



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

FRONTEX, grenzen aan Status of Forces?

Voetelink, J.E.D.

Publication date

2011

Document Version

Final published version

Published in

Militair Rechtelijk Tijdschrift

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Voetelink, J. E. D. (2011). FRONTEX, grenzen aan Status of Forces? *Militair Rechtelijk Tijdschrift*, 104(3), 144-152.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

FRONTEX, grenzen aan Status of Forces?

DOOR JOOP VOETELINK¹

Nederlands defensiepersoneel neemt met regelmaat deel aan internationale operaties die zijn ingesteld door het Europees Agentschap voor beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen (FRONTEX). De status van het personeel is in verschillende regelingen vastgelegd en verschaft hen niet altijd immuniteit van rechtsvervolging in de staat van verblijf. Deze bijdrage toetst de status van aan FRONTEX-operaties deelnemende militairen aan de internationale praktijk op het gebied van Status of Forces en onderzoekt of aanpassingen op dit vlak in aanstaande wijziging van de FRONTEX-verordening wenselijk zijn.

Inleiding

Nederland zet regelmatig materieel en personeel in ten behoeve van het EU-agentschap FRONTEX. De status van de bemanningen van de ter beschikking gestelde schepen en vliegtuigen wordt in voorkomend geval in een Status of Forces Agreement (SOFA)² vastgelegd.³ De status van leden van de Koninklijke Marechaussee (KMar) die als grensbewakingspersoneel worden ingezet, ligt daarentegen vast in EU-verordeningen. Deze wijken op het punt van de strafrechtsmacht af van de op dit punt gebruikelijke SOFA-bepalingen. In deze benadering kan de status van deelnemende Nederlandse militairen onderling verschillen, terwijl tevens de immuniteit voor strafrechtelijke vervolging in de staat van verblijf beperkt kan zijn.

De Nederlandse regering heeft de juridische positie van in het buitenland ingezet personeel altijd hoog in het vaandel gehad. Gezien de afwijkende regelingen die in de context van gemeenschappelijke FRONTEX-operaties gelden, doet zich de vraag voor of de aanstaande wijziging van de FRONTEX-verordening⁴ aanleiding zou kunnen zijn de statusregeling aan te passen. Deze bijdrage zal in dat verband de status van aan FRONTEX-operaties deelnemende militairen toetsen aan de internationale praktijk op het gebied van Status of Forces.

Hiertoe zullen eerst in het kort FRONTEX en de Nederlandse bijdragen aan activiteiten van dit agentschap worden besproken. Daarna volgt een bespreking van de statusregelingen

¹ Luitenant-kolonel mr. Joop Voetelink is als universitair docent militair recht geplaatst bij de Nederlandse Defensie Academie (NLDA). Deze bijdrage maakt deel uit van zijn promotieonderzoek onder auspiciën van het Amsterdam Center for International Law en de NLDA in het onderzoeksprogramma 'The Role of Law in Armed Conflict and Peace Operations' en is op persoonlijke titel geschreven.

²Voor een algemene uitleg van SOFA's zie Joop Voetelink, 'De EU SOFA; Status of Forces Agreement van de Europese Unie', *Militair Rechtelijk Tijdschrift* 2005, p. 90-92.

³ Vgl. sectie 9, onder c, *Memorandum of Understanding between Frontex, European Agency for the Management of Operational Cooperation at the external borders of Member States of the European Union and the Minister of Defence of the Kingdom of the Netherlands and the Minister of Justice of the Netherlands on technical equipment committed under Article 7 of Regulation (EC) No 2007/20004 (Frontex Regulation)*; 26 oktober 2004, Staten-Generaal 2007/08, 23490, 498, p. 1.

⁴ Commissiedocument nummer 61 van 24 februari 2010 (COM(2010)61).

die gelden voor dergelijke activiteiten, waarna een analyse volgt van gebruikelijke militaire statusregelingen. Na een vergelijking en analyse van de regelingen volgen de conclusie en de aanbevelingen.

