

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

D. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

van 8 november 2006<sup>1</sup>

**I — Inleiding**

1. „Deze oorlog was een langdurige strijd, waarin Griekenland werd geteisterd door meer rampspoed dan ooit tevoren: nooit eerder werden zoveel steden veroverd en verwoest [...]; nooit eerder werden zoveel burgers verbannen en omgebracht [...]”. In deze bewoordingen beschreef Thucydides de Peloponnesische Oorlog in de vijfde eeuw vóór Christus<sup>2</sup>, en gaf daarmee duidelijk weer met welk onheil elke oorlog voor zowel de overwonnenen als de overwinnaars gepaard gaat.
2. De funeste gevolgen van gewapende conflicten zijn in de kunst tot uitdrukking gebracht. „Los desastres de la guerra”, de bekende reeks van 82 etsen die Goya tussen 1810 en 1820 maakte, tonen de ellende van de gevechten, de misdaden, de folteringen en de gevolgen daarvan voor het individu; het zijn bittere getuigenissen vol pessimisme die een sociale kroniek met een sterk pacifistische impact vormen. Ook „Los fusilamientos del tres mayo”, eveneens van Goya, of „Guernica” van Picasso leggen de gevoelens bloot die deze oorlogen, met de daaraan verbonden last aan vernieling en uitroeijing, bij deze geniale schilders opwekken.
3. Jaren later, in 1859, doorkruiste de Zwitserse filantroop Henry Dunant Lombardije, dat toen door moord en brand werd geteisterd, kwam de avond van een gruwelijke slachtpartij aan te Solferino, en zag met afschuw duizenden gewonde soldaten verminkt, hulpeloos en verlaten op het slagveld liggen — alle veroordeeld tot een zekere dood. Uit dit schrikbeeld is het idee ontstaan om het Rode Kruis op te richten.
4. Ook in het recht hebben de funeste gevolgen van gewapende conflicten zich doen gevoelen. In het onderhavige geval heeft een aantal Griekse burgers zich tot een Griekse rechterlijke instantie gewend teneinde Duitsland te doen veroordelen tot vergoeding van de schade die in een tragische episode van de Tweede Wereldoorlog door zijn leger is veroorzaakt.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Thucydides, *Geschiedenis van de Peloponnesische Oorlog*, 1-23.

5. Het Efeteio Patron (Grieks hof van beroep te Patras) vraagt aan het Hof of het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken<sup>3</sup>, bekend als het Executieverdrag, *ratione materiae* van toepassing is op het onderhavige geding; verder wenst het te vernemen of de immuniteit van jurisdictie van de staten verenigbaar is met het stelsel van dit verdrag.

„Dit verdrag wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht waarvoor deze zaken zich afspelen. Het heeft inzonderheid geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken of administratief-rechtelijke zaken.

Het is niet van toepassing op:

6. De vragen worden ten onrechte op de grondslag van artikel 234 EG gesteld, daar het Hof zijn bevoegdheid tot uitlegging van het Executieverdrag niet aan deze bepaling, maar aan het Protocol van 3 juni 1971<sup>4</sup> ontleent. Deze vergissing is evenwel niet van belang, daar het Efeteio, zoals de Duitse regering in herinnering brengt, op grond van artikel 2 van het protocol om prejudiciële beslissingen over de uitlegging van het verdrag kan verzoeken.

1. de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen;
2. het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures;
3. de sociale zekerheid;
4. de arbitrage.”

## II — Toepasselijke bepalingen

7. Het „toepassingsgebied” van het Executieverdrag wordt afgebakend in Titel I, bestaande uit artikel 1, dat bepaalt:

8. In artikel 2, eerste alinea, van Titel II, waarin de „bevoegdheid” wordt geregeld, is het algemene beginsel neergelegd dat „zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een verdragsluitende staat, ongeacht hun nationaliteit, worden opgeroepen voor de gerechten van die staat”, zulks onverminderd de uitzonderingen waarin dit verdrag voorziet.

3 — PB 1972, L 299, blz. 32; geconsolideerde versie in PB 1998, C 27, blz. 1.

4 — Protocol betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1975, L 204, blz. 28; geconsolideerde versie in PB 1998, C 27, blz. 28).

9. Tot deze uitzonderingen behoort de „bijzondere bevoegdheid” van artikel 5, dat luidt als volgt:

„De verweerder die woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, kan in een andere verdragsluitende staat voor de navolgende gerechten worden opgeroepen:

[...]

3. ten aanzien van verbintenissen uit onrechtmatige daad: voor het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan;
4. ten aanzien van een op een strafbaar feit gegronde rechtsvordering tot schadevergoeding of tot teruggave: voor het gerecht waarbij de strafvervolging is ingesteld, zulks voor zover volgens de interne wetgeving dit gerecht van de burgerlijke vordering kennis kan nemen;

[...]”

10. Deze regels worden aangevuld door Titel III, „Erkenning en tenuitvoerlegging”, Titel IV, „Authentieke akten en gerechtelijke schikkingen”, Titel V, „Algemene bepalingen”, Titel VI, „Overgangsbepalingen”, Titel VII, „Verhouding tot andere verdragen”, en Titel VIII, „Slotbepalingen”.

11. Er zij op gewezen dat verordening nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken<sup>5</sup> in de plaats van het Executieverdrag is gekomen, waarmee zij in grote mate overeenstemt; de nieuwe voorschriften zijn evenwel niet van toepassing op het onderhavige geval.

### III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

12. Lechouritou en andere personen hebben zich tot het Polymeles Protodikeio Kalavriton (Griekse rechtbank van eerste aanleg) gewend teneinde Duitsland te doen veroordelen tot vergoeding van de materiële, immateriële en psychologische schade die zij hebben geleden als gevolg van het bloedbad dat soldaten van de Wehrmacht bij de invasie van Griekenland tijdens de Tweede Wereldoorlog op 13 december 1943 te Kalavrita hebben aangericht.<sup>6</sup>

5 — PB 2001, L 12, blz. 1.

6 — Wegens soortgelijke feiten te Distomo op 10 juni 1944 hebben 257 Griekse burgers een vordering ingesteld tegen Duitsland, die bij vonnis van 30 oktober 1997 door de rechtbank van eerste aanleg te Livadia is toegewezen. De uitspraak is bij arrest van 4 mei 2000 door het Griekse hooggerechtshof bevestigd, maar bij gebreke van de bij artikel 923 van het Griekse Wetboek van burgerlijke rechtsvordering vereiste voorafgaande toestemming van de minister van Justitie niet ten uitvoer gelegd. De eisers hebben de zaak daarop aanhangig gemaakt bij het Europees Hof voor de rechten van de mens, dat in zijn arrest van 12 december 2002, Kalogeropoulou e.a. v. Griekenland en Duitsland (*Recueil des arrêts et décisions*, 2002-X), de verhouding heeft onderzocht tussen de immuniteit van de staten en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en heeft vastgesteld dat de beperkingen in de Griekse wettelijke regeling evenredig waren. In de opmerkingen van de Duitse regering in de onderhavige prejudiciële procedure wordt melding gemaakt van de diplomatieke crisis die toen is ontstaan.

13. Genoemde rechtbank heeft bij vonnis nr. 70/1998 geoordeeld dat zij ingevolge artikel 3, lid 1, van het Griekse Wetboek van burgerlijke rechtsvordering niet bevoegd was om het geding te beslechten, daar de verwerende staat immuniteit van jurisdictie genoot.

