

BIJDRAGEN

**Chapeau agreement,
militaire samenwerking met de Verenigde Staten juridisch onderbouwd?**

door

MR. JOOP VOETELINK¹⁾

Inleiding

De Nederlandse krijgsmacht werkt op veel verschillende gebieden samen met buitenlandse militaire partners. Dit varieert van de ontwikkeling en aanbesteding van geavanceerde (wapen)systemen tot internationale coördinatie van zee- en luchttransport en van de uitwisseling van individuele personeelsleden tot gezamenlijk optreden in crisisbeheersingsoperaties tot ver buiten de landsgrenzen. Voor het vastleggen van de afspraken over deze internationale militaire samenwerking kunnen landen kiezen voor verdragen in de zin van de Weense Conventie.²⁾ Daarnaast is een wijdverbreide praktijk ontstaan om in plaats hiervan minder formele, niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten³⁾ te gebruiken die in de praktijk vaak worden aangeduid als Memoranda of Understanding. Een gebruik dat overigens niet is beperkt tot militaire samenwerking en ook veel toepassing vindt op bijvoorbeeld monetair en milieugebied.⁴⁾

Veel landen, waaronder Nederland, zien dit laatste type overeenkomst als een soort internationaal covenant of beleidsakkoord dat de betrokken ministers weliswaar politiek verplicht zich aan de gemaakte afspraken te houden, maar dat verder de landen niet in juridische zin kan binden. Er bestaan echter geen internationaal-rechtelijke regels over dit type afspraken, zodat onduidelijkheid kan ontstaan of het inderdaad om niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten gaat of dat zij misschien toch echte verdragen vormen. Verschil van inzicht hierover kan met name bestaan met landen die binnen hun rechtssysteem vereenvoudigde procedures kennen voor het afsluiten van verdragen, die raakvlakken hebben met de procedures voor het opstellen van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten.

De Verenigde Staten (VS) vormen een voorbeeld van een land waarmee Nederland op defensiegebied nauw samenwerkt en waar bepaalde uitvoerende instanties bevoegd zijn om verdragen in vereenvoudigde vorm af te sluiten (*executive agreements*). Overeenkomsten van dit type zijn enerzijds verdragen in de zin van de Weense conventie, maar vertonen anderzijds kenmerken van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten. De ervaringen van de afgelopen jaren laten zien dat door de raakvlakken die tussen beide soorten overeenkomsten bestaan, onduidelijkheid kan ontstaan over de afspraken op het gebied van militaire samenwerking tussen Nederland en de VS. Een overeenkomst kan door de VS worden gezien als een verdrag in de vorm van een executive agreement terwijl Nederland diezelfde overeenkomst aanmerkt als niet-juridisch verbindende overeenkomst. Dit verschil van in-

¹⁾ Schrijver is docent recht aan de Faculteit Militaire Wetenschappen van de Nederlandse Defensie Academie. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven en geeft niet noodzakelijkerwijs de mening weer van het ministerie van defensie of daaraan verbonden personen.

²⁾ *Weense Conventie inzake het verdragenrecht*, van 23 mei 1969 (Trb. 1972, 51, 1977, 169).

³⁾ In deze bijdrage gebruik ik de vertaling van '*non-treaty agreement*' om het onderscheid met een verdrag tot uitdrukking te brengen; zie: Harmut Hillgenberg, A fresh look at soft law, *European Journal of International Law* (1999), Vol. 10 No. 3, p. 500.

⁴⁾ Zie bijvoorbeeld: Kal Raustiala, Form and substance in international agreements, *American Journal of International Law*, 2005, Vol. 99, p. 584.

zicht vraagt om de nodige omzichtigheid bij het formaliseren van de gewenste en soms ook noodzakelijke samenwerking met de VS.

Ditzelfde probleem was begin jaren negentig van de vorige eeuw voor het Verenigd Koninkrijk (VK), Canada en Australië aanleiding hierover verdragen te sluiten met de VS. Deze zogenoemde 'Chapeau agreements'⁵⁾ worden momenteel verder uitgewerkt⁶⁾ en bestrijken nu vrijwel het hele vlak van militaire samenwerking. Uit de praktijk van deze landen blijkt dat de in de Chapeau agreements vastgelegde regelingen verschillen van inzicht in het karakter van de gemaakte afspraken helpen overbruggen. Deze bijdrage gaat in op het gebruik van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten en bespreekt de mogelijkheden die een Chapeau agreement kan bieden voor de Nederlandse defensie.

Het belang van een Chapeau agreement is moeilijk uit te leggen zonder eerst stil te staan bij de niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten. Daarom ga ik eerst uitgebreid in op de kenmerken van deze overeenkomsten en de beperkingen die aan het gebruik hiervan kleven. Vervolgens schets ik in hoofdlijnen de Amerikaanse executive agreement. In daarop volgende paragraaf wordt besproken hoe de verschillende zienswijzen op het gebruik van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten de laatste decennia meer in de aandacht kwamen te staan. Na een beschrijving van de Chapeau agreement en de meest recente ontwikkelingen op dit gebied, wordt onderzocht of het afsluiten van een Chapeau agreement tussen Nederland en de VS het gebruik van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten kan vereenvoudigen

Niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten in het algemeen

Wanneer landen een internationale overeenkomst afsluiten dan kan dit, zoals gezegd, in de vorm zijn van een verdrag in de zin van artikel 2 van de Weense Conventie. Kenmerkend voor deze traditionele manier van het vastleggen van internationale afspraken, is de wil of intentie van de staten dat de afspraken elkaar over en weer juridisch binden.⁷⁾ Met de voortdurende groei van de internationale contacten en complexiteit van de onderlinge verhoudingen zijn in de loop van de tijd naast verdragen andere instrumenten tot ontwikkeling gekomen waarin meer nadruk wordt gelegd op het morele en politieke gewicht van de afspraken en het juridisch verbindende element meer op de achtergrond is komen te staan. In een sterk vereenvoudigde weergave van de internationale praktijk kunnen deze als niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten tegenover verdragen worden geplaatst. Een dergelijke bipolaire benadering doet niet volledig recht aan de grote verscheidenheid aan soorten internationale overeenkomsten. Eerder lijkt sprake te zijn van een glijdende schaal waarop de overeenkomsten langzaam in elkaar overlopen.⁸⁾ De discussie hierover is nog volop gaande en in de literatuur lopen de meningen uiteen. Om zaken niet te veel te compliceren, ga ik daarom in deze bijdrage uit van de tegenstelling: niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten - internationale verdragen. Daarbij heb ik

⁵⁾ Bijvoorbeeld de *Exchange of Notes between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United States of America concerning Defence Co-Operation Arrangements*, Washington 27 May 1993 (UK Treaties Series No. 69 (1993); 1792 UNTS 145).

⁶⁾ Het VK en de VS hebben in juni 2007 de bestaande Chapeau Agreement door middel van een exchange of notes (briefwisseling) gewijzigd (niet gepubliceerd; kopie in bezit schrijver).

⁷⁾ Zie bijvoorbeeld: J.C.E. van den Brandhof, Een nieuw licht op internationale overeenkomsten, sep. 2002, in: J.-H. Reestman en J.L. de Reede (red.), *Op het snijvlak van recht en politiek* (Prakke-bundel), Kluwer 2003, p. 27.

⁸⁾ Christine Chinkin in *Commitment and compliance, the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford 2000, p. 36.

de niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten voor ogen zoals deze in de praktijk van de internationale militaire samenwerking gebruikelijk zijn en die in overeenstemming zijn met het beleid van de Nederlandse regering⁹⁾. Zeker bij bespreking van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten op het gebied van militaire samenwerking is de tweedeling goed hanteerbaar.

Traditioneel worden niet-verdragsrechtelijk overeenkomsten in Nederland aangeduid als administratieve akkoorden of internationale beleidsafspraken.¹⁰⁾ Daarnaast komen tegenwoordig ook vaak de termen Memorandum of Understanding (MOU) en Technical Agreement voor.¹¹⁾ Het gaat hier om bilaterale of multilaterale administratieve overeenkomsten afgesloten tussen ministers of staatssecretarissen of hoge ambtenaren van verschillende landen voor wat betreft onderwerpen aangaande het hen toegewezen departement of vakgebied.¹²⁾

Formele aspecten

Deze beschrijving richt zich sterk op de formele kant van de overeenkomsten, waarbij een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst wordt gekenmerkt doordat de werking zich beperkt tot de functionarissen die, of namens wie, het document wordt ondertekend. Het zijn niet de landen die partij zijn bij de afspraken, zoals het geval is bij verdragen, maar de functionarissen die leiding geven aan een departement of een onderdeel daarvan; in veel gevallen een minister of staatssecretaris. Zij zijn niet in persoonlijke zin gebonden aan de overeenkomst, zoals het geval is bij een gentlemen's agreement,¹³⁾ maar functioneel, dus in de officiële hoedanigheid van hoofd van het ministerie. Dit brengt met zich mee dat na een functiewisseling ook de opvolgers zijn gebonden aan de aangegane verplichtingen. Gezien de hiërarchische verhoudingen binnen een departement is verder ook het personeel dat werkzaam is onder de (eind)verantwoordelijkheid van de ondertekenende functionaris gehouden aan de gemaakte afspraken. In de praktijk bindt een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst dus een bepaald ministerie. Indien de overeenkomst ook verplichtingen meebrengt voor andere ministeries zal de tekst mede door of namens die betrokken ministers moeten worden getekend.

