

Rolnummer : 10/04437
Roldatum : 17 juni 2011

SCHRIFTELIJKE TOELICHTING

Inzake:

1. de stichting **Stichting Mothers of Srebrenica**,
met statutaire zetel te Amsterdam,
2. mevrouw **Sabaheta Fejzić**,
wonende te Vogošća (gemeente Sarajevo), Bosnië-Herzegovina
3. mevrouw **Kadira Gabeljić**,
wonende te Vogošća (gemeente Sarajevo), Bosnië-Herzegovina;
4. mevrouw **Ramiza Gurdić**,
wonende te Sarajevo, Ilijaš, Bosnië-Herzegovina;
5. mevrouw **Mila Hasanović**,
wonende te Sarajevo, Bosnië-Herzegovina;
6. mevrouw **Kada Hotić**,
wonende te Vogošća (gemeente Sarajevo), Bosnië-Herzegovina;
7. mevrouw **Šuhreta Mujić**,
wonende te Sarajevo, Bosnië-Herzegovina;
8. Eiseres 8,
wonende te Sarajevo, Ilidža, Bosnië-Herzegovina;
9. mevrouw **Zumra Šehomerović**,
wonende te Vogošća (gemeente Sarajevo), Bosnië-Herzegovina;
10. mevrouw **Munira Subašić**,
wonende te Vogošća (gemeente Sarajevo), Bosnië-Herzegovina;
11. Eiseres 11,
wonende te Sarajevo, Bosnië-Herzegovina;

eiseressen in het principaal cassatieberoep

Tegen:

1. **De Staat der Nederlanden** (ministerie van Defensie en ministerie van Buitenlandse Zaken), zetelende te 's-Gravenhage

verweerder in het principaal cassatieberoep

2. de rechtspersoonlijkheid bezittende organisatie **De Verenigde Naties**, zetelende te New York City (NY 10017), New York, Verenigde Staten van Amerika

Verweerder in cassatie;
niet verschenen en verstek verleend

Eiseressen in het incidenteel cassatieberoep (verder: de Stichting c.s.) geven de volgende schriftelijke toelichting.

I. Inleiding

1. In deze zaak ligt een principiële keuze voor. Het is de keuze tussen het eerbiedigen van fundamentele rechtsbeginselen of het toekennen van de facto absolute immuniteit aan een internationale organisatie, die mede verantwoordelijk wordt gehouden voor de eerste genocide op Europese bodem sinds de Tweede Wereldoorlog.
2. De scheiding der machten vormt één van de pijlers van een rechtsstaat. De wetgevende, de uitvoerende en de rechtsprekende macht moeten met elkaar in evenwicht zijn en elkaar tegenwicht bieden. Een van de fundamentele principes die in dit evenwicht geldt is de *'rule of law'*: het principe dat niemand boven de wet staat. De rechtsstaat garandeert dat rechten niet illusoir zijn. Het is in een rechtsstaat vanzelfsprekend dat ook overheden en organisaties niet boven de wet staan en dat tegen hen een rechtsvordering kan worden ingesteld.
3. Kern van het rechtsstaatprincipe is dat eenieder aan de wet is gebonden en zo nodig het handelen voor de rechter dient te verantwoorden. Een uitvloeisel van dit principe is het recht op toegang tot de rechter, zoals onder andere verwoord in artikel 6 EVRM. Voorts is het beginsel van effectieve rechtsbescherming onderdeel van het rechtsstaatprincipe en als zodanig als fundamenteel mensenrecht erkend. Internationaal worden deze kenmerken van de rechtsstaat aangeduid als de *'rule of law'* en *'accountability'*: de toerekening van het handelen en in casu de verplichting van een internationale publieke organisatie om daarover verantwoording af te leggen en daarvoor verantwoordelijk en aansprakelijk te kunnen worden gehouden.
4. De VN is de meest machtige intergouvernementele organisatie ter wereld. De VN beschikt over uitzonderlijk vergaande bevoegdheden op het gebied van vrede en veiligheid. Met grote macht komt grote verantwoordelijkheid. Op papier wordt de VN geleid door verheven principes. In de praktijk is de VN echter een politieke organisatie waarbij beslissingen vooral afhankelijk zijn van de politieke wil bij de aangesloten lidstaten. Daarbij komt dat voor een aanzienlijk deel van de 192 bij de VN aangesloten lidstaten geldt dat deze zich schuldig maken aan het schenden van fundamentele rechtsbeginselen. Een groot gedeelte

van de burgers in de betreffende landen is overgeleverd aan willekeur, rechteloosheid, corruptie en repressie¹.

5. De VN maakt aanspraak (althans, de Nederlandse Staat doet dat voor de VN) op de facto absolute immuniteit. Dat staat echter op gespannen voet met artikel 105 van het VN-Handvest dat een functionele immuniteit als uitgangspunt heeft. Voorts is absolute immuniteit strijdig met het principe van de rechtsstaat. Daarnaast wordt de verplichting van de VN om een met voldoende waarborgen omgeven rechtsgang in het leven te roepen, bepaald in artikel VIII, Section 29 van de Convention on the privileges and immunities of the United Nations (verder: Convention), al sinds 1946 niet nagekomen. Daarmee stelt de VN zich boven de wet. Onder de in deze zaak aan de orde zijnde omstandigheden is het aan de rechter om aan de opstelling van de VN (en van de Nederlandse Staat, die in deze zaak een beroep doet op de immuniteit van de VN) tegenwicht te bieden en de fundamentele rechten van de Stichting c.s. te eerbiedigen door alsnog toegang tot de rechter te bieden.
6. Het is deze gewenste absolute immuniteit van de VN die de Nederlandse Staat onder de geschetste omstandigheden zoveel hoger aanslaat dan de fundamentele beginselen van de rechtsstaat als de effectieve rechtsbescherming en het recht op toegang tot de rechter. Immers, de Nederlandse Staat heeft in deze procedure de absolute immuniteit van de VN betoogd. De Nederlandse Staat wenst niet dat de VN ooit verantwoording dient af te leggen voor de rechter.
7. In het volgende zal onder verwijzing naar de cassatiedagvaarding worden betoogd dat toepassing van het recht in dit geval met zich meebrengt dat aan de VN geen immuniteit van jurisdictie mag worden toegekend. De Stichting c.s. heeft haar bezwaren tegen het bestreden arrest in de cassatiedagvaarding aan de orde gesteld. Ter toelichting daarop zullen enkele aspecten nader worden toegelicht. Herhalingen ten opzichte van de cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord in het incidenteel cassatieberoep zullen zoveel als mogelijk worden voorkomen, zonder daarmee af te doen aan de inhoud van de cassatiedagvaarding.
8. De Stichting c.s. zal hierna onder punt II ingaan op de reikwijdte van de immuniteit van de VN, om te concluderen dat deze immuniteit functioneel is begrensd en dat beperkingen op de immuniteit mogelijk zijn. Vervolgens zal de Stichting c.s. aan de orde stellen dat onder omstandigheden de VN is verplicht om afstand te doen van immuniteit ('waiver'). Daarnaast is de VN al sinds 13 februari 1946 verplicht om een met voldoende waarborgen omklede

¹ Het jaarboek 2010 van Amnesty International maakt melding van het feit dat in 111 landen marteling en andere vormen van mishandeling voorkomt, in 55 landen geen sprake is van eerlijke rechtspraak en in 96 landen het mensen niet is toegestaan vrij te zeggen wat ze willen

rechtsgang te bieden. Waar een *waiver* uitblijft en de verplichting om een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang in te stellen niet is nagekomen, geldt dat de rechter het recht op toegang dient te waarborgen. Verder zal de Stichting c.s. de rapporten bespreken van de International Law Association, welke rapporten het standpunt van de Stichting c.s. ondersteunen. Vervolgens zal de Stichting c.s. onder punt III ingaan op de prejudiciële vragen, die aan de orde zijn indien de Hoge Raad mocht overwegen om het bestreden arrest te bekrachtigen.

