vlas)

1. Inleiding

1.1. Deze zaak heeft betrekking op staatsimmunititeit. Werknemer is werkzaam bij de Ambassade van de Verenigde Arabische Emiraten (hierna: de VAE). In een procedure bij het UWV waarin de Ambassade toestemming heeft verzocht om de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen wegens bedrijfseconomische redenen, heeft werknemer een aantal interne documenten van de Ambassade overgelegd. De Ambassade heeft werknemer vervolgens op staande voet ontslagen omdat zij – kort gezegd – zonder toestemming vertrouwelijke documenten zou hebben gedeeld met derden. Werknemer heeft daarop een procedure aanhangig gemaakt bij de Nederlandse rechter, waarin de Ambassade is verschenen en zich niet heeft beroepen op immunititeit van jurisdictie. De kantonrechter heeft het ontslag op staande voet vernietigd en de Ambassade veroordeeld tot loondoorbetaling en, op straffe van een dwangsom, verplicht tot weder tewerkstelling. Het hof heeft de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd en een aanvullende dwangsom opgelegd.

1.2. Het cassatieberoep van de Ambassade stelt twee kwesties aan de orde. In de eerste plaats rijst de vraag of de Nederlandse rechter slechts zeer terughoudend en marginaal mag toetsen de beslissing van een ambassade van een vreemde staat over de vertrouwelijkheid en gevoeligheid van informatie en de gevolgen van het delen daarvan door werknemer. In de tweede plaats komt de vraag aan de orde of immunititeit van executie in

de weg staat aan het opleggen van een dwangsom aan een vreemde staat.

2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.¹ Werknemer is op 1 oktober 2013 bij de Ambassade in dienst getreden. Zij was laatstelijk werkzaam in de functie van *Economic Researcher*.

2.2. Op 18 december 2020 heeft de Ambassade een (voorlopige) ontslagaanvraag ingediend bij het UWV om de arbeidsovereenkomst met (onder anderen) werknemer te mogen opzeggen wegens bedrijfseconomische redenen. Bij brief van 19 januari 2021 aan het UWV heeft de Ambassade de inhoudelijke gronden van de ontslagaanvraag aangevuld. De Ambassade heeft aangevoerd dat de functie van werknemer zou komen te vervallen in verband met een wereldwijde reorganisatie en een daling van het budget.

2.3. Werknemer heeft bij brief van 10 februari 2021 aan het UWV schriftelijk gereageerd op de ontslagaanvraag van de Ambassade. Zij heeft betwist dat haar functie zou komen te vervallen. Bij haar reactie heeft zij een aantal documenten afkomstig van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en Internationale Samenwerking van de VAE (hierna: het Ministerie) als bijlage toegevoegd (hierna: de documenten). Het ging om:

- (i) een personeelsorganigram van 28 september 2020 met een begeleidende brief;
- (ii) een personeelsorganigram van 9 december 2020 met een begeleidende brief; en
- (iii) een brief van 16 februari 2020 van het Ministerie met als bijlage een kopie van de *'Generalization No (9) for the year 2020 concerning organizational structures & job vacancies in all UAE representing missions'*.

2.4. De Ambassade heeft vervolgens bij brief van 22 februari 2021 aan het UWV laten weten dat zij een intern onderzoek is gestart om na te gaan hoe werknemer de documenten heeft verkregen en dat zij vermoedt dat werknemer de documenten op illegale wijze heeft verkregen. In haar reac-

1 Zie rov. 3.1 t/m 3.2 van de bestreden beschikking van het hof Den Haag van 31 januari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:80, onder verwijzing naar rov. 2.1 t/m 2.14 van de beschikking van de kantonrechter in de rechtbank Den Haag van 27 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15578.

tie van 2 maart 2021 aan het UWV heeft werkneemster laten weten dat zij de documenten op een geoorloofde wijze heeft verkregen van haar leidinggevende, op dat moment de hoogste diplomaat op de Ambassade na de ambassadeur.

2.5. Bij beslissing van 9 maart 2021 heeft het UWV geweigerd de Ambassade toestemming te geven voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst. De relevante onderdelen van de beslissing luiden als volgt:

‘Werkgever voert aan dat hij op instructie van het ministerie van de VAE een organisatiewijziging heeft moeten doorvoeren. De organisatiewijziging heeft tot doel de organisatie efficiënter in te richten. Ter onderbouwing van de reorganisatie heeft werkgever de (relevante passages uit de) instructie hiertoe van het ministerie overgelegd, gedateerd 28 september 2020.

Echter, uit het verweer van werknemer blijkt dat bij de instructie van het ministerie van 28 september 2020 een organigram hoort. Uit dit goedgekeurde en ondertekende organigram volgt dat de reorganisatie tot gevolg heeft dat de functie van werknemer ongewijzigd zal blijven. Ook in de aangepaste instructie van het ministerie van 9 december 2020 blijkt dat de functie van werknemer zal blijven bestaan. Van enige herverdeling van werkzaamheden behorende bij deze functie, zoals door werkgever wordt aangevoerd, is dan ook niet gebleken. Overigens heeft werkgever de juistheid van de door werknemer overgelegde stukken niet weersproken.

(...)

Wij zijn dan ook van mening dat werkgever onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het laten vervallen van de functie van werknemer zal leiden tot een doelmatiger bedrijfsvoering, vooral nu geobjectiveerde informatie, die het vervallen van de functie van werknemer onderbouwt, ontbreekt aan het verzoek. Daarom weigeren wij toestemming voor het ontslag van werknemer.’

2.6. Op 29 maart 2021 is werkneemster de toegang tot het gebouw van de Ambassade ontzegd. Werkneemster is schriftelijk te kennen gegeven dat zij zonder toestemming van de Ambassade interne en vertrouwelijke stukken heeft gedeeld met derden en dat er sinds 17 februari 2021 een intern onderzoek gaande is om te achterhalen hoe zij deze stukken heeft verkregen. Werkneemster is hangende het onderzoek geschorst.

2.7. Bij brief van 1 april 2021 aan de Ambassade heeft werkneemster te kennen gegeven dat de do-

cumenten die zij bij haar reactie aan het UWV had gevoegd, niet vertrouwelijk zijn, dat haar leidinggevende haar dat ook nooit heeft gezegd en dat zij de documenten alleen heeft gedeeld met haar gemachtigde en het UWV.

2.8. Werkneemster is op 10 mei 2021 op staande voet ontslagen. De ontslagbrief luidt, voor zover relevant, als volgt:

‘1- Facts and context of termination

(...) On 10 February 2021, your lawyer submitted as a part of your defence at the UWV, without permission or authorization from the Embassy, internal and confidential communication between the UAE Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation (MoFAIC) and several embassies of the UAE, including the Embassy in The Hague.

The foregoing facts constitute and prove that you committed several grave breaches, 1) you seized confidential documents and correspondence, 2) you kept them illegally, and subsequently 3) you breached the confidentiality of these documents by sharing them and submitting them “as is” to third parties without prior permission to do so.

In particular, with regards to the breach of confidentiality, you submitted to the UWV the following documents:

- Internal decision (Generalisation) containing internal instructions and names of diplomats and their transfer numbers including the whole organizational structure of the UAE embassies overseas including the names of some diplomats and their positions;

- Original correspondence containing confidential and internal communication between the Embassy and the MoFAIC that the Embassy submitted to the UWV after redaction/blacking out;

- A WhatsApp conversation with your direct supervisor, a diplomat at the Embassy, without her prior consent.

The Embassy became aware of these facts and their entailed breaches on 17 February 2021, after the letter submitted by you to the UWV was translated from the Dutch language to Arabic.

(...)

In particular, the Embassy points out that these allegations do not only ignore and misread your employment contract, but emphasize that despite your many years of experience with the diplomatic environment, your actions and subsequent reactions show a fundamental lack of comprehensi-

on of the special position of the Embassy as the formal representation of a *sovereign state*.

2- Outcome of the investigation and decision

Based on the above stated context and facts, the outcome of the internal and comprehensive investigation, and Article 16.1 e) read in conjunction with Article 17.2 of your employment contract, which states that any violation of confidentiality is considered a serious cause for immediate dismissal; the Embassy had to conclude that it has reasonable causes to terminate your employment contract. The Embassy hereby formally and explicitly informs you of its decision to terminate your employment contract with immediate effect (*'ontslag op staande voet'*). (...)

2.9. Op 5 juli 2021 heeft werknemster de kantonrechter in de rechtbank Den Haag verzocht om – kort gezegd – het ontslag op staande voet te vernietigen en de Ambassade te veroordelen tot wedertewerkingstelling op straffe van een dwangsom en loondoorbetaling. Subsidiar heeft zij verzocht om de Ambassade te veroordelen tot betaling van een transitievergoeding, een billijke vergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging. De Ambassade heeft verweer gevoerd en, voor het geval het ontslag op staande voet wordt vernietigd, verzocht om de arbeidsovereenkomst met werknemster te ontbinden zonder toekenning van een transitievergoeding.

2.10. Bij beschikking van 27 oktober 2021 heeft de kantonrechter geoordeeld dat geen sprake is van een dringende reden in de zin van art. 7:678 lid 1 BW die een ontslag op staande voet rechtvaardigt, omdat niet is komen vast te staan dat werknemster de documenten op onrechtmatige wijze heeft verkregen en het haar was toegestaan om de documenten onder zich te houden en in te brengen in de UWV-procedure. De kantonrechter heeft het primaire verzoek van werknemster tot vernietiging van het ontslag op staande voet daarom toegewezen, evenals het verzoek tot wedertewerkingstelling op straffe van een dwangsom en tot loondoorbetaling. Het tegenverzoek van de Ambassade is afgewezen, omdat geen sprake is van een redelijke grond voor ontslag in de zin van art. 7:669 lid 3 BW.

2.11. De Ambassade heeft tegen de beschikking van de kantonrechter hoger beroep ingesteld bij het hof Den Haag. Werknemster heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

2.12. Bij beschikking van 31 januari 2023 heeft het hof de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd en het verzoek van werknemster om de Ambassade te veroordelen tot een aanvullende dwangsom indien de Ambassade niet voldoet aan haar verplichting om werknemster toe te laten tot haar werkzaamheden, toegewezen. In aanvulling op de reeds door de kantonrechter toegewezen en verbeurde dwangsommen (van in totaal € 50.000), heeft het hof een dwangsom toegewezen van € 1.000 per dag met een maximum van € 100.000.

