

***ANTWOORDCONCLUSIE  
IN DE INCIDENTEN***

*Inzake:*

de stichting **Stichting Mothers of Srebrenica**, met  
statutaire zetel te Amsterdam;

en

1. mevrouw **Sabaheta Fežić**, wonende te Vogošća  
(gemeente Sarajevo), Bosnië-Herzegovina;
2. mevrouw **Kadira Gabeljić**, wonende te Vogošća  
(gemeente Sarajevo), Bosnië-Herzegovina;
3. mevrouw **Ramiza Gurdić**, wonende te Sarajevo, Bosnië-  
Herzegovina;
4. mevrouw **Mila Hasanović**, wonende te Sarajevo, Bosnië-  
Herzegovina;
5. mevrouw **Kada Hotić**, wonende te Vogošća (gemeente  
Sarajevo), Bosnië-Herzegovina;
6. mevrouw **Šuhreta Mujić**, wonende te Sarajevo, Bosnië-  
Herzegovina;
7. Eiseres nr. 7;
8. mevrouw **Zumra Šehomerović**, wonende te Vogošća  
(gemeente Sarajevo), Bosnië-Herzegovina;

9. mevrouw **Munira Subašić**, wonende te Vogošća (gemeente Sarajevo), Bosnië-Herzegovina;
10. Eiseres nr. 10;

Eiseressen in de hoofdzaak, gedaagden in de incidenten;

Advocaten: mrs. M.R. Gerritsen, dr. A. Hagedorn, J. Staab en S.A. van der Sluijs (Van Diepen van der Kroef Advocaten)

*Contra:*

De Staat der Nederlanden, waarvan de zetel is gevestigd te 's-Gravenhage

Gedaagde in de hoofdzaak, eiser in het incident:

Advocaat: mrs. M. Dijkstra en G.J.H. Houtzagers

De verschenen gedaagde in de hoofdzaak (verder: 'de Nederlandse Staat') heeft bij incidentele conclusie van 12 december 2007 twee incidenten ingesteld. Eiseressen in de hoofdzaak, tevens gedaagden in de incidenten (met oog op de leesbaarheid verder: 'de Moeders'), concluderen voor antwoord in de incidenten als volgt.

## **I. Inleiding**

1. Alvorens op de stellingen en vorderingen van de Nederlandse Staat in te gaan, maken de Moeders enkele inleidende opmerkingen.
2. De Nederlandse Staat en de Verenigde Naties (verder: 'de VN') hebben in juli 1995 de bevolking van de *Safe Area* Srebrenica niet beschermd tegen de aanvallen van de Bosnische Serven, ondanks de uitdrukkelijke toezegging en internationaalrechtelijke verplichtingen daartoe. Tijdens de zes dagen durende aanval op de *Safe Area* bleek er geen serieuze bereidheid om de aanval te stoppen. Op 11 juli 1995 viel de *Safe Area* Srebrenica. Als gevolg van de genocide die daarop volgde, vonden bijna 10.000 mensen de dood. Omdat de Nederlandse Staat en de VN weigerachtig bleven om terzake hun verantwoordelijkheid te nemen, hebben de Moeders de Nederlandse Staat en de VN benaderd. De Moeders hebben gepoogd het gesprek aan te gaan, maar kregen nul op rekest. Uiteindelijk zagen de Moeders geen andere mogelijkheid dan de Nederlandse Staat en de VN in deze procedure ter verantwoording te roepen voor hun rol bij de gebeurtenissen voorafgaand, tijdens en na de val van de *Safe Area* Srebrenica.
3. De VN hebben er voor gekozen om niet in deze procedure te verschijnen. De VN hebben de dagvaarding teruggestuurd en hebben via de permanente vertegenwoordiger van de Nederlandse Staat bij de VN te kennen gegeven dat het hun beleid is om niet in gerechtelijke procedures te verschijnen. Ondanks het feit dat de VN er mede voor verantwoordelijk worden gehouden dat voor het eerst na de Tweede Wereldoorlog in Europa genocide kon plaatsvinden, zulks onder de ogen van VN-troepen die nu juist waren uitgezonden om deze genocide te voorkomen, zien de VN in deze kwestie geen aanleiding om van hun beleid af te wijken. De VN wensen zich niet te verantwoorden voor hun betrokkenheid bij genocide. Zulks overigens in onverklaarbare tegenspraak

met het officiële standpunt van de secretaris-generaal van de VN, die in reactie op de dagvaarding op 8 juni 2007 (bij monde van zijn woordvoerder) verklaarde, op de VN-website na te lezen onder het kopje ‘*Secretary-General fully supports call for justice in Srebrenica massacres*’ (zie: [www.un.org/News/oss/hilites/hilites\\_arch\\_view.asp?HighID=857](http://www.un.org/News/press/docs/2007/070607sgsm1000.html)):

*‘Asked about a letter sent by the group Women of Srebrenica, the Spokeswoman said she had just learned that the United Nations had received legal documents relating to the case and that the survivors of the Srebrenica massacres are absolutely right to demand justice for the most heinous crimes committed on European soil since World War II. The Secretary-General joins them in that demand, without reservation, and expresses his deepest sympathies to them and to the relatives of those brutally executed at Srebrenica, almost 12 years ago. (...)’*

4. De VN zijn in de onderhavige procedure correct opgeroepen te verschijnen, maar hebben zich niet gesteld. Wel hebben de VN kennelijk een brief aan de rechtbank gestuurd waarin zij aangeven een beroep op immuniteit te doen. Dat is echter niet de juiste wijze om verweer te voeren. Verweer kan slechts worden gevoerd bij procureur.
5. De thans door de Nederlandse Staat opgeworpen incidenten zijn een poging om met juridische kunstgrepen te bewerkstelligen dat het inroepen van immuniteit door de VN alsnog wordt gehonoreerd. Dat is geen goede gang van zaken. Indien de VN zich op immuniteit wensen te beroepen, dienen zij dat zelf in de procedure te doen. Nu zij dat hebben nagelaten, dient het betoog van de Nederlandse Staat te worden gepasseerd.
6. De Nederlandse Staat en de VN hebben vanaf 1995 de verantwoordelijkheid voor de val de *Safe Area* Srebrenica aan elkaar toegeschoven. Indien alsnog zou worden geoordeeld dat de VN immuniteit toekomt, valt te verwachten dat de Nederlandse Staat in de hoofdzaak zal stellen dat niet de Nederlandse Staat verantwoordelijk is, maar dat de VN verantwoordelijk zijn voor de gebeurtenissen voorafgaand, tijdens en na de val van Srebrenica. Dat volgt bijvoorbeeld uit de brief die de Nederlandse ambassadeur in Bosnië in de zomer van 2004 aan de Bosnische advocaten van de Moeders heeft gestuurd. Dat heeft de Nederlandse Staat ook gedaan in de door

H. Nuhanovic c.s. tegen de Nederlandse Staat aanhangig gemaakte zaken (rechtbank 's-Gravenhage, rolnummers 06-1671 en 06-1672), in welke zaken eveneens het handelen van Dutchbat in Srebrenica aan de orde is gesteld. Dat is het eigenlijke belang van de Nederlandse Staat bij de incidenten en dus niet de door de Nederlandse Staat geschetste verdragsrechtelijke verplichtingen. Die verdragsrechtelijke verplichtingen zijn bovendien reeds nagekomen door de conclusie d.d. 2 november 2007 (ingediend met het oog op de rolzitting van 7 november 2007) van het Openbaar Ministerie, die is genomen voorafgaand aan de verstekverlening.