II. Functionele immuniteit²

9. Voor een juiste duiding van het begrip immuniteit is het van belang te onderkennen dat de VN functionele immuniteit geniet. Dat betekent dat de immuniteit niet verder gaat dan noodzakelijk is voor het deugdelijk functioneren van de VN (artikel 105 lid 1 VN-Handvest). Functionele immuniteit staat niet gelijk aan absolute immuniteit. In de omvangrijke literatuur en rechtspraak over het onderwerp immuniteit wordt onderscheid aangebracht al naar gelang het gaat om immuniteit van staten, diplomaten, internationale organisaties of functionarissen daarvan. Hier aan de orde is de immuniteit van een internationale organisatie. Incidenteel is literatuur en rechtspraak over andere vormen van immuniteit wel relevant.
10. Het bestreden oordeel van het hof (zoals terug te lezen onder de rechtsoverwegingen 4.2, 4.4 en 4.5) komt er op neer dat aan de VN de meest vergaande vorm van immuniteit zou zijn verleend. Uit de totstandkoming van het VN-Handvest en de naar aanleiding daarvan verschenen literatuur blijkt echter het tegendeel.
11. Voor wat betreft het feit dat de immuniteit van de VN functioneel is beperkt, verwijst de Stichting c.s. naar hetgeen zij terzake reeds heeft gesteld in de cassatiedagvaarding. Daarnaast wijst zij op de onder dit en de volgende randnummers te bespreken literatuur, die is verschenen ten tijde van de totstandkoming van het VN-Handvest of betrekking heeft op die totstandkoming³:

'The functional principle as the basis seems now almost universally recognized.'

² Het functionele karakter van de immuniteit van de VN is in de cassatiedagvaarding aan de orde gesteld onder de nummers 4.12, 4.13, 5.2, 5.13, 9.2 en 9.3

³ J.L. Kunz, Privileges and Immunities of international organizations, The American Journal of International Law. Vol. 41, no. 4, Oct. 1947, p. 847

En voorts⁴:

'Recognizing the doctrinal confusion (toevoeging advocaten: tussen vrijwel absolute immuniteit voor diplomaten en de functioneel beperkte immuniteit voor internationale organisaties) the drafters of the UN Charter sought so to avoid by categorically adopting functional, rather than diplomatic, immunities for the organization and its officials.'

12. Sir Hartley Shawcross, Advocaat-Generaal van het Verenigd Koninkrijk sprak in zijn rede tot de Algemene Vergadering van de VN op 13 februari 1946 de volgende woorden⁵:

'It is important that in setting up this great new international organisation we should not ask for it to possess privileges and immunities which are greater than those required for its efficient organisation. (...) The Charter provides that the immunities and privileges to be granted should be such as are necessary for the fulfillment of its purposes, and that is exactly what this important and historic document does.'

13. De directeur van de divisie Development and Codification of International Law, United Nations Secretariat, tevens afgevaardigde van China tijdens de eerste sessie van de Algemene vergadering van de VN in 1946, dr. Yuen-li Liang, was tevens lid van het sub-committee dat de Convention heeft opgesteld. Hij concludeerde⁶:

'The United Nations has asked only for the privileges and immunities necessary for the fulfillment of its purpose and for the exercise of its functions.'

14. De voor de VN bepaalde vorm van immuniteit hield een breuk in met de voor de Volkenbond geldende vorm van immuniteit⁷:

'Contrary to the period 1919-1939 the standard has now been changed again, (...). Instead of the formula of "diplomatic privileges and immunities," article 105 of the Charter of the UN grants "such privileges and immunities as are necessary of the fulfillment of its purposes".'

⁴ V.L. Maginnis, Limiting diplomatic immunities: lessons learned from the 1946 convention on the privileges and immunities of the United Nations, *Journal of International Law*, 2002-2003, p. 1011

⁵ Official Records of the First Session of the General Assembly, Plenary Meetings of the General Assembly, January 10 - February 14, 1946, p. 452

⁶ Yuen-li Liang, *International Law Quarterly* 1948, p. 602

⁷ J.J. Kunz, t.a.p., p. 839

15. Het beginsel dat de immuniteit niet verder gaat dan de functionele noodzaak - en dat verder gaande immuniteit ook onwenselijk is - wordt ook in recentere literatuur beargumenteerd⁸:

'(...) that absolute immunity is unnecessary and undesirable. (...) Immunity protections are intended to safeguard the efficient functioning of an organization. (...) In accordance with this principle, the Charter gives the UN and its officials a limited 'functional' immunity.'

16. Artikel 105 van het VN-Handvest (met daarin de functionele immuniteit van de VN) is uitgewerkt in de Convention. Uit artikel 103 VN-Handvest volgt dat het VN-Handvest voorrang heeft boven de Convention. Dat betekent, dat de Convention de VN niet meer rechten kan toebedelen dan dat aan de VN is toegekend in het Handvest⁹. In de Convention is verder onder Artikel VIII, Section 29 de keerzijde van de medaille van de immuniteit opgenomen voor de VN, te weten de verplichting om te voorzien in een eigen rechtsgang. In deze procedure staat niet ter discussie dat de VN de aldaar genoemde rechtsgang niet daadwerkelijk in het leven heeft geroepen¹⁰.

17. Bij de totstandkoming van het VN-Handvest en de Convention hebben de leden van de VN zich derhalve rekenschap gegeven van het feit dat de immuniteit niet absoluut mag zijn en dat er behoefte bestaat aan een evenwicht tussen enerzijds de noodzaak van het deugdelijk functioneren van de organisatie en anderzijds de rechten van derden die door de organisatie worden geraakt. De VN is aan de wet gehouden en heeft ten doel om mensenrechten te verdedigen en te handhaven. De VN 'Ombudsperson' in Kosovo schreef naar aanleiding van het spanningsveld tussen immuniteit en het recht op toegang¹¹:

'The fundamental precept of the rule of law (...) that the executive and legislative authorities are bound by law and are not above it.'