14. Verzoekers zijn in beroep gekomen bij het Efeteio Patron, dat op 12 januari 2001 de behandeling van de zaak een eerste maal heeft geschorst in afwachting van de uitspraak van het Anotato Eidiko Dikastirio (bijzonder hooggerechtshof) met betrekking tot de vraag of artikel 11 van de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van de staten — ondertekend te Basel op 16 mei 1972<sup>7</sup>, maar waarbij Griekenland geen partij is —, dat schadebrengende overheidshandelingen die zich hebben voorgedaan op het grondgebied van de staat van het forum van de immuniteit uitsluit, wanneer de veroorzaker van de schade zich op dat grondgebied bevond, een algemeen aanvaarde regel van internationaal recht vormt, en of deze uitzondering overeenkomstig het internationale gewoonterecht mede geldt voor vorderingen tot vergoeding van schade als gevolg van gewapende conflicten, waarbij leden van een bepaalde groep of van een concrete plaats worden getroffen, die niets met de gevechten te maken hebben en niet aan de oorlogshandelingen deelnemen.

7 — In het kader van de Raad van Europa gesloten en op 11 juni 1976 in werking getreden overeenkomst, die bindend is voor België, Cyprus, Duitsland, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland. Op die datum werd een aanvullend protocol ter ondertekening opgesteld, dat op 22 mei 1985 in werking is getreden en bindend is voor België, Cyprus, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk en Zwitserland. De tekst en de ratificatieoorkonden kunnen worden geraadpleegd op de website van de Raad van Europa (<http://www.conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/074.htm>).

15. Het Anotato Eidiko Dikastirio heeft bij arrest nr. 6/2002 van 17 september 2002 geoordeeld dat „in het huidige stadium van ontwikkeling van het internationale recht de algemeen aanvaarde regel van dat recht blijft bestaan, volgens welke een staat niet geldig voor het gerecht van een andere staat kan worden opgeroepen tot vergoeding van de schade veroorzaakt door een onrechtmatige daad die op het grondgebied van het forum heeft plaatsgevonden en waarbij op de een of andere wijze strijdkrachten van de verwerende staat zijn betrokken, hetzij in oorlogstijd, hetzij in vreedestijd”.

16. Het Efeteio Patron, dat net als iedere andere Griekse rechterlijke instantie gebonden is door de uitspraken van het Anotato Eidiko Dikastirio<sup>8</sup>, heeft vastgesteld dat de onderhavige zaak een aanknopingspunt vertoont met het gemene recht van de lidstaten van de Europese Unie en heeft de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Vallen vorderingen tot schadevergoeding die door natuurlijke personen worden ingesteld tegen een verdragsluitende staat, als civielrechtelijk aansprakelijk voor handelingen of omissies van zijn strijdkrachten, volgens artikel 1 binnen het materiële toepassingsgebied van het EG-Executieverdrag, wanneer die handelingen en omissies hebben

8 — Artikel 100, lid 4, van de Griekse Grondwet, juncto artikel 54, lid 1, van het Wetboek betreffende het Anotato Eidiko Dikastirio, goedgekeurd bij artikel 1 van wet nr. 345/1976 (FEK A' 141).

plaatsgevonden tijdens de militaire bezetting van de woonstaat van de eisers na een aanvalsoorlog door de verweerder, onmiskenbaar in strijd zijn met het oorlogsrecht en ook als misdaden tegen de mensheid kunnen worden beschouwd?

- 2) Is het verenigbaar met het stelsel van het EG-Executieverdrag, dat de verweerende staat zich op zijn immuniteit beroept, met het gevolg dat, bij bevestigend antwoord, de toepassing van het verdrag automatisch wordt geneutraliseerd, met name voor handelingen en omissies van de strijdkrachten van de verweerder die hebben plaatsgevonden vóór het betrokken verdrag in werking trad, namelijk in de jaren 1941-1944?"

#### IV — Procesverloop voor het Hof

17. Verzoekers in het hoofdgeding, de Nederlandse, de Poolse, de Duitse en de Italiaanse regering alsmede de Commissie hebben binnen de termijn van artikel 23 van het Statuut van het Hof schriftelijke opmerkingen ingediend.

18. Ter terechtzitting van 28 september 2006 zijn de vertegenwoordigers van verzoer-

kers in het hoofdgeding, van de Duitse regering en van de Commissie door het Hof gehoord.

#### V — Onderzoek van de eerste prejudiciële vraag

19. Het Efeteio Patron wenst in wezen te vernemen of het Executieverdrag, dat overeenkomstig artikel 1 alleen betrekking heeft op „burgerlijke en handelszaken”, van toepassing is op door particulieren tegen een verdragsluitende staat ingestelde vorderingen tot vergoeding van de schade die tijdens een gewapend conflict door de bezettingstroepen is veroorzaakt.

#### A — Begrip „burgerlijke en handelszaken”

20. Net als in andere internationale verdragen<sup>9</sup> wordt in het Executieverdrag, ter

9 — P. Jenard zet in het Rapport over het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1979, C 59, blz. 1) uiteen dat het Comité van deskundigen, dat met het opstellen van de ontwerpakte was belast, op dit punt de lijn van de bestaande verdragen heeft gevolgd. In de rechtsleer wordt zulks bevestigd door G. A. L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Librairie Dalloz, Paris, 1972, blz. 33. Zo ook advocaat-generaal Darmon in punt 19 van de conclusie in de zaak Sonntag, waarop ik hierna terugkom: in punt 22 daarvan stelt hij vast dat „in het kader van een bilateraal verdrag al zelden een uitputtende lijst wordt opgesteld van burgerlijke of handelszaken”.

vermijding van de problemen waarmee een opsomming van materies gepaard gaat<sup>10</sup>, niet bepaald wat onder „burgerlijke en handelszaken” moet worden verstaan; er wordt enkel een negatieve precisering gegeven, te weten dat „de aard van het gerecht” waarvoor deze zaken zich afspelen volstrekt irrelevant is.<sup>11</sup> In de rechtspraak is evenwel vastgesteld (1) dat het om een autonoom begrip gaat, en (2) dat het handelingen *iure imperii* niet omvat.

22. Zulks is het geval voor het begrip „burgerlijke zaken”<sup>13</sup>, dat in het arrest van 14 oktober 1976 in de zaak LTU<sup>14</sup> als een autonoom begrip is aangemerkt, dat niet alleen moet worden uitgelegd aan de hand van de doelen en het stelsel van het Executieverdrag, maar ook aan de hand van de algemene beginselen die in alle nationale rechtsstelsels worden gevonden, zonder dat kan worden verwezen naar het nationale recht van een der betrokken staten, daar met de afbakening *ratione materiae* wordt beoogd „de [...] gelijkheid en [de] eenvormigheid van de rechten en verplichtingen [te verzekeren] die voor de verdragsluitende staten en de belanghebbende personen uit dit verdrag voortvloeien” (punt 3).<sup>15</sup>

## 1. Autonomie van het begrip

21. Advocaat-generaal Darmon stelt in de conclusie in de zaak Rich<sup>12</sup>, waarin het Hof het arrest van 25 juli 1991 heeft gewezen, dat de uitlegging van het verdrag vele moeilijkheden veroorzaakt, want nog afgezien van de ingewikkeldheid van de materie worden er begrippen gebruikt die in de nationale rechtsstelsels nauwkeurig, maar vaak onderling afwijkend zijn omschreven, hetgeen het Hof ertoe heeft gebracht, er een autonome betekenis aan te geven.

23. Deze kwalificatie is in andere arresten bevestigd, zoals dat van 14 juli 1977, Bavaria Fluggesellschaft en Germanair/Eurocontrol<sup>16</sup>, punt 4; 22 februari 1979, Gourdain<sup>17</sup>, punt 3; 16 december 1980, Rüffer<sup>18</sup>, punten 7 en 8; 21 april 1993, Sonntag<sup>19</sup>, punt 18;

10 — M. Desantes Real, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, blz. 79 en 80.

11 — Daarmee wordt aangeknoopt bij tendensen in het internationale recht: „de uitdrukking ‚burgerlijke en handelszaken’ is zeer ruim en omvat niet alleen de zaken waarvoor de burgerlijke of handelsrechtbanken bevoegd zijn, inzonderheid in de landen waar administratieve rechtbanken bestaan”, *Conférence de La Haye de Droit international privé, Actes et Documents de la quatrième session (mai-juin 1904)*, blz. 84.