Deze beperkte, interne, werking vond ook indirecte bevestiging in een van de weinige rechtszaken in Nederland waar een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst werd besproken. Het betrof de samenwerkingsovereenkomst¹⁴⁾ van landen die binnen een multinationale divisie deelnamen aan de stabilisatiemacht in Irak.¹⁵⁾ Een bijzonder onderdeel van de overeenkomst vormde de bijlage met daarin de richtlijnen voor geweldgebruik (Rules of Engagement). Naar aanleiding van het afvuren van waarschuwingsschoten die mogelijk de dood van een Iraakse burger tot gevolg hadden, moest de rechter onder meer een oordeel geven

⁹⁾ Draaiboek voor de wetgeving, tweede druk, Den Haag, 1989 en Aanwijzingen voor de regelgeving, Gereedschap voor de wetgevingspraktijk, Stcrt. 2005, 87; verwerkt in het rapport Memoranda of Understanding, Ministerie van Buitenlandse Zaken, Directie Juridische Zaken, Afdeling Internationaal Recht, maart 2000.

¹⁰⁾ Zie: Draaiboek voor de wetgeving, supra noot 9.

¹¹⁾ Inleiding van het rapport Memoranda of Understanding, supra noot 9.

¹²⁾ Fockema Andreae's verklarend en verwijzend juridisch woordenboek, p. 283.

¹³⁾ Wilfried Fiedler, Gentlemen's agreement, in: Encyclopedia of public international law, deel 7, 1984, p. 105 en Klabbers, The concept of treaty in international law, p. 106.

¹⁴⁾ MOU 'concerning the command arrangements and related matters for the Multinational Division (South East) within the Stabilisation Force in Iraq'.

¹⁵⁾ De Stabilisation Force in Iraq (SFIR), waarvoor de basis werd gelegd in VN Veiligheidsraadresolutie S/RES/1483 (2003) van 22 mei 2003.

over de betreffende overeenkomst.¹⁶⁾ In hoger beroep oordeelde het Gerechtshof dat de bijlage van een namens de Minister van Defensie ondertekend MOU onder bepaalde voorwaarden kan worden aangemerkt als een dienstvoorschrift in de zin van het Wetboek van Militair Strafrecht.¹⁷⁾ Kenmerkend voor een militair dienstvoorschrift is dat het voorschrift het militaire personeel van het ministerie van defensie als geadresseerde heeft. Hoewel bij de onderbouwing van dit deel van de uitspraak kanttekeningen kunnen worden geplaatst, geeft het steun aan de gedachte dat de werking van een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst beperkt blijft tot het betrokken ministerie.

Een ander formeel kenmerk van een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst is het feit dat bepaalde formaliteiten achterwege kunnen blijven die juist een cruciale rol spelen bij de totstandkoming en inwerkingtreding van een verdrag. Voor een belangrijk deel kan dit worden verklaard uit het voorgaande aspect. Doordat de werking van een overeenkomst beperkt blijft tot het betrokken ministerie en zich niet uitstrekt tot de staat, hoeft de rol van nationale organen niet zo groot te zijn als bij verdragen. Dit zal in ieder geval gelden voor de betrokkenheid van het nationale parlement. Waar de volksvertegenwoordiging in de meeste democratische samenlevingen (mede) goedkeuring moet verlenen aan verdragen, is dit niet noodzakelijk voor andere typen overeenkomsten. Dit hoeft overigens niet te betekenen dat een parlement volledig buiten spel staat. Veel is afhankelijk van het nationale beleid. Het is goed voorstelbaar dat de verantwoordelijke minister een informatieplicht heeft aan het parlement over de voorgestane samenwerking zonder dat de inwerkingtreding van een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst afhankelijk is van de instemming van het parlement met de tekst van de overeenkomst. Een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst kan daardoor inwerkingtreden direct na ondertekening door of namens de betrokken ministers. Dit in tegenstelling tot verdragen waar met ondertekening van het verdrag weliswaar de tekst vaststaat maar de inwerkingtreding van het verdrag zelf nog afhankelijk is van ratificatie.

Een laatste formeel aspect betreft de vertrouwelijkheid van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten. Voor verdragen is een publicatieplicht voorgeschreven in artikel 102 van het Handvest van de Verenigde Naties (Hv), terwijl in het algemeen ook in nationale procedures regels voor publicatie zullen zijn opgenomen. Uitzonderingen bestaan voor vertrouwelijke en geheime verdragen. Een algemene publicatieplicht ontbreekt voor niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten. Dit heeft als consequentie dat ook afspraken die gelet op hun inhoud niet als 'geheim' hoeven te worden gerubriceerd, vertrouwelijk kunnen blijven en alleen binnen een (deel van een) departement bekend worden. Dit is een factor die met name op het gebied van militaire samenwerking van betekenis kan zijn, waar vooral het VK zwaar aan hecht zoals straks zal blijken.¹⁸⁾

Niet-juridische binding

De hierboven aangehaalde definitie van beleidsakkoorden gaat voorbij aan de meer inhoudelijke aspecten van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten, die doorslaggevend zijn bij de bepaling van de aard van de overeenkomsten. Het meest kenmerkend voor niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten is het ontbreken van het juridisch verbindend aspect. In tegenstelling tot verdragen willen de betrokken functionarissen zich niet rechtens aan

¹⁶⁾ Gerechtshof Arnhem, militaire kamer, 4 mei 2005, MRT juni 2006, p. 213.

¹⁷⁾ Artikel 135 WMSr luidt: 'Onder dienstvoorschrift wordt verstaan een bij of krachtens algemene maatregel van Rijksbestuur of van bestuur dan wel een bij of krachtens landsverordening onderscheidenlijk landsbesluit gegeven schriftelijk besluit van algemene strekking dat enig militair dienstbelang betreft en een tot de militair gericht ge- of verbod bevat.'

¹⁸⁾ Zie bijvoorbeeld Anthony Aust, *Modern treaty law and practice*, Cambridge 2002.

de afspraken binden. Desondanks hebben de overeenkomsten ook weer geen vrijblijvend karakter, zodat een bepaalde vorm van binding ontstaat die vaak wordt vertaald als morele en politieke betrokkenheid of binding.¹⁹⁾ Het zijn tamelijk vrijblijvende begrippen die onvoldoende duidelijk kunnen maken in welke mate de betrokken partijen nu werkelijk zijn gehouden om de afspraken na te leven. Op zijn best kunnen politieke en morele binding aan de afspraken in negatieve zin worden vertaald als ‘niet-juridisch binding’ (het ontbreken van de juridische binding) waarmee de vraag wordt verlegd naar wat wordt bedoeld met juridische binding.

In deze term ligt besloten dat de totstandkoming en inhoud van de overeenkomsten rechtsgevolgen in het leven roepen voor de partijen en dat de overeenkomsten kunnen worden getoetst aan het internationale recht. In de praktijk richt de aandacht zich dan met name op aspecten van handhaving van de gemaakte afspraken. Partijen gaan een overeenkomst aan in het goede vertrouwen dat de afspraken over en weer zullen worden nageleefd; het maakt daarvoor niet uit of het om verdragen of niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten gaat. Wanneer echter onenigheid over de afspraken bestaat en een partij zijn verplichtingen niet nakomt dan kan bij juridisch bindende overeenkomsten de wederpartij een beroep te doen op een onafhankelijke rechterlijke instantie. Naleving van een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst kan echter niet voor de nationale of internationale rechter worden afgedwongen. Verder kan de niet-nakoming niet worden aangemerkt als een onrechtmatig handelen. Reacties van het getroffen land in de vorm van tegenmaatregelen zullen dan dus niet in strijd mogen zijn met het internationale recht.²⁰⁾ De consequentie van dit alles is dat de betrokken partijen in onderling overleg tot een oplossing moeten zien te komen.

In de praktijk blijkt het lastig om vast te stellen of sprake is van een al dan niet juridisch verbindende overeenkomst. Uitgangspunt is wat de ondertekenaars bij het opstellen van de overeenkomst voor ogen hebben gehad: hun wil of intentie zal uit de tekst moeten blijken.²¹⁾ Dat kan bijvoorbeeld doordat zij uitdrukkelijk hebben vastgelegd dat het document geen rechten en verplichtingen onder het internationale recht schept of, nog ondubbelzinniger, dat de overeenkomst geen verdrag is in de zin van de Weense Conventie. Over het algemeen ontbreekt het echter aan zulke expliciete aanwijzingen zodat het karakter van de overeenkomst moet worden afgeleid uit de tekst zelf. Met name aan het gebruik van specifieke termen wordt tegenwoordig veel betekenis gehecht. Het opnemen van woorden en uitdrukkingen die op internationaal rechtelijke verplichtingen wijzen (*‘treaty language’*), is een indicatie voor een juridisch verbindend verdrag. Deze terminologie zal daarom in niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten zoveel mogelijk moeten worden vermeden.²²⁾ Het verschil in betekenis tussen bepaalde termen is echter vrij subtiel en alleen voor een meer ervaren lezer duidelijk. Een voorbeeld is het gebruik van het Engelse woord *‘shall’*. Dit woord suggereert een verdragsverplichting en kan daarom niet anders dan in verdragen worden opgenomen. Als alternatief in niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten wordt het gebruik van het minder beladen geachte *‘will’* geadviseerd. Om onduidelijkheden en discussie te voorkomen, hebben sommige landen in de nationale

¹⁹⁾ Zie bijvoorbeeld Jan Klabbers, *Verdragenrecht*, in: Nathalie Horbach, René Lefeber en Olivier Ribbelink (red), *Handboek Internationaal Recht*, Asser Press Den Haag, 2007, p. 129.