2.13. In het principaal hoger beroep heeft het hof overwogen dat niet is komen vast te staan dat werknemster de documenten niet rechtstreeks van haar leidinggevende heeft verkregen en dat de Ambassade niet heeft onderbouwd waarom werknemster een verwijt kan worden gemaakt dat zij de documenten vervolgens onder zich heeft gehouden (rov. 4.5 t/m 4.9). Vervolgens heeft het hof geoordeeld dat de Ambassade niet aannemelijk heeft gemaakt dat het overleggen van de documenten in de UWV-procedure een dringende reden voor ontslag oplevert (rov. 4.10 t/m 4.15). Verder is geen sprake van (ernstig) verwijtbaar handelen aan de zijde van werknemster (rov. 4.18), noch van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding (rov. 4.19 t/m 4.22), zodat geen grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst bestaat.

2.14. In het incidenteel hoger beroep heeft het hof geoordeeld dat er aanleiding bestaat om de dwangsom op de verplichting tot wedertewerkingstelling op een hoger bedrag vast te stellen. De omstandigheid dat dit volgens de Ambassade zinloos is omdat verbeurde dwangsommen niet kunnen worden geëxecuteerd, heeft het hof van onvoldoende gewicht geacht (rov. 4.26 t/m 4.28).

2.15. De Ambassade heeft (tijdig) beroep in cassatie ingesteld tegen de beschikking van het hof. Werknemster heeft verweer gevoerd.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

3.1. Het middel bestaat, na een inleiding, uit twee onderdelen. *Onderdeel 1* is gericht tegen rov. 4.5 t/m 4.22 van de bestreden beschikking en valt uiteen in drie subonderdelen (onder 1.1) en een toelichting (onder 1.2).

3.2. *Onderdeel 1.1.1* klaagt dat het hof een onjuiste maatstaf heeft toegepast, omdat het hof inhoudelijk heeft beoordeeld of de documenten dusdanig vertrouwelijk en gevoelig zijn dat werknemster

(had moeten begrijpen dat zij) deze niet onder zich mocht houden en niet in de UWV-procedure mocht indienen en of het handelen van werknemster – dat volgens de Ambassade in strijd was met diplomatieke gedragscodes en de verplichtingen van de arbeidsovereenkomst met werknemster – een (voldoende) dringende reden oplevert voor ontslag op staande voet, dan wel een redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. *Onderdeel 1.1.2* betoogt dat het hof heeft miskend dat in een geschil tussen een ambassade van een vreemde staat en een van haar medewerkers de beoordeling en kwalificatie van documenten en informatie als vertrouwelijk en gevoelig, alsmede de beoordeling welke gevolgen het zonder toestemming onder zich houden en met derden delen daarvan voor het voortbestaan van diens arbeidsovereenkomst heeft, in beginsel aan de ambassade toekomt en de Nederlandse rechter het oordeel van de ambassade slechts (zeer) terughoudend en marginaal mag toetsen. *Onderdeel 1.1.3* klaagt dat, voor zover het hof de juiste maatstaf heeft toegepast, zijn oordeel ontoereikend is gemotiveerd, omdat daaruit de toe te passen (ruime mate van) terughoudendheid en marginale toetsing niet blijkt. In de toelichting verwijst het middel naar de immuniteit van jurisdictie die aan een vreemde staat toekomt in een geschil met een werknemer waarbij veiligheidsbelangen een rol spelen.

3.3. Deze klachten lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Ik stel daarbij het volgende voorop. De rechtsmacht van de Nederlandse rechter en de uitvoerbaarheid van rechterlijke vonnissen worden beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend (art. 13a Wet AB). Die uitzonderingen kunnen zijn voorzien in een verdrag of in het ongeschreven internationaal publiekrecht.²

3.4. Voor de onderhavige zaak is art. 11 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen³ (hierna: VN-Verdrag) relevant.⁴ In

de authentieke Engelse tekst luidt art. 11, voor zover van belang, als volgt:

‘1. Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to a contract of employment between the State and an individual for work performed or to be performed, in whole or in part, in the territory of that other State.

2. Paragraph 1 does not apply if:

(...);

d) the subject-matter of the proceeding is the dismissal or termination of employment of an individual and, as determined by the head of State, the head of Government or the Minister for Foreign Affairs of the employer State, such a proceeding would interfere with the security interests of that State;

(...).’

En in de Nederlandse vertaling:

‘1. Tenzij anders overeengekomen tussen de betrokken staten, kan een staat geen beroep doen op immuniteit van rechtsmacht ten overstaan van een rechter van een andere staat die voor het overige bevoegd is ter zake van een geding dat betrekking heeft op een arbeidsovereenkomst tussen de staat en een natuurlijke persoon voor werkzaamheden die geheel of gedeeltelijk zijn verricht of dienen te worden verricht op het grondgebied van die andere staat.

2. Het eerste lid is niet van toepassing indien:

(...);

d) het voorwerp van het geding het ontslag of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een natuurlijke persoon betreft en, vast te stellen door het staatshoofd, de regeringsleider of minister van Buitenlandse Zaken van de staat die als werkgever optreedt, een dergelijke procedure de veiligheidsbelangen van die staat zou schaden;

(...).’

3.5. Het VN-Verdrag behelst een codificatie van het internationaal gewoonterecht met betrekking tot staatsimmuniteit en de daaraan gestelde grenzen. Niet alle bepalingen van het VN-Verdrag kunnen als internationaal gewoonterecht worden

zaak geen rol. Nederland is daarbij sedert 22 mei 1985 partij, maar de VAE niet.

2 Zie HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1084, NJ 2022/292, m.nt. C.M.J. Ryngaert, rov. 3.2.2.

3 Gesloten te New York op 2 december 2004, Trb. 2010, 272 (Engelse en Franse authentieke teksten; Nederlandse vertaling).

4 De Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten van 16 mei 1972 (Trb. 1973, 43), speelt in deze

aangemerkt.⁵ Zo kan ernstig worden betwijfeld of art. 11 lid 2, onder d, VN-Verdrag het internationaal gewoonterecht weerspiegelt.⁶

3.6. Op grond van art. 11 lid 2, onder d, VN-Verdrag is de beoordeling van de vraag of een procedure die het ontslag of de beëindiging van een arbeidsovereenkomst betreft, de veiligheidsbelangen van de betrokken staat zou schaden, voorbehouden aan die staat.⁷ De Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (CAVV) heeft in haar advies van 2006 geconstateerd dat de bepaling op dit punt afwijkt van de Nederlandse rechtspraktijk en opgemerkt dat naar haar oordeel de mogelijkheid zou moeten blijven bestaan om een verklaring die op grond van veiligheidsbelangen immuniteit met zich brengt, marginaal op de inhoud te toetsen en dat met het oog op compensatie de proportionaliteit tussen doel en middel moet kunnen worden getoetst.⁸ Ook uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat

een dergelijke verklaring niet (volledig) is uitgesloten van rechterlijke toetsing.⁹

3.7. Het VN-Verdrag is nog niet in werking getreden en nog niet door Nederland geratificeerd. Bij de Tweede Kamer is inmiddels aanhangig het wetsvoorstel tot goedkeuring van het VN-Verdrag.¹⁰ In dat verband heeft de regering het standpunt ingenomen dat de inhoud van een verklaring waarin een beroep wordt gedaan op immuniteit vanwege veiligheidsbelangen, niet (marginaal) door de rechter mag worden getoetst en dat uit de zogenoemde Herfstarresten van de Hoge Raad¹¹ volgt dat het niet aan de vreemde staat is om verdere uitleg te geven over die verklaring.¹² Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan het prerogatief van de vreemde staat om zijn belangen veilig te stellen, worden doorbroken, aldus de regering.¹³ Naar aanleiding van een voorgesteld amendement heeft de minister van Buitenlandse Zaken aan de CAVV advies gevraagd over onder meer het maken van een voorbehoud bij art. 11 lid 2, onder c en d, VN-Verdrag in relatie tot andere internationaalrechtelijke verplichtingen van Nederland.¹⁴

5 Zie onder meer HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, NJ 2014/453, m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.6.2; HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, NJ 2017/190, m.nt. Th.M. de Boer onder NJ 2017/192, rov. 3.4.4; HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3054, NJ 2019/137, m.nt. A.I.M. van Mierlo, rov. 3.4.4; HR 15 juli 2022, reeds aangehaald, rov. 3.2.4.

6 Zie nr. 2.20 van mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2022:215) vóór HR 15 juli 2022, reeds aangehaald, en nr. 6-7 van de NJ-noot van C.M.J. Rynjaert onder dat arrest. Zie ook J. Foakes & R. O'Keefe, 'Article 11', in: R. O'Keefe, C.J. Tams & A. Tzanakopoulos (red.), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, 2013, p. 185. Overigens lijkt het EHRM in zijn arrest van 5 februari 2019 ervan uit te gaan – zonder dat nader toe te lichten – dat art. 11 lid 2, onder d, VN-Verdrag in beginsel voortvloeit uit het internationaal gewoonterecht, zaak nr. 16874/12 (*Ndayegamiye-Mporamazina/Zwitserland*), EHRC 2019/110, m.nt. R. van Alebeek. In rov. 53, laatste volzin, heeft het EHRM overwogen: 'Jusqu'à présent, dans sa jurisprudence relative à l'article 11 de la [VN-Verdrag, A-G] (...), la Cour n'a eu l'occasion d'analyser que ces exceptions qui émanent, en principe, du droit international coutumier.'

7 Zie J. Foakes & R. O'Keefe, 'Article 11', in: O'Keefe, Tams & Tzanakopoulos (red.), a.w., p. 204-205.

8 Zie Advies van de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken nr. 17 van 19 mei 2006, Kamerstukken II, 2005-2006, 30300-V, nr. 148, onder

75 (ook te raadplegen via www.adviescommissievolkenrecht.nl).

9 Vgl. EHRM 23 maart 2010, nr. 15869/02 (*Cudak/Litouwten*), EHRC 2010/62, m.nt. R. van Alebeek, rov. 72; EHRM 29 juni 2011, nr. 34869/05 (*Sabeh el Leil/Frankrijk*), EHRC 2011/127, m.nt. M. Scheltema, rov. 61; EHRM 25 oktober 2016, nrs. 45197/13, 53000/13 en 73404/13 (*Radunović e.a./Montenegro*), rov. 77. Zie over deze jurisprudentie ook: H. Fox & P. Webb, *The Law of State Immunity*, 2015, p. 457-458; R. Garnett, 'State and Diplomatic Immunity and Employment Rights: European Law to the Rescue', 64 ICLQ 2015, p. 805-807.

