

I. Inleiding

In een brief van 26 april 2005 heeft de Minister van Buitenlandse Zaken de Commissie van Advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken (CAVV) verzocht advies uit te brengen inzake de door de International Law Commission (ILC) van de Verenigde Naties opgestelde Ontwerpartikelen met betrekking tot diplomatieke bescherming, zoals aangenomen na eerste lezing. De CAVV heeft de eer de Minister hierover als volgt te adviseren.¹

Speciale dank gaat uit naar Prof. dr. John Dugard, de Special Rapporteur van de ILC voor diplomatieke bescherming, voor zijn presentatie over de Ontwerpartikelen. Hoewel Prof. Dugard lid is van de CAVV heeft hij, gelet op zijn functie als Special Rapporteur, niet deelgenomen aan de toetstandkoming van dit advies.

II. Algemeen commentaar

De CAVV is in het algemeen positief over de Ontwerpartikelen en spreekt dan ook lof uit voor het werk dat de ILC tot nu toe heeft verricht.

De CAVV wijst erop dat reeds in zijn eerste rapport de ILC Special Rapporteur, John Dugard, het probleem van de diplomatieke bescherming ook plaatste in het kader van de bescherming van de mensenrechten; "... diplomatic protection remains an important weapon in the arsenal of human rights protection."² Ook in zijn vijfde rapport wijst de Special Rapporteur er op dat "the customary international law rules on diplomatic protection that have evolved over several centuries, and the more recent principles governing the protection of human rights, complement each other and, ultimately, serve a common goal – the protection of human rights".³

De CAVV sluit zich volledig aan bij dit standpunt van de Special Rapporteur.

Vanuit dit perspectief betreurt de CAVV dat dit complementaire karakter van de diplomatieke bescherming onvoldoende is uitgewerkt zowel in de artikelen als in het commentaar.

De formulering van sommige artikelen is in overeenstemming met de huidige bescherming van de mensenrechten en andere ontwikkelingen in het volkenrecht. Volgens de CAVV bevatten de Ontwerpartikelen, in dit stadium, onvoldoende elementen van en ruimte voor progressieve ontwikkeling. Een aantal tekstvoorstellen van de CAVV bij de Ontwerpartikelen (bijvoorbeeld bij artikel 3) vinden hun inspiratie in de hier geschetste algemene invalshoek.

De CAVV spreekt de hoop uit dat de ILC bij de verdere discussie meer aandacht schenkt aan de positie van het individu.

III. Artikelsgewijs commentaar

Artikel 1 (Definition and scope)

Dit artikel sluit consulaire bijstand uit. Wellicht zou deze exceptie expliciet in het commentaar vermeld moeten worden.

In de Ontwerpartikelen wordt een onderscheid gemaakt tussen "diplomatic action" en "other means of peaceful settlement". Het is niet altijd even duidelijk of een artikel betrekking heeft op het één en/of op het ander. De CAVV stelt voor om in het commentaar te vermelden dat een aantal artikelen alleen betrekking heeft op "other means of peaceful settlement".

Volgens paragraaf 2 van het commentaar op pagina 25 moet een "wrongful act" hebben plaatsgevonden vooraleer diplomatieke bescherming kan worden uitgeoefend. In het commentaar zou kunnen worden opgenomen dat het buiten kijf staat dat buiten het raamwerk van deze Artikelen vele andere mogelijkheden zijn voor een Staat om de nodige stappen te ondernemen ter bescherming van zijn onderdanen vóórdát een "wrongful act" daadwerkelijk plaatsvindt.

Tot slot is de CAVV van mening dat de term "its national" te beperkt is, daar de reikwijdte van de Artikelen in latere artikelen wordt uitgebreid. Derhalve dient aan paragraaf 4 van het commentaar op pagina 4 een zin te worden toegevoegd die duidelijk maakt dat het niet de bedoeling is van artikel 1 om artikel 8 uit te sluiten.

¹ In de Annex bij dit advies zijn de Ontwerpartikelen van de ILC, zoals aangenomen na eerste lezing, opgenomen Tenzij anders vermeld, hebben alle verwijzingen naar pagina's en paragrafen in dit advies betrekking op UN doc. A/59/10 waarin de Ontwerpartikelen en het commentaar staan vermeld op pp. 13 t/m 93.

² First report on diplomatic protection, UN doc. A/CN.4/506, para. 32.

³ Fifth report on diplomatic protection, UN doc. A/CN.4/538, para. 37.