²⁰⁾ Niet mogelijk zijn dus represaillemaatregelen: *‘maatregel die op zich onrechtmatig is, maar waarvan de onrechtmatigheid wordt weggenomen doordat er mee wordt beoogd een einde te maken aan een eerdere onrechtmatige daad van de tegenpartij’*, PH Kooijmans, *Internationaal publiekrecht in vogelvlucht*, Deventer 2002, p. 146.

²¹⁾ Jan Klabbers, *supra* voetnoot 19, p. 129

²²⁾ Zie bijvoorbeeld Anthony Aust, *supra* voetnoot 18, p. 27.

richtlijnen lijsten opgesteld met een overzicht van deze specifieke terminologie.²³⁾

In die richtlijnen wordt ook vaak opgenomen dat voor niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten bij voorkeur een specifieke benaming moet worden gebruikt, zoals bijvoorbeeld 'MOU'. In de praktijk komen vele namen voor zoals Agreement, Accord, Arrangement, Letter of Intent et cetera. Al deze aanduidingen hebben met elkaar gemeen dat ze ook kunnen worden gebruikt voor verdragen in de zin van de Weense Conventie, zodat de titel van de overeenkomsten er in het algemeen niet veel toe doet bij de vaststelling van het karakter van de afspraken. In het beste geval kan het een aanwijzing zijn dat men met een bepaalde soort overeenkomst van doen heeft; doorslaggevend is het zeker niet. Ook de vorm of opmaak van een overeenkomst zegt weinig over de aard van het stuk. Niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten kunnen net als verdragen in zeer formele vorm zijn gegoten met een inleiding, gevolgd door een serie bepalingen en een afsluiting of tot stand zijn gekomen in de vorm van een briefwisseling terwijl omgekeerd de mogelijkheid bestaat dat beide soorten overeenkomsten een geheel informele opmaak hebben.

Verder wordt wel geopperd dat niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten open formuleringen bevatten die ruimte laten voor interpretatie, terwijl omgekeerd verdragen strikt omschreven rechten en plichten bevatten omdat deze voor een rechter moeten kunnen worden afgedwongen. Ook dit criterium biedt weinig houvast doordat naast scherp geformuleerde niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten, zeer ruim omschreven en inhoudelijk soms vage verdragen bestaan.

Wanneer toch een verdrag?

Het bovenstaande leidt tot de slotsom dat een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst, als tegenpool van een traditioneel verdrag, het best kan worden gekarakteriseerd als een niet-juridisch verbindende internationale overeenkomst met een functioneel karakter. Dit laatste in de zin dat de werking zich primair richt op het vakgebied van een of meer ministeries zonder dat het dwingende verplichtingen schept voor andere organen van de staat. Ik ben mij ervan bewust dat deze omschrijving geen haarscherpe definitie van een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst inhoudt. Wel biedt het voldoende basis voor de verdere discussie in deze bijdrage die zich richt op het onderscheid met het verdrag.

De bijzondere aspecten van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten bieden gebruikers praktische voordelen²⁴⁾, wat dit type overeenkomst tot een veel gebruikt internationaal instrument heeft gemaakt. Het ontbreken van een uitgebreide parlementaire behandeling en een ratificatieprocedure maakt dat de overeenkomst een stuk sneller inwerking kan treden dan een verdrag. Verder biedt het de partijen bij gewijzigde omstandigheden of inzichten meer flexibiliteit doordat ook aanpassingen van de overeenkomst relatief snel kunnen worden aangebracht. Verder is al genoemd dat de vertrouwelijkheid van deze overeenkomsten door sommige landen als positief wordt ervaren.

Deze voordelen nemen niet weg dat niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten ook hun beperkingen hebben. De totstandkoming is met minder waarborgen omgeven dan bij een verdrag en verschaft weinig inzicht in de precieze werking van de overeenkomsten doordat een openbaar (parlementair) debat niet plaatsvindt. Door het ontbreken van internationale regels bestaan verder ook geen eenduidige regels over de uitleg van niet-verdragsrechtelij-

²³⁾ Bijvoorbeeld in: *Treaties and MOUs, Guidance on practice and procedure*, second edition, April 2000, Revised May 2004, Treaty Section, Records & Historical Department, Foreign and Commonwealth Office. Overgenomen in het rapport *Memoranda of Understanding*, supra voetnoot 9.

²⁴⁾ Zie bijvoorbeeld Charles Lipson, *Why are some international agreements informal?* International Organization 45, 4, Autumn 1991, p. 500.

ke overeenkomsten, zoals die wel bestaan voor verdragen.²⁵) Als de belangrijkste beperking kan worden genoemd dat een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst zich niet leent voor toepassing in alle situaties. De beperkte interne werking van een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst in combinatie met het niet-juridisch verbindende karakter, maakt dat in sommige gevallen voorrang moet worden gegeven aan het gebruik van verdragen.

Uit de definitie van een verdrag zoals is neergelegd in de Weense Conventie kan alleen worden opgemaakt dat wanneer landen willen dat de afspraken worden beheerst door het internationale recht, zij (moeten) kiezen voor het verdrag. Daarmee zijn de betrokken partijen juridisch verplicht de afspraken te respecteren en na te leven (artikel 26 Weense Conventie). Een land kan nationale regels niet als excuus gebruiken voor het niet-naleven van verdragsbepalingen (artikel 27). Dat impliceert dat indien nationaal recht niet in overeenstemming is met een verdragsbepaling, de nationale regeling buiten toepassing moet blijven of moet worden aangepast. Nationale regelingen die totstandkomen na inwerkingtreding van een verdrag zullen niet aan de werking van het bestaande verdrag kunnen worden tegengeworpen. Met andere woorden: een verdrag zet nationaal recht als het ware opzij.²⁶)

Ten aanzien van de naleving van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten is op internationaal-rechtelijk gebied niets vastgesteld: verdragen zijn niet opgesteld en jurisprudentie is gezien het niet-juridisch verbindende karakter van deze overeenkomsten vanzelfsprekend schaars. Wel is sprake van een zekere internationale praktijk, maar gelet op de onduidelijkheden die hierover tussen landen nog bestaan (ik kom hier later op terug), kan dit zeker niet worden aangemerkt als internationaal gewoonterecht. Daarnaast blijkt dat ook nationale regelgeving uiterst beperkt is. Veel landen werken op z'n best met interne ministeriele richtlijnen of aanwijzingen van het ministerie van buitenlandse zaken.

Door het ontbreken van specifieke, nationale regels moet worden aangenomen dat niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten binnen een nationaal rechtssysteem geen voorrang hebben op het nationale recht. Ook de interne werking van een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst en de minder vergaande invloed van het nationale parlement op de totstandkoming ervan spreken voor deze aanname. Dat betekent dat bij het gebruik van internationale afspraken die een inbreuk kunnen maken op het nationale recht, een verdrag de meeste duidelijkheid verschaft en de voorkeur heeft.

Naast deze juridische overwegingen kunnen ook politieke afwegingen leiden het sluiten van een verdrag. Rechten en plichten waarvan een land vindt dat deze internationaal moeten kunnen worden afgedwongen, horen in een verdrag thuis.²⁷) Nederland legt om deze reden de afspraken over de juridische status van Nederlandse militairen op buitenlands grondgebied bij voorkeur bij verdrag (aangeduid als Status of Forces Agreement) vast. Andere landen daarentegen maken soms een andere afweging: België en het VK bijvoorbeeld sluiten wel regelmatig SOFA's af in de vorm van een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst. In andere gevallen wordt de voorkeur aan een verdrag gegeven omdat deze vorm van overeenkomst in die situatie geacht wordt een hoger belang tot

²⁵) Jack L Goldsmith and Eric A. Posner, *The limits of international law*, Oxford 2005, p. 96, verwijzen in dit verband naar art. 31-33 van de Weense Conventie.

²⁶) In de Nederlandse grondwet is deze regel terug te vinden in artikel 94: *'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.'*

²⁷) Beknopte notitie over Nederlandse verdragsluitingsprocedures van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, versie 3 oktober 2002, p.1.

uitdrukking te brengen.²⁸⁾ Bij de regeling van de voorgenomen plaatsing van kruisraketten in Nederland²⁹⁾ eind jaren zeventig van de vorige eeuw, werd op politieke gronden gekozen voor een verdrag.³⁰⁾ Tot slot, de hoogte van een financiële verplichting lijkt geen reden te zijn voor het sluiten van een verdrag zoals blijkt uit het feit dat de basis voor het Joint Strike Fighter project in een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst is vastgelegd.³¹⁾

Het Amerikaanse executive agreement

Voor de meeste landen bestaat in formeel opzicht een duidelijk onderscheid tussen verdragen en niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten doordat alleen de totstandkoming van verdragen de betrokkenheid van het parlement verlangt. In aanvulling daarop kennen sommige landen verdragsprocedures waarbij bepaalde internationale overeenkomsten via de uitvoerende organen kunnen worden afgesloten, zonder dat parlementaire betrokkenheid of ratificatie door het staatshoofd is vereist.³²⁾ Duitsland, Frankrijk, Zwitserland en de VS zijn voorbeelden van landen die dergelijke vereenvoudigde procedures kennen. De procedures voor totstandkoming van de verdragen in vereenvoudigde vorm en van de niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten liggen dan heel dicht bij elkaar. Voor deze landen biedt het gebruik van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten daardoor vrijwel geen voordelen boven gebruik van een verdrag. In de praktijk geven zij daarom de voorkeur aan het verdrag, eventueel in vereenvoudigde vorm, bij het vastleggen van internationale verplichtingen. Dit is een uitgangspunt dat bij de andere partij niet altijd bekend is. Omgekeerd is voor de landen die een vereenvoudigde verdragsprocedure kennen ook niet altijd duidelijk dat de wederpartij dergelijke procedures niet heeft en soms wil terugvallen op niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten. Om de verwarring te vergroten worden voor de overeenkomsten ook namen gebruikt die zowel voorkomen bij verdragen als niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten.³³⁾ Verschillen in inzicht in het karakter van de mogelijke typen overeenkomsten hebben bij de samenwerking met de VS, een belangrijke Nederlandse defensiepartner, al herhaaldelijk tot de nodige discussies geleid.