12 — C-190/89, Jurispr. blz. I-3855.

13 — Ook aan andere begrippen is een autonome betekenis toegekend, zo bijvoorbeeld aan „verbintenissen uit overeenkomst” van artikel 5, punt 1, van het Executieverdrag [arresten van 22 maart 1983, Peters (34/82, Jurispr. blz. 987, punten 9 en 10); 8 maart 1988, Arcado (9/87, Jurispr. blz. 1539, punten 10 en 11); 17 juni 1992, Handte (C-26/91, Jurispr. blz. I-3967, punt 10); 27 oktober 1998, Réunion européenne e.a. (C-51/97, Jurispr. blz. I-6511, punt 15); en 17 september 2002, Tacconi (C-334/00, Jurispr. blz. I-7357, punt 35)].

14 — Zaak 29/76, Jurispr. blz. 1541.

15 — In punt 2 van de conclusie in deze zaak stelt advocaat-generaal Reischl dat over de kwestie alles behalve unanimititeit bestaat, nu in de rechtsleer en in de nationale rechtspraak uiteenlopende oplossingen worden aangedragen. Hoewel de theorie van de autonomie van het begrip hem „bijzonder aantrekkelijk” lijkt, verzet hij zich ertegen, omdat er „zwaarwegende bedenkingen” tegen kunnen worden aangevoerd, en geeft hij in overweging om af te gaan op het recht van de staat waarin op de ten uitvoer te leggen rechtsvordering is beslist.

16 — Zaken 9/77 en 10/77, Jurispr. blz. 1517.

17 — Zaak 133/78, Jurispr. blz. 733.

18 — Zaak 814/79, Jurispr. blz. 3807.

19 — C-172/91, Jurispr. blz. I-1963.

14 november 2002, Baten<sup>20</sup>, punt 28, en 15 mei 2003, Préservatrice Foncière TIARD<sup>21</sup>, punt 20.

2. Uitsluiting van handelingen *iure imperii*

24. In het rapport-Schlosser over het Toetredingsverdrag van 1978<sup>22</sup> wordt benadrukt dat aan de begrippen van artikel 1 een autonome betekenis moet worden gegeven, daar het onderscheid tussen burgerlijke en handelszaken, enerzijds, en publiekrechtelijke aangelegenheden, anderzijds, in het recht van de oorspronkelijke lidstaten welbekend is. Ondanks belangrijke verschillen wordt het onderscheid normaliter volgens gelijksoortige criteria toegepast, zodat de opstellers van de oorspronkelijke tekst van het Executieverdrag en het rapport-Jenard hebben afgezien van een nadere concretisering van het begrip „burgerlijke en handelszaken”, en zich ertoe hebben beperkt duidelijk te stellen dat ook beslissingen van straf- en administratieve rechters onder het verdrag vallen, mits deze beslissen in burgerlijke en handelszaken. In het rapport-Schlosser wordt er ook op gewezen dat het Verenigd Koninkrijk en Ierland het in de oorspronkelijke lidstaten gebruikelijke onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht nauwelijks kennen (punt 23).

25. In het arrest LTU is het toepassingsgebied van het verdrag verruimd tot gedingen tussen een overheidsinstantie en een particulier; mits de overheidsinstantie niet krachtens overheidsbevoegdheid handelt (punten 4 en 5).<sup>23</sup>

26. Hoewel het Hof naar de bepalingen inzake de erkenning van rechterlijke beslissingen (Titel III) heeft verwezen, geldt deze rechtspraak ook voor de bepalingen inzake de bevoegdheid (Titel II)<sup>24</sup>, daar artikel 1 voorwaarde is voor de toepassing van beide titels.

27. Het arrest LTU heeft er in feite toe geleid dat het Executieverdrag bij de eerste uitbreiding van de Gemeenschap werd gewijzigd om „fiscale zaken, douanezaken of administratiefrechtelijke zaken” uitdrukkelijk van het toepassingsgebied ervan te sluiten.<sup>25</sup>

20 — C-271/00, Jurispr. blz. I-10489.

21 — C-266/01, Jurispr. blz. I-4867.

22 — Rapport van professor dr. P. Schlosser over het Verdrag inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie (PB 1979, C 59, blz. 71).

23 — Deze rechtspraak is bevestigd in de reeds aangehaalde arresten Rüffer, punt 8; Sonntag, punt 20; Baten, punt 30; Préservatrice Foncière TIARD, punt 22, en in het arrest van 1 oktober 2002, Henkel (C-167/00, Jurispr. blz. I-8111, punt 26).

24 — Advocaat-generaal Jacobs stelt zich in punt 21 van de conclusie in de zaak Henkel op hetzelfde standpunt, dat in het arrest van het Hof impliciet wordt overgenomen.

25 — Deze zin is ingevoegd bij artikel 3 van het Verdrag van 9 oktober 1978 inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (PB L 304, blz. 1, en — gewijzigde tekst — blz. 77).

28. Hoewel overheidsinstanties vaak op deze gebieden actief zijn, beperken zij hun activiteiten er evenwel niet toe; verder geldt de begripsautonomie — wegens dezelfde vereisten van eenvormigheid en rechtszekerheid — niet alleen voor de begrippen „burgerlijke zaken” en „handelszaken”, maar ook voor de begrippen „fiscale zaken”, „douanezaken” en „administratiefrechtelijke zaken”.<sup>26</sup>

29. De partijen die in deze prejudiciële procedure schriftelijke opmerkingen hebben ingediend zijn het erover eens dat handelingen *iure imperii* buiten het toepassingsgebied van het Executieverdrag vallen.<sup>27</sup> De meningsverschillen ontstaan wanneer het erop aankomt te bepalen welke deze handelingen zijn, en uit te maken of handelingen van de strijdkrachten van een staat in een andere staat daaronder vallen.

30. Bijgevolg moeten worden onderzocht : a) de gronden voor de uitsluiting van dergelijke handelingen, en b) de criteria waarop die uitsluiting telkens steunt.

26 — Deze filosofie ligt besloten in artikel 2, lid 1, van verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen (PB L 143, blz. 15), voor zover daarin wordt bepaald dat „deze verordening van toepassing is in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht. Zij heeft in het bijzonder geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken en bestuursrechtelijke zaken of op de aansprakelijkheid van de staat wegens handelingen en omissies bij de uitoefening van het staatsgezag (acta iure imperii)”. Artikel 2, lid 1, van het gewijzigd voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure [COM(2006) 57 def.] is in soortgelijke bewoordingen gesteld.

27 — Deze handelingen worden ook in de ontwerpen van nieuwe communautaire wetgeving uitgesloten. Zo worden in artikel 1, lid 1, sub g, van het gewijzigd voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen („Rome II”) [COM(2006) 83 def.], „niet-contractuele verbintenissen die zijn ontstaan in het kader van de overheidsaansprakelijkheid voor handelingen in de uitoefening van het overheidsgezag (acta iure imperii)” van de werkingsfeer van de verordening uitgesloten.

a) Gronden voor de uitsluiting

31. In het licht van het feit dat het begrip „burgerlijke en handelszaken” een autonome betekenis heeft en aan de hand van de vermelde criteria moet worden uitgelegd, heeft het Hof in het reeds aangehaalde arrest LTU ter rechtvaardiging van de uitsluiting van het toepassingsgebied van het Executieverdrag een aantal gronden genoemd die kenmerkend zijn voor de aard van de tussen de procespartijen bestaande rechtsbetrekkingen of van het voorwerp van het geschil, en heeft het daarbij onderscheid gemaakt tussen situaties waarin de autoriteiten krachtens overheidsbevoegdheid handelen en die waarin zij handelen zoals iedere andere particulier (punt 4).<sup>28</sup>

32. Verder kunnen tot staving van de stelling dat handelingen *iure imperii* — anders dan handelingen *iure gestionis* —<sup>29</sup> niet onder het Executieverdrag vallen, nog andere, meer beslissende en algemene gronden worden aangevoerd.