7. De Moeders hebben een gerechtvaardigd belang dat in deze procedure niet een situatie wordt gecreëerd waarin de Nederlandse Staat alle verantwoordelijkheid kan afschuiven op een partij die zich op grond van de immuniteit niet zou behoeven te verweren. Indien de incidentele vorderingen van de Nederlandse Staat worden afgewezen, is het aan de VN om alsnog inhoudelijk verweer te voeren. De Moeders hebben er belang bij dat verweer te kennen en niet de toegang tot de rechter reeds op voorhand geblokkeerd te zien, waar het de vorderingen jegens de VN betreft.
8. De Nederlandse Staat heeft twee incidentele vorderingen ingesteld. De eerste, primaire vordering strekt tot onbevoegdheid en de tweede, subsidiaire vordering strekt tot voeging/tussenkomst. Alvorens daar nader op in te gaan zullen de Moeders aan de orde stellen dat de Nederlandse Staat geen, althans onvoldoende belang heeft bij de beide incidentele vorderingen (hoofdstuk II). Hoewel de incidentele vorderingen van de Nederlandse Staat tot voeging/tussenkomst een subsidiair karakter hebben, zullen de Moeders deze vervolgens bespreken (hoofdstuk III). Daarna zullen de Moeders in gaan op de verstekverlening aan de VN door de rechtbank (hoofdstuk IV). Vervolgens zal het incident met betrekking tot de rechtsmacht en de immuniteit aan de orde komen (hoofdstuk V). Bij de verdere bespreking van het standpunt van de Nederlandse Staat benadrukken de Moeders dat zij de in de dagvaarding ingenomen stellingen handhaven. Alle te bespreken argumenten leiden tot de slotsom dat de Nederlandse Staat niet-ontvankelijk is in zijn incidentele vorderingen, althans dat die vorderingen dienen te worden afgewezen.

## **II. Geen belang Nederlandse Staat bij de incidenten**

9. De Nederlandse Staat heeft geen eigen belang bij zijn incidentele vorderingen. Een procespartij dient slechts de eigen verweren te voeren, dat wil zeggen de verweren waar die partij een rechtens te respecteren belang bij heeft.  
De Nederlandse Staat heeft een belang bij de immuniteit van de VN, maar dat belang is gelegen in het feit dat de Nederlandse Staat zal trachten (in het geval van een geslaagd beroep op immuniteit van de VN) de eigen verantwoordelijkheid eenvoudig af te schuiven op de VN, die alsdan immuniteit van jurisdictie genieten. Dat belang is niet terug te voeren op het recht en is geen, althans onvoldoende, grond om de incidentele vorderingen van de Nederlandse Staat toe te wijzen.
  
10. De Nederlandse Staat stelt dat hij partij is bij het VN-Handvest en de Convention. Die verdragen zouden de Nederlandse Staat een eigen belang geven om te bevorderen dat aan de VN in dit geschil immuniteit toekomt. De Nederlandse Staat miskent echter dat de Nederlandse Staat zijn mening (en die van de VN) reeds op 2 november 2007, voorafgaand aan de verstekverlening, heeft gegeven bij monde van het Openbaar Ministerie. Het Openbaar Ministerie heeft toen een conclusie genomen ex artikel 44 Rv. Wat er ook is aan te merken op de inhoud van die conclusie, er is daarmee voldaan aan de verdragsrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat. Alle argumenten die het Openbaar Ministerie in haar conclusie noemt, worden herhaald in de incidentele conclusie van de Nederlandse Staat. Die argumenten hebben, gelet op de functionele immuniteit van internationale organisaties, terecht niet geleid tot niet-ontvankelijkheid maar tot verstekverlening.

### **Argumenten ontleend aan de Gerechtsdeurwaarderswet**

11. De Nederlandse Staat hecht in zijn incidentele conclusie nogal aan de inhoud en totstandkoming van de Gerechtsdeurwaarderswet, in het bijzonder aan artikel 3a. Ook hier geldt dat de Nederlandse Staat reeds zijn zienswijze naar voren heeft gebracht door middel van de conclusie van het Openbaar Ministerie ex artikel 44 Rv, voorafgaand aan de verstekverlening. De Moeders zullen hieronder nader in gaan op de onjuistheid van de argumenten van de Nederlandse Staat die zijn ontleend aan artikel 3a van de Gerechtsdeurwaarderwet.

12. Artikel 3a lid 1 van de Gerechtsdeurwaarderswet schrijft de deurwaarder voor een mededeling aan de minister te doen indien hij een opdracht ontvangt die mogelijk strijdig is met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat. In dat geval kan de minister de deurwaarder aanzeggen dat de opgedragen of reeds verrichte ambtshandeling in strijd is met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat (artikel 3a lid 2). De betreffende aanzegging wordt gemotiveerd en gepubliceerd. Aanzegging en mededeling worden gepubliceerd in de Staatscourant (artikel 3a lid 4). Vanaf de aanzegging kan de ambtshandeling niet meer rechtsgeldig worden verricht (artikel 3a lid 5) en indien de verrichte ambtshandeling een beslagexploit inhoudt, wordt de ambtshandeling nietig (artikel 3a lid 6).
13. De Moeders zien niet in hoe artikel 3a Gerechtsdeurwaarderswet in de onderhavige kwestie in de weg zou staan aan de bevoegdheid van de rechter of anderszins gevolgen zou hebben voor de geldigheid van de dagvaarding. De deurwaarder die de dagvaarding aan de VN heeft betekend heeft geen mogelijke strijdigheid gezien met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Nederlandse Staat. Evenmin heeft de minister de deurwaarder een aanzegging gedaan. Zoals ook volgt uit de door de Nederlandse Staat aangehaalde Memorie van Toelichting op artikel 3a (TK vergaderjaar 1992-1993, 23 081, nummer 3, pagina 4), is en blijft alsdan sprake van een geldige dagvaarding.
14. Artikel 3a Gerechtsdeurwaarderswet ziet overigens met name op de volkenrechtelijke verplichtingen die verband houden met (anders dan in de onderhavige zaak) de immuniteit van vreemde staten (zie Memorie van Toelichting op artikel 3a, TK vergaderjaar 1992-1993, 23 081, nummer 3, pagina 1):

*‘Sedert enige jaren is er hernieuwde aandacht voor de vraag, hoe kan worden voorkomen dat de Nederlandse Staat in verlegenheid wordt gebracht doordat in Nederland tegen een vreemde staat een civiele procedure wordt aangespannen of op zijn goederen beslag wordt gelegd, een en ander in een situatie waarin zulks in strijd zou kunnen komen met de volkenrechtelijke verplichting van de Staat.’*

(...)

*‘Er is aanleiding bij de bespreking van deze problematiek onderscheid te maken tussen de vraag of en zo ja, in hoeverre aan een vreemde mogendheid in Nederland immuniteit van rechtsmacht toekomt enerzijds, en de vraag of en in hoeverre een zodanige immuniteit ook bestaat op het terrein van de tenuitvoerlegging van vonnissen anderzijds.’*

15. De deurwaarder heeft terecht geoordeeld dat er geen sprake is van een situatie waar artikel 3a van de Gerechtsdeurwaarderswet op ziet. Het is derhalve aan de rechter om te bezien of hem rechtsmacht toekomt. Het belang dat de zienswijze van de Nederlandse Staat naar voren wordt gebracht is reeds voldoende gediend met de conclusie van het Openbaar Ministerie ex artikel 44 Rv, voorafgaand aan de verstekverlening.
16. Nu de Nederlandse Staat een rechtens te respecteren eigen belang thans verder mist, dienen de incidentele vorderingen reeds om die reden te worden afgewezen.