In de VS ligt de bevoegdheid tot het afsluiten van verdragen vast in de grondwet: 'He (de

²⁸⁾ Ibidem en Charles Lipson, supra voetnoot 24, p. 508, veronderstelt bijvoorbeeld dat landen met de keuze voor een verdrag hun intenties 'with special intensity and gravity' kunnen laten zien. zie bijvoorbeeld Anthony Aust, supra voetnoot 18.

²⁹⁾ De Commissie van Advies voor Volkenrechtelijke Vraagstukken was van mening dat voor plaatsing van kruisvluchtwapens op Nederlands grondgebied geen verdrag noodzakelijk was maar een MOU zou volstaan. Gelet op de politieke belangen koos de regering evenwel voor een verdrag met de VS (TK 1979-1980, 15 800 hoofdstuk V en X, nr. 58, p. 5.).

³⁰⁾ Briefwisseling tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de Regering van de Verenigde Staten van Amerika houdende een overeenkomst inzake de stationering van een eenheid vanaf de grond te lanceren kruisvluchtwapens van de luchtmacht van de Verenigde Staten, Den-Haag 4 november 1985, Trb. 1985, 145, 1986, 52 en 1988-75. Het verdrag is beëindigd met: Briefwisseling tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de Regering van de Verenigde Staten van Amerika houdende een overeenkomst ter beëindiging van de overeenkomst van 4 november 1985 inzake de stationering van een eenheid vanaf de grond te lanceren kruisvluchtwapens van de luchtmacht van de Verenigde Staten, Den Haag 18 december 1987, Trb. 1988, 4 en 78.

³¹⁾ De System Development and Demonstration (SDD) MOU en de Production, Sustainment and Follow-on Development (PSFD) MOU; voor meer informatie zie <http://www.mindef.nl/dossier_vervang_f16/vervang/index.aspx>.

³²⁾ Van den Brandhof, voetnoot 7, p. 29.

³³⁾ Veel gebruikte voorbeelden zijn de aanduidingen: 'Agreement', 'Memorandum of Understanding (MOU)' of 'Memorandum of Agreement (MOA)'.

President van de VS) *shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur;*³⁴⁾ Daarnaast bestaat al sinds het eind van de 17^{de} eeuw het ongeschreven recht om zogenoemde executive agreements af te sluiten.³⁵⁾ De grondwet noemt deze overeenkomsten niet maar zij worden al sinds jaar en dag met de instemming van het Congres opgesteld en hun geldigheid is in de rechtspraak al meermalen bevestigd.³⁶⁾ Verdragen (treaties) en executive agreements worden binnen het Amerikaanse juridische systeem aangemerkt als *'international agreements'* en zijn beide verdragen in de zin van het internationale recht zoals is verwoord in art. 2 van de Weense Conventie.³⁷⁾ De formele vereisten voor het afsluiten van executive agreements is geregeld in de Case-Zablocki Act.³⁸⁾ Hierin is ook het politieke toezicht (achteraf) vastgelegd: de tekst van iedere internationale overeenkomst anders dan een verdrag, moet binnen zestig dagen na inwerkingtreding aan het Congres worden voorgelegd.

De bevoegdheid tot het afsluiten van executive agreements komt op de eerste plaats toe aan de President op grond van verdrag, wet of zijn grondwettelijke bevoegdheden.³⁹⁾ Vervolgens kunnen ook andere uitvoerende overheidsorganen hiertoe door het State Department direct of indirect worden geautoriseerd.⁴⁰⁾ In deze lijn heeft de Deputy Secretary of Defence zijn *'authority to negotiate and conclude international agreements'* weer gedelegeerd aan onder meer de krijgsmachtdelen en de belangrijkste Commando's. Uit Amerikaanse defensie richtlijnen blijkt dat het executive agreement het leidende document is om internationale militaire samenwerkingsafspraken vast te leggen en dat hierop slecht weinig uitzonderingen zijn toegestaan.⁴¹⁾

In een bijlage bij het Department of Defense Directive (DODD) 5530.3 zijn die uitzonderingen omschreven.⁴²⁾ Dat zijn om te beginnen verschillende soorten civielrechtelijk contracten waaronder Letters of Offer and Acceptance (LOA) die zijn afgesloten binnen het Foreign Military Sales (FMS) programma.⁴³⁾ Verder worden genoemd standaardisatie overeenkomsten waaronder de NAVO Standardization Agreements (STANAG's) met

³⁴⁾ U.S. Constitution, Article II, § 2, clause 2.

³⁵⁾ David J. Kuchenbecker, merkt op dat al in 1792 de Amerikaanse posterijen geautoriseerd waren executive agreements af te sluiten (in: Agency-level Executive Agreement: a new era in U.S. treaty practice, Columbia Journal of Transitional Law, 1(1979).

³⁶⁾ In *United States v. Curtiss-Wright Export Co* concludeerde het Amerikaanse Hooggerechtshof: *'they nevertheless exist'*, aangehaald in Erickson, The making of executive agreements by the United States Department of Defense: an agenda for progress, Boston University International Law Journal, Vol 13:45, 1995, p. 54.

³⁷⁾ Voor de goede orde zij opgemerkt dat de VS geen partij is bij dit verdrag.

³⁸⁾ 1 U.S.C. § 112b.

³⁹⁾ Erickson, voetnoot 36, p. 54-55. In dit verband kan voor wat betreft militaire executive agreements worden gedacht aan de uitvoerende macht van de President als opperbevelhebber van de strijdkrachten (U.S. Constitution, Article II, § 1).

⁴⁰⁾ De bevoegdheid tot het afsluiten van internationale overeenkomsten met *'policy significance'* kan niet worden gedelegeerd; dit betreft bijvoorbeeld Status of Forces Agreements (SOFA's) vanwege de impact die een SOFA kan hebben op internationale relaties, Bredemeyer, International agreements: a primer for the deploying Judge Advocate, Airforce Law Review 1997, p. 108.

⁴¹⁾ *'With very few exceptions (...), transactions between DoD components and components of foreign governments must be carried out using an international agreement'*: Memorandum van 31 oktober 2001 opgesteld door het Office of General Counsel, Department of Defense: International Agreements with the United Kingdom and other countries.

⁴²⁾ Department of Defense Directive Number 5530.3, International Agreements, 11 juni 1987, gewijzigd 18 februari 1991, Bijlage 2.

⁴³⁾ De Amerikaanse overheid heeft in het kader van haar buitenlandse politiek het Security Assistance systeem opgezet. Binnen dit systeem kunnen landen onder meer goederen en diensten verwerven via het FMS-systeem. Op de op grond hiervan afgesloten LOA's is het Amerikaanse federale recht van toepassing (art. 7.1 van de LOA Standard Terms and Conditions).

uitzondering van 'mutual support or cross-servicing of military equipment, ammunition, supplies, and stores or for mutual rendering of defense services, including training'. Tot slot zijn nog uitgezonderd huur- en pachtovereenkomsten, overeenkomsten waarmee alleen administratieve procedures worden vastgesteld en opdrachten op grond van bestaande cross-servicing overeenkomsten.⁴⁴⁾

Voor alle andere vormen van militaire samenwerking laat de Amerikaanse regelgeving weinig tot geen ruimte voor gebruik van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten. Dit wordt bevestigd door Bredemeyer die uit DODD 5530.3 afleidt dat executive agreements in ieder geval verplicht zijn voor: '*...operational, logistical, training or other military support...; ...combined military planning, command relationships, military exercises and operations... or exchange programs...*'.⁴⁵⁾ Daarnaast kunnen overigens ook nog specifieke verplichtingen bestaan op grond van de wet. Zo bepaalt de Arms Export Control Act (AECA) dat alleen op grond van een schriftelijke, juridisch verbindende, overeenkomst bepaalde samenwerkingsprojecten met NAVO en andere bondgenoten kunnen worden aangegaan.⁴⁶⁾ Deze regels gezamenlijk bestrijken een zeer groot deel van de Amerikaans-Nederlandse defensie-samenwerking.