33. In het rapport-Schlosser wordt eraan herinnerd, dat „volgens het recht van de oorspronkelijke lidstaten de staat zelf en publiekrechtelijke rechtspersonen, zoals gemeenten en provincies, op tweeërlei wijze aan het rechtsverkeer kunnen deelnemen”,

28 — Advocaat-generaal Reischl noemt in de conclusie in de zaak LTU de ondergeschiktheitsverhouding als een aspect van de publiekrechtelijke rechtsbetrekkingen.

29 — M. Desantes Real, *op. cit.*, blz. 84.



naargelang zij krachtens het publiekrecht dan wel krachtens het privaatrecht handelen, waarbij een publiekrechtelijk optreden als een uitvloeisel van de soevereiniteit wordt aangemerkt.

34. In een andere gedachtegang buigt advocaat-generaal Léger zich in de conclusie in de zaak *Préservatrice Foncière TIARD* over de uitzonderingen van artikel 1, tweede alinea, van het Executieverdrag, die onderwerpen betreffen „die aan de wilsautonomie van partijen onttrokken zijn en de openbare orde raken” (punt 53), waaruit hij afleidt dat „de opstellers van het Executieverdrag voor deze materies hebben gewild, dat de exclusieve bevoegdheid van een lidstaat gepaard gaat met de bevoegdheid van de administratieve en rechterlijke autoriteiten van die lidstaat. Wanneer die materies het hoofdonderwerp van het geding zijn, zijn het de rechterlijke instanties van die staat die het best in staat worden geacht het geding te beslechten. De daadwerkelijke bescherming van rechtssituaties, een van de doelstellingen van het Executieverdrag [...], wordt dus gegarandeerd door de aanwijzing van een nationaal stelsel dat in zijn geheel bevoegd is [...]” (punt 54); deze redenering moet volgens hem ook worden gevolgd voor „materies die onder het publiekrecht vallen en waarin de staat overheidsbevoegdheden uitoefent” (punt 55).

35. Samenvattend kan worden gesteld dat het Executieverdrag niet van toepassing is op gebieden waarop de staat overheidsbevoegdheden uitoefent en niet privaatrechtelijk

handelt, hetzij omdat het overheidshandelingen betreft, hetzij omdat de rechtsbescherming beter wordt gewaarborgd.<sup>30</sup>

36. Zoals advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie in de zaak *Henkel* opmerkt, bestaat het probleem erin dat „de scheidslijn tussen privaatrechtelijk en publiekrechtelijk optreden van de staat en zijn zelfstandige organen niet altijd makkelijk te trekken is” (punt 22), in het bijzonder wanneer men er rekening mee houdt dat het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht in de „Common Law”-landen onbekend is, daar het begrip „civil law” alles omvat wat niet onder „criminal law” valt.<sup>31</sup> De rechtsorden van de verdragsluitende staten zijn dan ook niet bruikbaar om uit te maken of een bepaalde handeling de uitoefening van overheidsbevoegdheden betreft, aangezien zij vaak onderling verschillen en onduidelijk zijn<sup>32</sup>; zij kunnen echter wél mogelijke oplossingen aanreiken.

30 — De dichotomie privaatrecht-/publiekrecht ter afbakening van het toepassingsgebied van het Executieverdrag blijkt duidelijk uit het rapport-Jenard, waar de uitsluiting van de sociale zekerheid wordt gerechtvaardigd: „een onderwerp dat in sommige landen, zoals de Bondsrepubliek Duitsland, tot het publiekrecht behoort en in andere landen tot het grensgebied tussen privaatrecht en publiekrecht”. Het rapport-Evryienis y Karemeus inzake de toetreding van de Helleense Republiek tot het Executieverdrag (PB 1990, C 189, blz. 257) onderscheidt burgerlijke en handelszaken van die waarop het publiekrecht van toepassing is, welke buiten het toepassingsgebied van het verdrag vallen. Volgens het Hof kan het onderscheid worden geground op het criterium van de uitoefening van overheidsbevoegdheden, dat het in de continentale rechtsleer mogelijk maakt de materies aan te wijzen die onder het publiekrecht vallen (punt 28). Voor de rechtsleer, zie M. Desantes Real, *op. cit.*, blz. 79-81.

31 — P. S. James, *Introduction to the English Law*, 10e druk, Ed. Butterworth's, Londen, 1979, blz. 4 e.v.; F. Knoepfler, *La House of Lords et la définition de la matière civile et commerciale*, Mélanges Grossen, Neuchâtel, 1992, blz. 9.

32 — C. Tirado Robles, *La competencia judicial en la Unión Europea (Comentarios al Convenio de Bruselas)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, blz. 14.

## b) Criteria waarop de uitsluiting steunt

37. Gelet op de autonomie van de betrokken begrippen en op de redenen waarom handelingen *iure imperii* de grenzen van het Executieverdrag overschrijden, helpt een blik op de rechtspraak om te bepalen welke criteria beslissend zijn voor de uitsluiting van dergelijke handelingen van het toepassingsgebied ervan.

38. In het arrest LTU werd de toepasbaarheid van het verdrag afgewezen met betrekking tot de betaling van bijdragen die een particulier aan een publiekrechtelijk orgaan was verschuldigd uit hoofde van het verplichte en exclusieve gebruik van de installaties en de diensten daarvan. Volgens het arrest wordt het materiële toepassingsgebied hoofdzakelijk bepaald door „elementen die kenmerkend zijn voor de aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekkingen of van het voorwerp van het geschil” (punt 4).

39. Soortgelijke argumenten werden in het arrest Rüffer uiteengezet met betrekking tot de regresvordering die de Nederlandse staat instelde tegen een binnenschipper — de eigenaar van een Duits schip dat met een ander schip in aanvaring was gekomen — teneinde terugbetaling te verkrijgen van de kosten wegens opruiming van het wrak, daar deze opruimingswerkzaamheden deel uitmaakten van de taken van waterstaatszorg waarmee de Nederlandse staat krachtens een internationaal verdrag was belast. Beslissend was het feit dat „de beheerder bij het terugvorderen van [de] kosten ageer[de] op grond van een vorderingsrecht dat zijn

oorsprong vindt in een overheidshandeling” (punt 15), aangezien niet de aard van de vordering of van de procedure, maar wél die van het recht dat aan de vordering ten grondslag ligt, doorslaggevend is.

40. Het arrest Sonntag betrof een strafzaak die wegens het overlijden van een leerling aan een openbare school in Duitsland tijdens een schoolexcursie in Italië werd ingesteld tegen de begeleidende leraar, en in het kader waarvan tevens een civielrechtelijke vordering tot schadevergoeding werd ingesteld. In deze zaak oordeelde het Hof dat een beroep op het Executieverdrag mogelijk was, daar de financiële claim „een civielrechtelijk karakter [draagt]” (punt 19) omdat: a) zelfs indien de leraar ambtenaar is en als zodanig optreedt, „[een ambtenaar] niet altijd krachtens overheidsbevoegdheid [handelt]” (punt 21); b) in de rechtsstelsels van de meeste verdrag sluitende staten het toezicht op de leerlingen geen uitoefening van bevoegdheden impliceert die buiten het bestek vallen van de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden (punt 22)<sup>33</sup>; c) in dergelijke gevallen de leraars van openbare scholen en die van particuliere scholen „dezelfde taken” uitoefenen (punt 23); d) in de rechtspraak<sup>34</sup> is vastgesteld dat een leraar geen overheidsbevoegdheden uitoefent, wanneer hij een leerling beoordeelt en mede bepaalt, of hij overgaat naar een hogere klas (punt 24); en

33 — In de conclusie in deze zaak illustreert advocaat-generaal Darmon de vorm die een naar aanleiding van een strafbaar feit ingestelde civielrechtelijke vordering aanneemt in de rechtsstelsels van de verdragsluitende staten, waarbij hij een onderscheid maakt tussen de „common law”-landen (punt 28) en de continentale landen. Van laatstgenoemde haalt hij de wettelijke regelingen van Denemarken, Spanje, België, Italië, Portugal, Nederland, Frankrijk, Luxemburg, Duitsland en Griekenland aan (punten 30-39).