Artikel 2 (Right to exercise diplomatic action)

In paragraaf 3 van het commentaar op pagina 28 staat: “(t)he right of a State to exercise diplomatic protection may only be carried out within the parameters of the present articles”. Het is niet duidelijk wat deze parameters precies zijn. De CAVV is van mening dat, gelet op de formulering van artikel 2, deze paragraaf beter kan worden geschrapt dan wel verduidelijkt.

Artikel 3 (Protection by the State of nationality)

De CAVV stelt voor om het eerste lid als volgt te herformuleren: “The State of nationality is the State entitled to exercise diplomatic protection.” Op deze wijze staat het perspectief vanuit het individu meer centraal.

Voorts is het zaak om dit artikel te bezien in het licht van het Europees burgerschap. Op dit moment is er geen aanleiding om hierop specifiek in te gaan, maar toekomstige ontwikkelingen zijn niet te overzien. De CAVV adviseert om de aandacht van COJUR hierop te vestigen.

Artikel 5 (Continuous nationality)

De CAVV ondersteunt de in dit artikel voorgestelde regeling, daar deze probeert de positie van het individu te beschermen.

De CAVV heeft zich gebogen over de vraag of de uitspraak van het arbitrage tribunaal in de zaak Loewen aanleiding geeft artikel 5 te wijzigen. Paragraaf 225 van deze Loewen uitspraak luidt: “Claimant TLI urges that since it had the requisite nationality at the time the claim arose, and, antedate the time that the claim was submitted, it is of no consequence that the present real party in interest – the beneficiary of the claim – is an American citizen. Both as a matter of historical and current international precedent, this argument must fail. In international law parlance, there must be continuous national identity from the date of the event giving rise to the claim, which date is known as the dies a quo, through the date of the resolution of the claim, which date is known as the dies ad quem.”⁴

De CAVV is echter van oordeel dat het niet duidelijk is of de Loewen zaak inderdaad de staat van het recht weergeeft. Voorts zou toepassing van deze regel ongewenste consequenties hebben in situaties waarin een derde land betrokken is. Zo is o.m. de volgende casus denkbaar: een persoon heeft op het moment dat Luxemburg een schadeveroorzakende actie tegen hem onderneemt de Nederlandse nationaliteit. Nederland besluit vervolgens om diplomatieke bescherming uit te oefenen. Voordat de rechter of arbiter een uitspraak kan doen verliest deze persoon de Nederlandse nationaliteit en verwerft de Duitse. Toepassing van de Loewen-criteria zou inhouden dat noch Nederland, noch Duitsland i.c. ‘volledige’ diplomatieke bescherming uit zou kunnen oefenen.

In lid 3 verdient het de voorkeur om de zinsnede “shall not be exercised” te vervangen door “may not be exercised”; “may not” is meer in lijn met de discretionaire bevoegdheid van de Staat m.b.t. de uitoefening van diplomatieke bescherming. Ook staat “may not” eveneens in de artikelen 7 en 14. Voorts wordt in de rest van Ontwerpartikelen de term “injury caused” gebruikt i.p.v. “injury incurred”, zoals in dit lid. Een consistent woordgebruik wordt aanbevolen.

Artikel 8 (Stateless persons and refugees)

Dit is een van de weinige progressieve elementen in deze Ontwerpartikelen. De CAVV ziet dit artikel als een stap in de goede richting en heeft begrip voor de argumenten van de ILC genoemd in paragraaf 7 op pagina 46 van het commentaar.

Artikel 9 (State of nationality of a corporation)

De CAVV is van mening dat de ILC dit artikel nader zou moeten onderzoeken en hierbij kijkt naar vergelijkend ondernemingsrecht en ontwikkelingen in de economische realiteit. De huidige formulering sluit echter de mogelijkheid van duale nationaliteit voor ondernemingen uit. De ILC kan worden gewezen op het bestaan van ondernemingen met een duale nationaliteit in Nederland (o.m. Unilever en Fortis).

De CAVV stelt voor om de zinsnede “or some similar connection” te verwijderen; dit is te vaag. De criteria van de Barcelona Traction zaak⁵ zijn in dit artikel reeds voldoende aangepast om tegemoet te komen aan de divergerende nationale juridische systemen. Toevoeging van dit “criterium” scheidt slechts onduidelijkheid.

⁴ The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Award, 42 ILM 811 (2003).

⁵ The Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, I.C.J. Reports, 1970.

Artikel 10 (Continuous nationality of a corporation)

Het commentaar bij artikel 5 is ook van toepassing op dit artikel.