De verschillende inzichten worden zichtbaar

In de verhoudingen tussen de VS en Nederland is in het verleden nauwelijks gebleken van verschil van inzicht over het karakter van de afgesloten defensie-overeenkomsten. In de loop van de tijd zijn vele overeenkomsten namens de verantwoordelijke functionarissen van beide landen getekend zonder dat dit heeft geleid tot vragen over de aard van het document. Bij nadere beschouwing was hier misschien wel aanleiding voor. Diverse (defensie) overeenkomsten met de VS zijn opgenomen in een overzicht van verdragen, opgesteld door het Amerikaanse Department of State⁴⁷⁾ terwijl diezelfde overeenkomsten in Nederland worden gezien als niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten en daarom bijvoorbeeld niet zijn gepubliceerd in het Tractatenblad.⁴⁸⁾

Daarnaast verschenen in het begin van de jaren negentig publicaties over het verschil van inzicht tussen de VS en het Verenigd Koninkrijk (VK) over de status van tussen beide landen afgesloten overeenkomsten. Aanleiding voor de publicaties was een geschil over heffingen voor het gebruik van diensten en faciliteiten op de luchthaven Heathrow (de zaak *Heathrow Airport User Charges*)⁴⁹⁾. In deze arbitragezaak kwamen de verschillende opvattingen aan het licht doordat ook de juridische status aan de orde kwam van een in 1983 afgesloten MOU. Tot grote verontrusting van het Amerikaanse Department of Defense

⁴⁴⁾ Tussen Nederland en de VS bestaan op dit gebied de nodige afspraken. De basis wordt gevormd door het *Mutual Defense Assistance Agreement*, Washington January 27, 1950 (80 UNTS 219), welke verder is geïmplementeerd door middel van het *Mutual Support Agreement* (US-NL-01), Stuttgart, 22 February 1983, gewijzigd 20 maart 1992 (359 UNTS 257). Op basis hiervan is tot slot op 11 januari 1999 het *Implementing Arrangement* (EC-NL-01) tussen het Department of Defense of the United States of America and the Minister of Defence of the Kingdom of the Netherlands concerning mutual logistic support afgesloten.

⁴⁵⁾ Bredemeyer, voetnoot 40, p. 112.

⁴⁶⁾ John H. McNeill, *International Agreements: recent U.S.-UK practice concerning the Memorandum of Understanding*, American Journal of International Law, 1994 Vol. 88, p. 823.

⁴⁷⁾ Zie de internet site van dit ministerie voor het recente overzicht: '*Treaties in Force – Index 2007*': <<http://www.state.gov/s/l/treaty/treaties/2007/index.htm>>.

⁴⁸⁾ Het meest recente voorbeeld dat in het overzicht van 2007 wordt genoemd is het *Memorandum of understanding regarding the assignment of naval liaison officers*, with annex. Washington and The Hague, September 21 and November 12, 2005.

⁴⁹⁾ Opgenomen in: *United States – United Kingdom Arbitration*, American Journal of International Law, 1994 Vol. 88, p. 742-743.

(DoD) stelden de Britten dat MOU een niet-juridisch verbindende overeenkomst betrof. De Amerikanen zagen MOU's echter als het juridisch verbindende fundament voor het in de loop van de jaren opgebouwde geheel van militaire samenwerking.⁵⁰⁾ Toen duidelijk werd dat het VK niet bereid was nieuwe afspraken in een juridisch verbindende overeenkomst vast te leggen besloten de VS eind 1991 om de touwtjes wat strakker aan te halen. Het DoD Office of General Counsel instrueerde zijn juristen dat indien landen persisteerden in het gebruik van niet-juridisch verbindende overeenkomsten, het niet langer was toegestaan in te stemmen met *'non-binding terms or conditions'*.⁵¹⁾

Voor Nederland leek op dat moment nog weinig reden te bestaan om aan de arbitragezaak veel aandacht te besteden. De discussie over de MOU-status vormde slechts een beperkt onderdeel van het geschil terwijl het oordeel van het tribunaal op dit punt geen aanleiding gaf om de bestaande praktijk te herzien. Want hoewel het MOU in deze zaak als een potentieel belangrijk hulpmiddel voor interpretatie werd gezien, bleek het *'...not a source of independent rights and duties capable of enforcement in the present Arbitration'*.⁵²⁾ Daarnaast was de General Counsel Instructie weliswaar heel algemeen gesteld en zou zo ook de positie van Nederland kunnen raken, maar richtte deze zich in de praktijk op het VK en andere Commonwealth landen, met name Canada en Australië. MOU's met andere landen werden *'continued to be considered appropriate and legally binding'*.⁵³⁾

Dat MOU's met Nederland de strengere toets van de Amerikaanse defensie juristen konden doorstaan hield waarschijnlijk verband met het feit beide landen nog weinig aandacht besteedden aan het taalgebruik bij de formulering van de bepalingen.⁵⁴⁾ De aanwijzing van het Ministerie van Defensie uit die tijd vermeldde wel dat wanneer *'...geen volkenrechtelijke verplichtingen worden beoogd dan moet zulks bij voorkeur blijken uit de tekst van de overeenkomst ...'* maar dit zag blijkbaar niet op de te hanteren terminologie.⁵⁵⁾ Taalgebruik is een onderwerp dat na de Brits-Amerikaanse arbitragezaak verder in de aandacht is komen te staan. Het Britse Ministerie van Defensie produceerde bij de arbitrage procedure een lijst met termen waaruit het niet-juridische verbindende karakter van een tekst zou blijken. Deze lijst werd later opgenomen in de instructies van het Britse Foreign and Commonwealth Office voor het opstellen van MOU's.⁵⁶⁾ Gezien de overeenkomsten in de Britse en Nederlandse praktijk in het gebruik van MOU's, is deze lijst eind jaren negentig van de vorige eeuw overgenomen in Nederlandse defensievoorschriften en vervolgens ook in het rapport van het Ministerie van Buitenlandse zaken.⁵⁷⁾ Daarna pas groeide in Nederland de aandacht voor het gebruik van niet verplichtende bewoordingen bij het opstellen van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten zoals MOU's.

Tot die tijd bestonden aan Nederlandse kant weinig tot geen bezwaren bij het gebruik van door de Amerikanen voorgestelde terminologie. In het algemeen leek dit niet in verband te worden gebracht met de al dan niet juridische verbindendheid van de teksten. Toen tijdens meer recente besprekingen met Amerikanen door Nederlandse vertegenwoordigers

⁵⁰⁾ McNeill, supra voetnoot 46, p. 822. In 1993 waren ongeveer 23 MOU's op defensie gebied van kracht tussen de VS en het VK, Anthony Aust, supra voetnoot 18, p. 34.

⁵¹⁾ Memorandum van 31 oktober 2001, supra noot 40.

⁵²⁾ Punt 6.8. van de Award, supra voetnoot 49.

⁵³⁾ McNeill, supra voetnoot 46, p. 822.

⁵⁴⁾ Anthony Aust, supra voetnoot 18, p. 32 merkt op dat de VS in het algemeen minder waarde toekennen aan de terminologie in internationale afspraken.

⁵⁵⁾ Nota DJZ, supra voetnoot 7, punt 3. Blijkbaar had men een expliciete bepaling op het oog; als voorbeeld wordt aangehaald: *'this does not create any obligations under international law'*.

⁵⁶⁾ Zie Treaties and MOUs, supra voetnoot 9.

⁵⁷⁾ Rapport Memoranda of Understanding, supra noot 9.

werd voorgesteld de minder verplichtend geachte termen te gaan gebruiken, leidde dit tot de eerste concrete discussies over het juridische karakter van afspraken op het gebied van militaire samenwerking. Waar de VS op grond van de interne regels uitgingen van een juridisch verbindende executive agreement, vatte Nederland diezelfde afspraak op als een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst. De gedachten van Nederland en de VS over de juridische achtergrond van de overeenkomsten bleken dus nogal te verschillen.

Wanneer partijen over en weer internationale verplichtingen aangaan dan is het essentieel dat zij aan de afspraken dezelfde betekenis toekennen. Ook vanuit staatsrechtelijk oogpunt kunnen vraagtekens worden gezet bij een overeenkomst waarvan achteraf blijkt dat een als niet-juridisch verbindend bedoelde afspraak wel als verdrag zou kunnen worden aangemerkt.⁵⁸⁾ In die situatie had de op basis van artikel 91 Grondwet in de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen vastgelegde procedure moeten worden gevolgd.⁵⁹⁾ Naast deze juridische bezwaren, belemmert dit verschil van inzicht ook de voorbereiding van verdere samenwerking met de VS. Telkens kan kostbare tijd verloren gaan met het verkennen van ieders opstelling ten aanzien van de aard van de af te sluiten overeenkomst. In zeer bijzondere omstandigheden kan het ertoe leiden dat hoewel partijen het over en weer eens zijn over de inhoudelijke aspecten, ondertekening moet worden uitgesteld tot onduidelijkheid over de status van de afspraken is opgelost. Ook is het denkbaar dat wijzigingen van of aanvullingen op overeenkomsten worden uitgesteld om een formele discussie over het karakter van de afspraken te vermijden.

Opties

Verschillende opties zijn denkbaar om uit deze situatie te komen.⁶⁰⁾ In de eerste plaats kan aan de juridische positie van de VS worden tegemoetgekomen door de militaire samenwerking met de VS voortaan telkens bij verdrag te regelen. Hier moet echter de kanttekening bij worden gemaakt dat naar Nederlandse inzichten maar weinig onderdelen van internationale militaire samenwerking verplichten tot het sluiten van een verdrag. De meest voorkomende uitzondering vormen Status of Forces Agreements (SOFA's) waarin de rechten en plichten van militair personeel op buitenlands grondgebied werden geregeld. Maar in het algemeen is het afsluiten van een verdrag in plaats van een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst niet wenselijk als hier geen dringende reden toe is. De procedure levert extra bestuurlijke lasten op voor zowel het Ministerie van Defensie als het Ministerie van Buitenlandse Zaken terwijl tevens onnodig beslag wordt gelegd op de tijd van het parlement. Daarnaast neemt de voorbereiding van een verdrag veel tijd in beslag zodat weinig slagvaardig kan worden gewerkt.⁶¹⁾ In bijzondere gevallen zou de verdragsprocedure kunnen worden gevolgd⁶²⁾; het biedt echter geen algemene oplossing voor het probleem.

⁵⁸⁾ Rapport Memoranda of Understanding, supra noot 9.