FRONTEX

Met het Akkoord van Schengen⁵ begon een aantal Europese staten in 1985 met de geleidelijke afschaffing van controles aan de gemeenschappelijke grenzen. Het aantal deelnemende staten breidde zich geleidelijk uit. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam⁶ is het 'Schengen-acquis'⁷ onderdeel van het juridisch raamwerk van de EU geworden. Wijzigingen en aanvulling kunnen op het Schengen-acquis worden aangebracht met de juridische instrumenten die de EU ter beschikking staan.⁸ Binnen de aan de Schengenruimte deelnemende staten zijn de systematische controles aan de binnengrenzen afgeschaft en vervangen door een gemeenschappelijke buitengrens.

Ter verbetering van de bewaking van deze buitengrens richtte de EU in 2004 het Europees Agentschap voor beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen op.⁹ Naar de Franse benaming voor buitengrenzen, '*frontières extérieures*', kreeg het de naam FRONTEX. Het is gevestigd in Warschau¹⁰ en heeft onder meer tot taak het coördineren van de operationele samenwerking tussen de lidstaten op het gebied van het beheer van de buitengrenzen en het bijstaan van de lidstaten in omstandigheden die extra technische en operationele bijstand aan de buitengrenzen vergen.¹¹ Lidstaten kunnen hiervoor materieel aanbieden¹² bijvoorbeeld in de vorm van marineschepen of luchtvaartuigen met bemanning. Verder heeft de EU in 2007 een mechanisme opgezet voor de oprichting van snelle grensinterventieteams (Rapid Border Intervention Teams, RABITs) om snelle, operationele ondersteuning aan een lidstaat mogelijk

⁵ Akkoord tussen de Regeringen van de Staten van de Benelux Economische Unie, van de Bondsrepubliek Duitsland en van de Franse Republiek betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen; Schengen, 14 juni 1985 (Trb. 1985, 102).

⁶ Protocol tot opnemning van het Schengen-Acquis in het kader van de Europese Unie, als onderdeel van het Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende Akten; Amsterdam, 2 oktober 1997 (Trb. 1998, 11). Het verdrag trad op 1 mei 1999 in werking.

⁷ Het Akkoord van Schengen en daarmee samenhangende verdragen, overeenkomsten en voorschriften worden samen aangeduid als het 'Schengen-acquis'; zie de Besluiten van de Raad van 20 mei 1999 (PbEU 1999, L 176/1 en 176/17).

⁸ Voorheen artikel 249 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, thans artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (geconsolideerde versie: PbEU 2010, C 83/47): "Teneinde de bevoegdheden van de Unie te kunnen uitoefenen, stellen de instellingen verordeningen, richtlijnen, besluiten, aanbevelingen en adviezen vast."

⁹ Verordening (EU) nr. 2007/2004 van de Raad van 26 oktober 2004 tot oprichting van een Europees agentschap voor het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen van de lidstaten van de Europese Unie (PbEU 2004, L 349/1); gewijzigd bij Verordening (EU) nr. 836/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 tot instelling van een mechanisme voor de oprichting van snelle-grensinterventieteams en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2007/2004 van de Raad wat betreft dat mechanisme en de regeling van de taken en bevoegdheden van uitgezonden functionarissen van 11 juli 2007 (PbEU L 2007, 199/30), hierna: de gewijzigde FRONTEX-verordening.

¹⁰ Besluit van de Raad 2005/358/EG van 26 april 2005 (PbEU 2005, L 114/13).

¹¹ Artikel 2, eerste lid, onder (a) en (e) van de gewijzigde FRONTEX-verordening.

¹² Artikel 7 van de gewijzigde FRONTEX-verordening.

te maken.¹³ Voor deze teams kunnen lidstaten op verzoek van FRONTEX grensbewakingspersoneel ter beschikking stellen.¹⁴

In dit kader kunnen staten door FRONTEX gecoördineerde, gemeenschappelijke ('joint')¹⁵ operaties uitvoeren. Aangezien lidstaten van de EU verantwoordelijk blijven voor de controles van hun buitengrenzen, verricht buitenlands grensbewakingspersoneel taken en oefent het bevoegdheden uit overeenkomstig de instructies van en als algemene regel in aanwezigheid van grenswachten van de ontvangende lidstaat.¹⁶ De buitenlandse functionarissen mogen daarbij wapens dragen en met de instemming van de ontvangende lidstaat gewapend geweld gebruiken. Dat mag echter alleen in aanwezigheid van grenswachten van de ontvangende lidstaat en overeenkomstig het recht van die staat.¹⁷ Daarnaast mag geweld worden gebruikt in geval van zelfverdediging en ter verdediging van leden van de teams of van andere personen. Ook in die situatie moet het geweldgebruik in overeenstemming zijn met het nationale recht van de ontvangende lidstaat.¹⁸