18. De noodzaak voor een tegenwicht (in de Engelstalige literatuur over het onderwerp aangeduid met de term *counterbalance*) heeft in de Convention op twee manieren vorm gekregen, te weten (1) door afstand van immuniteit (*waiver*) en (2) de in te stellen rechtsgang van artikel VIII, Section 29 van de Convention¹²:

⁸ V.L. Maginnis, t.a.p., p. 990

⁹ Zie nummer 4.9 van de cassatiedagvaarding

¹⁰ Zie ook rechtsoverweging 5.11 van het bestreden arrest

¹¹ Ombudsperson Institution in Kosovo, Special report no. 1 on the compatibility with recognized international standards of UNMIK regulation no. 2000/47 on the status privileges and immunities of KFOR and UNMIK and their personnel in Kosovo, 18 August 2000, paragraaf 24, geciteerd in Rawski, t.a.p., p. 124

¹² V.L. Maginnis, t.a.p., p. 1023

'The lesson to be learned from the UN Convention is that it fully implements functional immunity, but at the same time provides additional safeguards to assure that this limited immunity is not abused. Thus, these bilateral agreements, to be truly useful and to provide the injured with recourse, must provide the additional protection of waiver and settlement conferred by the UN Convention.'

19. Waar afstand van immuniteit (*waiver*) en de verplichting tot het creëren van een rechtsgang geen opvolging respectievelijk inhoud hebben gekregen, komt aan de orde dat het aan de burgerlijke rechter is om ter zake tegenwicht te bieden en aldus het evenwicht te herstellen, zulks onder toepassing van het recht op toegang tot de rechter als vastgelegd in de artikelen 6 EVRM, 14 IVBPR en 47 Handvest Grondrechten EU.
20. De Stichting c.s. merkt terzijde op dat zo de rechtsmacht die de burgerlijke rechter aldus - bij het uitblijven van een *waiver* en het ontbreken van een adequate rechtsgang bij de VN - toekomt, het functioneren van de VN al zou kunnen beïnvloeden, de VN het in eigen hand heeft om alsnog de rechtsgang als bedoeld in Section 29 van de Convention in het leven te roepen. Zodra een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang bestaat, zal een beroep door de VN op immuniteit van jurisdictie in beginsel moeten worden gehonoreerd. Indien in het aannemen van rechtsmacht een schending mocht worden gezien van het beginsel van functionele immuniteit, dan dient te worden bedacht dat de VN zelf verantwoordelijk is voor het feit dat zij, thans 65 jaar nadat de verplichting in de Convention is vastgelegd, geen rechtsgang in het leven heeft geroepen.
21. De historische uitleg van de functionele immuniteit van de VN laat zien dat een oplossing bestaat voor het conflict tussen de immuniteit en het rechtsstaatprincipe. De *counterbalance* wordt geboden door een *waiver* en een eigen rechtsgang. Waar beide ontbreken, dient toegang tot de burgerlijke rechter te worden geboden. Overigens geeft ook de VN in eigen publicatie te kennen dat zij het rechtsstaatprincipe, althans de *rule of law* en het principe van *accountability* onderschrijft¹³:

'For the United Nations, the rule of law refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of

¹³ (S/2004/616) Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies. Zie ook de website van de VN over de rule of law: <http://www.un.org/en/ruleoflaw/index.shtml>

supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.'

Met andere woorden: volgens de VN zelf functioneert een publieke organisatie pas goed indien de *rule of law* voor iedereen geldt en het principe van *accountability* van toepassing is. De Stichting c.s. begrijpt in dat verband het oordeel van het hof als verwoord onder rechtsoverweging 5.7 niet. Het oordeel van het hof dat de immuniteit van de VN zo sterk mogelijk moet zijn, is onjuist¹⁴. De toepassing van de *rule of law* en het principe van *accountability* verzekeren immers het functioneren van een organisatie, aldus de VN zelf. Het heeft er op zijn minst de schijn van dat de VN (en met haar: de Nederlandse Staat) rechtsbeginselen slechts naleeft indien en voor zover haar dat uitkomt. De rechter dient dat niet goed te keuren en het oordeel van het hof dient te worden gecasseerd.

¹⁴ Onderdeel van cassatiemiddel 4, besproken onder punt 4.14 en 4.15 van de cassatiedagvaarding

Afstand van immuniteit: Waiver¹⁵

22. Net als bij diplomatieke immuniteit bestaat bij internationale organisaties de mogelijkheid dat afstand wordt gedaan van immuniteit. Anders dan met betrekking tot de VN zelf is met betrekking tot ‘officials’ en ‘representatives’ de mogelijkheid en onder omstandigheden de plicht vastgelegd om afstand te doen van immuniteit (artikel IV, Section 14 en artikel V, Section 20 van de Convention). Dat wil echter nog niet zeggen dat afstand met betrekking tot de immuniteit van de VN onmogelijk zou zijn. De Convention sluit die mogelijkheid tot het doen van afstand immers niet uit. Het verbod tot het doen van een *waiver* als vastgelegd in Artikel II, Section 2, Convention beperkt zich uitdrukkelijk tot de executie.

23. Ook in de literatuur is onderkend dat de *waiver* (naast de eigen rechtsgang) een mogelijkheid is voor het bieden van tegenwicht, opdat het evenwicht wordt hersteld¹⁶:

‘As international organizations are nationals of no sovereign state the counterbalance in the case of diplomatic immunities - recall, civil and criminal jurisdiction of the sending state - is here lacking. (...) The oldest way of effecting a counterbalance, taken from the law of diplomatic agents, is the waiver of immunity.’

24. Zoals de Stichting c.s. heeft betoogd (zie middel 9), heeft de VN echter onder omstandigheden - welke zich in casu voordoen - de verplichting om afstand te doen van immuniteit¹⁷:

‘Some hold that international human rights law constitutes a “superior norm” to the law on immunity of international organizations, and as a consequence, waiver is required in all cases of serious human right violations.’

25. Een restrictieve interpretatie van de functionele immuniteit en een morele verplichting tot het doen van afstand is aan de orde en in het onderhavige geval geboden¹⁸:

‘(...) that immunities should nonetheless be interpreted through the lens of the Charter which envisions granting only the minimum immunities necessary. The UN should narrow immunities to a reasonable definition of ‘official duty’, explicitly excluding serious violations of human rights and criminal law, and only invoke immunity protections when

¹⁵ Zie onder andere de nummers 4.11, 5.14, 9.2 en 9.4 van de cassatiedagvaarding

¹⁶ J.L. Kunz, t.a.p., p. 852

¹⁷ F. Rawski, t.a.p., p. 114

¹⁸ F. Rawski, t.a.p., p. 128

failing to do so would truly endanger the success of the mission. When a violation occurs during the conduct of official duties, the SG should consider a waiver of immunity.'

Rechtsgang conform Section 29 Convention¹⁹

26. Reeds in een commentaar uit 1948 komt de noodzaak van een rechtsgang tot uitdrukking²⁰:

'There appears to be a need for some kind of international tribunal which can determine rights between the organisation and persons having claims against it. Section 29 of the General Convention provides that the United Nations shall make provisions for appropriate modes of settlement of disputes arising out of contracts or other disputes of a private law character to which the United Nations is a party.'

27. Indien de Secretaris-Generaal van de VN weigert om afstand te doen van immuniteit, wordt Section 29 van de Convention essentieel²¹:

'Once the Organization conducts an investigation, makes a determination that functional immunity protections apply, and refuses to waive immunity, there remains the question of whether an alternative forum is available to resolve the dispute. Section 29 of the Convention calls for an "appropriate mode of settlement" in disputes "of a private law character to which the United Nations is a party," (...).'