10 Zie Kamerstukken II 2021-2022, 36027 (R2160), nr. 2.

11 Zie HR 30 september 2016, reeds aangehaald; HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2354, NJ 2017/191, m.nt. Th.M. de Boer onder NJ 2017/192; HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2371, NJ 2017/192, m.nt. Th.M. de Boer.

12 Zie Kamerstukken II, 2022-2023, 36027 (R2160), nr. 6 (Nota n.a.v. verslag), p. 3.

13 Zie Kamerstukken II, 2021-2022, 36027 (R2160), nr. 3 (MvT), p. 11; Kamerstukken II, 2021-2022, 36027 (R2160), nr. 4 (Advies RvS, Nader rapport), p. 3.

14 Zie de brief van de minister van Buitenlandse Zaken aan de voorzitter van de CAVV, 29 juni 2023, te raadplegen via: www.adviescommissievolkenrecht.nl/publicaties/adviesaanvragen/2023/07/04/vn-verdrag-staatsimmunititeit.

3.8. Uit het voorgaande volgt dat de regels van immuniteit van jurisdictie, voor zover in het volkenrecht erkend, zouden kunnen meebrengen dat de Nederlandse rechter niet, althans slechts marginaal, de veiligheidsbelangen mag toetsen die een vreemde staat heeft ingeroepen in een geschil over het ontslag van een natuurlijk persoon.

3.9. Voor toepassing van de regels van immuniteit van jurisdictie is echter vereist dat een vreemde staat die als gedaagde of verweerder in een geding voor de Nederlandse rechter verschijnt en geen afstand wenst te doen van immuniteit van jurisdictie, zich daarop heeft beroepen op de wijze die is voorgeschreven in art. 11 Rv.¹⁵ Alleen in gevallen waarin een vreemde staat niet in rechte is verschenen, zal de rechter ambtshalve moeten onderzoeken of aan die staat immuniteit van jurisdictie toekomt.¹⁶ Komt de Nederlandse rechter rechtsmacht toe, dan zal hij het geschil moeten berechten, ook als gedaagde of verweerder een vreemde staat is.¹⁷

3.10. In deze zaak staat in cassatie vast dat de Ambassade, in haar hoedanigheid van vertegenwoordiger van de VAE, is verschenen en dat zij zich niet vóór alle weren ten gronde heeft beroepen op immuniteit van jurisdictie.¹⁸ In cassatie heeft de Ambassade bevestigd dat zij de bevoegdheid van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van het onderhavige geschil niet heeft betwist.¹⁹ Bovendien heeft de Ambassade een voorwaardelijk

tegenverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst gedaan, zodat zij in de onderhavige zaak in zoverre als verzoeker optreedt. Het voorgaande laat geen andere conclusie toe dan dat de Ambassade (impliciet) afstand heeft gedaan van immuniteit van jurisdictie. Het middel lijkt te betogen dat de Nederlandse rechter in een geschil tussen een vreemde staat en een werknemer elk beroep op vertrouwelijkheid en gevoeligheid van bepaalde informatie slechts marginaal mag toetsen, ongeacht of de vreemde staat een beroep toekomt op immuniteit van jurisdictie. Een dergelijke opvatting vindt echter geen steun in de literatuur en de rechtspraak. De bronnen die het middel aanhaalt ter onderbouwing van die opvatting, zien uitsluitend op de situatie dat immuniteit van jurisdictie van toepassing is. De klachten van onderdeel 1 falen dan ook.

3.11. *Onderdeel 2* is gericht tegen rov. 4.27 en 4.28 van de bestreden beschikking en de beslissing van het hof om een (aanvullende) dwangsom te verbinden aan de verplichting tot wedertewerkstelling. Het onderdeel valt uiteen in twee subonderdelen (onder 2.1) en een toelichting (onder 2.2).

3.12. *Onderdeel 2.1.1* klaagt dat het hof heeft miskend dat de immuniteit van executie meebrengt dat een nationale rechter geen dwangsom mag opleggen aan een vreemde staat. *Onderdeel 2.1.2* betoogt dat het hof – zo nodig op de voet van art. 25 Rv – de door de kantonrechter opgelegde veroordeling op straffe van een dwangsom had moeten vernietigen en geen aanvullende dwangsom had mogen opleggen.

3.13. Bij de behandeling van dit onderdeel stel ik het volgende voorop. Het is vaste rechtspraak in Nederland dat vreemde staten volgens de geldende regels van ongeschreven internationaal publiekrecht immuniteit van executie genieten, maar niet in absolute zin.²⁰ De Hoge Raad heeft in de reeds aangehaalde Herfstarresten aansluiting gezocht bij art. 19 VN-Verdrag, dat naar zijn oordeel (grotendeels)²¹ kan worden aangemerkt als een vastlegging van internationaal gewoonte-

15 Zie HR 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:732, NJ 2019/354, m.nt. Th.M. de Boer, rov. 4.1.3-4.1.4.

16 Zie HR 1 december 2017, reeds aangehaald, rov. 3.6.2.

17 Vgl. HR 25 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1554, NJ 1995/650, m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.3.3.

18 De Ambassade heeft, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, slechts opgemerkt dat haar verschijning in het geding 'geenszins geïnterpreteerd mag worden als het doen van afstand van haar diplomatieke immuniteit'. Zie nr. 4 verweerschrift d.d. 19 september 2021 en nr. 6 beroepschrift principaal hoger beroep d.d. 26 januari 2022.

19 Zie nr. 5 procesinleiding: 'De Ambassade heeft de bevoegdheid van de Nederlandse rechter om kennis te nemen van dit geschil met haar (voormalige) werknemer niet betwist'. Tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft de advocaat van de Ambassade daarover verklaard dat 'het ging om de afweging immuniteit versus zichzelf verdedigen'. Zie p. 2, onder het derde streepje, van het proces-verbaal d.d. 1 april 2022.

20 Zie bijv. HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, NJ 2010/525, m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.5; HR 28 juni 2013, reeds aangehaald, rov. 3.6.1; HR 30 september 2016, reeds aangehaald, rov. 3.4.3.

21 De Hoge Raad (30 september 2016, reeds aangehaald, rov. 3.4.6) heeft uitdrukkelijk in het midden gelaten of het samenvangvereiste dat aan het slot van art. 19, onder c, VN-Verdrag wordt gesteld, als internationaal

recht. Art. 19 VN-Verdrag luidt in de Engelse authentieke tekst, voor zover thans van belang, als volgt:

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

- a) the State has expressly consented to the taking of such measures as indicated: (...) or
- b) the State has allocated or earmarked property for the satisfaction of the claim which is the object of that proceeding; or
- c) it has been established that the property is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, provided that postjudgment measures of constraint may only be taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed.'

En in de Nederlandse vertaling:

'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: (...) 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.'

3.14. In de zaak die thans in cassatie aan de orde is, rijst de vraag of het begrip 'dwangsom', zoals deze in het Nederlandse recht (art. 61 1a Rv e.v.) is ingevoerd op basis van de Benelux-Overeenkomst houdende Eenvormige Wet betreffende de

dwangsom²², valt onder het begrip 'executiemaatregelen' in de zin van art. 19 VN-Verdrag.

3.15. Het begrip 'executiemaatregelen' in de zin van art. 19 VN-Verdrag moet ruim worden opgevat. In de toelichting op het ontwerp van het VN-Verdrag, opgesteld door de International Law Commission, wordt over het begrip 'executiemaatregelen' (in het ontwerp opgenomen in art. 18, thans art. 19 VN-Verdrag) het volgende opgemerkt:

'(4) The measures of constraint mentioned in this article are not confined to execution but cover also attachment and arrest, as well as other forms of *saisie*, *saisie-arêt* and *saisie-exécution*, including enforcement of arbitral award, sequestration and interim, interlocutory and all other prejudgment conservatory measures, intended sometimes merely to freeze assets in the hands of the defendant. The measures of constraint indicated in paragraph 1 are illustrative and non-exhaustive.'²³

3.16. In een gezaghebbend commentaar op het VN-Verdrag wordt het begrip 'executiemaatregelen' als volgt omschreven:

'The expression 'post-judgment measures of constraint' used in Article 19 is a generic term intended to embrace all measures of a judicial and related executive character capable of being taken against or in relation to property in connection with, and subsequent to the handing down of judgment in, court proceedings, with a view to executing that judgment. The illustrative examples in Article 19 itself, namely attachment, arrest, and execution, give a useful and obviously non-exhaustive indication of the sorts of measures to which the provision relates.(...)'²⁴

Ook wordt opgemerkt dat onder dit begrip vallen 'all measures of judicial constraint under domestic law'.²⁵ Het ruime toepassingsbereik van art. 19 VN-Verdrag valt terug te voeren op de statenpraktijk 'which expressly or by necessary implication prohibits (subject to exceptions) the giving of

gewoonterecht kan worden aangemerkt, zie HR 30 september 2016.

22 Benelux-Overeenkomst van 26 november 1973, Trb. 1974, 6.

23 Zie ILC, Yearbook of the International Law Commission 1991, vol. II, Part Two, Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries 1991, art. 18, aant. 4, p. 56.