Nederland stelt voor deze taken geregeld grenswachters van de KMar en de Zeehavenpolitie ter beschikking.¹⁹ Verder heeft Nederland in 2010 twee mijnenjagers van de Koninklijke Marine ingezet voor operatie Indalo bij Spanje²⁰ en een patrouillevliesvaartuig van de Kustwacht met een bemanning van de Koninklijke Luchtmacht voor operatie Poseidon in de Egeïsche Zee bij Griekenland.²¹

Status personeel

Iedere staat stelt op basis van het territorialiteitsbeginsel wetgeving op voor zijn eigen territoir. Deze wetten zijn dan van toepassing op iedereen die zich in dat territoir bevindt. Ook op personeel dat in het kader van FRONTEX in het buitenland is ingezet, zijn de buitenlandse regels daarom van toepassing. De bepaling dat het buitenlandse personeel in de ontvangende lidstaat de nationale wetgeving van die staat in acht moeten nemen, weerspiegelt dit beginsel.²²

¹³ Verordening (EU) nr. 836/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 tot instelling van een mechanisme voor de oprichting van snelle-grensinterventieteams en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2007/2004 van de Raad wat betreft dat mechanisme en de regeling van de taken en bevoegdheden van uitgezonden functionarissen van 11 juli 2007 (*PbEU* L 2007, 199/30); het eerste deel van de verordening wordt hierna aangeduid als de RABIT-verordening.

¹⁴ Artikel 3 van de RABIT-verordening.

¹⁵ Overigens wordt in het militaire jargon met 'joint' bedoeld op samenwerking van meerdere krijgsmachtdelen en wordt voor de samenwerking tussen krijgsmachten van verschillende staten de term 'combined' gebruikt.

¹⁶ Artikel 6, derde lid van de RABIT-verordening en artikel 10, derde lid van de gewijzigde FRONTEX-verordening.

¹⁷ Artikel 6, vijfde en zesde lid van de RABIT-verordening en artikel 10, vijfde en zesde lid van de gewijzigde FRONTEX-verordening.

¹⁸ Artikel 6, zevende lid van de RABIT-verordening en artikel 10, zevende lid van de gewijzigde FRONTEX-verordening.

¹⁹ *Kamerstukken I* 2010/11, 32 317, Q, p. 9.

²⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 21 501-28, nr. 59.

²¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 21 501-28, nr. 60.

²² Artikel 9 van de RABIT-verordening en artikel 10, tweede lid van de gewijzigde FRONTEX-verordening. Vergelijkbare bepalingen komen overigens in veel verdragen voor, bijvoorbeeld artikel 41 van het *Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer*; Wenen, 18 april 1961 (*Trb.* 1962, 101). In een commentaar op deze bepaling is opgemerkt dat de strekking van dergelijke bepalingen naar hedendaagse opvattingen inhoudt dat het lokale recht op degene die immuniteit geniet van toepassing is; Eileen Denza, *Diplomatic law. A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Oxford: Oxford University Press 1998, p. 373-374.

BESCHOUWING

Omgekeerd zullen zendstaten hun nationale strafwetgeving op uitgezonden militairen van toepassing verklaren. Nederland heeft in artikel 4 van het Wetboek van Militair Strafrecht vastgelegd dat op een Nederlandse militair die zich buiten Nederland aan enig strafbaar feit schuldig maakt, de Nederlandse strafwet van toepassing is. Daadwerkelijke uitoefening van die rechtsmacht is echter op het grondgebied van een andere staat niet direct mogelijk, maar kan alleen zover het internationale recht dit toelaat. Artikel 62 van de Wet militaire strafrechtspraak bepaalt in dit verband dat de bevoegdheden inzake vervolging en berechting van strafbare feiten buiten het Koninkrijk alleen kunnen worden uitgeoefend, zover het volkenrecht het toelaat. Kort gezegd betekent dit dat de buitenlandse staat geheel of gedeeltelijk afziet van de uitoefening van zijn rechtsprekende rechtsmacht over de buitenlandse, bezoekende militairen, zodat zij immuniteit van strafvervolging in die staat genieten.