28. De mogelijkheid om uiteindelijk ter verantwoording te worden geroepen als voorwaarde voor het verlenen van immuniteit is onderkend in de vroegste literatuur over het onderwerp van de immuniteit van de VN²²:

'It must be remembered that international organizations are immune in most cases only from local jurisdiction but not from local laws which they are, therefore, in duty bound strictly to observe. In torts cases this counter-balancing can be done by obligatory insurance against third-party risks, as now provided by part IV of the UN General Convention.

Already writers of the inter-war period have proposed the creation of special fora for the settlement of conflicts in which international organizations are involved. While these suggestions have not as yet (toevoeging advocaten: in 1947) been followed, section 20a (toevoeging advocaten: bedoeld is kennelijk 29) of the UN General Convention prescribes

¹⁹ Zie de cassatiedagvaarding onder de nummers 3.3, 4.9, 4.10, 4.11, 5.2, 7.2 en 9.5

²⁰ Liang, t.a.p., p. 585

²¹ F. Rawski, t.a.p., p. 115

²² J.L. Kunz, t.a.p., p. 852

that the UN shall make provisions for appropriate modes of settlement of disputes arising out of contracts or other disputes of a private law character to which the UN is a party.'

29. Anders dan het hof heeft geoordeeld, wordt in de literatuur in brede zin aangenomen dat de VN in het geval van een geschil dient te zorgen voor een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang²³:

'Indeed, they may only use their immunity in order to avoid litigation in a national court or some other inappropriate forum; but if they cannot resolve a dispute, for example with a tort claimant, they must offer some other suitable means of settling the matter, such as by arbitration.'

30. En voorts²⁴:

'However, under one of the provisions of the Convention (toevoeging advocaten: Section 29) when the United Nations or one of its officials enjoying immunity is a party to a dispute of a private-law character, the United Nations is obliged to provide for appropriate means of settlement in such a dispute.'

31. Met betrekking tot een juridisch geschil met officials - maar evengoed toepasbaar voor de VN zelf - is in de literatuur het volgende opgemerkt²⁵:

'Thus, the Convention provides a two-tiered system in which those injured by the UN officials have recourse. They may either seek a remedy through national courts if the Secretary-General waives immunity or settle under the provisions of the UN settlement policy when immunity has not been waived.'

Recht op toegang tot de rechter²⁶

32. Waar de *waiver* is uitgebleven en de VN niet voorziet in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang, dient het recht op toegang tot de rechter te prevaleren boven de immuniteit van jurisdictie.

33. Het recht op toegang tot de rechter is een fundament van de rechtsstaat, welk fundament is vastgelegd in alle belangrijke mensenrechtenverdragen²⁷:

²³ P.C. Szasz, the United Nations legislates to limit its liability, The American journal of international law, 1987, p. 739

²⁴ V.P. Nanda, Accountability of international organizations: some observations, Journal of International Law, 2004-2005, p. 381

²⁵ V.L. Maginnis, t.a.p., p. 1020

²⁶ Zie de cassatiedagvaarding onder de nummers 3.4, 3.5, 4.1, 4.4, 4.8, 4.14, 4.15, 4.16, 5.2, 5.3, 5.6, 5.12, 7.2, 7.3, 7.5, 7.6, 8.3 en 9.5

'The ICCPR, the American Convention on Human Rights, and the [European] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms all require States Parties to guarantee victims effective recourse to a competent tribunal, (...).'

34. Het recht op toegang tot een onafhankelijk rechter geldt uitdrukkelijk ook waar het internationale organisaties betreft, zo oordeelde het Institut de Droit International reeds in 1957²⁸:

'(...) for every particular decision of an international organ or organization which involves private rights or interests, there be provided appropriate procedures for settling by judicial or arbitral methods juridical differences which might arise from such a decision.'

35. In de cassatiedagvaarding is onder de punten 3.2 en volgende aan de orde gesteld dat immuniteit van jurisdictie niet dient te worden toegekend indien geen alternatieve rechtsgang wordt geboden. Dit oordeel van het EHRM in de zaak Waite & Kennedy²⁹ is bevestigd door de Hoge Raad in HR 23 oktober 2009 en door de rechter in Zwitserland, Italië, Frankrijk, België en Duitsland³⁰.
36. In de gezaghebbende rapporten van de International Law Association (verder: ILA) is een uitvoerige rechtstheoretische onderbouwing gegeven van het begrip *accountability* van internationale organisaties, waarbij is ingegaan op de regels die voortvloeien uit dit theoretisch kader³¹. De ILA is de belangrijkste internationale non-gouvernementele organisatie op het gebied van het internationaal recht, met een adviserende functie aan onder andere de VN. De Stichting c.s. zal deze rapporten bespreken omdat ook deze rapporten steun bieden voor de stellingen van de Stichting c.s. dat een internationale organisatie zich niet mag verschuilen achter immuniteit, dat een internationale organisatie verantwoordelijk en aansprakelijk is voor haar daden - zeker als het gaat om schendingen van mensenrechten - en dat de toegang tot de rechter dient te worden gewaarborgd.
37. De ILA formuleert als uitgangspunt dat in het internationaal recht³²:

²⁷ J. Murray, Who will police the peace-builders? The failure to establish accountability for the participation of united nations civilian police in trafficking of women in post-conflict Bosnia and Herzegovina, Human Rights Law Review 2002-2003, p. 516

²⁸ Annuaire de l'Institut de Droit International, 1957, Vol. 47, II, p. 478, III, 1

²⁹ Behandeld in de cassatiedagvaarding onder de nummers 3.4, 3.5, 4.4, 4.5, 4.7, 4.15, 7.4 en 9.4

³⁰ Verwezen zij naar de noten 41 tot en met 47 in de cassatiedagvaarding

³¹ International Law Association, Taipei Conference 1998 (first report), London Conference 2000 (second report), New Delhi Conference 2002 (third report), Berlin Conference 2004 (final report), Accountability of International Organizations

³² ILA, first report, p.597

'(...) there is no reason at all, as a matter of principle, why international organizations could or should not be held accountable for disadvantages and repercussions resulting from their acts or omissions and normally based upon the authority and power granted.'

38. De ILA onderscheidt drie niveaus van *accountability*. Het betreft in oplopende mate van belang³³:

- *[First level] the extent to which international Organisations, in the fulfillment of their functions as established in their constituent instruments, are and should be subject to, or should exercise, forms of internal and external scrutiny and monitoring, irrespective of potential and subsequent liability and/or responsibility;*
- *[Second level] tortious liability for injurious consequences arising out of acts or omissions not involving a breach of any rule of international and/or institutional law (e.g. environmental damage as a result of lawful nuclear or space activities);*
- *[Third Level] responsibility arising out of acts or omissions which do constitute a breach of a rule of international and/or institutional law (e.g., violations of human rights of humanitarian law, breach of contract, gross negligence, or as far as institutional law is concerned acts of organs which are ultra vires or violate the law of employment relations).'*

39. Op het eerste niveau heeft de ILA 48 aanbevelingen gedaan waaraan een internationale organisatie zou moeten voldoen. De ILA karakteriseert deze regels als niet noodzakelijkerwijs juridische verplichtingen³⁴. Op het tweede niveau wordt de internationale organisatie verplicht de mensenrechten en het volkenrecht na te leven, in het bijzonder in situaties waarin internationale organisatie geweld uitoefenen, tijdelijk het bestuur over een gebied overnemen, of dat er sprake is van *'peace-enforcement'*³⁵. Op het derde niveau geeft de ILA (a) regels voor de internationale juridische verantwoordelijkheid van een internationale organisatie, (b) de toerekening van onrechtmatig handelen van een internationale organisatie aan staten en (c) de toerekening van onrechtmatig handelen aan internationale organisaties³⁶.