### **III. Incidentele vorderingen tot tussenkomst en voeging**

17. Naast een incidentele vordering waarin de rechtsmacht van de rechtbank ten opzichte van de VN is betwist, heeft de Nederlandse Staat incidenteel gevorderd om als tussenkomende, dan wel als gevoegde partij te worden toegelaten in de hoofdzaak, voor zover de vorderingen van de Moeders tegen de VN zijn gericht. Hieronder zullen de Moeders toelichten dat deze incidentele vorderingen moeten worden afgewezen.
18. Ter onderbouwing van zijn incidentele vorderingen tot tussenkomst en voeging stelt de Nederlandse Staat dat de vorderingen die de Moeders tegen de Nederlandse Staat en de VN hebben ingesteld zijn te beschouwen als twee afzonderlijke maar gelijktijdig ingestelde rechtsovereenkomsten. Dat is onjuist, althans niet relevant. Het gaat hier om één gerechtelijke procedure. Beide gedaagden zijn reeds partij, maar de VN is niet verschenen.



19. De Nederlandse Staat geeft blijk van een onjuiste opvatting over de incidentele vordering tot voeging of tot tussenkomst. Artikel 217 Rv luidt:

*‘Ieder die een belang heeft bij een tussen andere partijen aanhangig geding, kan vorderen zich daarin te mogen voegen of daarin te mogen tussenkomen.’*

De incidentele vorderingen van de Nederlandse Staat stranden op artikel 217 Rv. Immers, het betreft hier niet een tussen andere partijen aanhangig geding. De Nederlandse Staat is reeds partij in het geding waarvan zij thans vordert door voeging of tussenkomst partij te mogen worden. Het is vaste rechtspraak dat de vordering tot voeging of tussenkomst niet toekomt aan iemand die in het hangende geding partij is. Dat kan slechts anders zijn indien een partij in meerdere hoedanigheden optreedt, bijvoorbeeld als curator en in privé (zie Kluwer, Burgerlijke Rechtsvordering Losbladig, aantekening 3 op artikel 285 Rv (oud) en de aldaar (onder voetnoot 4) aangehaalde jurisprudentie). Het door de Nederlandse Staat gestelde (en door de Moeders betwiste) belang bij voeging of tussenkomst is iets anders dan een optreden in een andere hoedanigheid. De Nederlandse Staat kan zijn standpunt in de hoofdzaak reeds naar voren brengen. De VN kunnen zelf in de procedure verschijnen maar hebben dat om hen moverende redenen niet gedaan. Er is geen reden het Nederlandse procesrecht te denatureren en de incidentele vorderingen van de Nederlandse Staat toe te wijzen. De incidentele vorderingen tot voeging en tussenkomst door de Nederlandse Staat dienen te worden afgewezen.

20. De Nederlandse Staat heeft onder punt 4.6 van zijn incidentele conclusie jurisprudentie aangehaald die aantonen dat voeging en tussenkomst ook mogelijk is in zaken waar verstek is verleend. Dat doet echter niets af aan het bovenstaande. In de door de Nederlandse Staat aangehaalde uitspraken betrof het geen zaak waarin de interveniënt reeds partij was in de zaak waarin zij wenste te interveniëren. De door de Nederlandse Staat aangehaalde jurisprudentie is derhalve niet relevant.
21. De Nederlandse Staat vordert zich te mogen scharen als gevoegde partij aan de zijde van de VN dan wel te mogen tussenkomen. Afgezien van het feit dat de vordering tot

voeging en tussenkomst stranden op het bovenstaande, merken de Moeders het volgende op. Voor tussenkomst moet de derde (in casu de Nederlandse Staat) doen blijken van een *'belang om te voorkomen benadeling of verlies van een hem toekomend recht, dat bedreigd wordt door het hangende geding en voor het behoud waarvan zijn optreden in het geding nodig is'* (A.S. Rueb, Compendium van het burgerlijk procesrecht, Deventer 2007, pagina 185). Van een dergelijk belang is niets gebleken noch heeft de Nederlandse Staat daaromtrent iets aangevoerd. Enkel is aangevoerd het belang om de zienswijze ten aanzien van de immuniteit van de VN aan de rechtbank over te brengen. Daargelaten dat dit geen belang is als vereist voor tussenkomst (of voeging), is dit belang niet meer aanwezig nu het Openbaar Ministerie ex artikel 44 Rv de zienswijze van de Nederlandse Staat terzake reeds kenbaar heeft gemaakt voorafgaand aan de verstekverlening.

22. Tot slot merken de Moeders ten aanzien van de voeging en tussenkomst het volgende op. De Nederlandse Staat stelt onder punt 4.4. van de incidentele conclusie dat de rechtsfiguur van tussenkomst de aangewezen weg is (en niet voeging). De figuur van tussenkomst houdt in dat de Nederlandse Staat meent een belang te hebben om een eigen vordering in te stellen tegen beide partijen (zie Van Maanen 2005, Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering, artikel 217, aantekening 1c), derhalve zowel tegen de Moeders als de VN. De Nederlandse Staat heeft nagelaten inzichtelijk te maken op welke vordering hij doelt. Ook daarom dienen de incidentele vorderingen te worden afgewezen.

#### **IV. Verstekverlening**

23. De Nederlandse Staat heeft in het incident ten aanzien van de rechtsmacht betoogd dat de rechtbank niet de bevoegdheid heeft om van de vorderingen tegen de VN kennis te nemen. De Nederlandse Staat verwijst in dat verband naar artikel 13a Wet AB. Dat artikel bepaalt dat de rechtsmacht van de Nederlandse rechter wordt beperkt door uitzonderingen die in het volkenrecht zijn erkend.
24. De vraag naar de rechtsmacht is een gepasseerd station. Aan de VN is immers verstek verleend. Verstekverlening tegen een niet verschenen internationale organisatie kan

alleen worden verleend na een ambtshalve toetsing door de rechter van zijn internationaal publiekrechtelijke bevoegdheid. In procesrechtelijke zin betekent het verlenen van verstek immers het aanvaarden van de status als procespartij van gedaagde (zie J. Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter*, diss. 2001, pagina 31). Indien de immuniteit van de VN absoluut zou zijn, zoals de Nederlandse Staat het ten onrechte wil doen voorkomen, had de rolrechter dienen te oordelen dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt en de Moeders in hun vorderingen jegens de VN niet-ontvankelijk moeten verklaren. Voor een internationale organisatie geldt echter dat de immuniteit niet absoluut maar functioneel is. De Moeders zullen op dit onderscheid nog uitvoerig terugkomen in het kader van hun (subsidiare) verweer met betrekking tot de immuniteit.

25. Ook de Nederlandse Staat erkent onder de punten 3.2 e.v. van de incidentele conclusie dat een ambtshalve toetsing van de rechtsmacht dient plaats te vinden (bij een niet-verschenen internationale organisatie). De uitkomst van die ambtshalve toets is met de verstekverlening gegeven, welke uitkomst in de visie van de Moeders terecht is. In het licht van het bovenstaande is de Nederlandse Staat niet-ontvankelijk in zijn incidentele vordering, althans dient die vordering te worden afgewezen. Indien en voor zover de rechter mocht oordelen dat alsnog (en in dit incident) een inhoudelijke toets omtrent immuniteit aan de orde is, zullen de Moeders in het hiernavolgende (in het kader van de bespreking van de rechtsmacht en immuniteit) aantonen dat in dit bijzondere geval geen immuniteit aan de VN toekomt. De stellingen daarover hebben echter een subsidiair karakter.
26. Alvorens dit subsidiaire verweer uit te werken, zullen de Moeders eerst ingaan op de jurisprudentie over de ambtshalve toetsing van immuniteit.