34 — Arrest van 3 juli 1986, Lawrie-Blum (66/85, Jurispr. blz. 2121, punt 28).

e) de kwalificatie in het recht van de staat van herkomst van de leraar (punt 25) alsmede de vraag of het ongeval door een sociale verzekering wordt gedekt (punten 27 en 28), irrelevant zijn.

41. In het arrest Henkel nam het Hof een van de overwegingen van het arrest Sonntag over en oordeelde het dat een door een privaatrechtelijke vereniging voor consumentenbescherming aangespannen geding om het gebruik van oneerlijke bedingen in overeenkomsten te doen verbieden, „geen verband [houdt] met de uitoefening van overheidsbevoegdheid, aangezien het [geenszins] de uitoefening betreft van bevoegdheden die buiten het bestek vallen van de op betrekkingen tussen particulieren toepasselijke regels van gemeen recht” (punt 30).

42. Volgens het arrest Baten omvat het begrip „burgerlijke zaken” mede een regresvordering op grond waarvan „een overheidsorgaan op een particulier verhaal zoekt voor de bedragen die het uit hoofde van sociale bijstand [...] heeft uitgekeerd, voor zover de grondslag en de wijze van instellen van deze vordering worden beheerst door de regels van het gemene recht”. Daaraan wordt toegevoegd dat wanneer de verhaalsvordering gebaseerd is op bepalingen waarmee de wetgever het overheidsorgaan een eigen recht heeft verleend, deze vordering niet onder het begrip „burgerlijke zaken” valt (punt 37).<sup>35</sup>

35 — Advocaat-generaal Tizzano zet uiteen dat, gelet op de omstandigheden, de gemeente niet krachtens een eigen overheidsbevoegdheid handelt om te bepalen van welke personen zij vergoeding van de gemaakte kosten kan vorderen, noch om de hoogte van de verschuldigde uitkering vast te stellen, en zelfs niet om de bijstandskosten te verhalen: zij kan namelijk de derde alleen om betaling verzoeken (punt 35); bijgevolg verschilt de rechtsbetrekking tussen de twee subjecten niet van de normale rechtsbetrekkingen uit hoofde van een verbintenis tussen gelijkgestelde subjecten, zoals het geval is in betrekkingen van civielrechtelijke aard (punt 36).

43. In het arrest *Préservatrice Foncière TIARD* ging het om een door Nederland tegen de borg van de aangever ingestelde vordering tot betaling van douanerechten. Het Hof oordeelde dat een vordering waarbij een verdragsluitende staat van een particulier de nakoming vordert van een privaatrechtelijke borgtochtovereenkomst die is gesloten teneinde een andere particulier in de gelegenheid te stellen, een door deze staat verlangde en omschreven zekerheid te stellen, onder het Executieverdrag valt, zij het onder de — wegens de ontoereikende gegevens in de prejudiciële verwijzing gestelde — voorwaarde dat „in de rechtsbetrekking tussen schuldeiser en borg zoals deze uit de borgtochtovereenkomst volgt, door de staat geen gebruik wordt gemaakt van bevoegdheden die buiten het bestek van de op betrekkingen tussen particulieren toepasselijke regels vallen” (punt 36).

44. Evenzo werd in het arrest van 15 januari 2004 in de zaak *Blijdenstein*<sup>36</sup> geoordeeld dat een regresvordering van een openbaar lichaam ter inning van de geldbedragen die het uit hoofde van opleidingssteun krachtens publiekrecht heeft verstrekt aan een jonge tot onderhoud gerechtigde, in wiens rechten het overeenkomstig het civiele recht was gesubrogeerd, onder het Executieverdrag valt (punt 21).

45. Ten slotte oordeelde het Hof in het arrest van 5 februari 2004 in de zaak *Frahuil*<sup>37</sup> dat de vordering van een borg,

36 — C-433/01, Jurispr. blz. I-981.

37 — C-265/02, Jurispr. blz. I-1543.

die douanerechten had betaald ingevolge een overeenkomst met een derde die deze oorspronkelijk voor rekening van de invoerder had voldaan, „geen uitoefening [vormt] van een bevoegdheid die buiten het bestek valt van de regels die gelden voor betrekkingen tussen particulieren” (punt 21).

grondslag, de aard en de wijzen van instellen van de vordering.<sup>39</sup>

## B — Onderzoek van het onderhavige geval

### 1. Inleidende opmerking

46. Uit de aangehaalde arresten kan worden afgeleid dat om vast te stellen of er sprake is van een handeling *iure imperii*, die derhalve niet onder het Executieverdrag valt, moet worden afgestaan op: 1° de publiekrechtelijke aard van een der partijen bij de rechtsbetrekking alsmede 2° de oorsprong en de bron van de ingestelde vordering, namelijk op de uitoefening door de overheid van verdergaande bevoegdheden dan wel van bevoegdheden zonder equivalent in de rechtsbetrekkingen tussen particulieren. Het „personele” criterium suggereert een formeel aspect<sup>38</sup>; dat van de „ondergeschiktheid” ziet op de

47. Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van de uitoefening van overheidsbevoegdheden moeten de omstandigheden van ieder geval tegen elkaar worden afgewogen; zulks heeft de rechtsleer in staat gesteld om de rol van het Hof in de door hem gewezen arresten ter discussie te stellen.<sup>40</sup>

48. Een van de punten van kritiek houdt in dat het Hof zich niet heeft beperkt tot het aanreiken van de criteria voor een autonome kwalificatie van het begrip in artikel 1 van het Executieverdrag en tot het toepassen daarvan op geschillen tussen overheidsinstanties en particulieren, maar een soms omstreden oplossing heeft opgelegd.

38 — Dit betekent dat het Executieverdrag mede van toepassing is op de gevallen waarin een rechtsbetrekking tussen particulieren ontstaat, ook al vloeit die voort uit een voorschrift van publiekrecht; P. Gothot en D. Holleaux, *La Convención de Bruselas de 27 septiembre 1968 (Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE)*, Ed. La Ley, Madrid, 1986, blz. 9; Y. Palomo Herrero, *Reconocimiento y exequatur de resoluciones judiciales según el Convenio de Bruselas de 27-09-68*, Ed. Colex, Madrid, 2000, blz. 61. Het criterium stemt overeen met de continentale opvatting van het publiekrecht dat er geen sprake is van een publiekrechtelijke rechtsbetrekking, wanneer hieraan geen overheidsinstantie deelneemt (E. García de Enterría en T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, deel I, 9e druk, Ed. Civitas, Madrid, 1999, blz. 42 e.v.); gelet op de problemen waarmee de afbakening van dit recht in een alsmear groter wordende Unie gepaard gaat, kan ik niet nalaten erop te wijzen dat het personele criterium in het gemeenschapsrechtelijke kader moet worden genuanceerd, in die zin dat het belang ervan moet worden afgezwakt, dan wel de betekenis van „publiekrechtelijke partij” in tegenstelling tot „civielrechtelijke partij” ruim moet worden uitgelegd (A. Dashwood, R. Hacon en R. White, *A Guide to the Civil Jurisdiction and Judgement Convention*, Ed. Kluwer, Deventer/Antwerpen/Londen/Frankfurt/Boston/New York, 1987, blz. 10; Y. Donzallaz, *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, deel I, Ed. Stampfli, Bern, 1996, blz. 336 en 337).

39 — H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano (Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe)*, Ed. LGDJ, Parijs, 1993, blz. 20 en 21, merkt op dat het criterium, hoewel er een zekere logica aan ten grondslag ligt en het in het internationale recht wordt gebruikt, de problemen bij het trekken van de scheidslijn tussen het publiekrecht en het privaatrecht niet kan verhelpen.