Voor personeel dat deelneemt aan snelle grensinterventieteams of deelneemt aan een gezamenlijke operatie is dat niet het geval. Hun status is op vrijwel identieke wijze vastgelegd in de RABIT-verordening en de gewijzigde Frontex-verordening,²³ waarin staat:

Tijdens het inzetten van teams worden teamleden ... /Tijdens de uitvoering van een gezamenlijke operatie of een proefproject worden uitgezonden functionarissen ... op dezelfde wijze behandeld als functionarissen van de ontvangende lidstaat wat betreft alle eventuele strafbare feiten die tegen hen of door hen worden gepleegd.

Uit deze bepaling volgt niet dat de ontvangende lidstaat op enige manier afziet van de uitoefening van zijn strafrechtsmacht over de buitenlandse militairen en ander buitenlands personeel dat wordt ingezet. Zij genieten met andere woorden geen immuniteit in die staat en kunnen op gelijke voet als functionarissen van de ontvangende lidstaat door die staat worden vervolgd. Overigens behoudt de zendstaat het recht om een militair bij thuiskomst te vervolgen en te berechten, bijvoorbeeld in het geval een ontvangende lidstaat geen gebruik zou maken van zijn bevoegdheden.

De bovenstaande EU-verordeningen gelden niet voor de bemanningen van de schepen en het vliegtuig, zoals Nederland die ter beschikking had gesteld.²⁴ Voor deze situaties moeten aparte SOFA's tussen Nederland en de ontvangende lidstaat worden afgesloten, waarin de immuniteiten van de deelnemende militairen worden geregeld.²⁵ Voor zover bekend is dat echter niet gebeurd. Het vliegtuig van de Kustwacht werd slechts enkele weken ingezet. De ministers van Justitie en Defensie achten:

gelet op de aard, omvang en duur van de Nederlandse inzet ... het niet noodzakelijk over de rechtspositie van de Nederlandse militairen specifieke afspraken te maken.²⁶

²³ Artikel 11 van de RABIT-verordening en artikel 10 quater van de gewijzigde FRONTEX-verordening.

²⁴ De verordeningen zijn van toepassing op de snelle interventieteams (vgl. artikel 3, tweede lid van de RABIT-verordening) en grenswachten van de zendstaten 'guest officers' (vgl. artikel 1 bis, zesde lid van de gewijzigde Frontex-verordening).

²⁵ Zie sectie 9, onder c, van het MOU tussen NLD en FRONTEX van 26 oktober 2004, supra noot 3. Voor de goede orde zij vermeld dat het MOU alleen de terbeschikkingstelling van marineschepen regelt.

²⁶ Kamerstukken II, 2009/10, 21 501-28, 60, p. 2.

De marineschepen opereerden op de volle zee tussen Spanje en Marokko en Algerije, zodat alleen Nederland over de bemanning zijn strafrechtsmacht kon uitoefenen.²⁷ Voor bezoeken aan Spaanse havens in het kader van de operatie, die over het algemeen kort zijn, kunnen de bovengenoemde argumenten eveneens een rol hebben gespeeld. Voor de inzet van de schepen is dan ook geen SOFA met Spanje afgesloten, zodat de immuniteiten van de bemanningsleden dus niet expliciet zijn vastgelegd.

Internationale praktijk op gebied Status of Forces

Sinds de Eerste Wereldoorlog is de praktijk ontstaan om de status van in het buitenland verblijvende militairen in formele statusregelingen vast te leggen. Meestal gebeurt dit in verdragen waarvoor tegenwoordig de term SOFA wordt gebruikt. Statusregelingen in andere vorm zijn overigens ook mogelijk, zoals de regeling in de EU-verordeningen laat zien. Voor het gemak wordt in deze bijdrage de term SOFA voor alle vormen van statusregelingen gebruikt. Kern van SOFA's is de regeling van de uitoefening van de strafrechtsmacht over de in het buitenland verblijvende militairen.