40. Met betrekking tot de internationale juridische verantwoordelijkheid van een internationale organisatie (in volgende citaten ook: IO) oordeelt de ILA³⁷:

³³ Final Report, p. 5

³⁴ Final Report, p. 8

³⁵ Final Report, p.22-25

³⁶ Final Report, p. 26-31

³⁷ Final Report, p. 26

'No situation should arise where an IO would not be accountable to some authority for an act that might be deemed illegal. The principle that IO-s may be held internationally responsible for their acts is nowadays part of customary international law.'

41. Terzijde merkt de Stichting c.s. nog het volgende op. In het Final Report somt de ILA bij wijze van voorbeeld omstandigheden op waaronder een internationale organisatie onrechtmatig handelt³⁸. Daarbij noemt de ILA ook omstandigheden die inbreuk maken op een *'superior rule of law'*. De ILA noemt daarbij: *'the right to life, food and medicine of the individual or guarantees for due process of law'*. Het recht op toegang tot de rechter wordt door de ILA dus gekwalificeerd als een superieur recht, vergelijkbaar met het recht op leven. Het niet te overschatten belang van het recht op toegang tot de rechter is evident. Wat is een recht immers waard, als het niet kan worden afgedwongen? In dat geval worden rechten illusoir.
42. De ILA bespreekt vervolgens uitgebreid de *'remedies'* (acties voortvloeiende uit een schending van een recht) die ter beschikking staan, gedifferentieerd naar de verschillende niveaus van accountability³⁹. De acties op het eerste niveau hebben veelal een niet-juridisch karakter en kunnen hier verder onbesproken blijven. Op het tweede en derde niveau formuleert de ILA beginselen⁴⁰:

'1. As a general principle of law and as a basic international human rights standard, the right to a remedy also applies to IO-s in their dealings with states and non-state parties. Remedies include, as appropriate, both legal and non-legal remedies.'

Terzijde verwijst de Stichting c.s. naar het in (nummer 31 van de pleitaantekeningen in) hoger beroep aangehaalde citaat van Patrick Robinson, toenmalig president van het ICTY, in zijn toespraak van 8 oktober 2009 tot de Algemene Vergadering van de VN. Hij stond uitvoerig stil bij het feit dat de slachtoffers van de oorlog in het voormalig Joegoslavië geen rechtsgang open staat om compensatie te krijgen, ondanks dat zij daar naar internationaal recht wel recht op hadden.

http://www.icty.org/x/file/press/pr_attachments/pr1335a.pdf):

'(...) Currently, there is no effective mechanism by which victims can seek compensation for their injuries, despite the fact that their right to such compensation is firmly rooted in international law. (...)

³⁸ Final Report, p. 28

³⁹ Final Report, p. 32 e.v.

⁴⁰ Final Report, p. 33

But to date, nothing has been done, and I fear that failure by the international community to address the needs of victims of the conflicts that occurred in the former Yugoslavia will undermine the Tribunal's efforts to contribute to long-term peace and stability in the region. It is for this reason that I implore you to support the establishment of a claims commission as a method of complementing the Tribunal's work by compensating victims of crimes in the former Yugoslavia.'

43. Het recht op een *remedy* moet volgens de ILA geen lege huls zijn:

*'2. Remedies should be adequate, effective, and, in the case of legal remedies, enforceable.
3. A total lack of remedies would amount to a denial of justice, giving rise to a separate ground for responsibility of the IO.'*

44. De toelichting en onderbouwing van de ILA op deze regels laat niets aan duidelijkheid te wensen over en volgt hieronder⁴¹:

'In its First Report the Committee pointed out that the rules "will have to keep the balance between preserving the necessary autonomy in decision-making of International Organisations and guaranteeing that the International Organisations will not be able to avoid accountability. (...) Under most human rights instruments the right to a remedy includes both the procedural right of access and the substantive right to a remedy. The right to a remedy may be seen as a norm of customary international law, one of the essential features of which is that the parties are treated as equal. A comprehensive remedial regime should address both individual and societal concerns and interest and it should leave no loopholes at any level. (...) There is no reason why the imperative of the protection of human rights should not permeate both primary and secondary rules for IO-s. "It would be quit ironic to negate the rights of individuals on the assumption that they might be incompatible with the functions of international organizations."'

45. De ILA verwijst vervolgens ter onderbouwing naar de Advisory Opinion van het IGH van 13 juli 1954 in welke uitspraak (met betrekking tot een staf-werknemer van de VN) ten aanzien van het niet bieden van een rechtsgang wordt overwogen dat dit⁴²:

'(...) would be hardly consistent with the expressed aim of the Charter to promote freedom for individuals and with the constant preoccupation of the UN to promote this.'

⁴¹ Final Report, p. 33

⁴² Effects of awards of compensation made by the UN Administrative Tribunal, Advisory Opinion of 13 July 1954, I.C.J. Reports, 1954, p. 57, tevens aangehaald in de cassatiedagvaarding onder nummer 3.5

Dat de VN is gehouden om mensenrechtenverdragen na te leven, is in de literatuur erkend⁴³:

'While the United Nations is not a party to international human rights treaties, it remains subject to the customary international law of human rights in the execution of its functions.'

(...)

'The United Nations should be held to the same standards it is charged with implementing and enforcing. Anything to the contrary compromises the legitimacy and effectiveness of peace across the globe. (...) Impunity of peacekeepers is an affront to the rule of law, (...)'

En voorts⁴⁴:

'(...) the Security Council (...) cannot derogate from those international law norms that have acquired the status of jus cogens, and must as well comply with customary international law and general principles, embodying human rights and humanitarian law norms.'

46. De ILA vervolgt⁴⁵:

'The first important element is that the right to a remedy is widely considered to be a general principle of law: individuals and groups of individuals can resort to a system of protection comprising a wide variety of political, administrative and legal remedies when their interests or rights have been affected by their national authorities. States and non-state parties should be able to look for similar mechanisms in their dealings with IO-s, including both the procedural right of access and the substantive right to a remedy. Secondly, the right to adequate means of redress, in case of violation of rights, is a basic international human rights standard, which should always prevail over the functional needs of an IO.'

47. Op grond van de ILA rapporten over *accountability* dient te worden geconcludeerd dat gete op de ernst van verwijten aan het adres van de VN - waaronder de meest ernstige schendingen van mensenrechten als het niet voorkomen van genocide, mishandeling en verkrachting, noch het deugdelijk rapporteren van deze misdaden, alsmede het actief

⁴³ J. Murray, t.a.p., p. 518 en 519

⁴⁴ V.P. Nanda, t.a.p., p. 385

⁴⁵ Final Report, p. 33 en 34

steunen van deportatie⁴⁶ - de VN afstand had moeten doen van immuniteit en vrijwillig had moeten verschijnen, en had moeten voorzien in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang. Nu één en ander niet is gebeurd, dient de burgerlijke rechter alsnog toegang te bieden. De rechtbank en het hof hebben dit ten onrechte nagelaten.