40 — O.a. P. Schlosser, „Der EuGH und das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, blz. 457 e.v.; zie ook de commentaren op het arrest in de zaak LTU van A. Huet, *Journal du droit international*, 1977, blz. 707 e.v., en van G.A.L. Droz, *Revue critique de droit international privé*, 1977, blz. 776 e.v.

49. Een prejudiciële vraag is evenwel ingebed in een temporeel raamwerk dat uit drie opeenvolgende fasen bestaat: eerst stelt de nationale rechter een probleem van Europees recht vast; daarna onderzoekt het Hof dit probleem; en ten slotte beslecht de nationale rechter het hoofdgeding in het licht van de verstrekte aanwijzingen.<sup>41</sup> De problemen ontstaan wanneer het evenwicht in de dialoog tussen de rechterlijke instanties wordt verstoord<sup>42</sup>, omdat één hiervan<sup>43</sup> haar bevoegdheden overschrijdt.<sup>44</sup>

50. In het onderhavige geval kan elk risico van bevoegdheidsoverschrijding uit de weg worden gegaan door van de feiten te abstraheren teneinde een antwoord op de prejudiciële vragen te formuleren dat nuttig kan zijn voor iedere rechterlijke instantie van de Unie die met soortgelijke situaties te maken krijgt. Verder moeten de gestelde vragen vanuit een zuiver juridisch perspectief worden onderzocht, zulks om emoties uit te sluiten die weliswaar begrijpelijk zijn, maar het denkvermogen vertroebelen.

41 — P. Pescatore, „Las cuestiones prejudiciales”, in G. C. Rodríguez Iglesias en D. Liñán Noguera, *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, blz. 546.

42 — J. M. Peláez Marón, „Funciones y disfunciones del control jurisdiccional en el marco de la Comunidad Europea”, *Gaceta Jurídica de la CEE*, nr. 52, reeks D-9, 1988, blz. 233-259.

43 — K. N. Kakouris vermeldt in „La mission de la Cour de Justice des Communautés européennes et l’ethos du juge”, *Revue des affaires européennes*, nr. 4, 1994, blz. 35-41, de gewetensvolle, eerlijke en morele houding, zowel van het Hof als van elk van zijn rechters — het „ethos”.

44 — In punt 35 van mijn conclusie in de zaak Recheio-Cash & Carry, waarin het arrest van 17 juni 2004 is geweest (C-30/02, Jurispr. blz. I-6051), druk ik mijn onbegrip uit over het feit dat in het arrest van 24 september 2002, *Gründig Italiana* (C-255/00, Jurispr. blz. I-8003), op fiscaal gebied de minimumtermijn is vastgesteld welke toereikend wordt geacht om het doeltreffend instellen van op het gemeenschapsrecht gebaseerde vorderingen te garanderen, waardoor het Hof zich de soevereine bevoegdheid van de nationale rechter toe-eigent om het hoofdgeding te beslechten; in voetnoot 44 van die conclusie klaag ik dezelfde fout in andere arresten aan.

51. Het Efeteio Patron heeft zich naar behoren van zijn taak gekweten, ofschoon de feiten nog iets meer moeten worden veralgemeend om hem een nuttig antwoord te kunnen verstrekken; daarbij moet, los van de aspecten die de schadevordering individualiseren — zoals onder meer de tijdsfactor —, worden uitgegaan van de schade die militairen van een verdragsluitende staat in oorlogstijd op het grondgebied van een andere verdragsluitende staat aan particulieren hebben veroorzaakt.<sup>45</sup>

## 2. Handelingen van strijdkrachten in oorlogstijd

52. Daar de vordering tegen een staat is gericht, lijkt het onnodig in te gaan op het eerste van voornoemde criteria — de publiekrechtelijke aard van een der partijen —, zodat mijn onderzoek op het tweede criterium — de uitoefening van verdergaande bevoegdheden — is toegespitst.

### a) Verdedigde stelling

53. Hoezeer ook sinds de Oudheid met betrekking tot het gedrag van de strijdende

45 — In dit verband verschaft de Poolse regering — weliswaar met betrekking tot de tweede prejudiciële vraag — in haar schriftelijke opmerkingen een subtiële analyse door erop te wijzen dat de verwijzende rechter handelingen en omissies vermeldt die hebben plaatsgevonden vóór het Executieverdrag in werking is getreden, „namelijk in de jaren 1941-1944”, maar terzake geen uitleggingsvraag opwerpt, daar deze, zoals die regering zelf stelt, overeenkomstig artikel 54 van het Executieverdrag kan worden opgelost, luidens hetwelk moet worden afgegaan op het tijdstip waarop de vordering wordt ingesteld.

partijen in een gewapend conflict<sup>46</sup> regels zijn ontwikkeld, waarschuwingen zijn gegeven en normen zijn vastgesteld, verliest de oorlog zijn aard van buitengewoon verschijnsel niet.

54. De Nederlandse regering kwalificeert oorlogshandelingen treffend als typische uitdrukkingen van staatsgezag. Zij laat daarbij handelingen van specifieke groepen, die andere problemen doen rijzen, buiten beschouwing.

55. Verschillende argumenten staven deze stelling:

— Legers zijn geïntegreerd in de structuur van de staat. Zij zijn onderworpen aan strenge discipline, gehoorzamen hun bevelhebbers<sup>47</sup> binnen een hiërarchi-

sche structuur, waarvan de top uit de belangrijkste autoriteiten van de natie bestaat.<sup>48</sup>

— Zij voegen zich naar beginselen die in de hoogste wetten van ieder land zijn neergelegd, waarin bovendien de grenzen, de doelstellingen en de voorwaarden van de militaire activiteit zijn bepaald, die — naarmate men in de commandostructuur afdaalt — alsmear concreter worden.

— Zij oefenen bevoegdheden uit waarover de andere burgers niet beschikken. De burgers zijn gehouden de bevelen van de militairen op te volgen, want opstandigheid wordt zwaar bestraft.

56. Het Europees Hof voor de rechten van de mens<sup>49</sup>, bijna alle staten die in deze

46 — Het boek Deuteronomium van de Bijbel bevat onder de rubriek „De verovering van de steden” een heuse lijst van aanbevelingen, waarin bijvoorbeeld wordt verlangd dat aan het gehele bezette volk een vredesaanbod wordt gedaan (*Bijbel van Jeruzalem*, Deuteronomium, hoofdstuk 20, vers 10). Het begrip „internationaal humanitair recht” heeft thans ingang gevonden; het werd ontwikkeld in de Verdragen van Genève van 12 augustus 1949 betreffende de behandeling van krijgsgevangenen (Verdrag III) en de bescherming van burgers in oorlogstijd (Verdrag IV) alsmede in de aanvullende protocollen van 8 juni 1977 betreffende de bescherming van slachtoffers van internationale gewapende conflicten (Protocol I) en van niet-internationale gewapende conflicten (Protocol II); de teksten hiervan staan in verschillende talen op de website van het Bureau van de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor de mensenrechten, onder de rubriek internationaal recht (<http://www.ohchr.org>).

47 — Ter terechtzitting hebben verzoekers in het hoofdgeding bevestigd dat de soldaten de feiten op commando van hun bevelhebbers hebben gepleegd.

48 — P. Baroja schrijft in zijn roman *Miserias de la guerra*, Ed. Caro Raggio, Madrid, 2006, die als gevolg van de censuur tijdens het Franco-regime pas onlangs is gepubliceerd, over de rol van de anarchist Durruti in de Spaanse Burgeroorlog: „hij had gelijk als militair, maar niet als anarchist”, daar „oorlog alleen met strenge en harde discipline kan worden gevoerd. Oorlog willen voeren met anarchist die menen de orders van hun bevelhebbers in twijfel te moeten trekken, is pure onzin” (blz. 192).