24 Zie C. Brown & R. O'Keefe, 'Article 19', in: O'Keefe, Tams & Tzanakopoulos (red.), a.w., p. 316.

25 Zie C. Brown & R. O'Keefe, a.w., p. 317.

relief against a State by way of injunction or order.²⁶

3.17. In haar advies van 8 juli 1992 over het ontwerp van het VN-Verdrag, opgesteld door de International Law Commission, heeft de CAVV ten aanzien van (het destijds genummerde) art. 18 VN-Verdrag opgemerkt:

‘12. Artikel 18 betreffende “measures of constraint” beperkt zich tot maatregelen voor zover ze zijn gericht tegen de eigendommen van een staat. De Commissie vraagt zich af of dit met zich meebrengt dat een staat zich op immuniteit mag beroepen indien bijvoorbeeld bij kort geding een dwangsom dreigt te worden opgelegd. Dit zou naar het oordeel van de Commissie een ongewenste uitbreiding betekenen van het aantal situaties waarin staatsimmuniteit zou kunnen worden gehanteerd.’²⁷

3.18. Naar Nederlands recht is een dwangsom een bijkomende voorwaardelijke veroordeling van de schuldenaar om aan de schuldeiser een geldsom te betalen voor het geval dat de schuldenaar niet aan de hoofdveroordeling voldoet.²⁸ De dwangsom wordt doorgaans omschreven als een indirect executiemiddel, dat tot doel heeft de schuldenaar tot nakoming van de hoofdveroordeling te bewegen.²⁹ Als zodanig is een dwangsomveroordeling niet (direct) gericht op de tenuitvoerlegging van een beslissing. Zo beschouwd is een dwangsomveroordeling vergelijkbaar met een exequatur (voor een buitenlands vonnis of een arbitraal vonnis). Algemeen wordt aangenomen dat een exequatur niet onder de werking van art. 19 VN-Verdrag valt. Hoewel het doel van een exequatur is om de tenuitvoerlegging van een beslissing mogelijk te maken, is het op zichzelf gezien geen executiemaatregel.³⁰ Daartegenover

staat dat een dwangsom, indien eenmaal verbeurd na betekening van de uitspraak waarbij de dwangsom is vastgesteld (art. 611a lid 3 Rv), zonder nadere rechterlijke tussenkomst³¹ en onafhankelijk van de hoofdveroordeling ten uitvoer kan worden gelegd en vervolgens ten volle toekomt aan de schuldeiser (art. 611c Rv).

3.19. De vraag of een dwangsom aan een vreemde staat kan worden opgelegd is nog niet eerder aan de Hoge Raad voorgelegd. Rechtspraak van feitenrechters is schaars. Wel komt het met enige regelmaat voor dat een werknemer een dwangsom vordert in een arbeidsrechtelijk geschil met een vreemde staat. In de praktijk komt het meestal niet tot het opleggen van een dwangsom, omdat de rechter in het concrete geval het beroep van de vreemde staat op immuniteit van jurisdictie honoreert en dus aan de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt.³² In het geval dat de vreemde staat géén beroep op immuniteit van jurisdictie heeft gedaan of dat beroep door de rechter is afgewezen, zou betoogd kunnen worden dat het opleggen van een dwangsom aan de vreemde staat in beginsel mogelijk moet zijn. Legt de rechter een dwangsom op, dan kan de vreemde staat zich in de fase van de tenuitvoerlegging van de dwangsom beroepen op immuniteit van executie. De executant van de dwangsom zal moeten aantonen dat de goederen van de vreemde staat waarop de tenuitvoerlegging plaatsvindt in het bijzonder worden gebruikt of beoogd zijn voor gebruik voor andere dan niet-commerciële overheidsdoeleinden. De deurwaarder heeft op grond van art. 3a Gerechtsdeurwaarderswet de verplichting om de minister voor Rechtsbescherming in kennis te stellen van een opdracht tot het verrichten van een ambtshandeling, indien hij redelijkerwijs rekening moet houden met de mogelijkheid dat het verrichten daarvan in strijd is met de volkenrech-

26 Zie C. Brown & R. O’Keefe, t.a.p.

27 CAVV-2, nr. 72, p. 4, te raadplegen via www.adviescommissievolkenrecht.nl.

28 Zie o.a. A.W. Jongbloed, T&C Burgerlijke Rechtsvordering, Derde afdeling van dwangsom Rv, aant. 2.

29 Zie o.a. M.B. van Beekhoven van den Boezem, GS Burgerlijke Rechtsvordering, Derde afdeling van dwangsom Rv, aant. 4; A.W. Jongbloed, De privaatrechtelijke dwangsom, 2015, p. 29-30.

30 Zie J.-M. Thouvenin & V. Grandaubert, ‘The Material Scope of State Immunity from Execution’, in: T. Ruys, N. Angelet & L. Ferro (red.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, 2019, p. 249; X. Yang, *State Immunity in International Law*,

2015, p. 346. Anders kennelijk de ILC, die in haar hierboven aangehaalde commentaar op het ontwerp van het VN-Verdrag (art. 18, onder 4) de ‘enforcement of an arbitral award’ als executiemaatregel heeft gekwalificeerd.

31 Daarvoor is geen nieuwe executorialie titel vereist. Zie hierover o.a. M.B. Beekhoven van den Boezem, *De dwangsom in het burgerlijk recht* (BPP nr. V) 2006/11.1.

32 Zie bijv. de zaak die ten grondslag heeft gelegen aan HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6317, NJ 2010/523, m.nt. Th.M. de Boer.

telijke verplichtingen van Nederland. De minister kan de deurwaarder (ambtshalve) aanzeggen dat een aan de deurwaarder opgedragen of reeds verrichte ambtshandeling in strijd is met de volkenrechtelijke verplichtingen van Nederland met als gevolg dat de deurwaarder niet bevoegd is tot het verrichten van de ambtshandeling.

3.20. Uit de schaarse Nederlandse rechtspraak vermeld ik een uitspraak van het hof Den Haag waarin in het kader van een arbeidsrechtelijk geschil bij een internationale organisatie (de Europese Octrooi Organisatie) is geoordeeld dat het opleggen van een dwangsom zich niet verdraagt met het doel dat met immuniteit van executie wordt nagestreefd. Het hof heeft het volgende overwogen:

‘25. Voor zover gericht tegen de EPO opgelegde dwangsom slaagt de grief. Het hof stelt daarbij voorop dat, hoewel in artikel 3 Protocol zowel de EOO (en EPO als haar orgaan) toekomstige immuniteit van rechtsmacht als die van executie is vastgelegd, de immuniteit van executie in beginsel los staat van de immuniteit van jurisdictie. De EPO toekomstige immuniteit van executie strekt ertoe te waarborgen dat haar eigendommen en activa (zaken en vermogensrechten) beschikbaar blijven voor het doel waarvoor zij worden gehouden, te weten het verrichten van haar officiële werkzaamheden. Blijkens het derde lid van artikel 3 Protocol zijn deze eigendommen en activa daarom ook vrij van elke vorm van administratieve of voorlopige gerechtelijke dwang. Aangezien een dwangsom, eenmaal verbeurd, zonder verdere rechterlijke toetsing kan leiden tot (de dreiging van) op deze goederen en activa te nemen verhaal (de dwangsom kan reeds ten uitvoer worden gelegd krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld), verdraagt het opleggen van een dwangsom, naar voorlopig oordeel van het hof, zich niet met het doel dat met de aan EPO toegekende immuniteit van executie wordt nagestreefd.’³³

33 21 juni 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0188, rov. 25. Deze zaak heeft betrekking op de immuniteitsbepaling uit het Verdrag inzake de verlening van Europese octrooiën van 5 oktober 1973 en het bijbehorende Protocol inzake voorrechten en immuniteiten van de Europese Octrooiorganisatie van gelijke datum (Trb. 1976, 101). Zie over deze uitspraak ook C.M.J. Ryngeert & F.J.L. Pennings, ‘Fundamentele arbeidsrechten en immuniteit: De zaak tegen de Europese Octrooi Organisatie’, NJB 2015/859.

3.21. In de Belgische rechtspraak is de vraag of een dwangsom onder de executiematregelen van art. 19 VN-Verdrag valt, recentelijk aan de orde gekomen in een arrest van 27 juni 2022 van het Hof van Cassatie.³⁴ Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat een dwangsom (*astreinte*) die het Arbeidshof Brussel had opgelegd aan het Koninkrijk Eswatini in het kader van een arbeidsrechtelijk geschil tussen een werkneemster die was aangenomen als receptioniste/typiste op de ambassade van Eswatini in België, kwalificeert als een executiemaatregel in de zin van art. 19 VN-Verdrag:

‘La règle de droit coutumier international de l’immunité des États, exprimée à l’article 19 in limine de la convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, faite à New York le 2 décembre 2004, interdit les mesures de contrainte visant à forcer un État à exécuter une décision judiciaire rendue par une juridiction d’un autre État. En assortissant d’astreintes les condamnations prononcées contre le demandeur, l’arrêt attaqué viole cette règle coutumière.’³⁵

3.22. Het is interessant nog een verdere blik over de grens te richten en aandacht te besteden aan de *astreinte* naar Frans recht, die enige gelijkenis vertoont met de regeling van de dwangsom zoals deze in Nederland bestaat.³⁶ In Frankrijk is de vraag of een *astreinte* kan worden opgelegd aan een vreemde staat, minder duidelijk beantwoord in de rechtspraak. De kwestie is zijdelings aan de orde gekomen in een arrest van de Cour de cassa-

34 S.21.0003.F, ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20220627.3F8.

35 Zie ook de conclusie van P-G André Henkes van dezelfde datum vóór dit arrest (ECLI:BE:CASS:2022:CONC.20220627.3F8), onder 30, waarin hij onder verwijzing naar het commentaar van Brown en O’Keefe van mening is dat “l’arrêt attaqué n’a pu, sans violer la coutume internationale fixant une immunité d’exécutions des États, reproduire à l’article 19 précité, décider d’assortir d’astreintes les condamnations prononcées par la cour du travail à charge du demandeur”.