Traditioneel zagen staten volledig af van de uitoefening van hun strafrechtsmacht over buitenlandse militairen, zover die militairen zich met hun instemming op hun grondgebied bevonden.²⁸ Dit had tot gevolg dat de zendstaten de exclusieve strafrechtsmacht over hun troepen in de staat van verblijf konden uitoefenen, dus met uitsluiting van de staat van verblijf. Vanaf de Tweede Wereldoorlog is een grove tweedeling te zien tussen overeenkomsten die zijn afgesloten in het kader van internationale crisisbeheersingsoperaties en internationale militaire samenwerking.

In 1956 stelden de Verenigde Naties (VN) de eerste VN-vredesmacht in. Deze United Nations Emergency Force (UNEF) moest na de Suez-crisis toezien op de beëindiging van de vijandelijkheden en de terugtrekking van de buitenlandse troepen uit Egypte. De status van de deelnemende strijdkrachten werd vastgelegd in een SOFA tussen de VN en Egypte.²⁹ In paragraaf II van deze overeenkomst was bepaald:

Members of the Force shall be subject to the exclusive jurisdiction of their respective national States in respect of any criminal offences which may be committed by them in Egypt.

Ook bij latere operaties bleven de VN dit beginsel van absolute immuniteit voor de strafrechtsmacht van de lokale rechtbanken trouw. Het werd later opgenomen in de *Model-status-overeenkomst van de VN* die de Secretaris-Generaal in 1990 opstelde op basis van de ervaringen

²⁷ Zie artikel 95 van het *Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee*; Montego-Bay, 10 december 1982 (Trb. 1983, 83; Nederlandse vertaling Trb. 1984, 55).

²⁸ Zie U.S. Supreme Court, *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812), <supreme.justia.com/us/11/116/case.html>.

²⁹ Israel gaf geen toestemming voor de ontplooiing van VN-troepen op haar grondgebied zodat alleen met Egypte een verdrag nodig was: *Exchange of letters constituting an agreement between the United Nations and the Government of Egypt concerning the status of the United Nations Emergency Force in Egypt*; New-York, 8 februari 1957 (Vol. 260 UNTS 1957, No. 3704).

die de VN in de loop der jaren hadden opgedaan.³⁰ Paragraaf 47, onder b van de *Model-status-overeenkomst* bevat de clause over de strafrechtelijke rechtsmacht ten aanzien van de militaire eenheden in een VN-operatie:

Military members of the military component of the United Nations peace-keeping operation shall be subject to the exclusive jurisdiction of their respective participating States in respect of any criminal offence which may be committed by them in [host country/territory].

De bepaling komt in vrijwel ongewijzigde vorm terug in de missie specifieke overeenkomsten die de VN afsluiten en heeft inmiddels een vrijwel gewoonterechtelijke status.³¹

Niet alleen de VN voeren crisisbeheersingsoperaties uit. In de loop van de tijd hebben onder andere de NAVO en de EU de leiding gehad over een groot aantal operaties en zijn verder de nodige operaties uitgevoerd door coalities van staten. Al deze operaties hebben met elkaar gemeen dat de afgesloten SOFA's steeds de immuniteit van de deelnemende troepen als uitgangspunt hebben.

SOFA's die worden afgesloten in het kader van de internationale militaire samenwerking kunnen eveneens uitgaan van de exclusieve rechtsmacht voor de zendstaten. Sinds de Tweede Wereldoorlog is het echter niet ongebruikelijk dat de zendstaten en staten van verblijf een soort verdeling van rechtsmacht overeenkomen. Als ondergrens geldt de functionele immuniteit voor buitenlandse troepen. In operationele termen laat zich dit vertalen in immuniteit voor vergrijpen die zijn begaan in de uitoefening van de dienst. Veel samenwerkings-SOFA's gaan uit van een meer verfijnde regeling, waarbij staten afhankelijk van de omstandigheden tot een uitgebalanceerde regeling komen. Het *NAVO-statusverdrag* is hiervan het beste voorbeeld en de systematiek uit dit verdrag is daarom in veel andere SOFA's overgenomen.³²