### **Arrest Marokko/De Trappenberg**

27. Onder de nummers 3.2.9 en 3.2.10 bespreekt de Nederlandse Staat het arrest van de Hoge Raad van 25 november 1994 (NJ 1995, 650; Marokko/De Trappenberg). De Nederlandse Staat stelt dat deze uitspraak niet richtinggevend zou zijn voor de onderhavige casus en dat de noot onder het arrest onjuist zou zijn. De Nederlandse

Staat stelt onder andere aan de orde dat er verschil bestaat tussen rechtshandelingen die een staat op voet van gelijkheid aangaat met derden in het privaatrechtelijk rechtsverkeer ('*acte iure gestionis*') en handelingen die zijn verricht als overheid ('*acte iure imperii*'). Onder punt 3.2.10 concludeert de Nederlandse Staat dat de rechtbank ambtshalve de immuniteit van de VN dient te erkennen en zich dient te beperken tot de vraag of in de onderhavige zaak afstand van de immuniteit is gedaan. Het standpunt van de Nederlandse Staat is onjuist en het oordeel van de Hoge Raad is juist. Het volgende dient ter toelichting.

28. Het aangehaalde arrest gaat over immuniteit van jurisdictie van staten. Zoals hierboven reeds is gememoreerd, zou het in deze zaak moeten gaan om de functionele immuniteit van een internationale organisatie. Voor zover de argumenten van de Nederlandse Staat zijn ontleend aan rechtspraak over staatsimmuniteit, zijn die argumenten niet relevant. Daarenboven geeft de Nederlandse Staat een uitleg aan de immuniteit van staten die er op neer komt dat immuniteit absoluut zou zijn, hetgeen eveneens onjuist is. Zo de immuniteit van staten vroeger absoluut was, is tegenwoordig de immuniteit van staten in de meeste landen afgebrokkeld tot een relatieve immuniteit (zie C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR, Serie Onderneming en Recht*, Kluwer 2005, pagina 263 e.v.). Zelfs indien niet de VN maar een vreemde staat zou zijn aangesproken, kan aan de rechter rechtsmacht toekomen. Dat heeft zijn weerslag gevonden in bijvoorbeeld de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten (Bazel 1972). Daarin is opgesomd wanneer een staat zich niet op immuniteit mag beroepen. Een van de opgesomde uitzonderingen vormt het geval wanneer er sprake is van letsel of materiële schade als gevolg van een onrechtmatige daad, hetgeen in deze zaak onder andere onderwerp is van de vorderingen (zie artikel 11 van de Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten).
29. Ook het arrest Marokko/De Trappenberg gaat uit van de mogelijkheid van een beperking op de staatsimmuniteit, welke immuniteit naar haar aard (veel) verder strekt dan de immuniteit van internationale organisaties, hetgeen hierna nog uitvoerig aan de orde zal komen. De Hoge Raad oordeelt in het arrest Marokko/De Trappenberg niet

alleen dat er uitzonderingen mogelijk zijn, maar oordeelt ook dat van een uitzondering sprake was.

30. Verder komt in het arrest Marokko/De Trappenberg zonder omhaal aan de orde dat indien een staat in de procedure is verschenen een beroep op immuniteit niet ambtshalve aan de orde dient te komen. De gedaagde partij dient daar een expliciet beroep op te doen en de VN hebben dat niet gedaan (zie rechtsoverweging 3.3.3):

*‘Indien de Nederlandse rechter ter zake van een hem voorgelegd geschil in beginsel rechtsmacht toekomt, heeft hij het te berechten, óók als de verweerder een soevereine staat is, behoudens voor zover de verweerder tijdig een gegrond beroep op het privilege van jurisdictionele immuniteit heeft gedaan. Voor een ambtshalve onderzoek naar de vraag of de omstandigheden van het gegeven geval een dergelijk beroep wettigen, is dus geen plaats.’*

De Moeders merken op dat de VN in deze procedure geen beroep op immuniteit hebben gedaan. Annotator De Boer in zijn noot onder het arrest:

*‘(...) Een soevereine staat die zich niet op dat privilege beroept, is onderworpen aan de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. De rechter is niet gehouden ambtshalve te onderzoeken of een vreemde staat immuniteit geniet. Of zoals A-G Strikwerda het stelt: de immuniteitsexceptie is niet van openbare orde (...) De rechter zal zich dus moeten richten naar het standpunt of de proceshouding van de vreemde staat, en dat sluit de ambtshalve toepassing van de immuniteitsregel uit.’*

31. De annotator stelt verder nog dat wat hem betreft ook in verstekzaken de immuniteitskwestie niet ambtshalve aan de orde behoeft te komen en dat dient te worden volstaan met een toets aan de gewone regels van internationale bevoegdheid. De annotator stelt dat rechtsmacht is gegeven, tenzij de vreemde staat zich daar tegen verzet. De Hoge Raad heeft niet geoordeeld over de immuniteit van internationale organisaties en de annotator evenmin. Waar de immuniteit van internationale organisaties (veel) beperkter is dan die van staten, dient het geformuleerde

uitgangspunt dat er rechtsmacht bestaat tenzij een geslaagd beroep wordt gedaan op het privilege van immuniteit ook in deze casus te worden toegepast.

## **SUBSIDIAR:**

### **V Immuniteit en rechtsmacht**

32. Voor zover de rechtbank mocht oordelen dat de verstekverlening aan de VN niet leidt tot niet-ontvankelijkheid van de Nederlandse Staat in zijn incidentele vorderingen, althans tot afwijzing van die vorderingen, zullen de Moeders in gaan op het feit dat aan de VN in deze bijzondere zaak geen immuniteit toekomt. Ter adstructie zullen de Moeders aan de orde stellen dat er een essentieel verschil bestaat tussen de immuniteit van staten en de immuniteit van internationale organisaties. Dat is een beslissend onderscheid, aan welk onderscheid de Nederlandse Staat geheel voorbij gaat. Het fundament van het betoog van de Nederlandse Staat rust daarmee op een verkeerde veronderstelling.

#### **V.1 Statenimmuniteit**

33. De immuniteit van jurisdictie van staten is zowel qua omvang als qua grondslag anders dan de immuniteit van internationale organisaties. De immuniteit van staten is gegrond op het beginsel van soevereiniteit, onafhankelijkheid en gelijkheid van staten en vloeit voort uit het adagium '*par in parem non habet imperium*'; onder gelijken heeft niemand heerschappij (zie bijvoorbeeld: EHRM 21 november 2001, Al-Adsani/The United Kingdom, 35763/97, rechtsoverweging 54; P.H. Kooijmans, Internationaal publiekrecht in vogelvlucht, 9<sup>e</sup> druk, 2002, pagina 67). In concreto betekent dit dat de rechter van de ene staat geen vonnis kan wijzen in een zaak waarin een andere staat gedaagde is.

34. Immuniteit van jurisdictie kan op gespannen voet staan met fundamentele rechten van burgers, zoals die zijn vastgelegd in artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (IVBP) en artikel 6 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Dit artikel houdt in het recht op de toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld.

35. Artikel 14 lid 1 IVBP luidt:

*'All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law (...).'*

36. Artikel 6 lid 1 EVRM luidt:

*'In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.'*

37. Algemeen is erkend dat de garantie van *'fair trial'* in artikel 6 lid 1 EVRM ook de toegang tot de rechter inhoudt. Dit is permanente rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens sinds *Golder/Verenigd Koninkrijk* (EHRM 21 februari 1975, NJ 1975, 462, m.nt. EEA; zie hierover ook C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR*, Kluwer 2005, pagina 264).