36 Zie over de kenmerken van de *astreinte* naar Frans recht: L. van der Boom, De excessieve dwangsom. Over het voorkomen en verhelpen van dwangsomexcessen, 2019, par. 3.2; M.B. Beekhoven van den Boezem, De dwangsom in het burgerlijk recht (BPP nr. V) 2006/1.2.3.

tion van 19 november 2008.³⁷ Uit dit arrest zou wellicht kunnen volgen dat de Cour de cassation het opleggen van een *astreinte* aan een vreemde staat mogelijk acht in het geval dat sprake is van een geschil over handelingen die de staat in het rechtsverkeer heeft verricht op voet van gelijkheid met particulieren (*acta iure gestionis*). Het ging in deze zaak om schade aan een scheidsmuur tussen twee percelen, waarvan het ene perceel in eigendom toebehoorde aan de Bondsrepubliek Duitsland en het andere aan een particuliere eigenaar (hierna: X). Wanneer X de Bondsrepubliek Duitsland aanspreekt tot het repareren van de muur op straffe van een *astreinte*, oordeelt de Cour d'appel in een eerste uitspraak dat de Bondsrepubliek Duitsland de muur moet repareren, maar dat geen *astreinte* kan worden opgelegd. Vervolgens vraagt X in een nieuwe procedure schadevergoeding op straffe van verbeurte van een *astreinte* (en een hypothecaire inschrijving, die ik hier verder buiten beschouwing laat). De Cour d'appel oordeelt dat de Bondsrepubliek Duitsland immuniteit van jurisdictie geniet en niet tot schadevergoeding kan worden veroordeeld, maar wel tot reparatie van de muur, zij het niet op verbeurte van een *astreinte*. De Cour de cassation vernietigt de bestreden uitspraak en overweegt over immuniteit van executie het volgende:

'Attendu que les Etats étrangers bénéficient, par principe, de l'immunité d'exécution; qu'il en est autrement lorsque le bien concerné se rattache, non à l'exercice d'une activité de souveraineté, mais à une opération économique, commerciale ou civile relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice;

Attendu que, pour dire irrecevables les demandes d'astreinte et d'inscription d'hypothèque, l'arrêt retient d'une part, par motifs adoptés, que Mme X... ne dénie pas à l'Etat allemand le bénéfice de l'immunité d'exécution et que, l'exécution en nature ou en argent, par l'Etat étranger, des obligations mises à sa charge ne pouvant être que volontaire, l'obtention d'un titre exécutoire ne peut être de nature à contraindre cet Etat à satisfaire à l'obligation lui incombant et, d'autre part, par motifs propres, que la République fédérale d'Allemagne bénéficie de l'immunité d'exécution pour l'entre-

tien de cette propriété relevant de la puissance et de la gestion d'un service public étranger, en dehors de toute gestion privée et commerciale; Qu'en se déterminant ainsi par des motifs inopérants, alors que l'acquisition par l'Etat allemand de biens immobiliers en France, eussent-ils été affectés au logement d'un officier supérieur, ne constituait pas une prérogative ou un acte de souveraineté mais une simple opération habituelle de gestion relevant du droit privé, et qu'il en était de même de leur entretien, la cour d'appel a méconnu les principes susvisés;

(...).'

3.23. Anders dan uit dit arrest van de Cour de cassation volgt, valt uit de rechtspraak van de Cour d'appel van Parijs veeleer af te leiden dat aan een vreemde staat géén *astreinte* kan worden opgelegd. Ik vermeld een arrest van 1 juli 2008 van de Cour d'appel van Parijs (gewezen vóór het hierboven genoemde arrest van de Cour de cassation).³⁸ In die zaak ging het om een arbeidsrechtelijk geschil tussen de ambassade van Qatar in Frankrijk en een werknemster, die als secretaresse in dienst was genomen en naderhand werd ontslagen. In hoger beroep heeft de werknemster bij de Cour d'appel teruggave van bepaalde documenten gevorderd die betrekking hebben op haar arbeidsovereenkomst op straffe van verbeurte van een *astreinte*. Qatar heeft een beroep gedaan op immuniteit van jurisdictie, dat door de Cour d'appel is afgewezen omdat – kort gezegd – de werknemster niet was belast met de uitoefening van publieke taken van de staat Qatar. Wel heeft de Cour d'appel overwogen dat aan Qatar geen dwangsom kan worden opgelegd, overigens zonder daarbij art. 19 VN-Verdrag te betrekken:

'Sur l'immunité des États étrangers

Il convient de distinguer l'immunité de juridiction en l'immunité d'exécution dont bénéficient les états étrangers.

(...)

Il convient par contre d'accueillir la fin de non recevoir soulevé du chef des demandes qui s'analysent comme des mesures d'exécution à savoir les astreintes sollicitées tant pour la délivrance de documents sociaux conformes que pour la mesu-

37 Zie Cour de cassation 19 november 2008, nr. 07-10.570, Recueil Dalloz 2008-III, p. 3012-3013, m.nt. I. Gallmeister.

38 Zie Cour d'appel de Paris 1 juli 2008, nr. 06/08638. De uitspraak is ook vermeld in de procesinleiding in cassatie, onder 2.2.4.

re de reintegration qui seront déclarées irrecevables.’

3.24. In een uitspraak van 26 februari 2009 van de Cour d'appel van Parijs werd in een soortgelijke zaak het opleggen van een *astreinte* afgewezen in een arbeidsgeschil tussen de ambassade van de Republiek Djibouti in Frankrijk en een werknemer die als chauffeur in dienst was genomen.³⁹ De Cour d'appel gelastte de staat Djibouti de gevorderde documenten aan de werknemer terug te geven zonder een *astreinte* op te leggen. De Cour d'appel heeft op het punt van de *astreinte* overwogen:

‘L'immunité d'exécution de l'État étranger est cependant plus large, qui s'oppose à toute mesure coercitive sur ses biens corporels ou incorporels sis sur le territoire national.

Il convient ainsi d'accueillir la fin de non recevoir soulevée du chef de la demande d'astreinte sollicitée pour la délivrance de documents sociaux conformes.’

3.25. In een beslissing van 13 oktober 2022 van de Cour d'appel van Parijs is onder meer de vraag aan de orde gekomen of een aan de Verenigde Staten van Amerika (hierna: de VS) en zijn ambassadeur opgelegde *astreinte* ten uitvoer kon worden gelegd, nu in dit concrete geval geen sprake was van immuniteit van executie.⁴⁰ De VS beriepen zich erop dat het internationaal gewoonterecht niet toestaat dat aan een vreemde staat een *astreinte* wordt opgelegd. De Cour d'appel overwoog dat de rechter die over de tenuitvoerlegging van de *astreinte* moet oordelen, de beslissing van de rechter die de *astreinte* heeft opgelegd niet mag wijzigen en zich dus niet mag uitlaten over de vraag of er sprake is van strijd met het internationaal gewoonterecht. Ik citeer de Cour d'appel:

‘Cependant, (...), selon l'article R. 121-1 du code des procédures civiles d'exécution, le juge d'exécution ne peut pas modifier le dispositif de la décision de justice qui sert de fondement aux poursuites, de sorte qu'il ne lui appartenait pas d'examiner la conformité au droit international coutumier du jugement du 5 octobre 2019, condamnant les Etats-Unis au paiement de sommes sous astreinte, ni de celui du 22 mai 2012, liquidant cette astreinte-

te. Par ailleurs, conformément à l'article L. 132-2 du code des procédures civiles d'exécution, cette mesure, qui est indépendante des dommages et intérêts, est uniquement destinée à contraindre le débiteur à s'exécuter. Elle ne constitue pas une peine, n'ayant aucune vocation à sanctionner une faute ni à indemniser le créancier d'un préjudice.’

3.26. Op grond van de hierboven aangehaalde rechtspraak meen ik dat de conclusie gerechtvaardigd is dat naar de huidige stand van het internationaal gewoonterecht sprake is van een zekere *opinio iuris* dat aan een vreemde staat geen dwangsom kan worden opgelegd.⁴¹

3.27. Het arrest van het Belgische Hof van Cassatie is van grote betekenis, omdat België evenals Nederland gebonden is aan de Eenvormige Beneluxwet inzake de dwangsom. Voor de volledigheid wijs ik erop dat noch in de tekst van de Benelux-Overeenkomst noch in de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting aandacht is besteed aan de vraag of een dwangsom aan een vreemde staat kan worden opgelegd.⁴² Bij deze kwestie gaat het dus niet om uitleg van de bepalingen van de Eenvormige Wet betreffende de dwangsom waarvoor verwijzing naar het Benelux-Gerechtshof zou moeten volgen, maar om de toepassing van het (ongeschreven) internationaal gewoonterecht. Het Belgische Hof van Cassatie heeft dan ook aan het eenvormige recht inzake de dwangsom geen aandacht besteed.

3.28. Zoals is ik hierboven heb opgemerkt, is de *astreinte* naar Frans recht enigszins vergelijkbaar met de dwangsom zoals wij die kennen. Uit het besproken arrest van de Cour de cassation van 19 november 2008 zou kunnen worden afgeleid dat een *astreinte* wél aan een vreemde staat kan worden opgelegd⁴³, maar uit rechtspraak van de

41 Ik heb geen Luxemburgse rechtspraak (opgenomen in de *Pasicrisie luxembourgeoise*, te raadplegen via www.pasicrisie.lu/html/archives) kunnen vinden over de vraag of aan een vreemde staat een dwangsom kan worden opgelegd.

42 Overigens kan aan de Nederlandse, de Belgische resp. de Luxemburgse staat en hun publiekrechtelijke instellingen wel een dwangsom worden opgelegd, zie BenGH 6 februari 1992, NJ 1992/353, rov. 11.

43 Gilles Cinuberti merkt in een bijdrage aan het blog *conflict of laws.net*, d.d. 9 juli 2009, op: ‘As usual, it is hard to say whether this means that the French supreme court implicitly endorsed the part of the ruling of the Court of appeal holding that *astreinte* and immu-

39 Zie Cour d'appel de Paris 26 februari 2009, nr. 07/03456.

40 Zie Cour d'appel de Paris 13 oktober 2022, nr. 21/02885.

Cour d'appel van Parijs volgt dat dit juist niet het geval is.

3.29. Aan het *Zwangsgeld* of *Ordnungsgeld*, zoals dit in het Duitse recht en het Oostenrijkse recht als dwangmiddel bestaat, heb ik in het kader van de in deze conclusie opgenomen rechtsvergelijkende exercitie geen aandacht besteed, nu deze dwangmiddelen slechts zeer ten dele met de dwangsom vergelijkbaar zijn, omdat dan sprake is van een boete die toekomt aan de staat.⁴⁴

3.30. Gelet op het voorgaande meen ik dat onderdeel 2.1.1 terecht is voorgesteld.

3.31. In het voetspoor van onderdeel 2.1.1 slaagt ook onderdeel 2.1.2. In eerste aanleg heeft de Ambassade verweer gevoerd tegen het verzoek van werknemster tot oplegging van een dwangsom⁴⁵ en in het principaal hoger beroep heeft de Ambassade onder meer gegriefd tegen de beslissing van de kantonrechter om een dwangsom te verbinden aan de verplichting tot wedertewerkstelling (rov. 5.9).⁴⁶ In het incidenteel hoger beroep heeft werknemster onder meer gegriefd tegen de hoogte van de dwangsomveroordeling.⁴⁷ De

dwangsomveroordeling als zodanig maakte dan ook onderdeel uit van de rechtsstrijd in hoger beroep, zodat het hof op grond van art. 25 Rv de door de kantonrechter uitgesproken dwangsomveroordeling had moeten vernietigen en geen aanvullende dwangsom had mogen opleggen.