Wanneer geen SOFA wordt afgesloten, is de status van de in het buitenland verblijvende militair niet geheel zeker. Over het algemeen geldt dat overheidsfunctionarissen in de uitoefening van hun officiële werkzaamheden hun staat vertegenwoordigen. Gezien de soevereine gelijkheid van staten horen andere staten hierover geen rechtsmacht te kunnen uitoefenen. Datzelfde zou kunnen gelden voor militairen die daarom tijdens de uitoefening van de dienst immuniteit dienen te genieten. Het gegeven dat de meeste SOFA's ten minste de functionele immuniteit van militairen garanderen, is hiermee in overeenstemming.

³⁰ *Model Status-of-Forces Agreement for Peace-Keeping Operations*, Report of the Secretary-General, U.N.DOC A/45/594 van 09 October 1990.

³¹ Brief van de Office of Legal Affairs van de VN waarin werd verklaard dat de militaire eenheden in een VN-operatie onder de exclusieve strafrechtelijke rechtsmacht van de eigen zendstaat vallen "in accordance with the customary principles and practices applicable to peacekeeping"; 'Letter to the Acting Chair of the Special Committee on Peacekeeping Operations, United Nations, regarding immunities of civilian police and military personnel, 14 april 2004', *United Nations Juridical Yearbook 2004*, New-York: United Nations, Office of Legal Affairs 2004, p. 323-325.

³² Artikel VII van dit verdrag bevat, kort gezegd, een regeling waarbij, in geval van samenloop van rechtsmacht tussen zendstaat en staat van verblijf, de zendstaat voorrang heeft bij de uitoefening van zijn strafrechtsmacht in geval van vergrijpen begaan door eigen personeel in de uitoefening van de dienst of die met name betrekking hebben op de belangen, veiligheid, het personeel of materieel van de zendstaat.

Voor oorlogsschepen geldt van oudsher een apart regime. De vlagstaat heeft altijd volledige rechtsmacht over het schip en haar bemanning. Dat geldt zowel op volle zee als in een buitenlandse haven. In dat laatste geval moet het bezoek zijn aangekondigd en geaccepteerd door de staat van ontvangst. Aan wal heeft daarentegen de staat van verblijf strafrechtsmacht over de bemanning, behalve wanneer een vergrijp is gepleegd tijdens de uitoefening van de dienst.³³ In het algemeen wordt aangenomen dat vergelijkbare regels gelden voor militaire luchtvaartuigen en hun bemanning.³⁴ Het internationaal recht is echter op dit punt nog niet helemaal uitgekristalliseerd.

Vergelijking en analyse

De door de EU opgestelde verordeningen wijken af van de in de vorige paragraaf besproken regelingen. Zij bieden het grensbewakingspersoneel van de zendstaat geen enkele vorm van immuniteit, in tegenstelling tot SOFA's die minimaal de functionele immuniteit als uitgangspunt hebben. De FRONTEX-activiteiten worden uitgeoefend door overheidsfunctionarissen, waaronder militairen. Hoewel zij onder instructie van de ontvangende lidstaat daar hun werk doen, blijven zij onder het gezag van de zendstaat vallen.³⁵ Als vertegenwoordiger van de zendstaat ligt dan ten minste functionele immuniteit voor de hand.

Een verklaring voor de afwijkende regeling ligt wellicht in het feit dat de grensbewakingstaak geen specifieke militaire activiteit betreft en tot de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon tot de derde pijler (justitie en binnenlandse zaken) van de EU behoorde.³⁶ Het buitenlands-, veiligheids- en defensiebeleid behoorde tot de tweede pijler van de EU, waarvoor onder meer andere procedures golden. In de tweede pijler heeft de EU uitgebreide ervaring opgedaan met uiteenlopende civiele en gemengd civiel-militaire missies buiten het gebied van de lidstaten zoals politie, 'rule of law' en 'security sector reform' missies. Bij al dit soort missies geniet het personeel wel verdergaande immuniteiten.³⁷

Een andere verklaring is mogelijk dat de activiteiten binnen de EU plaatsvinden, zodat misschien een minder vergaande bescherming van het personeel nodig wordt geacht. Ook hier geeft de Europese praktijk echter een ander beeld te zien. Het in 2003 gesloten *EU-status-*

³³ Een dergelijke regeling was al opgenomen in het *Règlement sur le régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers*; Den Haag, 23 augustus 1989 van het Institut de Droit international en heeft nog steeds gelding; vgl. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 371-372.