38. Het leerstuk van de staatsimmunitet dient te worden gezien in het licht dat de betreffende staat slechts immunitet toekomt voor een gerechtelijke instantie in een andere staat. De regel van immunitet staat er niet aan in de weg dat de burger de betreffende staat aanspreekt voor de rechter van die staat. Daarom is de immunitet van staten in beginsel te verenigen met de principes van de artikelen 6 EVRM en artikel 14 IVBP. Om die reden komt Van der Plas terecht tot de volgende conclusie (t.a.p., pagina 265):

*'In tegenstelling tot procedures tegen internationale organisaties, is er bij procedures tegen Staten in beginsel steeds een alternatief voor handen. De rechter van de gedaagde Staat.'*

- De door de Nederlandse Staat aangehaalde jurisprudentie betreft steeds zaken waarin een staat niet in eigen land werd aangesproken. Uiteraard kunnen die uitspraken daarom niet bepalend zijn voor de onderhavige zaak, waarin de VN worden aangesproken. De VN zijn immers een internationale organisatie en geen staat.
39. In het bovenstaande kwam bij de bespreking van het arrest Marokko/De Trappenberg aan de orde dat er verdragsrechtelijke beperkingen zijn op het beginsel van staatsimmunititeit (Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten). Verder is in de afgelopen jaren in de rechtspraak en literatuur een ontwikkeling waarneembaar dat de immuniteit al maar verder wordt ingeperkt. In dat licht dient ook de door de Nederlandse Staat onder punt 3.4.9 van zijn incidentele conclusie aangehaalde zaak Al-Adsani (EHRM 21 november 2001, 35763/97) te worden beschouwd. De door de Nederlandse Staat aan de hand van deze uitspraak getrokken conclusies worden toegepast op een internationale organisatie. Het EHRM heeft in die zaak echter geen uitspraak gedaan over de immuniteit van internationale organisaties en het betoog van de Nederlandse Staat is reeds op die grond onjuist.
40. Voor een goed begrip zullen de Moeders nader in gaan op de uitspraak van het EHRM in de zaak Al-Adsani. De eisende partij was een burger uit de staat Koeweit die in het Verenigd Koninkrijk een vordering tot schadevergoeding had ingesteld tegen de staat Koeweit. De staat Koeweit werd door de eiser verantwoordelijk gehouden voor martelingen van eiser en aangesproken voor de daaruit voortvloeiende lichamelijke en geestelijke schade. De voorliggende rechtsvraag bij het EHRM was of de Engelse rechter terecht had geoordeeld dat aan de staat Koeweit immuniteit toekwam.
41. Opvallend is dat het EHRM de immuniteit van de staat Koeweit in stand hield met de kleinst mogelijke meerderheid in de stemverhouding van de rechters, te weten negen tegen acht. Dat geeft al aan dat het absolute karakter van de immuniteit van staten onder bepaalde omstandigheden ter discussie staat.



42. Het bovenstaande wordt geïllustreerd door de verschillende *dissenting opinions* die onderdeel zijn van de uitspraak. Alvorens daar nader op in te gaan geven de Moeders de kernoverweging van de uitspraak weer (zie rechtsoverweging 66):

*‘The Court, while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, does not accordingly find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State.’*

In deze kernoverweging valt het gebruik van twee woorden op. In de eerste plaats het woord ‘yet’, waarmee het EHRM aangeeft dat tijdsverloop tot een ander inzicht zal kunnen of zelfs zal leiden. In de tweede plaats het woord ‘States’ in relatie tot het feit dat de immuniteit beperkt blijft tot de rechter buiten het grondgebied van de betreffende staat. Al-Adsani had Koeweit in dat land kunnen aanspreken, in welk geval Koeweit zich niet op immuniteit had kunnen beroepen. Aan de Moeders ontbreekt in deze zaak een dergelijk alternatief. De Moeders zullen op dit punt nog terugkomen.

43. In de *dissenting opinions* wordt overduidelijk dat de immuniteit voor staten in bepaalde gevallen zeer onder druk staat en dient te wijken voor de belangen van de burger wiens rechten zijn geschonden. In de *dissenting opinion* van rechter Loucaides:

*‘In view of the absolute nature of torture it would be a travesty of law to allow exceptions in respect of civil liability by permitting the concept of State immunity to be relied on successfully against a claim for compensation by any victim of torture. The rationale behind the principle of international law that those responsible for atrocious acts of torture must be accountable is not based solely on the objectives of criminal law. It is equally valid to any legal liability whatsoever.’*

(...)

*‘In my opinion, they (toevoeging advocaten: the relevant immunities) are incompatible with Article 6 § 1 in all those cases where their application is automatic without a balancing of the incompeting interests as explained above.’*

Het EHRM heeft overigens wel toegelicht dat er een afweging dient te geschieden. Er moet namelijk worden vastgesteld of de beperking van artikel 6 EVRM proportioneel is in verhouding tot het doel dat met de immuniteit wordt nagestreefd (zie rechtsoverweging 55).

44. De gezamenlijke *dissenting opinion* van zes andere rechters van het EHRM (waaronder de voorzitter) geven een helder inzicht in de juridische redenering die gevolgd dient te worden in het geval van staten. Het verbod op marteling is volgens alle rechters een *jus cogens* (zie rechtsoverweging 60-61). Dat wil zeggen dat deze regel een dwingende regel van internationaal recht is (zie Kooijmans, t.a.p., pagina 18). Volgens de *dissenting opinion* dient in geval van conflict tussen een *jus cogens* en een andere regel van internationaal recht (zoals immuniteit), deze andere regel te wijken (zie rechtsoverweging 1 van de *dissenting opinion*):

*'In the event of a conflict between a jus cogens rule and any other rule of international law, the former prevails. The consequence of such prevalence is that the conflicting rule is null and void, or, in any event, does not produce legal effects which are in contradiction with the content of the peremptory rule.'*

45. Uit deze voorrangsregel vloeit dan ook de volgende conclusie (zie rechtsoverweging 3 van de *dissenting opinion*):

*'The acceptance therefore of the jus cogens nature of the prohibition of torture entails that a State allegedly violating it cannot invoke hierarchically lower rules (in this case, those on State immunity) to avoid the consequences of the illegality of its actions.'*

46. De Moeders wijzen op het onderscheid tussen de marteling van een individu en de genocide op bijna 10.000 mensen, die de Nederlandse Staat en de VN niet hebben voorkomen. De motivering van de uitspraak van het vonnis van het EHRM en de *dissenting opinion* leiden tot de slotsom dat in het geval van het verbod op genocide

als regel van *jus cogens*, het EHRM zal beslissen dat de immuniteit van een staat ondergeschikt zal zijn aan de rechten van het individu.

47. Overigens is het feit dat in de zaak Al-Adsani de immuniteit (door negen van de zeventien rechters) werd aangenomen zwaar bekritiseerd (zie bijvoorbeeld A. Orakhelashvili, *State Immunity and International Public Order Revisited*, *German Yearbook of International Law* 2006, pagina's 327 tot en met 365). Volgens de aangehaalde auteur dient er een hiërarchie van normen te zijn en dient er geen absolute onschendbaarheid van staten te zijn. De uitspraak in de zaak van Al-Adsani wordt gezien als een schending van het recht dat zou moeten worden gewaarborgd door artikel 6 EVRM (zie Orakhelashvili, t.a.p., pagina 347):

*'The Al-Adsani treatment of Art. 6 is incompatible with the principle repeatedly affirmed in the ECtHR's jurisprudence, that the Convention must be interpreted so as to make its safeguards practical and effective, and not illusory.'*

(...)