3.32. De slotsom is dat onderdeel 2 slaagt. De Hoge Raad kan de zaak zelf afdoen door de bestreden beschikking te vernietigen voor zover het hof daarin (i) de door de kantonrechter uitgesproken dwangsomveroordeling heeft bekrachtigd, en (ii) een aanvullende dwangsomveroordeling heeft uitgesproken.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van de bestreden beschikking en tot afdoening van de zaak zoals omschreven onder 3.32 van deze conclusie.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de beschikking in de zaak 9325405 RP VERZ 21-50454 van (de kantonrechter in) de rechtbank Den Haag van 27 oktober 2021;
- b. de beschikking in de zaak 200.306.135/01 van het gerechtshof Den Haag van 31 januari 2023. (...; *red.*)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De werknemster is in 2013 bij de ambassade van de VAE in Den Haag (hierna: de ambassade) in dienst getreden.

(ii) De VAE hebben in 2020 een (voorlopige) ontslagaanvraag ingediend bij het UWV om de arbeidsovereenkomst met (onder anderen) de werknemster te mogen opzeggen wegens bedrijfseconomische redenen.

(iii) De werknemster heeft betwist dat sprake is van bedrijfseconomische redenen voor het ontslag. Bij haar reactie heeft zij als bijlage gevoegd een aantal documenten (hierna: de documenten) afkomstig van het ministerie van Buitenlandse Zaken en Internationale Samenwerking van de

nity are incompatible'. Hij komt aan de hand van de uitspraken van de Cour d'appel van Parijs tot de conclusie dat de *astreinte* tot de executiemaatregelen behoort voor de toepassing van het recht inzake immunititeit.

44 Zie in het algemeen over *Zwangsgeld* en *Ordnungsgeld*: Van der Boom, a.w., par. 3.1. Over de vraag of deze dwangmiddelen aan een vreemde staat kunnen worden opgelegd, merkt Helmut Damian (Staatenimmunität und Gerichtszwang, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht Band 89, 1985, p. 173, voetnoot 285) het volgende op: 'Die Frage, ob die Festsetzung eines Ordnungs- oder Zwangsgeldes gegen einen fremden Staat ein von Völkerrechts wegen zulässiges Mittel der Zwangsvollstreckung ist, hat die Praxis, soweit ersichtlich, ebenfalls noch nicht beschäftigt. Durchschlagende Gründe, die die Verhängung einer solchen Maßnahme als völkerrechtlich ausgeschlossen erscheinen ließen, sind nicht ersichtlich. Die Beitreibung eines festgesetzten Geldbetrages durch Beschlagnahme und Verwertung von Vermögen des fremden Staates darf allerdings nur unter Beachtung der gegenständlichen Schranken der nationalen Vollstreckungsgewalt erfolgen.'

45 Zie nr. 28 verweerschrift d.d. 19 september 2021.

46 Zie nr. 22-24 beroepschrift principaal hoger beroep d.d. 26 januari 2022.

47 Zie nr. 3-5 beroepschrift incidenteel hoger beroep d.d. 11 maart 2022. Zie voor het verweer van de Ambassa-

de hiertegen: nr. 4-9 verweerschrift incidenteel hoger beroep d.d. 31 maart 2022.

VAE (hierna: het ministerie), waaronder een personeelsorganisatie.

(iv) De VAE hebben vervolgens aan het UWV laten weten dat zij een intern onderzoek zijn begonnen om na te gaan hoe de werknemer de documenten heeft verkregen en dat zij vermoeden dat de werknemer de documenten op illegale wijze heeft verkregen.

(v) Bij beslissing van 9 maart 2021 heeft het UWV geweigerd de VAE toestemming te geven voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst.

(vi) Bij brief van 10 mei 2021 hebben de VAE de werknemer op staande voet ontslagen. In deze brief wordt als reden voor het ontslag genoemd dat de werknemer de documenten onrechtmatig heeft verkregen en deze zonder toestemming van de VAE heeft gedeeld met derden.

2.2. In deze procedure verzoekt de werknemer, voor zover in cassatie van belang, primair het ontslag op staande voet te vernietigen en de VAE te veroordelen tot wedertewerkstelling, op straffe van verbeurte van een dwangsom, en tot loon-doorbetaling. De VAE hebben verweer gevoerd en daarnaast voorwaardelijk verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden, op de grond dat de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door de documenten in te brengen in de procedure bij het UWV.

2.3. De kantonrechter¹ heeft de primaire verzoeken van de werknemer toegewezen en aan de veroordeling tot wedertewerkstelling een dwangsom verbonden van € 250,- per dag dat de VAE hiermee in gebreke blijven, met een maximum van € 50.000,-. Het ontbindingsverzoek van de VAE is afgewezen.

2.4. Het hof² heeft de beschikking van de kantonrechter bekrachtigd en, op verzoek van de werknemer, de dwangsom verhoogd tot € 1.000,- per dag met een maximum van € 100.000,-. Daartoe overwoog het hof onder meer als volgt.

Het betoog van de VAE dat de werknemer de documenten onrechtmatig heeft verkregen en dat haar kan worden verweten dat zij de stukken onder zich heeft gehouden, faalt. (rov. 4.5-4.9)

Als uitgangspunt geldt dat de VAE aan ambassadepersoneel hoge eisen mag stellen als het gaat om geheimhouding en vertrouwelijkheid van stukken; dit is ook in de arbeidsovereenkomst van de werknemer vastgelegd. Dat betekent echter niet dat het een dringende reden voor ontslag oplevert als een werknemer in een UWV-procedure interne stukken van de VAE overlegt, voor zover deze stukken rechtstreeks betrekking hebben op het onderwerp van de procedure en kunnen dienen als onderbouwing van het standpunt van de werknemer. Daarbij gaat het hof ervan uit dat zowel de advocaat van de werknemer als het UWV vertrouwelijk omgaat met alle processtukken, dus ook met interne stukken van de VAE. De VAE hebben niet toegelicht waarom de werknemer desondanks de documenten niet ongcensureerd had mogen overleggen. (rov. 4.12)

Het hof verwierpt de stelling van de VAE dat de documenten een bijzondere status hebben en dat dat in het bijzonder geldt voor een document van 16 februari 2020 omdat daaruit op te maken zou zijn welke diplomatieke en organisatorische keuzes zijn gemaakt. Volgens het hof is niet goed voorstelbaar dat het mogelijk is om op basis van dit document vast te stellen welke concrete functies er op een bepaalde ambassade bestaan. (rov. 4.13-4.14)

De werknemer heeft niet ernstig verwijtbaar gehandeld. Evenmin is sprake van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding als gevolg van het handelen van de werknemer, en ook niet van een combinatie van ontslaggronden die in onderlinge samenhang bezien kan worden aangemerkt als een redelijke grond voor ontslag. (rov. 4.18-4.23)

Volgens de werknemer leggen de VAE de beschikking van de kantonrechter naast zich neer en is de prikkel die van de dwangsom moet uitgaan, dus niet voldoende aanwezig. Naar het oordeel van het hof is er aanleiding om de dwangsom op een hoger bedrag vast te stellen. De VAE hebben weliswaar aangevoerd dat dit zinloos is omdat verbeurde dwangsommen niet kunnen worden geëxecuteerd, maar die omstandigheid is van onvoldoende gewicht. (rov. 4.26-4.27)

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 4.5-4.22. Volgens het onderdeel heeft het hof daarin blijk gegeven

1 Rechtbank Den Haag 27 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:15578.

2 Gerechtshof Den Haag 31 januari 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:80.

van een onjuiste rechtsopvatting, althans een onbegrijpelijk oordeel gegeven, door inhoudelijk te beoordelen of de documenten dusdanig vertrouwelijk en gevoelig zijn dat de werknemster (had moeten begrijpen dat zij) deze niet onder zich mocht houden en niet in de UWV-procedure mocht indienen, alsmede door inhoudelijk te beoordelen of deze handelwijze een dringende reden voor ontslag op staande voet dan wel een grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst oplevert. Het onderdeel betoogt dat het hof aldus heeft miskend dat het in een geschil als het onderhavige in beginsel aan de VAE als vreemde soevereine staat is om te beoordelen of documenten vertrouwelijk en gevoelig zijn en welke gevolgen moeten worden verbonden aan het zonder toestemming onder zich houden en delen van die documenten met derden, althans dat de VAE in dat kader een ruime beoordelingsvrijheid toekomt. De Nederlandse rechter mag beslissingen van een vreemde staat op dat punt slechts (zeer) terughoudend en marginaal toetsen. Dit heeft het hof ten onrechte niet gedaan, althans zijn oordeel is ontoereikend gemotiveerd, aldus het onderdeel. Ter onderbouwing van dit betoog verwijst het onderdeel naar art. 11 lid 2, aanhef en onder d, van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen (hierna: VN-Verdrag).³

3.1.2. Bij de beoordeling van deze klachten geldt als uitgangspunt dat de rechtsmacht van de Nederlandse rechter wordt beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend (art. 13a Wet algemene bepalingen, hierna: Wet AB). Die uitzonderingen kunnen zijn voorzien in een verdrag of in ongeschreven internationaal publiekrecht.⁴ Tot zodanige uitzonderingen behoort het aan vreemde staten en internationale organisaties toekomende recht op immuniteit van jurisdictie.⁵

3.1.3. Een vreemde staat of internationale organisatie die als gedaagde of verweerder in een geding voor de Nederlandse rechter verschijnt en geen afstand wenst te doen van een hem respectievelijk haar mogelijk toekomende immuniteit van juris-

dictie als bedoeld in art. 13a Wet AB (in verband met art. 1 Rv), moet zich op deze immuniteit beroepen op de wijze die is voorgeschreven in art. 11 Rv.⁶ Dit beroep moet dus worden gedaan voor alle weren ten gronde.

3.1.4. In de onderhavige zaak staat vast dat de VAE zich niet voor alle weren ten gronde hebben beroepen op immuniteit van jurisdictie. Bovendien hebben de VAE een voorwaardelijk tegenverzoek gedaan tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de werknemster, zodat zij in zoverre zelf als verzoeker optreden (zie hiervoor in 2.2). Uit een en ander volgt dat de VAE afstand hebben gedaan van immuniteit van jurisdictie.

Hierop stuiten de klachten van onderdeel 1 af.

3.1.5. Het voorgaande wordt niet anders door art. 11 lid 2, aanhef en onder d, van het VN-Verdrag. Opmerking verdient in dit verband het volgende.