49 — In het arrest *McElhinney v. Ierland* van 21 november 2001, § 38 (*Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI), werd uiteengezet: „Les textes mentionnés [...] montrent en outre que cette tendance paraît concerner essentiellement les dommages corporels ‚assurables’, c’est-à-dire ceux causés par des accidents de la circulation ordinaires, et non des problèmes relevant de la sphère centrale de souveraineté des Etats, tels que les actes d’un soldat sur le territoire d’un Etat étranger; ceux-ci peuvent, par nature, soulever des questions sensibles touchant aux relations diplomatiques entre Etats et à la sécurité nationale.”

prejudiciële procedure opmerkingen hebben ingediend en de Commissie kwalificeren krijgsverrichtingen als uitingen van staatssoevereiniteit.

57. Bijgevolg valt de vordering tot vergoeding van de schade die tijdens een oorlog door de troepen van een der oorlogvoerende partijen is veroorzaakt niet onder „burgerlijke zaken” in de zin van artikel 1 van het Executieverdrag, dat niet van toepassing is.<sup>50</sup>

#### b) Daartegen ingebrachte bezwaren

58. De kwalificatie van militaire handelingen als handelingen *iure imperii* wordt in enkele van de in deze prejudiciële procedure ingediende opmerkingen ter discussie gesteld, aan de hand van argumenten betreffende: (i) de internationale aansprakelijkheid van de staat, (ii) de onrechtmatigheid van de handelingen, (iii) de territorialiteit van de machtsuitoefening en (iv) de bepalingen van het Executieverdrag. Ik kan nu al zeggen dat naar mijn mening geen van deze argumenten afdoet aan de uiteenzettingen totnogtoe.

50 — Tot deze vaststelling kwamen ook verschillende hooggerichtshoven van de verdragsluitende staten zonder een prejudiciële vraag te stellen. Zo bijvoorbeeld de Italiaanse Corte di Cassazione in een beslissing van 12 januari 2003 en het Duitse Bundesgerichtshof in een beschikking van 26 juni 2003.

i) Aansprakelijkheid van de staat in het internationale recht

59. In bedoelde opmerkingen wordt herhaaldelijk gewezen op de internationale dimensie van de gestelde vragen, hetgeen verzoekers in het hoofdgeding in verband brengen met de aansprakelijkheid van de staten voor onrechtmatige handelingen.

60. Deze dimensie is bijzonder belangrijk; de in het kader van de Verenigde Naties opgerichte Commissie voor internationaal recht kwam tijdens haar eerste zittingsperiode in 1949 tot de conclusie dat deze materie voor codificatie geschikt was; tijdens haar 53<sup>e</sup> zittingsperiode in 2001 stelde zij „ontwerpartikelen inzake de aansprakelijkheid van de staat voor internationale onrechtmatige handelingen” vast.<sup>51</sup> Verder lijkt deze dimensie in nauw verband te staan met de immuniteit van jurisdictie van de staten, die in de tweede helft van de vorige eeuw is geëvolueerd, in die zin dat zij werd gerelativeerd en tot handelingen *iure imperii* beperkt, met een tendens om haar ook voor laatstgenoemde handelingen af te schaffen, wanneer deze een schending van de mensenrechten vormen.<sup>52</sup>

51 — De inhoud van dit ontwerp en de commentaren van de Commissie voor internationaal recht zijn te vinden op <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/53/53sess.htm>.

52 — J. Bröhmer, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Ed. Kluwer Law International, Den Haag, 1997, blz. 143 e.v., toont aan dat de normatieve ontwikkeling van de mensenrechten een beperking van de staatsimmuniteit impliceert, ook als de inbreukmakende staat *iure imperii* handelt. J. Gaudreau, *Immunité de l'Etat et violations des droits de la personne: une approche jurisprudentielle*, HEI publications-Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève, 2005, onderzoekt in dit verband de evolutie in de praktijk van de nationale en internationale gerechten.

61. Voor dit soort aansprakelijkheid bestaan specifieke — gewoonterechtelijke of geschreven — regels, krachtens welke schending van een internationale verbintenis is vereist. Zij valt dus niet onder het privaatrecht noch onder de „burgerlijke zaken” van artikel 1 van het Executieverdrag, maar onder „internationale zaken”.

62. In dit verband hebben verzoekers in het hoofdgeding in antwoord op de vraag die ik hun ter terechtzitting heb gesteld aangevoerd dat hun vordering op artikel 3 van het Vierde Verdrag van Den Haag berustte.<sup>53</sup>

ii) Onrechtmatigheid van de handelingen

63. Verzoekers in het hoofdgeding en de Poolse regering hebben betoogd dat onrechtmatige handelingen niet tot de handelingen *iure imperii* behoren; militaire operaties die het recht schenden zouden niet onder deze categorie vallen, welk standpunt mij aan het — sinds lang afgezwakte — axioma „the King can do no wrong” herinnert.<sup>54</sup>

53 — Ik neem aan dat zij artikel 3 van het Vierde Verdrag van Genève bedoelden, dat in voetnoot 46 wordt genoemd. Zijdjelings hebben zij ook de artikelen 913, 914 en 932 van het Griekse Burgerlijk Wetboek vermeld.

54 — In het Engelse recht is dit beginsel geleidelijk afgezwakt en bij de Crown Proceedings Act van 1947 ten slotte definitief afgeschaft.

64. Ik ben het met dit bezwaar niet eens. De rechtmatigheid van de handeling heeft geen weerslag op de kwalificatie, maar wel op de gevolgen ervan als voorwaarde voor het ontstaan van de aansprakelijkheid dan wel, in voorkomend geval, voor de aanpassing ervan.

65. Een ander standpunt zou betekenen dat overheidsinstanties alleen krachtens overheidsbevoegdheid handelen wanneer zij dat op onberispelijke wijze doen, en dat wordt uitgesloten dat zij anders kunnen handelen, zoals in de praktijk wel eens gebeurt. Een ander standpunt zou ook tot moeilijkheden leiden wanneer het erom gaat aan te wijzen wie aansprakelijk is, daar, wanneer het geen handelingen *iure imperii* noch, per definitie, handelingen *iure gestionis* betreft, de schade uitsluitend aan de materiële veroorzakers zou kunnen worden toegerekend, en niet aan de instantie waartoe zij behoren; in het hoofdgeding is de vordering, zoals de Duitse regering benadrukt, tegen de staat, en niet tegen de soldaten gericht.

66. Bijgevolg doet de onrechtmatigheid, ongeacht de graad daarvan — met inbegrip van misdaden tegen de mensheid — aan de uiteengezette stelling niet af.

iii) Territorialiteit van de machtsuitoefening

67. Volgens de Poolse regering wordt het openbaar gezag binnen de territoriale gren-



zen van een staat uitgeoefend, zodat operaties van zijn strijdkrachten buiten zijn grenzen niet als de uitoefening van dit gezag kunnen worden aangemerkt.

68. Ook dit bezwaar kan niet worden aangevoerd. Het grondgebied begrenst de ruimte voor de uitoefening van de soevereiniteit; de handelingen van een staat buiten zijn grenzen hebben geen rechtsgevolgen. Er kunnen evenwel ten minste twee bijzondere gevallen worden onderkend, namelijk het geval van een invasie en dat van een interventie in een land door een leger van een ander land zonder dat het tot een bezetting komt. Dit tweede geval, dat in het hoofdgeding niet aan de orde is, doet specifieke problemen rijzen, die thans bijzonder relevant zijn en waarvoor oplossingen worden gezocht waarbij rekening wordt gehouden met de mogelijke instemming van de aangevallen staat of met de uitvoering van een mandaat van de internationale gemeenschap.

69. In het eerste bijzondere geval vindt er een tijdelijke of definitieve toe-eigening plaats die weliswaar laakbaar is, doch met een uitbreiding van de heerschappij van het binnenvallende land gepaard gaat. Het gaat niet aan deze omstandigheden te negeren en in de fictie te vervallen dat de invasietroepen, eens zij de grens zijn overgestoken, niet meer onder het gezag van hun bevelhebbers vallen, aangezien zij onder de leiding of het toezicht blijven staan van de staat waartoe zij behoren, en de band van hiërarchische ondergeschiktheid wordt gehandhaafd.<sup>55</sup>

55 — In het internationale humanitaire recht is het reeds aangehaalde Vierde Verdrag van Genève van 1949 betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd van toepassing in „alle gevallen van gehele of gedeeltelijke bezetting van het grondgebied van een Hoge Verdragsluitende Partij, zelfs indien deze bezetting geen gewapende tegenstand ontmoet” (artikel 2, tweede alinea).