*'All these considerations demonstrate that Al-Adsani is an inconsistent and badly reasoned decision that was not worth following in subsequent cases.'*

48. Naast het hierboven besproken arrest, heeft ook de Nederlandse regering, bij monde van de staatssecretaris van justitie, bij de invoering van de Gerechtsdeurwaarderswet geconstateerd dat de absolute staatsimmunitieit '*niet meer als geldend volkenrecht kan worden beschouwd*' (Tweede Kamer, vergaderjaar 1993-1994, 23081, nr. 5, pagina 3). Anders dan de Nederlandse Staat het in de onderhavige procedure doet voorkomen, zijn in het verleden derhalve door de regering de beperkingen op de staatsimmunitieit erkend.

49. Het bovenstaande brengt het volgende met zich mee:
1. immuniteit van staten en immuniteit van internationale organisaties zijn gebaseerd op verschillende beginselen en hebben een verschillende reikwijdte;
  2. absolute staatsimmunitieit is geen geldend internationaal recht;
  3. de immuniteit van staten dient te worden getoetst aan artikel 6 EVRM;

4. anders dan bij internationale organisaties bestaat in het geval van de aansprakelijkheid van een staat op zich de mogelijkheid om het forum van het land van de aangesproken staat te adieren;
5. indien de geschonden internationaalrechtelijke norm geldt als een dwingende regel van internationaal recht (*jus cogens*), dienen andere regels van internationaal recht (zoals het recht van een staat op immuniteit) te wijken;
6. ook indien de regels van staatsimmuniteit op de VN van toepassing mochten zijn in de onderhavige zaak (hetgeen niet het geval is), is het hoogst aannemelijk dat het EHRM de immuniteit in dat geval zal laten wijken voor de rechten van de Moeders.

## **V.2. Immuniteit van internationale organisaties**

50. De immuniteit van internationale organisaties is van een essentieel andere orde en gaat (veel) minder ver dan de immuniteit van staten. Op de immuniteit van internationale organisaties worden eerder beperkingen aangenomen, al was het alleen maar omdat anders dan bij staten er geen andere bevoegde rechter is. De Moeders wensen voorop te stellen dat zij het recht op de functionele immuniteit van de VN in principe erkennen. De Moeders betwisten echter dat de verweten gedragingen onder de functionele immuniteit vallen. Daarnaast heeft ook de functionele immuniteit haar grenzen. In het volgende zullen de Moeders aantonen dat aan de VN in deze zaak geen immuniteit toekomt, althans dat deze immuniteit dient te wijken voor de rechten van de Moeders. Daarbij zullen voor zover van toepassing ook de stellingen van de Nederlandse Staat worden betrokken. De volgende drie uitgangspunten vormen de basis van het betoog:
  - a. de onderhavige kwestie valt niet onder de reikwijdte van de functionele immuniteit;
  - b. voor zover de onderhavige kwestie wel onder de reikwijdte van de functionele immuniteit zou vallen, dient deze immuniteit in het kader van een belangenafweging te wijken voor de rechten van de Moeders. In geval van genocide is geen beroep op immuniteit mogelijk.

- c. indien en voor zover het beroep op immuniteit niet strandt op het bovenstaande, hebben de Moeders het recht op toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter, voortvloeiend uit artikel 6 EVRM. Nu de VN geen effectieve rechtsgang in het leven hebben geroepen is de Nederlandse rechter in het onderhavige geval bevoegd om van de vorderingen kennis te nemen.
- a. Reikwijdte functionele immuniteit**
51. De immuniteit van internationale organisaties heeft een functioneel karakter. De immuniteit van een internationale organisatie vindt haar rechtvaardiging en haar grens in de noodzakelijkheid om de organisatie in staat te stellen op onafhankelijke wijze haar functies uit te oefenen (zie Kooijmans, t.a.p., pagina 175-176). De immuniteit van nieuwe internationale organisaties wordt dan ook in afzonderlijke regelgeving (meestal bij de oprichting) vastgelegd. Dat is anders dan bij Staten, waarvoor immuniteit in het algemeen geldt. Indien door een internationale organisatie een beroep wordt gedaan op immuniteit, dient te worden bepaald of de functionele noodzaak tot immuniteit bestaat.
52. Zoals in het bovenstaande aan de orde kwam gelden voor iedere internationale organisaties eigen immuniteitsregels (zie voor een voorbeeld daarvan in het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen inzake Zwartveld, 13 juli 1990 (C-2/88), rechtsoverweging 20). De Moeders zullen daarom ingaan op de specifieke immuniteitsregels voor de VN.

### **Rangorde VN-Handvest - Convention**

53. Artikel 105 lid 1 VN-Handvest luidt:

*'The organization shall enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes.'*

De VN hebben derhalve immuniteit voor zover dat nodig is voor het vervullen van de eigen doelstellingen. Het betreft niet uitsluitend de algemene doelstellingen van de

VN, maar ook de doelstellingen die voortvloeien uit een specifiek mandaat, zoals het mandaat ter bescherming van de *Safe Area Srebrenica* en de bevolking.

54. Artikel 105 lid 3 VN-Handvest bepaalt dat de Algemene Vergadering van de VN conventies kan voorstellen om de details over de toepassing van artikel 105 lid 1 en 2 VN-Handvest in te vullen. Dat betekent uiteraard niet dat een dergelijke nadere invulling de regel van artikel 105 lid 1 VN-Handvest opzij kan zetten. Er is een rangorde tussen het Handvest en de Convention, waarbij aan het Handvest voorrang toekomt omdat de Convention is gebaseerd op het Handvest. Door de Algemene Vergadering van de VN is in 1946 de Convention on the Privileges and Immunities of the UN uitgevaardigd. Uit die Convention volgt dat indien aan de VN immuniteit toekomt, de VN van die immuniteit afstand kunnen doen. Artikel II sectie 2 van deze Convention luidt:

*'The United Nations (...) shall enjoy immunity from every form of legal process except insofar as in any particular case it has expressly waived its immunity.'*

### **Functionele immuniteit**

55. Een kenmerk van een rechtsstaat is dat er scheiding is tussen de wetgevende, de uitvoerende en de rechtsprekende macht. In een systeem waar die scheiding is aangebracht, dienen de machten elkaar te controleren, teneinde de fundamentele rechtsbeginselen te waarborgen en een dictatuur te vermijden. De VN oefenen door hun resoluties de wetgevende macht uit. Vervolgens worden deze resoluties door de VN-troepen uitgevoerd. Als de VN vervolgens onder geen enkele omstandigheid door een gerecht kunnen worden gecontroleerd, zou de VN een dictatoriale organisatie gelijken. Het is ondenkbaar dat de staten die de VN hebben opgericht en de staten die zich vervolgens hebben aangesloten, een dergelijke organisatie om wereldvrede tot stand te brengen voor ogen hadden. Het is ook erkend dat het VN-Handvest dient te worden uitgelegd aan de hand van de beginselen van goede trouw (zie G. Ress, in B. Simma, a Commentary, The Interpretation of the Charter of the United Nations, Volume 1, pagina 19). Die uitleg brengt met zich mee dat een mogelijke immuniteit van de VN niet onbegrensd kan zijn. Het is overigens ook niet acceptabel dat een

persoon of een organisatie zichzelf onbeperkte immuniteit toekent en een onafhankelijk rechter dat accepteert. Immuniteit kan slechts worden toegekend aan anderen. Het is in strijd met de beginselen van een rechtsstaat indien personen of rechtspersonen zelf bepalen dat zij onbeperkt immuun zijn.