⁵⁹⁾ De Staten Generaal moeten uitdrukkelijk of stilzwijgend goedkeuring aan een verdrag verlenen (artt. 2-6); in een beperkt aantal gevallen is geen goedkeuring vereist (artt. 7-9).

⁶⁰⁾ Voetelink, Het Memorandum of Understanding, MRT januari 2000, p. 9 e.v.

⁶¹⁾ In het kader van Operation Enduring Freedom zijn meermalen afspraken met de VS gemaakt over de logistieke en operationele ondersteuning in het operatiegebied (bijvoorbeeld in Kirgizië). Dit moest vaak in zeer korte tijd geschieden zodat het volgen van een verdragprocedure de uitvoering van de operaties onnodig had opgehouden.

⁶²⁾ Dat deze weg zeker kan worden bewandeld toont het voorbeeld van de Nederlandse deelname aan de European Air Group (EAG). Voor Nederland bestond geen reden om bij verdrag tot de EAG toe te treden. De toenmalige EAG-partners (het VK en Frankrijk) hadden het samenwerkingsverband echter bij verdrag opgericht zodat Nederland om die reden voor toetreding via deze weg moest volgen (*Verdrag inzake de Europese groep van luchtmachten* van 6 juli 1998, zoals gewijzigd bij het Protocol bij genoemd Verdrag; Londen, 16 juni 1999 (Trb. 2000, 105)).

In de tweede plaats zouden aanvullende uitzonderingen op de parlementaire goedkeuring van verdragen in art. 7 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen kunnen worden opgenomen. Hiermee zou in feite een algemene procedure voor verdragen in vereenvoudigde vorm worden gerealiseerd.⁶³⁾ Gelet op ervaringen met de totstandkoming van de huidige wet is dit geen optie die zich snel laat realiseren.⁶⁴⁾ Tot slot kan het zinvol zijn te kijken naar de oplossing die de VS en het VK, en later ook Canada en Australië, hebben uitgewerkt naar aanleiding van de problemen in het begin van de jaren negentig.

De Chapeau agreement

Door de bovengenoemde instructie van de General Counsel kwamen het VK lijnrecht tegenover de VS te staan. Het VK vond de Amerikaanse opstelling onacceptabel. Naar de praktijk van het VK worden alleen verdragen in overeenstemming met art. 102 van het Handvest van de Verenigde Naties (VN) geregistreerd en gepubliceerd bij de VN. Voor niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten bestaat zo'n plicht niet. Dit instrument stelt regeringen zo in staat afspraken te maken die niet gelijk staan met internationale overeenkomsten (verdragen) en die dus ook niet openbaar hoeven te worden gemaakt. Met name bij defensie-samenwerking wordt dit cruciaal geacht omdat hier bij uitstek vertrouwelijke informatie in het spel is.⁶⁵⁾ Het VK stelt zich dus op het standpunt dat indien geen speciale reden bestaat om afspraken openbaar te maken of aan het Parlement voor te leggen, deze ook niet op andere wijze dan bij niet-verdragsrechtelijke overeenkomst moeten worden vastgelegd.⁶⁶⁾ In het verlengde hiervan geeft een recente richtlijn van het Foreign and Commonwealth Office aan dat een MOU kan worden gebruikt wanneer '*...it is considered preferable to avoid the formalities of a treaty*'.⁶⁷⁾ Het VK zette zo argumenten van '*confidentiality and convenience*' tegenover de Amerikaanse (nationale) wettelijke verplichtingen.⁶⁸⁾

De VS en het VK waren geen van beiden in staat de ander volledig te overtuigen van de eigen argumenten. Uiteindelijk vond men een tussenoplossing waarbij enerzijds werd voldaan aan de Amerikaanse wens om samenwerking op defensiegebied een juridisch verbindende basis te geven en anderzijds tegemoet werd gekomen aan de Britse wensen om afspraken op meer informele en voor hen praktische wijze tot stand te brengen. Het eindproduct is het verdrag inzake Defence Co-Operation Arrangements van 27 mei 1993.⁶⁹⁾ Gezien het overkoepelende karakter van de afspraken wordt het verdrag ook wel de Chapeau agreement genoemd.

Het is bedoeld als raamverdrag dat het proces van samenwerking op defensiegebied

⁶³⁾ Parlementaire goedkeuring is bijvoorbeeld niet vereist bij uitvoeringsverdragen en verdragen die voor ten hoogste een jaar zijn gesloten (art. 7 onder b, resp. c).

⁶⁴⁾ De totstandkoming heeft elf jaar in beslag genomen. Daarbij heeft het parlement herhaaldelijk te kennen gegeven geen invloed te willen prijsgeven. Prof. Mr. Vierdag, E.W. Het Nederlandse verdragenrecht, pp. 62-77.

⁶⁵⁾ Zie Hoofdstuk 8 van: A guide to drafting international memoranda of understanding and similar non-treaty documents, Directorate of Claims and Legal (Finance and Secretariat), November 1998. Zie ook Anthony Aust, supra voetnoot 18, p. 34.

⁶⁶⁾ Dezelfde argumenten heeft het VK begin jaren tachtig ook naar voren gebracht in besprekingen met het Nederlandse Ministerie van Buitenlandse Zaken naar aanleiding van onduidelijkheid over de status van bepaalde MOU's. Waarschijnlijk zijn deze besprekingen de aanleiding geweest voor het Ministerie van Buitenlandse Zaken de Richtlijnen betreffende verdragen van januari 1984 uit te geven.

⁶⁷⁾ Zie richtlijn Foreign and Commonwealth Office, supra voetnoot 36. Dit kan van belang zijn bij mogelijke frequente wijzigingen of het overwegend technische of administratieve karakter van een overeenkomst.

⁶⁸⁾ Anthony Aust, supra voetnoot 18, p. 35.

⁶⁹⁾ Supra voetnoot 5.

moet vergemakkelijken door een duidelijke basis voor militaire samenwerking te verschaffen. Daarbij bouwt het voort op twee bestaande NAVO-verdragen: het NAVO Statusverdrag.⁷⁰⁾ en de NATO Agreement on the communication of technical information for defence purposes⁷¹⁾. Toekomstige afspraken kunnen op grond van de Chapeau agreement worden uitgewerkt in niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten (het verdrag gebruikt hiervoor de term *'arrangements'*). Vereist is wel dat de overeenkomsten schriftelijk worden vastgelegd en het verdrag expliciet wordt ingeroepen. Tegelijkertijd bevestigen beide landen in de preambule van het verdrag de in het verleden gesloten overeenkomsten zonder zich echter over de status van die overeenkomsten uit te laten met de subtiel geformuleerde wens: *'...to recognize the good faith with which both our Governments have heretofore carried out their commitments to each other in the defense area, and to ensure that the respective interests of each Government are fairly respected under international law'*.

Gezien de specifieke onderwerpen die naar Amerikaanse regelgeving een juridisch verbindende internationale overeenkomst vereisen, zou mogen worden verwacht dat de Chapeau agreement inhoudelijk op die onderwerpen ingaat. Dit is echter niet het geval. Men heeft voor een meer generieke oplossing gekozen door in het verdrag vijf algemene aspecten te benoemen en uit te werken. Het betreft: 1) aansprakelijkheid; 2) rechten op en gebruik van informatie; 3) overdracht van informatie of materieel aan derden; 4) bruikleen van uitrusting voor onderzoek, ontwikkeling, testen en evaluatie en tot slot 5) logistieke ondersteuning. Verdere overeenkomsten (*arrangements*), die de vorm kunnen hebben van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten, zijn vervolgens aan deze regels onderworpen en kunnen de vijf aspecten waar nodig aanvullen binnen het kader dat het verdrag biedt. Zo bevat bijvoorbeeld de bepaling over aansprakelijkheid een onderdeel waarin is vastgelegd dat beide partijen bepaalde schadeposten zullen delen. In de *arrangements* moet vervolgens worden aangegeven in welke verhouding de partijen aan de kosten bijdragen. In de afsluitende clausules van het verdrag is tot slot nog opgenomen dat alle verschillen van inzicht over de interpretatie of toepassing van het verdrag in onderling overleg zullen worden opgelost.

Al eerder is gememoreerd dat de problemen die de Amerikanen hadden met niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten in de vorm van MOU's zich niet beperkten tot het VK. Ook met Canada en Australië werden vergelijkbare discussies gevoerd. In navolging van het VK sloten ook deze landen Chapeau agreements af. Het verdrag met Canada inzake Cooperation in Defense Matters wijkt slechts op onderdelen van het Brits-Amerikaanse verdrag af en is soms wat eenvoudiger verwoord.⁷²⁾ In het verdrag met Australië inzake Mutual Defence Commitments⁷³⁾ wordt in plaats van aan de NAVO-verdragen gerefereerd aan een tweetal bilaterale verdragen die in feite inhoudelijk de tegenhangers zijn van de

⁷⁰⁾ *Het Verdrag van Londen van 19 juni 1951 tussen de staten die partij zijn bij het Noord-Atlantisch Verdrag, nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten*, Londen 19 juni 1951, Trb. 1951, 114; Nederlandse vertaling: Trb. 1953, 10.

⁷¹⁾ *NAVO-Overeenkomst inzake uitwisseling van technische gegevens voor defensiedoeleinden*, Brussel 19 oktober 1970 (Trb 1971, 65 en 181).

⁷²⁾ *Agreement concerning Cooperation in defence matters between the government of the United States and the government of Canada*, Washington and Ottawa March 4 and August 19, 1994 (2028 UNTS 97).