III. Prejudiciële vragen⁴⁷

48. In de cassatiedagvaarding heeft de Stichting c.s. de Hoge Raad onder middel 8 gevraagd, indien en voor zover de Hoge Raad mocht overwegen het bestreden arrest te bekrachtigen en aldus te bevestigen dat aan de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt voor zover het de vorderingen tegen de VN betreft, om prejudiciële vragen voor te leggen aan het HvJ EU. De Stichting c.s. zal dit (voorwaardelijk) verzoek nader toelichten.

Noodzaak verwijzing - toegang tot de rechter en effectieve rechtsbescherming

49. In Nederland heeft de Stichting c.s. feitelijk geen toegang tot een rechter aangezien de rechtbank Den Haag, bevestigd in hoger beroep door het gerechtshof Den Haag, zich onbevoegd heeft verklaard om kennis te nemen van de vorderingen tegen de VN⁴⁸.
50. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is door het HvJ EU erkend als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht⁴⁹. Het is verwant aan de artikelen 6 en 13 EVRM⁵⁰, en het beginsel is bovendien gecodificeerd in artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Uit de jurisprudentie rond het beginsel van effectieve rechtsbescherming blijkt dat er een aantal aspecten aan dit beginsel zit. Ten eerste de formele eis dat er effectieve toegang tot de rechter moet zijn, en ten tweede de materiële eis dat de inhoudelijke organisatie van de nationale rechtsgang zodanig is, dat de aan het Europees recht ontleende rechten daadwerkelijk geëffectueerd en zo nodig afgedwongen kunnen worden⁵¹. Het algemene beginsel van effectieve rechtsbescherming is in verschillende uitspraken van het HvJ EU bevestigd, bijvoorbeeld ten aanzien van voorlopige voorzieningen⁵², de aansprakelijkheid van lidstaten voor schending van Europees recht⁵³, en de ambtshalve toepassing van Unierecht⁵⁴.

⁴⁶ Zie de cassatiedagvaarding, pagina 5 tot en met 8, met verwijzingen

⁴⁷ Onderwerp van middel 8 van de cassatiedagvaarding

⁴⁸ Zie o.m. middel 3 van de cassatiedagvaarding

⁴⁹ Zie voor de identificatie van dit beginsel zaak C-222/84 *Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Jur. 1986, p. 1651, r.o. 18

⁵⁰ HvJ EU Zaak 222/84, *Johnston*, Jur. 1986, p. 1651

⁵¹ R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven, S. Prechal, A.P.W. Duijkersloot, J.W. van de Gronden, B. Hessel, en R. Ortlep, *Derde evaluatie van de Algemene Wet Bestuursrecht. De Europese Agenda van de Awb (WODC)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2007, p. 36.

⁵² Zaak C-213/89 *Factortame I*, Jur. 1990, p. I-2433

⁵³ Gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich and Bonifaci v Italy*, Jur. 1991, p. I-5357

⁵⁴ C-430/93 *Van Schijndel*, Jur. 1995, p. I-4705. Zie ook S. Prechal, "Community Law in National Courts: the Lessons from Van Schijndel", *CMLRev* 35(1998), p. 681-706

51. De instellingen en lidstaten van de EU zijn ook gebonden door fundamentele rechten⁵⁵. Bij gebrek aan een juridisch bindende communautaire grondrechtencatalogus heeft het Hof zich tot december 2009 in zijn jurisprudentie laten leiden door de constitutionele tradities van de lidstaten en diverse internationale mensenrechtenverdragen, zoals het EVRM⁵⁶. Fundamentele rechten zijn volgens vaste jurisprudentie van het Hof algemene beginselen van gemeenschapsrecht⁵⁷.
52. Na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 heeft het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie overeenkomstig artikel 6, lid 1 VEU dezelfde rechtskracht als de andere EU-verdragen gekregen, zodat het officieel een bindende bron van fundamentele rechten is. Hoewel het Handvest tot 1 december 2009 nog niet bindend was, speelde het wel een belangrijke rol als referentiekader voor de bescherming van fundamentele rechten in de EU⁵⁸. Een andere belangrijke verandering, geïntroduceerd door de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, is het feit dat de EU officieel zal toetreden tot het EVRM (zie artikel 6, lid 2 VEU).
53. Het HvJ EU heeft zelf op verscheidene momenten verklaard dat *'het Verdrag een volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures in het leven geroepen [heeft], waarbij het Hof het toezicht op de wettigheid van de handelingen van de instellingen is opgedragen'*⁵⁹. Binnen dit complete en coherente systeem, is het niet alleen aan de Unierechters om rechtsbescherming te bieden; de nationale rechters spelen ook een belangrijke rol. Zij moeten de uniforme toepassing van het Europese recht verzekeren, bijvoorbeeld door het buiten toepassing laten van strijdige nationale maatregelen, of, zoals in het onderhavige geval, door het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EU⁶⁰.
54. De Stichting c.s. vestigt de aandacht op de zogenaamde Kadi-uitspraken van het Gerecht en het HvJ EU⁶¹. Deze arresten bieden volgens de Stichting c.s. belangrijke aanknopingspunten voor de beantwoording van de door haar voorgestelde prejudiciële vragen over de gestelde immuniteit van de VN.

⁵⁵ HvJ EU Zaak 5/88 Wachauf, Jur. 1989, p. 2609; HvJ EU Gevoegde zaken C-20 en C-64/00, Booker Aquaculture, Jur. 2003, p. I-7411

⁵⁶ R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven, S. Prechal, A.P.W. Duijkersloot, J.W. van de Gronden, B. Hessel, en R. Ortlep, *Derde evaluatie van de Algemene Wet Bestuursrecht. De Europese Agenda van de Awb (WODC)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2007, p. 38. Zie bijvoorbeeld HvJ EU Gevoegde zaken C-387/02, C-391/02 en C-403/02, Berlusconi, Jur. 2005, p. I-3565, r.o. 67

⁵⁷ HvJ EU Zaak 29/69, Stauder, Jur. 1969, p. 419

⁵⁸ Niet lang geleden speelde het Handvest een grotere rol in conclusies van A-G's dan in de arresten van het Hof. Zie bijvoorbeeld de conclusie van Ruiz-Jarabo Colomer van 12 September 2006 bij Zaak C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Jur. 2007, p. I-3633, r.o. 79. De eerste zaak waar het Hof de vrijheid nam om expliciet te verwijzen naar het Handvest is HvJ EU Zaak C-540/03, Parlement t. Raad, Jur. 2006, p. I-5769. Latere verwijzingen door het Hof naar het Handvest zijn onder andere te vinden in zaak C-450/06, Varec SA t. België, Jur. 2008, p. I-0000 en zaak C-275/06, Promusicae, Jur. 2008, p. I-0000

⁵⁹ See for example, case 294/83, Les Verts v Parliament, Jur. 1986, p. 1339, r.o. 23

⁶⁰ Zie o.m. S. Prechal, "National courts in EU judicial structures", Yearbook of European Law (25), 2006, p. 429-450