56. A. Reinisch wijst er terecht op dat internationale organisaties eveneens onderworpen zijn aan principes van ‘good governance’ (zie A. Reinisch, in R. Hofmann e.a., Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft, 2007, pagina 84). Ook de commissie van de International Law Association met betrekking tot ‘Accountability of International Organisations’ komt tot een gelijke conclusie (zie A. Reinisch, in R. Hofmann e.a., Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft, 2007, pagina 84, voetnoot 223):

*‘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.’*

57. Het functionele (en daarmee beperkte) karakter van de immuniteit van internationale organisaties is bevestigd in de rechtspraak tot in hoogste instantie (zie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 13 juli 1990 (Zwartveld), onder rechtsoverweging 19):

*‘Gezien in het licht van deze beginselen, hebben de door het protocol aan de Europese Gemeenschappen toegekende voorrechten en immuniteiten enkel een functioneel karakter, in zoverre zij bedoeld zijn om te voorkomen dat de Gemeenschappen in hun werking en onafhankelijkheid worden belemmerd (...).’*

58. In de literatuur wordt bevestigd dat de immuniteit van internationale organisaties niet betekent dat deze organisaties boven de wet staan. Zij zijn gehouden het recht na te leven. Als voorbeeld voor situaties waarin een functionele noodzaak voor immuniteit bestaat worden genoemd (zie Kooijmans t.a.p. pagina 171-172):

- Vertegenwoordigers van VN-leden moeten vrij kunnen reizen naar VN-gebouwen, ook al staat het gastland op vijandige voet met het land in kwestie;
- Personeelsleden van de internationale organisatie moeten hun taak vrij kunnen blijven uitoefenen en daarbij niet kunnen worden gehinderd, juist in tijden dat het land in kwestie wat minder is gecharmeerd van de activiteiten die worden ontplooid door de organisatie.

Deze voorbeelden zijn niet van toepassing op de onderhavige casus. De onderhavige zaak ziet op een kwestie van geheel andere orde. Deze heeft immers betrekking op de verantwoordelijkheid voor het niet voorkomen van genocide en dat staat los van hetgeen de functionele immuniteit van de VN beoogt te beschermen. Voor functionele immuniteit is dan ook geen plaats.

### **Advisory Opinion IGH**

59. Het is van belang dat het IGH op 29 april 1999 een zogenaamde Advisory Opinion heeft gegeven (verder: 'de Advisory Opinion'). Deze had betrekking op de immuniteit van internationale organisaties in het algemeen en de VN in het bijzonder. Ook de Nederlandse Staat heeft onder punt 3.2.7 van haar conclusie verwezen naar de Advisory Opinion. De Nederlandse Staat stelt aan de hand van dit advies van het IGH dat indien een procedure aanhangig wordt gemaakt tegen de VN, het betreffende land waar de procedure zich afspeelt, verplicht zou zijn de rechter te informeren over het standpunt van de Secretaris-Generaal van de VN over de immuniteit. De rechter zou alsdan gehouden zijn het standpunt van de Secretaris-Generaal van de VN te volgen, tenzij er een dwingende reden bestaat die immuniteit niet te erkennen. Een dergelijk dwingende reden zou volgens de Nederlandse Staat alleen dan bestaan indien de VN uitdrukkelijk afstand hebben gedaan van de immuniteit.
60. De stellingen van de Nederlandse Staat omtrent de Advisory Opinion zijn feitelijk en juridisch onjuist. De Advisory Opinion is wel relevant, echter om andere redenen. Het volgende dient ter toelichting.



61. Het advies van het IGH in de hiervoor genoemde kwestie had om te beginnen betrekking op een essentieel ander feitencomplex. Het betrof een geschil tegen de Speciaal Rapporteur voor de VN-commissie voor de Rechten van de Mens inzake de onafhankelijkheid van rechters en advocaten in Maleisië. Het betrof dus niet een procedure tegen de VN zelf. Nadat deze VN-rapporteur zich in een interview met een krant in negatieve zin had uitgelaten over hetgeen voorwerp was van zijn onderzoek, werd hij in Maleisië bestookt met schadeclaims in gerechtelijke procedures. Er werd daarmee overduidelijk gepoogd om de oordeelsvorming van de VN-rapporteur te beïnvloeden, door hem – lopende het onderzoek – onder druk te zetten met juridische procedures. Section 22 van de Convention voorziet in de mogelijkheid dat de Secretaris-Generaal een aanwijzing geeft over de vraag of een medewerker van de VN binnen zijn taakuitoefening heeft gehandeld, in welk geval hem functionele immuniteit toekomt. De Secretaris-Generaal van de VN concludeerde dat de VN-rapporteur bij zijn uitlatingen binnen de reikwijdte van zijn opdracht was gebleven zodat hem functionele immuniteit toekwam. Volgens het IGH diende Maleisië de immuniteitskwestie aan het begin van de rechtszaken onder de aandacht van de rechter te brengen.
62. De Nederlandse Staat legt de bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing van de Secretaris-Generaal van de VN voorts onjuist uit. Die heeft namelijk betrekking op de vraag of er sprake is van taakuitoefening en niet op de vraag of immuniteit dient te worden toegekend (zie nummer 60 van de Advisory Opinion). De reikwijdte van immuniteit wordt duidelijk onder nummer 61 van de Advisory Opinion:

*‘When national courts are seised of a case in which the immunity of a United Nations agent is in issue, they should immediately be notified of any finding by the Secretary-General concerning that immunity. That finding, and its documentary expression, creates a presumption which can only be set aside for the most compelling reasons and is thus to be given the greatest weight by national courts.’*

Deze overweging betreft ‘*experts*’ waarvoor in de Convention onder artikel 23 is vastgelegd dat de Secretaris-Generaal alleen afstand mag doen van immuniteit als naar

zijn mening de rechtsgang zou worden belemmerd. Er is derhalve in dergelijke gevallen een wettelijke basis voor een advies van de Secretaris-Generaal, waar bovendien van kan worden afgeweken. Anders dan de Nederlandse Staat verder stelt, is door het IGH ook niet geoordeeld dat alleen de afstand van immuniteit door de VN een dergelijk dwingende reden zou opleveren op grond waarvan kan worden afgeweken van het uitgangspunt van immuniteit. In dat geval zou immers een belangenafweging door de nationale rechter nimmer aan de orde zijn. Het betoog van de Nederlandse Staat is dan ook niet terug te voeren op de Advisory Opinion.

63. Verder merken de Moeders nog op dat het IGH in de Advisory Opinion nadrukkelijk in gaat op de vraag of in dit specifieke geval de uitlatingen van de VN-rapporteur waren gedaan in de uitoefening en binnen de reikwijdte van de hem opgedragen taak, in welk geval immuniteit kan worden toegekend (zie nummer 47 e.v. van de Advisory Opinion). De Advisory Opinion is een bevestiging door het IGH dat bij internationale organisaties in het algemeen, en in het bijzonder de VN, sprake is van een functionele (en geen absolute) immuniteit.
64. Terzijde merken de Moeders ten aanzien van de Advisory Opinion nog op dat de VN in de onderhavige zaak niet zijn verschenen, terwijl de VN-rapporteur in de hiervoor uiteengezette kwestie wel was verschenen en ook een beroep had gedaan op immuniteit (zie paragraaf 6 van de Advisory Opinion). Hoe zich dit verhoudt tot de stelling van de Nederlandse Staat dat het beleid van de VN zou zijn om in gerechtelijke procedures niet te verschijnen, is de Moeders niet duidelijk.
65. De tussenconclusie die hier dient te worden getrokken is dat de immuniteit bij internationale organisaties niet absoluut is, maar beperkt blijft tot de gevallen waarin een functionele noodzaak tot immuniteit bestaat. Die functionele noodzaak is in deze zaak niet aanwezig. Het volgende dient ter toelichting.