⁷³⁾ *Exchange of notes constituting an agreement between the Government of Australia and the Government of the United States of America concerning Mutual Defence Commitments*, done at Sydney and Canberra on 1 December 1995 (1945 UNTS 263).

beide NAVO afspraken.⁷⁴⁾ De inhoud van het Australische Chapeau agreement wijkt vrijwel niet af van het Canadees-Amerikaanse verdrag.

De wijziging van de Chapeau agreement

Doordat de Chapeau agreements vrij generiek zijn opgesteld kunnen vragen worden gesteld bij de reikwijdte van de verdragen. Lang is aangenomen dat ze alle aspecten van militaire samenwerking tussen de deelnemende landen omvatten. Een aantal jaren geleden kwam men aan Amerikaanse kant echter tot de conclusie dat personeel-gerelateerde samenwerking niet voldoende door de Chapeau agreement werd beschreven. Zaken als tijdelijk plaatsing en uitwisseling van defensiepersoneel of eenheden zou zodoende niet onder de werking van het verdrag vallen. Dit zou betekenen dat samenwerking op die gebieden alleen bij verdrag kan worden geregeld.

Naar aanleiding van deze Amerikaanse bevindingen zijn de landen nieuwe besprekingen gestart. Na enige jaren van voorbereiding heeft dit geleid tot wijziging van de Chapeau agreement met het VK en zijn bepalingen ingevoegd over '*assignment, exchange or liaison of national defense units and personnel*'.⁷⁵⁾ Anders dan in de oorspronkelijke overeenkomst wordt het onderwerp van samenwerking, de tijdelijk plaatsing ('*assignment*') van personeel en eenheden, expliciet benoemd en vrij uitgebreid besproken. De bestaande afspraken over de eerder genoemde vijf algemene aspecten lijken ongewijzigd van kracht te blijven.

Na een aantal begrippen te hebben gedefinieerd, belicht het wijzigingsverdrag de uitwisseling en het vrijgeven van gerubriceerde informatie in het kader van personeelssamenwerking. In principe worden de afspraken hierover gemaakt in een schriftelijk (niet-juridische verbindend) arrangement. Als in het arrangement afspraken over gerubriceerde informatie ontbreken, worden bestaande beveiligingsverdragen tussen de twee landen van toepassing verklaard. Verder worden de heffingen, privileges en vrijstellingen ('*duties, privileges and exemptions*') zoals bedoeld in artikelen II tot en met XIII van het NAVO Statusverdrag expliciet op het tijdelijk te plaatsen personeel van toepassing verklaard.

Het wijzigingsverdrag gaat verder met een bepaling over het verlenen van bepaalde ondersteuning op administratief, logistiek en trainingsgebied en het betalen van de daaraan verbonden kosten en met een algemene financiële bepaling. In deze beide onderdelen wordt niet verwezen naar het tijdelijk plaatsen van personeel. Dit lijkt te betekenen dat beide bepalingen hebben te gelden voor alle samenwerking tussen de partijen. Aan de andere kant volgt uit de aanhef van het wijzigingsverdrag dat dit verdrag alleen het tijdelijk plaatsen van personeel wil regelen. Op grond hiervan neem ik aan dat de laatste bepalingen een beperkte werking hebben. Bij het consolideren van beide teksten zal dit echter niet uit de tekst zelf meer blijken.

Hiermee vallen de belangrijkste aspecten van de militaire samenwerking tussen de VS en het VK onder de gewijzigde overeenkomst. Vergelijkbare regelingen worden getroffen met Canada en Australië.

De ervaringen

De Chapeau agreement moet expliciet worden ingeroepen als verdere afspraken (arran-

⁷⁴⁾ *Agreement between the Commonwealth of Australia and the Government of the United States of America concerning the Status of United States Forces in Australia*, Canberra 9 May 1963 (Australian Treaty Series 1963 No.10) en het *Agreement between the Government of Australia and the Government of the United States of America to Facilitate Interchange of Patent Rights and Technical Information for Defence Purposes*, Washington 24 January 1958 (Australian Treaty Series 1958 No. 2).

⁷⁵⁾ Exchange of notes, aanhef (zie supra voetnoot 6).

gements) een of meer van de vijf in de Chapeau agreement genoemde aspecten bevatten of betrekking hebben op de tijdelijke plaatsing van personeel. De juridisch verbindende bepalingen van de Chapeau agreement worden dan van toepassing op de arrangements die daarmee als niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten kunnen worden aangemerkt. In bilaterale arrangements wordt in de Introductie dan een standaard overweging opgenomen die voor het VK luidt *'Recognizing that the Agreement concerning Defence Co-Operation Arrangements of 27 May 1993 between the Government of the United States of America and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland will apply to this MOU'*.⁷⁶⁾ Bij multilaterale arrangements wordt de Chapeau agreement ingeroepen door middel van een door beide partijen te ondertekenen side-letter. Inmiddels hebben de betrokken landen de nodige ervaring met de Chapeau agreements opgedaan en blijken deze in de praktijk goed te werken. De procedures zijn over en weer bekend en de status van de af te sluiten arrangements zijn geen onderwerp meer van discussie als wordt voortgebouwd op de Chapeau agreements.

De Chapeau agreement; optie voor de Nederlandse defensie

Uit vergelijking van Nederlandse en Britse handleidingen⁷⁷⁾ op het gebied van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten blijkt dat de Nederlandse praktijk op de meest elementaire onderdelen niet afwijkt van die van het VK. Het VK ziet een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst als een niet juridisch verbindende *'international commitment'*. In het algemeen wordt hiervoor de benaming MOU gebruikt en de betrokken minister is verantwoordelijk voor het afsluiten ervan. De vorm en formulering van het MOU moeten de intentie tot uitdrukking brengen dat de overeenkomst de partijen niet in juridische zin bindt. Om te voorkomen dat het MOU als verdrag wordt gezien blijft verder het gebruik van *'treaty language'* zoveel mogelijk achterwege. Hiervoor zijn woordenlijsten opgesteld die ook in de Nederlandse handleidingen zijn overgenomen. De Nederlandse en Britse handleidingen kennen vergelijkbare voorbeelden voor clausules in de overeenkomsten. Wel zijn de Britse aanwijzingen minder strikt dan de Nederlandse in de zin dat geen voorbeelden zijn opgenomen om expliciet aan te geven dat men niet te maken heeft met een verdrag.

Het VK lijkt iets makkelijker dan Nederland te (kunnen) kiezen voor een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst in plaats van een verdrag. Wanneer afspraken gevoelige informatie bevatten en niet kunnen worden gepubliceerd of wanneer de afspraken frequent kunnen wijzigen omdat ze betrekking hebben op administratieve of technische details dan wordt gebruik van een verdrag minder geschikt geacht. Ook laat de praktijk zien dat het VK geen problemen heeft de status van militairen in het buitenland vast te leggen in een MOU terwijl Nederland op dit punt uiterst terughoudend is.

Gezien de overeenkomsten in het gebruik van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten kan worden aangenomen dat de Brits-Amerikaanse oplossing ook voor de Nederlandse praktijk uitkomst biedt. Een duidelijke aanwijzing zijn de ervaringen bij besprekingen over multilaterale overeenkomsten waarbij zowel de VS als de Chapeau landen VK of Canada zijn betrokken. Zelden ontstaat discussie over de status van zo'n overeenkomst; aan alle formele eisen met name op het punt van taalgebruik, die ook Nederland stelt aan niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten wordt probleemloos voldaan. Waar Nederland dus bij bilaterale, niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten met de VS op problemen stuit, worden

⁷⁶⁾ Zie Hoofdstuk 8 van de Britse richtlijnen, supra voetnoot 65.

⁷⁷⁾ Richtlijn van de Koninklijke Landmacht uit 2004 voor het opstellen van MOU's en Treaties and MOUs, Guidance on practice and procedure, supra voetnoot 23 en de Britse richtlijnen supra voetnoot 65.

bij multilaterale overeenkomsten waar ook Chapeau-landen bij zijn betrokken alle discussies bij voorbaat door de Chapeau agreements ondervangen. Het verdrag werkt als het ware door in de verhoudingen van Nederland met de VS zodat Nederland indirect profiteert van de afspraken.

Verder heeft de Chapeau agreement als voordeel dat de status van zowel nieuw af te sluiten als bestaande niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten, waarvan de VS sommige hebben gepubliceerd als verdrag, niet ter discussie kan worden gesteld. Tot slot kan, wanneer een Chapeau agreement tussen de VS en Nederland in de praktijk zijn waarde heeft bewezen het als voorbeeld dienen voor de praktijk met andere landen die een vereenvoudigde verdragprocedure kennen.

Daarnaast biedt de Chapeau agreement een bijkomend voordeel in het geval van optreden buiten het NAVO en PfP-gebied wanneer wordt samengewerkt met de VS. Het NAVO Statusverdrag is dan in principe niet van toepassing zodat ook de claimsbepaling (art. VIII) tussen de partijen geen werking heeft.⁷⁸⁾ Het eerste artikel van de Chapeau agreements regelt ook voor die situaties de aansprakelijkheid voor schade van derden en voor schade of letsel aan eigen materieel en personeel. Juist de laatste jaren zendt Nederland zijn strijdkrachten uit ver buiten Europa waarbij in veel gevallen de VS uitgebreide operationele en logistieke ondersteuning verlenen. Een recent voorbeeld is de inzet van Nederlandse eenheden vanaf het door de VS geleide Kandahar Air Field (KAF) in Zuid-Afghanistan. Een Chapeau agreement zou het niet alleen eenvoudiger maken om de noodzakelijke afspraken te maken, tevens kunnen sluitende, op een verdrag gebaseerde afspraken worden gemaakt over claims.