#### iv) Bepalingen van het Executieverdrag

70. In een enkel betoog wordt gewag gemaakt van de systematische uitlegging van het verdrag, hetzij rechtstreeks, zoals in dat van de Italiaanse regering, die de stelling dat de ingestelde vordering als een „burgerlijke zaak” moet worden aangemerkt uitdrukkelijk afwijst, hetzij indirect, zoals in de verwijzingsbeschikking, waarin artikel 5, punt 3, wordt aangehaald.

71. Deze bepaling kan niet met goed gevolg worden ingeroepen, daar voor de toepassing daarvan is vereist dat het Executieverdrag zelf van toepassing is, hetgeen van artikel 1 afhangt.

72. In het Executieverdrag wordt een onderscheid gemaakt tussen de regeling die daarbij wordt ingevoerd — bestaande uit regels inzake de bevoegdheid of de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen — en de voorwaarden voor de toepasbaarheid van deze regeling — territoriale, temporele en materiële —, die voorafgaande voorwaarden voor de werking van het stelsel zijn; is aan deze voorwaarden niet voldaan, zoals in het onderhavige geval, dan is ieder ander onderzoek overbodig.

73. In het arrest van 27 september 1988 in de zaak Kalfelis<sup>56</sup> heeft het Hof geoordeeld

56 — Zaak 189/87, Jurispr. blz. 5565.

dat aansprakelijkheidsvorderingen die geen verband houden met een „verbintenis uit overeenkomst” in de zin van artikel 5, punt 1, onder het begrip „verbintenis uit onrechtmatige daad” in de zin van artikel 5, punt 3, vallen (punt 18).<sup>57</sup> Of er sprake is van de uitoefening van overheidsbevoegdheden — welke aangelegenheid *ratione materiae* van het Executieverdrag is uitgesloten —, hangt evenwel niet af van de ingestelde vordering, maar van de grondslag en de aard daarvan alsmede van de wijze waarop zij wordt ingesteld; door een andere zienswijze zou de autonomie van de begrippen in artikel 1 in het gedrang komen. Verder verschilt de regeling inzake de vergoeding van schade door overheidshandelen sterk van de ene verdragsluitende staat tot de andere als gevolg van de verschillen tussen de „common law”-stelsels en de continentale stelsels alsmede wegens de verschillen die tussen laatstgenoemde onderling bestaan.<sup>58</sup>

57 — In dezelfde zin reeds aangehaalde arresten Réunion européenne e.a., punt 22; Henkel, punt 36; arresten van 26 maart 1992, Reichert en Kockler (C-261/90, Jurispr. blz. I-2149, punt 16), en 11 juli 2002, Gabriel (C-96/00, Jurispr. blz. I-6367, punt 33).

58 — Voorbeelden van deze divergentie: voor Duitsland, § 839 van het Burgerlijk Wetboek, juncto § 34 van de Grondwet; voor Oostenrijk, § 23 van de federale Grondwet en de federale wet van 18 december 1948 die de aansprakelijkheid regelt van de federale overheid, de deelstaten, de districten, de gemeenten en de andere publiekrechtelijke overheidslichamen en -instellingen voor schade die voortvloeit uit de toepassing van wetten; voor België, de artikelen 1382 e.v. van het Burgerlijk Wetboek; voor Cyprus, de artikelen 146 en 172 van de Grondwet; voor Spanje, de artikelen 9 en 106 van de Grondwet alsmede de artikelen 139 e.v. van wet 30/1992 van 26 november 1992 op het rechtsregime van de staat en de gemeenschappelijke bestuurlijke procedure; voor Estland, artikel 25 van de Grondwet en de wet van 2 mei 2001 inzake staatsaansprakelijkheid; voor Finland, artikel 118 van de Grondwet en wet 412/1974 inzake civielrechtelijke aansprakelijkheid; voor Griekenland, artikel 105 van de wet tot invoering van het Burgerlijk Wetboek; voor Hongarije, artikel 349 van het Burgerlijk Wetboek; voor Italië, de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad; voor Nederland, artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek; voor Polen, artikel 77 van de Grondwet en de artikelen 417 e.v. van het Burgerlijk Wetboek; voor Slovenië, artikel 26 van de Grondwet en artikel 63 van de wet inzake administratiefrechtelijke geschillen; voor Zweden, de wet van 2 juni 1972 betreffende schade; voor de Tsjechische Republiek, artikel 36 van het Handvest van de grondrechten en fundamentele vrijheden. Deze opsomming legt de verschillen bloot, daar in bepaalde staten het beginsel op het hoogste normatieve niveau is vastgelegd, in andere in specifieke regelingen, en in nog andere naar het privaatrecht wordt verwezen, zonder de — niet genoemde — staten te vergeten waar het beginsel in de rechtspraak is ontwikkeld.

## VI — Onderzoek van de tweede prejudiciële vraag

74. De verwijzende rechter wenst van het Hof eveneens te vernemen of de immuniteit van jurisdictie van de staten verenigbaar is met het stelsel van het Executieverdrag en of, bij bevestigend antwoord, de toepassing van het verdrag wordt geneutraliseerd.

75. Gelet op het door mij voorgestelde antwoord op de eerste vraag, hoef ik de tweede vraag niet te bespreken.

76. Zou het Hof beslissen er toch op in te gaan, dan zou het in overweging moeten nemen dat de immuniteit een procedurele hindernis is<sup>59</sup>, waardoor wordt belet dat de gerechten van een staat uitspraak doen over de aansprakelijkheid van een andere staat, daar, zoals de Italiaanse regering in haar opmerkingen stelt, het beginsel *par in parem non habet imperium* geldt — althans wat handelingen *iure imperii* betreft —, zodat de toegang tot de rechter wordt belemmerd.

59 — Aldus kwalificeert het Europees Hof voor de rechten van de mens de immuniteit van jurisdictie van de staten in drie arresten van 21 november 2001, Al-Adsani v. Verenigd Koninkrijk, § 48; McElhinney v. Ierlanda — reeds aangehaald —, § 25; en Fogarty v. Verenigd Koninkrijk, § 26; Recueil des arrêts et décisions, 2001-XI.

77. Bevoegdheid vooronderstelt rechtsmacht, die zij begrenst om binnen het geheel van gerechten van een gebied datgene te kunnen aanwijzen dat een concreet geschil moet beslechten. Hoewel deze begrippen nauw met elkaar zijn verweven, sluiten zij elkaar niet uit en spreken zij elkaar niet tegen.

78. De vraag naar de immuniteit van jurisdictie van de staten gaat derhalve vooraf aan de vraag naar de toepasbaarheid van het Executieverdrag, aangezien, wanneer geen vordering kan worden ingesteld, niet van belang is welke rechter er kennis van moet nemen. Voorts overschrijdt het onderzoek van de immuniteit in het onderhavige geval en de gevolgen daarvan voor de mensenrechten de bevoegdheden van het Hof.

## VII — Conclusie

79. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging op de prejudiciële vragen van het Efeteio Patron te antwoorden als volgt:

„Een rechtsvordering die wordt ingesteld door natuurlijke personen van een staat die partij is bij het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, teneinde vergoeding te verkrijgen voor de schade die de strijdkrachten van een andere verdragsluitende staat bij de invasie van het grondgebied van eerstbedoelde staat in het kader van krijgsv verrichtingen hebben veroorzaakt, valt ook dan niet binnen het materiële toepassingsgebied van dit verdrag, wanneer deze handelingen als misdaden tegen de mensheid moeten worden beschouwd.”