⁶¹ Besproken in de cassatiedagvaarding onder de nummers 3.4, 8.1, 8.3 en 8.5

55. AG Poiares Maduro stelde in zijn conclusie bij de Kadi-zaak een Solange-redenering⁶² voor om de lacunes in de rechtsbescherming op VN-niveau op te lossen⁶³:

‘Het bestaan van een echt en effectief stelsel van toetsing door een onafhankelijke rechterlijke instantie op het niveau van de Verenigde Naties, zou de Gemeenschap wellicht hebben ontheven van de verplichting om te voorzien in rechterlijke toetsing van uitvoeringsmaatregelen die van toepassing zijn binnen de communautaire rechtsorde. Op dit ogenblik bestaat een dergelijk stelsel echter niet. Zoals de Commissie en de Raad in hun pleidooien zelf hebben bevestigd, valt de beslissing om een persoon al dan niet te verwijderen van een sanctielijst van de Verenigde Naties, nog steeds onder de zuiver discretionaire bevoegdheid van het sanctiecomité, dat een diplomatiek orgaan is. In die omstandigheden moet worden geoordeeld dat het recht op toetsing door een onafhankelijke rechterlijke instantie niet is gewaarborgd op het niveau van de Verenigde Naties. Bijgevolg kunnen de gemeenschapsinstellingen niet aan een passende rechterlijke toetsing ontsnappen wanneer zij de betrokken resoluties van de Veiligheidsraad in de communautaire rechtsorde ten uitvoer leggen.’

56. Hoewel dit standpunt van de AG niet in zoveel woorden door het HvJ EU is gevolgd, overwoog het echter wel dat⁶⁴:

‘[h]oe dan ook kan het feit dat deze regeling van de Verenigde Naties voorziet in een herzieningsprocedure voor het sanctiecomité niet leiden tot een algemene immuniteit van jurisdictie in het kader van de interne communautaire rechtsorde, zelfs niet indien rekening wordt gehouden met de wijzigingen die recentelijk aan deze procedure zijn aangebracht.

Een dergelijke immuniteit, die een belangrijke afwijking zou vormen van het bij het EG-Verdrag vastgestelde systeem van rechterlijke bescherming van de grondrechten, is immers niet gerechtvaardigd, aangezien deze herzieningsprocedure duidelijk niet de garanties van een rechterlijke bescherming biedt.’

57. Juist bij gebrek aan een eigen constitutioneel hof in Nederland is het belangrijk dat de Hoge Raad dit soort vragen die betrekking hebben op de uitleg van een Europees grondrecht, van in wezen constitutionele aard, aan het HvJ EU voorlegt.

⁶² In navolging van het Duitse Bundesverfassungsgericht (Bverfg 37, 271, “solange I”), en het EHRM (30 juni 2005, Bosphorus v Ireland, Appl. 45036/98, ECHR 2005-VI)

⁶³ Conclusie AG Poiares Maduro, gevoegde zaken C-405/05 P en C-415/05 P, 28 januari 2008, r.o. 54

⁶⁴ Gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, Kadi en Al Barakaat, Jur. 2008, p. I-6351, r.o. 321-322

58. Het arrest van het HvJ EU in Kadi laat duidelijk zien dat aan de *rule of law*, waartoe het recht op effectieve rechtsbescherming en toegang tot een rechter behoort, een zeer belangrijke en autonome plaats heeft in de Europese rechtsorde, en dat handelingen van de VN niet als supraconstitutioneel beschouwd kunnen worden⁶⁵.
59. In artikel 17 van de Nederlandse Grondwet staat weliswaar dat ‘*niemand tegen zijn wil [kan] worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent*’, maar dit artikel biedt niet een recht op toegang tot een rechter dat vergelijkbaar is met de waarborgen van het EVRM, het IVBPR of het Europees recht⁶⁶. Noodzakelijkerwijze wordt daarom door de Stichting c.s. een beroep gedaan op artikel 6 EVRM, artikel 14 IVBPR en het Europese beginsel van effectieve rechtsbescherming, waarin het recht op toegang tot een rechter in besloten ligt⁶⁷.
60. Op de nationale rechter rust de plicht om gebruik te maken van de mogelijkheid om een prejudiciële vraag te stellen wanneer:
- een beroep wordt gedaan op de Europese beginselen van effectieve rechtsbescherming en toegang tot een rechter, die onderdeel zijn van de *rule of law* op zowel nationaal, Europees en internationaal niveau;
 - vragen voorliggen die van wezenlijk belang zijn en mogelijk ingrijpende consequenties hebben voor de rechtsbescherming en rechtsontwikkeling⁶⁸;
 - en de mogelijkheid bestaat om door middel van een prejudiciële verwijzing naar het HvJ EU interpretatieve bijstand te vragen, terwijl op nationaal niveau dergelijke bijstand, bijvoorbeeld door middel van constitutionele toetsing door een constitutioneel hof, niet bestaat⁶⁹.

De bevoegdheid HvJ EU om de prejudiciële verwijzing in behandeling te nemen

⁶⁵ Zie voor een bespreking van de Kadi arresten o.m. J.S. Vara, “The Consequences of Kadi: Where the divergence of opinion between EU and international lawyers lies?”, *European Law Journal* (2) 2011, p. 252-274; E. de Wet, “The role of European courts in the development of a hierarchy of norms within international law: evidence of constitutionalism?”, *European Constitutional Law Review* (5) 2009, p. 284-306

⁶⁶ Zie pagina 61 van het rapport van de Staatscommissie Grondwet

⁶⁷ Zie middel 3 van de cassatiedagvaarding

⁶⁸ Zie het rapport op initiatief van de Nederlandse Raad van State door de Vereniging van Raden van State en hoogste administratieve rechters van de EU en het Netwerk van presidenten van de hoogste rechtscolleges in de EU (Juradmin) over de werking van de prejudiciële procedure, gepubliceerd in Newsletter nr. 20, 2008, te raadplegen via www.juradmin.eu. Vergelijk ook het rapport van de Commissie Hammerstein over de versterking van de rechtspraak van de Hoge Raad (over de in cassatie te ontvangen beroepen) “in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling”. Zie ook A.W.H. Meij in zijn oratie “Kringen van coherentie - over rechtspraak in de context van globalisering”, Utrecht, 29 mei 2009

⁶⁹ Zie ook het betoog van A.W.H. Meij voor constitutionele toetsing door een constitutioneel hof in zijn oratie “Kringen van coherentie - over rechtspraak in de context van globalisering”, Utrecht, 29 mei 2009