Een dergelijke regeling van schadevorderingen bij gemeenschappelijk optreden buiten het werkingsgebied van een SOFA is niet uniek. Eerder heeft Nederland zich binnen het verband van de Europese Unie (EU) al gebonden aan een soortgelijke regeling. In april 2004 is het EU Claims Akkoord getekend⁷⁹⁾ waarin een regeling is getroffen voor vorderingen van een lidstaat van de EU tegen een andere lidstaat in geval van schade die buiten het grondgebied van de lidstaten is ontstaan in het kader van een EU-crisisbeheersingsoperatie. Dit verdrag is een aanvulling op de EU-SOFA.⁸⁰⁾ Beide verdragen zijn overigens nog niet door Nederland geratificeerd en ook nog niet in werking getreden.⁸¹⁾

⁷⁸⁾ Het NAVO Statusverdrag is alleen van toepassing in het moederland van de partijen (artikel XX). In art. 1 en 2 van het Verdrag tussen de Staten bij het Noord-Atlantisch Verdrag en de overige aan het Partnerschap voor Vrede deelnemende Staten nopens de rechtspositie van hun krijgsmachten (Brussel, 19 juni 1995, PfP-SOFA) hebben de partijen bij het verdrag vastgelegd dat zij de bepalingen van het NAVO Statusverdrag op hun grondgebied zullen toepassen als waren alle Staten partij bij het NAVO Statusverdrag.

⁷⁹⁾ Akkoord tussen de lidstaten van de Europese Unie betreffende de vorderingen van een lidstaat tegen een andere lidstaat ter zake van schade aan goederen die zijn eigendom zijn of door hem worden gebruikt of geëxploiteerd, dan wel van letsel of overlijden van een militair of een lid van het burgerpersoneel van zijn strijdkrachten in het kader van een EU-crisisbeheersingsoperatie; Brussel, 28 april 2004. De Nederlandse tekst van het verdrag is gepubliceerd in het Tractatenblad 2004, 162 en Pb Nr. C 116 van 30.04.2004 blz. 1-7.

⁸⁰⁾ 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. De Nederlandse tekst van het verdrag is gepubliceerd in het Tractatenblad 2004, 142 en Pb Nr. C 321 van 31.12.2003 blz. 6-16.

⁸¹⁾ Joop Voetelink, De EU SOFA; Status of Forces Agreement van de Europese Unie, MRT maart 2005, p. 89 e.v.

Een Amerikaans-Nederlands Chapeau agreement kan naar ik verwacht relatief eenvoudig tot stand worden gebracht. De originele Chapeau agreement bouwt voort op onderdelen van andere, bestaande verdragen: het NAVO Statusverdrag en de NAVO overeenkomst inzake de uitwisseling van technische gegevens voor defensiedoeleinden. Gezien de tekst van het wijzigingsverdrag zullen ook bilaterale verdragen over gerubriceerde informatie aan het rijtje kunnen worden toegevoegd. Dat betekent dat in een Chapeau agreement tussen Nederland en de VS bijvoorbeeld kan worden verwezen naar het Agreement relating to the safeguarding of classified information.⁸²⁾ De verdere regelingen in de Chapeau agreement zijn in lijn met de bestaande afspraken tussen de landen en brengen geen verplichtingen met zich mee die in strijd zijn met de Nederlandse rechtsregels. In feite zijn het bepalingen die Nederland ook al gebruikt in niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten. Zodoende zal vanuit Nederlands perspectief gezien een Chapeau Agreement niet in de vorm van een verdrag hoeven te worden opgesteld. Naar Amerikaanse maatstaven is geen discussie mogelijk en is ten minste een verdrag (executive agreement) noodzakelijk om deze materie te regelen. De keuze voor het verdrag zou zo tegemoet komen aan de Amerikaanse wensen.

De situatie laat zich enigszins vergelijken met het verdrag tussen Zwitserland en Nederland over oefeningen, trainingen en opleidingen.⁸³⁾ Wanneer Nederlandse militairen in Zwitserland deelnemen aan bijvoorbeeld oefeningen dan zullen in principe in een niet-verdragsrechtelijke overeenkomst de detailafspraken over de oefening worden vastgelegd. In die overeenkomst wordt ook de Pfp-SOFA⁸⁴⁾ van toepassing verklaard zodat Nederlandse militairen onder de werking van dat verdrag vallen. Volgens de Zwitserse regels heeft de bij deze overeenkomst betrokken minister geen bevoegdheid de Pfp-SOFA in te roepen: dat is een taak van de regering. Daarom werd met de Zwitserse regering een verdrag (in vereenvoudigde vorm) afgesloten waarmee de SOFA op de in het verdrag genoemde activiteiten van toepassing wordt verklaard. Hierdoor kunnen niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten nu makkelijker worden afgesloten. Het verdrag met Zwitserland schiep geen nieuwe verplichtingen voor ons land, vereiste geen aanpassing van de wetgeving en er waren geen andere ministerie bij betrokken dan het Ministerie van buitenlandse zaken en het Ministerie van defensie. De totstandkoming van het verdrag leverde zodoende weinig inhoudelijke problemen op.

Gezien de gesignaleerde problemen bij het formaliseren van militaire samenwerking tussen de VS en Nederland is een snelle en duidelijke oplossing meer dan wenselijk. De praktijk van het VK en de VS op dit gebied kunnen Nederland tot voorbeeld dienen. Ik ben er dan ook voorstander van om op korte termijn met de VS de mogelijkheid te bespreken een Chapeau agreement af te sluiten.

Conclusie

Al vele jaren worden afspraken in het kader van internationale militaire samenwerking niet alleen vastgelegd in internationaal rechtelijk verbindende verdragen maar ook in niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten. Deze laatste soort overeenkomsten zijn in de praktijk

⁸²⁾ Agreement relating to the safeguarding of classified information, Washington 18 augustus 1960 zoals gewijzigd 4 maart en 6 april 1981 (vermeld in *'Treaties in Force – Index 2007'*, supra voetnoot 47).

⁸³⁾ Overeenkomst tussen de Zwitserse Regering en de regering van het Koninkrijk der Nederlanden betreffende militaire oefeningen, trainingen en opleidingen, Den Haag 12 april 2007, Trb. 2007, 101, nog niet in werking getreden.

⁸⁴⁾ Zie supra voetnoot 78.

zeer efficiënte instrumenten gebleken waarvan de werking zich beperkt tot het betrokken ministerie. Hierdoor is het niet noodzakelijk bepaalde tijdrovende formaliteiten te volgen zodat de overeenkomsten vrij snel kunnen worden opgesteld en in werking treden. Ook blijken zij zeer flexibel in gebruik doordat voor wijzigingen en aanvullingen eenvoudige en snelle procedures volstaan. Hier staat tegenover dat niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten de betrokken partijen alleen in politieke en morele zin binden. Zij zijn met andere woorden niet juridisch verbindend. Dit heeft onder meer tot gevolg dat niet voor alle situaties dergelijke overeenkomsten voldoen en in sommige situaties voor het verdrag in de zin van de Weense Conventie moet worden gekozen.

Sommige landen kennen vereenvoudigde verdragsprocedures die in veel opzichten lijken op de procedures om niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten op te stellen. Hierdoor is het soms moeilijk te onderscheiden of een bepaalde overeenkomst als verdrag of als niet-verdragsrechtelijke overeenkomst moet worden beschouwd. Lang is aan dit onderscheid nauwelijks aandacht besteed. Dat veranderde naar aanleiding van een gebleken verschil van inzicht tussen de VS en het VK over de juridische status van tussen beide landen afgesloten overeenkomsten. Het leidde in de praktijk tot moeilijke discussies over de status van nieuw af te sluiten overeenkomsten. Ook Nederland ondervond in een latere fase op dit punt problemen bij het opstellen van overeenkomsten op het gebied van militaire samenwerking met de VS.

De VS en het VK vonden de oplossing in het afsluiten van een zogenaamde Chapeau Agreement. Dit verdrag biedt een algemene juridisch verbindende basis voor militaire samenwerking tussen beide landen. Wanneer voor specifieke activiteiten vervolgens nadere regelingen nodig zijn, kunnen die worden vastgelegd in uitvoeringsovereenkomsten (arrangements) waarin de Chapeau Agreement expliciet wordt ingeroepen. Deze combinatie Chapeau agreement – arrangements biedt enerzijds de door Amerikaanse wetgeving vereiste juridische grondslag voor militaire samenwerking en anderzijds de door de Britten verlangde niet-verdragrechtelijke procedure voor het formaliseren van die samenwerking.

Door een recente wijziging van de Chapeau Agreement over de tijdelijke plaatsing (assignment) van personeel of eenheden vallen de belangrijkste vormen van militaire samenwerking nu onder de werking van dit verdrag. Gezien de parallellen tussen de praktijk van het VK en Nederland op het gebied van niet-verdragsrechtelijke overeenkomsten, kan de Chapeau Agreement ook uitkomst bieden voor de gesignaleerde problemen tussen de VS en Nederland bij het afsluiten van overeenkomsten. Aangezien een Chapeau Agreement voortbouwt op bestaande verdragen waar Nederland en de VS partij bij zijn en niet wordt afgeweken van Nederlandse regelgeving hoeft de procedure niet op grote bezwaren te stuiten. Ik ben er dan ook voorstander van om spoedig met de VS de mogelijkheid te bespreken een Chapeau agreement af te sluiten.