³⁴ Zie bijvoorbeeld Judith Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter* (diss. Vrije Universiteit van Amsterdam) 2001, p. 208 en Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 372.

³⁵ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2010/11*, 32 317 Q, p. 6, waar de minister van Justitie verklaart dat Nederland het uiteindelijke gezag en bevel en derhalve de zeggenschap over het optreden van Nederlandse grenswachten in de ontvangende lidstaat behoudt.

³⁶ Met het inwerkingtreden van het Verdrag van Lissabon gaan de drie pijlers op in de EU

³⁷ Zie voor een uitgebreid overzicht: F. Naert, *International Law Aspects of the EU's Security and Defence Policy with a Particular Focus on the Law of Armed Conflict and Human Rights* (diss. Leuven), Antwerpen-Oxford-Leuven: Intersentia 2010, hoofdstuk 3.

verdrag³⁸ en het verdrag over de European Gendarmerie Force (EGF)³⁹ zijn van toepassing in lidstaten van de EU en volgen beide de systematiek van het NAVO-statusverdrag.

Een aspect dat de aandacht verdient, is dat het personeel in voorkomend geval van wapens gebruik mag maken. In principe mag dit alleen in aanwezigheid van collega's van de ontvangende lidstaat, maar in geval van zelfverdediging is dit een eigen bevoegdheid. Indien het personeel functionele immuniteit zou genieten, dan kan wapengebruik tijdens de uitoefening van de dienst worden getoetst aan het eigen, nationale recht. Dat is tevens het recht waarop de opleiding en training van de betreffende functionaris in het gebruik van dat wapen is gebaseerd. Onder de huidige EU-verordeningen kan dat niet, zodat het gewapend optreden in principe wordt getoetst aan het recht van de ontvangende lidstaat door de rechter uit die staat.⁴⁰ Het impliceert dat de regels op het gebied van met name zelfverdediging van de ontvangende lidstaat voldoende duidelijk moeten zijn en dat het personeel hierin wordt getraind.

Het afwijkende regime op het gebied van immuniteiten voor buitenlandse overheidsfunctionarissen dat de EU in haar FRONTEX-verordening hanteert, is niet in lijn met zowel de internationale praktijk als de door de EU gevolgde praktijk bij operaties en internationale samenwerking. De voorgestelde wijziging van de FRONTEX-verordening richt zich niet op dit specifieke onderdeel. Hoewel de wijzigingsprocedure het afgelopen jaar al is gestart, verdient het aanbeveling om dit aspect in ieder geval onder de aandacht te brengen.

De status van bemanningen van schepen en vliegtuigen die ten behoeve van FRONTEX worden ingezet, is minder problematisch. Er bestaan algemene internationale normen, hoewel die voor de bemanningsleden van vliegtuigen geen duidelijke internationaalrechtelijke grondslag hebben. Daarom zou voor de rechtszekerheid van de deelnemende militairen een specifieke SOFA de voorkeur hebben. Een SOFA heeft als bijkomend voordeel dat de status van personeel van de ontvangende lidstaat dat eventueel meevaart of -vliegt aan boord van Nederlandse schepen of luchtvaartuigen kan worden afgesproken.

Conclusie en aanbeveling

Met de ontwikkelingen die in gang zijn gezet met het Akkoord van Schengen zijn in de Schengenruimte de systematische grenscontroles aan de binnengrenzen komen te vervallen en fungeren voor Nederland de buitengrenzen van de EU nu als de eigen buitengrenzen. Nederland heeft dan ook belang bij een effectief beheer van die grenzen en een doeltreffende preventie en

³⁸ Akkoord tussen de lidstaten van de Europese Unie betreffende de status van de militairen en leden van het burgerpersoneel die bij de instellingen van de Europese Unie gedetacheerd zijn, van de hoofdkwartieren en de strijdkrachten die ter beschikking van de Europese Unie kunnen worden gesteld in het kader van de voorbereiding en de uitvoering van de opdrachten bedoeld in artikel 17, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, en van de militairen en leden van het burgerpersoneel van de lidstaten die aan de Europese Unie beschikbaar zijn gesteld om in dit kader op te treden (EU-SOFA); Brussel, 17 november 2003 (Trb. 2004, 142 en PbEU 2004, C 321). Het verdrag is nog niet in werking getreden.