3.1.6. Het VN-Verdrag behelst onder meer een codificatie van het internationale gewoonterecht met betrekking tot de immuniteit van jurisdictie en de daaraan gestelde grenzen; niet alle bepalingen van het VN-Verdrag kunnen als internationaal gewoonterecht worden aangemerkt.⁷ Het VN-Verdrag is tot op heden niet door Nederland geratificeerd⁸ en is nog niet in werking getreden.

3.1.7. Art. 11 VN-Verdrag luidt, voor zover relevant, in de Nederlandse vertaling als volgt:

“Artikel 11. Arbeidsovereenkomsten

1 Tenzij anders overeengekomen tussen de betrokken staten, kan een staat geen beroep doen op immuniteit van rechtsmacht ten overstaan van een rechter van een andere staat die voor het overige bevoegd is ter zake van een geding dat betrekking heeft op een arbeidsovereenkomst tussen de staat en een natuurlijke persoon voor werkzaamheden die geheel of gedeeltelijk zijn verricht of dienen te worden verricht op het grondgebied van die andere staat.

2 Het eerste lid is niet van toepassing indien:

(...)

d. het voorwerp van het geding het ontslag of de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een natuurlijke persoon betreft en, vast te stellen door het staatshoofd, de regeringsleider of minister van

3 Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen, New York, 2 december 2004, Trb. 2010, 272.

4 HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1084, rov. 3.2.2.

5 HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3054, rov. 3.6.2.

6 HR 17 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:732, rov. 4.1.3-4.1.4.

7 Zie onder meer HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1084, rov. 3.2.4.

8 Vgl. Kamerstukken II 2023/24, 36027 (R2160), nr. 11.

Buitenlandse Zaken van de staat die als werkgever optreedt, een dergelijke procedure de veiligheidsbelangen van die staat zou schaden; (...).”

3.1.8. Art. 11 lid 2, aanhef en onder d, VN-Verdrag, gelezen in samenhang met lid 1, houdt in dat een vreemde staat die als werkgever optreedt, een beroep kan doen op immuniteit van jurisdictie in een geding dat tot voorwerp heeft het ontslag of de beëindiging van een arbeidsovereenkomst tussen die staat en een natuurlijke persoon, indien die procedure de veiligheidsbelangen van de betrokken vreemde staat zou schaden.

Of de procedure de veiligheidsbelangen van deze staat schaadt, moet worden vastgesteld door het staatshoofd, de regeringsleider of minister van Buitenlandse Zaken van die staat. Deze vaststelling is evenwel niet aan rechterlijke toetsing onttrokken.⁹

Ook een beroep op immuniteit van jurisdictie als bedoeld in art. 11 lid 2, aanhef en onder d, VN-Verdrag moet worden gedaan op de wijze die is voorgeschreven in art. 11 Rv (zie hiervoor in 3.1.3).

3.2.1. Onderdeel 2 klaagt dat het hof ten onrechte de opgelegde veroordeling tot wedertewerkstelling van de werknemster op straffe van een dwangsom heeft bekrachtigd en een aanvullende dwangsom heeft opgelegd. Volgens het onderdeel heeft het hof hiermee miskend dat de immuniteit van executie meebrengt dat een nationale rechter geen dwangsom mag opleggen aan een vreemde staat.

3.2.2. Het onderdeel faalt. Er bestaat geen regel van internationaal gewoonterecht die inhoudt dat aan een vreemde staat geen dwangsom mag worden opgelegd. In nationale rechtsstelsels worden

op dit punt uiteenlopende opvattingen gehuldigd.¹⁰

Ook art. 19 VN-Verdrag bevat niet een dergelijke regel. Deze bepaling verbiedt het treffen van executiemaatregelen tegen eigendommen van een vreemde staat. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 19 VN-Verdrag blijkt dat het begrip ‘executiemaatregelen’ bewust niet nader is gedefinieerd, om zo de veelheid van maatregelen die staten kennen, te kunnen omvatten.¹¹ Wel zijn in art. 19 VN-Verdrag ter illustratie enkele voorbeelden genoemd, namelijk beslag, zekerheidsstelling en executie. Uit deze voorbeelden, en uit het feit dat in de Engelse en Franse (authentieke) tekst van art. 19 VN-Verdrag gesproken wordt van respectievelijk ‘measures of constraint’ en ‘mesures de contrainte’, kan worden afgeleid dat art. 19 VN-Verdrag betrekking heeft op rechtstreekse dwangmaatregelen, maatregelen derhalve waarmee zonder medewerking van de vreemde staat nakoming van een veroordeling kan worden verkregen. Het opleggen van een dwangsom behoort daartoe niet, nu dat de veroordeelde prikkelt tot nakoming maar nakoming niet rechtstreeks bewerkstelligt.

Bij een eventuele tenuitvoerlegging van een aan een vreemde staat opgelegde en door hem verbeurde dwangsom wordt de naleving van volkenrechtelijke verplichtingen, in het bijzonder de eerbiediging van de immuniteit van executie van die vreemde staat, gewaarborgd door art. 3a Gerechtsdeurwaarderswet. Daarnaast heeft de vreemde staat de mogelijkheid om een executiegeschil aanhangig te maken op de voet van art. 438 Rv.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

– verworpt het beroep;
– veroordeelt de VAE in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [de werknemster] begroot op € 355,- aan verschotten en € 1.800,- voor salaris, vermeerderd

9 Vgl. EHRM 25 oktober 2016, nr. 45197/13, 53000/13 en 73404/13 (Radunovic c.s./Montenegro), par. 77; Cour de cassation (chambre sociale) 27 november 2019, nr. 18-13.790, ECLI:FR:CCASS:2019:SO01629 (République du Ghana), par. 5. Zie ook Kamerstukken II 2023/24, 36027 (R2160), nr. 10, bijlage (Advies van de Commissie van advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken over de toetreding van Nederland tot het VN-verdrag inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen, p. 8-9) en Kamerstukken II 2023/24, 36027 (R2160), nr. 11, p. 4.

10 Vgl. enerzijds Cour de cassation (chambre civile I) 19 november 2008, nr. 07-10.570, en anderzijds Belgisch Hof van Cassatie 27 juni 2022, S.21.0003.F, ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20220627.3F.8.

11 International Law Commission, Commentary on Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Properties, Yearbook of the International Law Commission 1991, Volume II, Part Two, p. 56.

met de wettelijke rente over deze kosten indien de VAE deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

NOOT

1. In dit arrest staat het leerstuk van staatsimmunititeit centraal. De immunitetsvragen doen zich voor in een arbeidsrechtelijke context. In reactie op de ontslagaanvraag van de Verenigde Arabische Emiraten (VAE), heeft een werknemster van de ambassade van de VAE het UWV een aantal documenten verstrekt. Deze documenten, waaronder een personeelsorganigram, waren afkomstig van het ministerie van Buitenlandse Zaken en Internationale Samenwerking van de VAE. De werknemster wilde hiermee aantonen dat geen sprake was van bedrijfseconomische redenen voor haar ontslag. Kennelijk met succes, want het UWV weigert de ontslagaanvraag. Veel schiet de werknemster daar (aanvankelijk) niet mee op, want vervolgens wordt zij op staande voet ontslagen omdat zij volgens de VAE de aan het UWV verstrekte documenten onrechtmatig heeft verkregen en zonder toestemming van de VAE met derden heeft gedeeld. De werknemster laat het er niet bij zitten en stapt naar de rechter; zij verzoekt vernietiging van het ontslag op staande voet en een veroordeling van de ambassade tot wedertewerkstelling op straffe van een dwangsom en loondoorbetaling. De VAE voeren verweer en verzoeken daarnaast voorwaardelijk de arbeidsovereenkomst te ontbinden vanwege het ernstig verwijtbaar handelen van werknemster bestaande uit het verstrekken van de documenten aan het UWV. De kantonrechter wijst de verzoeken van werknemster toe op straffe van verbeurte van een dwangsom, en wijst het voorwaardelijke verzoek van de VAE af. Het hof bekrachtigt de beschikking van de kantonrechter en verhoogt de dwangsom op verzoek van werknemster.

2. In cassatie komen twee punten aan de orde. Allereerst zou de beslissing van de VAE als soevereine staat over de vertrouwelijke en gevoelige aard van de documenten en de gevolgen van het zonder haar toestemming verstrekken van die documenten aan derden, slechts zeer terughoudend en marginaal mogen worden getoetst door de Nederlandse rechter. Het hof heeft dit volgens de VAE miskend. De VAE verwijst daarbij naar art.

11 lid 2 sub d VN-Immunitetsverdrag, welke bepaling ziet op immuniteit van jurisdictie.

3. Om met dat laatste te beginnen. Op grond van art. 11 lid 2 sub d kan een staat een beroep op immuniteit van jurisdictie doen in een procedure in een andere staat over het ontslag of de beëindiging van een arbeidsovereenkomst tussen haar en een natuurlijke persoon voor werkzaamheden die geheel of gedeeltelijk zijn verricht of dienen te worden verricht op het grondgebied van die andere staat, indien die procedure naar het oordeel van het staatshoofd, de regeringsleider of de minister van Buitenlandse Zaken van die Staat (ook wel aangeduid als de 'Trojka') de veiligheidsbelangen van die staat zou schaden. Uit de bijlage bij het verdrag volgt nog dat het daarbij 'primair' gaat om 'aangelegenheden op het gebied van de nationale veiligheid en de veiligheid van diplomatieke vertegenwoordigingen en consulaire posten'. De bepaling is pas in een laat stadium en zonder toelichting toegevoegd aan de verdragstekst (zie P. Rossi, *International law immunities and employment claims: a critical appraisal*, Oxford: Bloomsbury Publishing Plc 2021, p. 130-131 met verwijzing naar UN Doc A/58/22: *Report of the Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property* (24-28 februari 2003), bijlage I, p. 8).

4. Het VN-Immunitetsverdrag is nog niet in werking getreden. Daartoe zijn 30 ratificaties vereist. De teller staat op 22, dus ook na ratificatie door Nederland (waartoe een wetsvoorstel aanhangig is) is de minimumdrempel voor inwerkingtreding nog niet gehaald. Desalniettemin is het verdrag van belang, omdat het op onderdelen wordt beschouwd als een codificatie van internationaal gewoonterecht. Het is echter maar zeer de vraag of dat ook geldt voor art. 11 lid 2 sub d Verdrag (zie conclusie A-G, par. 3.5 inclusief de verwijzingen naar literatuur en rechtspraak in vn. 6).