Artikel 11 (Protection of shareholders)

Dit artikel blijkt controversieel binnen de Zesde Commissie. De ILC heeft getracht de twee uitzonderingen zoals geformuleerd in de Barcelona Traction zaak te codificeren. De CAVV is met de ILC van mening dat de Staat van nationaliteit van de aandeelhouder in het geval van een zogenaamde “calvo cooperation” diplomatieke bescherming uit zou mogen oefenen.

In lid (b) staat: “alleged to be responsible for causing the injury”. In artikel 14, lid 2, wordt de volgende formulering gehanteerd: “alleged to be responsible for the injury”. De formuleringen in de Ontwerpartikelen dienen consistent te zijn.

Artikel 13 (Other legal persons)

De zinsnede “engaged in worthy causes” in paragraaf 4 van het commentaar op pagina 67 is niet noodzakelijk en dient aldus te worden verwijderd. De CAVV is van mening dat de discretionaire bevoegdheid van de Staat om diplomatieke bescherming uit te oefenen voldoende ruimte biedt.

Artikel 14 (Exhaustion of local remedies)

De CAVV stelt voor om de volgende passage op te nemen in het commentaar:

‘No prior exhaustion of local remedies is required for diplomatic action stopping short of bringing an international claim. See Restatement (Third) of the Foreign relations Law of the United States (1987), paragraph 703, Comment d: “The individual’s failure to exhaust domestic remedies is not an obstacle to informal intercession by a state on behalf of an individual.”’

Voorts is de CAVV van mening dat in het commentaar duidelijk moet worden gesteld of er een onderscheid is tussen “rule” en “principle”.

Tot slot constateert de CAVV dat er een gebrek aan consistentie is in het commentaar m.b.t. “claim”. Paragraaf 3 op pagina 96 scheidt enige verwarring. In samenhang hiermee de paragrafen 5 op pagina 26 en 6 op pagina 36 lezend, is het onduidelijk of “claim” slechts moet worden gezien als een formele claim.

Artikel 16 (Exceptions to the local remedies rule)

De CAVV is van mening dat op pagina 82 van het commentaar dient te worden opgenomen dat zowel “legal denial” als “factual denial” zijn gedekt door dit artikel.

Artikel 17 (Actions or procedures other than diplomatic action)

De zinsnede “under international law” dient te worden verwijderd. De CAVV is van oordeel dat het recht om bijvoorbeeld een *amicus curiae* brief in te dienen in een nationale procedure, zoals de EU heeft gedaan in Amerikaanse rechtszaken, onverlet moet blijven.

Ook suggereert de CAVV de formulering van dit artikel, analoog aan artikel 19, als volgt aan te passen:

“The rights of States, natural persons or other entities to resort to actions or procedures other than diplomatic protection to secure redress for injury suffered as a result of an internationally wrongful act, are not affected by the present draft articles.”

Artikel 19 (Ship’s crews)

De CAVV beveelt aan dit artikel onder artikel 8 te plaatsen. Binnen de structuur van de Ontwerpartikelen ligt dat meer voor de hand.

IV. Overige commentaar

Hoewel de adviesaanvraag zich beperkt tot de eerste 19 Ontwerpartikelen, wenst de CAVV in dit stadium toch in te gaan op het vijfde en zesde rapport van de Special Rapporteur.⁶

Op de pagina’s 19-21 van het vijfde rapport staan twee voorstellen inzake “saving clauses” die een mogelijk alternatief zijn voor de artikelen 17 en 18. Het eerste voorstel, een alternatief voor artikel 17, luidt:

“Article 26

These articles are without prejudice to the right that a State other than a State entitled to exercise diplomatic protection or an individual may have as a result of an internationally wrongful act.”

Het standpunt van de CAVV is dat dit artikel kan worden ondersteund.

⁶ Zie voetnoot 3. Sixth report on diplomatic protection, UN doc. A/CN.4/546

Het tweede voorstel bevat een alternatieve formulering voor artikel 21, waarbij de artikelen 17 en 18 worden samengevoegd:

“These articles are without prejudice to the rights of States or persons to invoke procedures other than diplomatic protection to secure redress for injury suffered as a result of an internationally wrongful act [that might also give rise to a claim for diplomatic protection by the State of nationality of the injured person].”

De CAVV is van oordeel dat ook steun kan worden uitgesproken voor deze “omnibus saving clause”. In het zesde rapport wordt de “clean hands” doctrine behandeld. De CAVV ondersteunt de conclusies van de Special Rapporteur.