³⁹ Verdrag tussen het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, de Italiaanse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden en de Portugese Republiek tot oprichting van het Europees Gendarmeriekorps EUROGENDFOR; Velsen, 18 oktober 2007 (Trb. 2007, 227). Het verdrag is nog niet in werking getreden.

⁴⁰ Het recht op zelfverdediging naar het recht van de ontvangende lidstaat kan ruimer zijn dan het Nederlandse recht op noodweer (artikel 41 Wetboek van Strafrecht). Wanneer het optreden van een Nederlandse functionaris kan worden gerechtvaardigd op basis van het ruime recht op zelfverdediging van de andere staat maar niet op basis van artikel 41 Sr, dan kan de militair onder deze specifieke omstandigheden in Nederland voor zijn handelen worden vervolgd.

BESCHOUWING

bestrijding van illegale immigratie.⁴¹ In dat kader levert Nederland een bijdrage aan FRONTEX, het agentschap dat is belast met het beheer van de operationele samenwerking aan de buitengrenzen. De afgelopen jaren heeft Nederland onder meer personeel van de KMar ingezet en marineschepen en een kustwachtvliegtuig met bemanning.

De status van het KMar-personeel is gebaseerd op de regeling in de gewijzigde FRONTEX en RABIT-verordeningen. De beide EU-verordeningen verlenen buitenlandse functionarissen, waaronder de uitgezonden militairen, in de ontvangende lidstaat geen immuniteit voor strafrechtelijke vervolging. In geval van een strafrechtelijk vergrijp is daarom de rechter van de ontvangende lidstaat bevoegd de betrokken functionaris te berechten.

Deze benadering is niet in overeenstemming met de internationale praktijk op het gebied van Status of Forces waarbij militairen ten minste functionele immuniteit genieten en bij de uitvoering van operaties zelfs volledig onder de rechtsmacht van de eigen staat blijven vallen. De benadering wijkt ook af van de praktijk van de EU zelf, waarbij voor zowel civiele en militaire operaties als internationale militaire samenwerking de deelnemende functionarissen vaak vergaande immuniteit genieten.

Het verdient daarom aanbeveling de status van personeel in het kader van activiteiten van FRONTEX onder de aandacht te brengen bij de lopende herziening van de FRONTEX-verordening. Daarbij zou de functionele immuniteit, in operationele termen vertaald als immuniteit in de uitoefening van de dienst, het uitgangspunt moeten zijn. Gezien de uitgebreide ervaring die is opgedaan met het *NAVO-statusverdrag* en het feit dat de EU de systematiek uit dit verdrag ook ten grondslag heeft gelegd aan het *EU-statusverdrag* en het *EGF-verdrag*, zou deze regeling dan de voorkeur hebben.

Voor bemanningsleden van de marineschepen en het kustwachttoestel zouden SOFA's moeten worden afgesloten. Dat is echter tot nu toe op pragmatische gronden niet gebeurd. Hoewel in het internationale recht de status van oorlogsschepen en hun bemanning voldoende vaststaat, lijkt dat niet het geval ten aanzien van militaire luchtvaartuigen en hun bemanning. Het verdient daarom aanbeveling dat Nederland met de ontvangende lidstaten SOFA's afsluit. Deze zouden voor langere tijd moeten gelden, zodat niet voor elke, soms kort durende, bijdrage een apart verdrag hoeft te worden opgesteld. Daarbij zou moeten worden gekozen voor een regeling die zoveel mogelijk aansluit bij de te wijzigen regeling in de FRONTEX-verordening. Zo worden verschillen in de rechtspositie van alle deelnemende buitenlandse functionarissen voorkomen. Voor een echt uniforme praktijk zou FRONTEX een model-SOFA kunnen opstellen.

⁴¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 22 I 12, nr. 1013, p. 2.