61. Volgens de Stichting c.s. is het HvJ EU bevoegd om de voorgestelde prejudiciële vragen te beantwoorden. De Stichting c.s. licht dat standpunt als volgt toe.
62. Op grond van artikel 267 VWEU is het HvJ EU bevoegd in de prejudiciële procedure een uitspraak te doen over de uitlegging van de (in het VWEU gedefinieerde, daaronder begrepen het Handvest voor de Grondrechten EU) verdragen, als een vraag over de uitleg van het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming wordt opgeworpen voor een rechterlijke instantie van een van de lidstaten, indien deze instantie een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het doen van een uitspraak.
63. Naast het feit dat het recht op effectieve rechtsbescherming en toegang tot de rechter een erkend algemeen beginsel van Europees recht is, heeft het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarin dit beginsel in artikel 47 is gecodificeerd, sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 overeenkomstig artikel 6, lid 1 VEU dezelfde rechtskracht als de andere EU-verdragen gekregen. Het HvJ EU kan ook daarom over de uitleg van dit fundamentele recht geraadpleegd worden.
64. Het HvJ EU benadrukt doorgaans dat het aan de nationale rechter is om te beoordelen of de feiten van een hem voorliggende zaak de prejudiciële vraag noodzakelijk maken. Het HvJ EU onthoudt zich van een oordeel over de feiten van de zaak en de redenen voor de verwijzing.⁷⁰ Het HvJ EU heeft echter wel het laatste woord over haar eigen jurisdictie. Het HvJ EU verklaart zichzelf normaal gesproken slechts onbevoegd als er sprake is van een hypothetische vraag, als de vraag niet relevant is voor de oplossing van het concrete geschil, als de vragen niet duidelijk genoeg zijn gesteld, als de feiten onvoldoende duidelijk zijn, of als het Unierecht ‘kennelijk’ niet van toepassing is op de feiten van de zaak⁷¹. In het volgende zal aan de orde komen dat geen van deze situaties zich voordoet.
65. De aan het HvJ EU voor te leggen vragen zijn niet slechts hypothetisch. Sterker, de door de Stichting c.s. voorgestelde vragen zijn concreet en hebben betrekking op een principiële kwestie.
66. De zaak van de Stichting c.s. valt binnen het toepassingsbereik van het Europese recht. De in casu betwiste immuniteit van de VN heeft als resultaat dat de toegang tot de rechter in alle lidstaten van de EU wordt uitgesloten. Weliswaar is er in het onderhavige geval sprake van een zaak door een Nederlandse stichting voor de Nederlandse rechter, maar de

⁷⁰ P. Craig and G. De Búrca, *EU Law - Text, cases and materials*, 4th edn, Oxford : Oxford University Press 2008, p. 483. Zie zaak 6/64 Costa v. ENEL, zaak 117/77 Pierik, en zaak 35/76 Simmenthal

⁷¹ Zaak 244/80, Foglia II, Jur. 1981 p. 3045

achtergrond en effecten van de zaak zijn grensoverschrijdend. Indien de in Nederland gevestigde Stichting (en de overige eiseressen in cassatie) de toegang tot de rechter wordt onthouden, wordt artikel 6 EVRM en het Europeesrechtelijk beginsel van effectieve rechtsbescherming geschonden.

67. Bovendien heeft het HvJ EU in de recente zaak Zambrano⁷² een aantal prejudiciële vragen beantwoord terwijl die zaak door de Commissie en een aantal lidstaten werd gezien als een interne situatie, die niet onder het Unierecht viel. Uit het arrest van het HvJ EU valt echter af te leiden dat aan sommige beginselen, zoals het Europees burgerschap, rechten kunnen worden ontleend zonder dat er sprake hoeft te zijn van een grensoverschrijdende situatie, of een andere specifieke Europese dimensie, anders dan het bestaan van het fundamentele recht⁷³. De Stichting c.s. stelt dat, als dit het geval is ten aanzien van een relatief nieuw concept als het Europees burgerschap, hetzelfde principe des te meer zou gelden ten aanzien van het recht op effectieve rechtsbescherming en toegang tot de rechter, aangezien dit beginselen zijn van een fundamentele karakter dan het Europees burgerschap. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is immers onder internationaal recht erkend als norm van *ius cogens*⁷⁴.
68. Aan de Stichting c.s. komt het recht toe een beroep te doen op het Europese recht, en meer in het bijzonder het Europese beginsel van effectieve rechtsbescherming en toegang tot een rechter. Allereerst kan niet worden betwist dat de Stichting in Nederland is gevestigd en dat een aantal van de moeders wier belangen door de Stichting wordt behartigd woonachtig is binnen de EU (onder meer in Nederland en Duitsland)⁷⁵. De werking van het Europese beginsel van effectieve rechtsbescherming is niet beperkt tot natuurlijke personen; ook aan rechtspersonen komt een beroep op dit beginsel toe⁷⁶.
69. Tot slot merkt de Stichting c.s. op dat een andersluidende interpretatie zou leiden tot een situatie waarin twee categorieën rechtzoekenden zouden bestaan, te weten die van EU-ingezetenen met het recht op toegang en niet-ingezetenen zonder het recht op toegang. Een dergelijk systeem zou onacceptabel zijn. De normadressaat van het beginsel van effectieve rechtsbescherming is de rechter. Voor de toepassing van dat artikel is niet van belang wie er voor de rechter staat of waar diegene woont of verblijft.

⁷² N. Saanen-Siebenga, "Het (naderende) einde van de interne situatie", Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht (5/6) 2006, p. 101

⁷³ HvJ EU 8 maart 2011, zaak C-34/09, Ruiz Zambrano, Jur. 2011, nog niet gepubliceerd (nng)

⁷⁴ Zie gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, Kadi en Al Barakaat, Jur. 2008, p. I-6351, r.o. 335. Zie ook het arrest van het Gerecht van eerste aanleg zaak T-315/01, Kadi en Al Barakaat, Jur. 2005, p. II-3649, r.o. 277-291, waarin bevestigd wordt dat het recht of effectieve rechtsbescherming en toegang tot een rechter normen van *ius cogens* zijn

⁷⁵ Zie ook onder nummer 4.2 van de cassatiedagvaarding, alsmede nummer 285 van de dagvaarding in eerste aanleg; de betreffende lijst van belanghebbenden met NAW-gegevens is bij brieven van 4 oktober 2006 aan de Nederlandse Staat en de VN toegezonden

⁷⁶ Zie ook het arrest van het EHRM in Autronic, 22 mei 1990, Appl. 12726/87. Zie ook zaak C-279/09, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft, Jur. 2010, nng

Afronding

70. Alle juridische overwegingen in deze zaak pleiten voor het aannemen van rechtsmacht door de Nederlandse rechter. Immers, de VN heeft ten onrechte geen gebruik gemaakt van de *waiver* en voorziet niet in de door de VN voorgeschreven met voldoende waarborgen omklede rechtsgang. Het rechtsstaatprincipe geldt ook voor de VN en zij zal zich in het onderhavige geval voor de Nederlandse rechter dienen te verantwoorden. De VN mag niet boven de wet staan. Ook de VN zelf heeft erkend dat uitvoering van het beginsel van *accountability* een voorwaarde is voor een deugdelijk functionerende organisatie. Voor zover deze argumenten niet reeds leiden tot het aannemen van rechtsmacht en tot de cassatie van het bestreden arrest, heeft de Stichting c.s. toegelicht dat het stellen van prejudiciële vragen mogelijk en aan de orde is. Daarop preluderend heeft de Stichting c.s. gesteld dat het ook vanuit Europeesrechtelijk perspectief geldt dat onder de omstandigheden van het geval rechtsbescherming aan de Stichting c.s. dient te worden geboden.
71. De Stichting c.s. spreken de hoop en het vertrouwen uit dat in deze zo uitzonderlijke zaak de juridische argumenten en niet de politieke overwegingen zullen prevaleren.

Deze zaak wordt behandeld door:

Mr. M.R. Gerritsen

Dr. mr. A. Hagedorn

Mr. J. Staab

Mr. S.A. van der Sluijs