5. De Hoge Raad komt niet toe aan de gewoonterechtelijke status van deze bepaling. De VAE hebben namelijk verweer gevoerd in de door werknemster aangespannen procedure zonder zich (vóór alle weren; art. 11 Rv) te beroepen op immuniteit van jurisdictie; de VAE hebben zelfs een voorwaardelijk tegenverzoek gedaan. Dat betekent dat de VAE afstand van immuniteit van jurisdictie hebben gedaan, waarop de cassatieklacht afstuit (r.o. 3.1.3-3.1.4). De Hoge Raad zag kennelijk geen ruimte voor een andere grond die de speelruimte van de Nederlandse rechter in

een geval als dit zou kunnen beperken. Dat lijkt me terecht. De zogenaamde *act of state doctrine* (die inhoudt dat de nationale rechter in beginsel niet mag oordelen over (de rechtmatigheid van) handelingen van een vreemde Staat) ontbeert volkenrechtelijke status en maakt ook geen onderdeel uit van het Nederlandse recht (zie A-G Vlas in zijn conclusie bij het *Samruk*-arrest, ECLI:NL:PHR:2020:650, par. 3.26).

6. Ter verduidelijking overweegt de Hoge Raad dat ook een beroep op art. 11 lid 2 sub d VN-Immuniteitsverdrag moet worden gedaan op de wijze die het Nederlandse procesrecht voorschrijft (r.o. 3.1.8), hetgeen niet is gebeurd. Slotom is derhalve dat de Nederlandse rechter bevoegd is om te oordelen over de vordering van de werkneemster. Is die bevoegd er eenmaal dan mag de rechter bij de uitoefening daarvan mijns inziens – voor zover nog relevant – in beginsel zonder terughoudendheid treden in de beslissing van de VAE over de vertrouwelijke en gevoelige aard van de documenten en de gevolgen van het verstrekken van die documenten aan het UWV.

7. Zou de VAE tijdig een beroep hebben gedaan op art. 11 lid 2 sub d VN-Immuniteitsverdrag, dan had de gewoonterechtelijke status van de bepaling wel moeten worden onderzocht. Zo'n onderzoek is bepaald geen sinecure. Voor de identificatie van het internationaal gewoonterecht wordt gebruik gemaakt van de zogenaamde 'two-elements approach': een algemene statenpraktijk en de aanvaarding van die praktijk als recht (*opinio iuris*) zijn de twee samenstellende elementen van het internationaal gewoonterecht en dienen als criteria voor de identificatie ervan. De(ze) methodologie voor het bepalen van het bestaan en de inhoud van regels van internationaal gewoonterecht is uiteengezet door de ILC in een reeks van 16 Ontwerpconclusies (met commentaar) over de 'identificatie van internationaal gewoonterecht'. Daarin wordt onder andere uitgelegd dat: 'In each case, 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 as well as that of customary international law more broadly' (UN Doc A/73/10: *Report of the International Law Commission on its Seventieth session* (30 april-1 juni en 2 juli-10 augustus 2018), hoofdstuk V, General commentary, par. 2). Daarbij geldt dat de algemene statenpraktijk 'must be general,

meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent'. De (door *opinio iuris* ingegeven) praktijk van enkele staten kan op zichzelf dus niet leiden tot een regel van internationaal gewoonterecht.

8. Hoewel de Hoge Raad niet ingaat op de gewoonterechtelijke status van art. 11 lid 2 sub d VN-Immuniteitsverdrag, merkt hij wel nog op dat de vaststelling door de VAE dat de door de werkneemster aan het UWV verstrekte documenten de veiligheidsbelangen schaden 'evenwel niet aan rechterlijke toetsing [is] onttrokken' (r.o. 3.1.8). De Hoge Raad (vn. 9) baseert zich daarbij onder andere op de uitspraak van het EHRM in de zaak *Radunovic c.s./Montenegro*, waaruit door de CAVV zelfs een toetsingsplicht wordt afgeleid (CAVV-Advies nr. 44, 22 december 2023, p. 8-9). De betreffende uitspraak geeft echter geen blijk van een onderzoek naar de betekenis van de bepaling en naar de gewoonterechtelijke status daarvan (maar gaat van dat laatste wel uit, zie par. 69 en 73 van die beslissing). Hetzelfde geldt voor de eveneens door de Hoge Raad aangehaalde uitspraak van de Franse Cour de cassation (zie de overwegingen in dat arrest onder 5°). Dit is des te opvallender nu uit de tekst van art. 11 lid 2 sub d een toetsbaarheid (laat staan toetsingsplicht) van de vaststelling door de vreemde Staat dat veiligheidsbelangen in het geding zijn niet kan worden afgeleid. Uit de systematiek van het verdrag lijkt bovendien eerder het tegendeel te volgen (vgl. art. 16 lid 6 VN-Immuniteitsverdrag waarin in de tekst en toelichting daarop – ICL Commentaar, art. 16, par. 16 – wel duidelijk wordt gemaakt dat de daar bedoelde verklaring van de vreemde staat over het al dan niet commerciële karakter van het schip weergelegd kan worden). Daarentegen wordt uit de tekst van de interpretatieve bijlage bij het verdrag (zie hierboven par. 3) ook wel afgeleid dat de discretionaire bevoegdheid van de vreemde staat op dit punt niet absoluut is. (in deze zin P. Rossi, a.w., p. 130-131). Kortom: klip-en-klaar is een rechterlijke toetsingsbevoegdheid in het kader van art. 11 lid 2 sub d zeker niet.

9. Het tweede punt dat in cassatie aan de orde komt, betreft de vraag of immuniteit van executie het opleggen van een dwangsom aan een vreemde staat belet. De Hoge Raad beantwoordt die vraag kort en bondig. Volgens de Hoge Raad bestaat er geen regel van internationaal gewoonterecht die inhoudt dat aan een vreemde staat geen

dwangsom mag worden opgelegd. Deze dubbele ontkenning leest ongemakkelijk, maar laat zich verklaren door het feit dat staatsimmunititeit een uitzondering vormt op de bevoegdheid van de Nederlandse rechter (immunititeit van jurisdictie) of op de uitvoerbaarheid van Nederlandse rechterlijke beslissingen (immunititeit van executie); zie art. 13a Wet AB. De vraag kan dus alleen maar zijn of er een regel van internationaal gewoonterecht is op grond waarvan een staat *geen* dwangsom kan worden opgelegd (en dus niet of er een regel van internationaal gewoonterecht is op grond waarvan een vreemde staat een dwangsom kan worden opgelegd).

10. De onderbouwing door de Hoge Raad van zijn antwoord laat (ook hier) te wensen over. De Hoge Raad constateert dat er op dit punt in nationale rechtsstelsels uiteenlopende opvattingen worden gehuldigd. Die constatering baseert de Hoge Raad op slechts twee (tegengestelde) uitspraken van de Franse Cour de cassation en het Belgische Hof van Cassatie, hetgeen in het licht van de methodologie voor het bepalen van het bestaan en de inhoud van regels van internationaal gewoonterecht (zie par. 7) bepaald mager is. Verder knoopt de Hoge Raad aan bij art. 19 VN-Immunitetsverdrag, waarvan de Hoge Raad in eerdere arresten heeft duidelijk gemaakt die bepaling (grotendeels) te beschouwen als een vastlegging van internationaal gewoonterecht (zie met name het eerste *Herfst*-arrest: HR 30 september 2016, *NJ* 2017/190, m.nt. Th.M. de Boer, «JBPr» 2017/6, m.nt. S.S. Leinders, «JOR» 2016/353, m.nt. C.G. van de Plas, r.o. 3.4.6). Uit de (authentieke) verdragstekst van art. 19 en de daarin genoemde voorbeelden leidt de Hoge Raad af dat de bepaling ziet op rechtstreekse dwangmaatregelen en niet op het opleggen van een dwangsom.

11. A-G Vlas komt – na eerst in te gaan op art. 19 VN-Verdrag en de commentaren daarbij – op basis van een analyse van de Nederlandse, Belgische en Franse jurisprudentie tot de voorzichtige conclusie dat er sprake is van ‘een zekere *opinio iuris*’ dat naar de huidige stand van het internationaal gewoonterecht aan een vreemde staat juist geen dwangsom kan worden opgelegd (Conclusie, par. 3.26). Het valt op dat de eerste bouwsteen voor de identificatie van internationaal gewoonterecht (te weten: een algemene statenpraktijk) in die conclusie onbenoemd blijft. Ervan uitgaande dat dat onbedoeld is, komt de

A-G tot een andere conclusie dan de Hoge Raad; volgens de A-G bestaat er wel een regel van internationaal gewoonterecht op grond waarvan een staat geen dwangsom kan worden opgelegd. De A-G licht daarbij toe dat het Duitse en het Oostenrijkse recht bewust buiten de analyse zijn gehouden, omdat de betreffende dwangmiddelen in die rechtsstelsels slechts zeer beperkt vergelijkbaar zijn met de Nederlandse dwangsom. Een meer diepgravend onderzoek naar de twee samenstellende elementen van het internationaal gewoonterecht zou nodig zijn om vast te kunnen stellen wie het bij het rechte eind heeft. Overigens kan ik me inhoudelijk goed vinden in de beslissing van de Hoge Raad om de reden die de Hoge Raad aan het slot van het arrest noemt (r.o. 3.2.2 laatste alinea), maar die uitleg is bijzaak wanneer het aankomt op het identificeren van het internationaal gewoonterecht.

prof. mr. C.G. van der Plas
advocaat bij JahaeRaymakers en hoogleraar IPR
aan de Universiteit Leiden

48

Een effectieve escalatieclausule schrijf je niet zomaar

Hoge Raad
12 juli 2024, nr. 22/04619,
ECLI:NL:HR:2024:1078
(mr. Kroeze, mr. Wattendorff, mr. Schaafsma,
mr. Salomons, mr. Makkink)
(Concl. A-G De Bock)
Noot prof. mr. B. van Zelst

Afdwingbaarheid mediationclausule. Arbitrage. Ontvankelijkheid. Bevoegdheid.

[Rv art. 27, 1027; EVRM art. 6]

De Hoge Raad oordeelt – anders dan de A-G – dat voldoende gemotiveerd is het oordeel van het Hof dat in een escalatieclausule, overeengekomen tussen professionele partijen, geen bindende verplichting tot mediation besloten ligt. Daarmee laat de Hoge Raad onbeantwoord de vraag of naleving van de escalatieclausule een jurisdictie- of een ontvankelijkheidsvraag is.