#### **Geen functionele noodzaak voor immuniteit in deze zaak**

66. Het onderhavige geval is gelet op de bij de inleidende dagvaarding beschreven feiten (onder de nummers 6 tot en met 287) van een geheel andere orde dan de casus die door

het IGH werd besproken in zijn Advisory Opinion. Zo is van beïnvloeding van de VN, waartegen de functionele immuniteit van de VN nu juist bescherming biedt, geen sprake. De missie om de zich in de *Safe Area Srebrenica* bevindende burgerbevolking te beschermen is immers ruim twaalf jaar geleden geëindigd. Daarnaast is (mede)verantwoordelijkheid voor genocide onvergelijkbaar met een schadeclaim als gevolg van mogelijk lasterlijke uitlatingen door een VN-rapporteur. Ook de hierboven in de literatuur (zie Kooijmans t.a.p. pagina 171-172) aangehaalde voorbeelden van functionele noodzaak voor immuniteit zijn van een fundamenteel andere orde dan de onderhavige zaak.

67. Ook de door de Nederlandse Staat onder punt 3.4.5 aangehaalde uitspraak inzake *Euratom* (HR 13 november 2007) heeft betrekking op essentieel andere feiten en een ander rechtsgebied. De zaak *Euratom* had immers betrekking op immuniteit voor strafrechtelijke vervolging van medewerkers van *Euratom* en niet op de civiel- en volkenrechtelijke gevolgen van fouten. Zoals hierboven reeds aan de orde kwam, heeft daarnaast elke internationale organisatie zijn eigen immuniteits-bepalingen. Die van *Euratom* wijken af van die van de VN. De bepalingen waarover de Hoge Raad oordeelde hadden betrekking op de immuniteit voor dwangmaatregelen ten aanzien van eigendommen en bezittingen (artikel 1 van het Protocol van 8 april 1965 inzake de voorrechten en immuniteiten van de EG) en de vrijstelling voor rechtsvervolging van ambtenaren. Die zaken zijn hier niet aan de orde. Daarenboven heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zijn uitspraak inzake *Zwartveld* van 13 juli 1990 (C-2/88) reeds onder rechtsoverweging 19 tot en met 21 bepaald dat juist artikel 1 van het Protocol van 8 april 1965 aan de beperkingen van functionaliteit en betrekkelijkheid onderhevig is. In dat arrest werd een beroep op immuniteit dan ook verworpen.
68. In de visie van de Moeders brengt de ontvankelijkheid van de ingestelde vordering geen beïnvloeding van of bemoeilijking van de functionaliteit van de VN met zich mee. Zoals in de dagvaarding uitvoerig aan de orde is gesteld, hebben de VN in hun rapport omtrent *Srebrenica* zelf geoordeeld dat zij tal van fouten hebben gemaakt. Het gaat in deze procedure om de vraag wat de gevolgen zijn van die fouten. De

functionaliteit van de VN op zich staat niet ter discussie, maar de vraag of de VN voor iedere vorm van onrechtmatig handelen zou worden beschermd door de regel van immuniteit. Zoals hieronder nog uitvoerig aan de orde zal komen in het kader van de belangenafweging, dient in elk geval bij het laten gebeuren van genocide verantwoording te worden afgelegd en kan het niet zo zijn dat zulks wordt verhinderd door het toekennen van immuniteit. Dat geldt te meer voor een organisatie die zich ten doel heeft gesteld om genocide te voorkomen en zich permanent inzet voor mensenrechten. Deze organisatie heeft het kennelijk tot haar beleid gemaakt om niet eens te verschijnen in een procedure om zelf een beroep te doen op immuniteit. De Nederlandse Staat tracht deze meest eclatante schending van mensenrechten toe te dekken onder de mantel van immuniteit. Dat is onacceptabel.

69. De Nederlandse Staat heeft onder punt 3.4.4 van zijn incidentele conclusie verwezen naar de uitspraak van het EHRM van 2 mei 2007 (Behrami en Saramati, 71412/01 en 78166/01). Uit die uitspraak zou volgens de Nederlandse Staat volgen dat de Nederlandse rechter niet mag beoordelen in hoeverre de VN heeft gefaald bij hun taak om de internationale vrede en veiligheid te handhaven. De Nederlandse Staat miskent daarmee echter de ingestelde vorderingen en de grondslag van die vorderingen. Het aangehaalde arrest gaat over de vraag aan wie het handelen van nationale contingents in een VN-missie moet worden toegerekend. Het arrest zegt niets over de immuniteit van de VN of de functionele noodzaak daartoe. Het aangehaalde arrest is derhalve niet relevant in het kader van de incidenten.

**V.b Belangenafweging: geen immuniteit bij genocide**

70. Voor zover mocht worden geoordeeld dat in deze zaak de verweten gedragingen vallen binnen de reikwijdte van de functionele immuniteit van de VN, komt (meer subsidiair) de belangenafweging aan bod. Die belangenafweging komt neer op een toetsing van de proportionaliteit tussen het toekennen van immuniteit en de rechten van de burgers, zoals die in het internationaal recht zijn erkend. Daarbij geldt de voorrang van dwingendrechtelijke regels (*jus cogens*) boven de andere internationaalrechtelijke regels.

## **Jus Cogens**

71. Hierboven kwam aan de orde dat in het internationaal recht bepaalde regels gelden die zo belangrijk zijn dat in geval van een conflict tussen die regels, andere regels van internationaal recht dienen te wijken. Dit hogere recht wordt aangeduid als *jus cogens*. Het verbod op genocide is *jus cogens* (zie J.A. Frowein, Encyclopedia of Public International Law, Volume Three, 1997, pagina 67). De Moeders zijn zich er van bewust dat de VN niet zelf de genocide heeft gepleegd. Het gaat in dit verband om de vraag of de VN verplichting uit de Genocide Conventie om genocide te voorkomen zijn nagekomen. Er is voorts sprake van *jus cogens* bij het schenden van overige mensenrechten, zoals bijvoorbeeld marteling, moord en verkrachting. Dat al die mensenrechten zouden worden geschonden was in juli 1995 voorspelbaar toen de VN op dat moment hun toezegging tot bescherming niet nakwamen (zie verder de nummers 408 tot en met 411 in de dagvaarding en de aldaar aangehaalde bronnen).

72. Het IGH heeft in zijn arrest van 26 februari 2007 bepaald dat in Srebrenica genocide heeft plaatsgevonden (zie rechtsoverwegingen 278 en volgende, met de conclusie onder rechtsoverweging 297):

*‘The Court concludes that the acts committed at Srebrenica falling within Article II (a) and (b) of the Convention were committed with the specific intent to destroy in part the group of the Muslims of Bosnia and Herzegovina as such; and accordingly that these were acts of genocide, committed by members of the VRS in and around Srebrenica from about 13 July 1995.’*

73. In de dagvaarding is voorts aangetoond dat naast genocide ook op grote schaal zeer ernstige schendingen van andere mensenrechten hebben plaatsgevonden.

74. Het IGH oordeelt in zijn Advisory Opinion dat de immuniteit van de VN kan wijken. Het IGH heeft in zijn Advisory Opinion, anders dan de Nederlandse Staat stelt, niet geoordeeld dat de rechter gehouden is de mening van de Secretaris-Generaal van de VN omtrent de taakuitoefening en immuniteit onvoorwaardelijk te volgen. Immers, van die aanwijzingsbevoegdheid van de Secretaris-Generaal van de VN kan om

dwingende redenen (*'the most compelling reasons'*) door de nationale rechter worden afgeweken. Ook dit bevestigt dat er een belangenafweging dient plaats te vinden.

Nu het IGH in het geval van de zaak tegen Maleisië oordeelde dat reeds in geval van een belediging dwingende redenen kunnen zijn om van de mening van de Secretaris-Generaal (omtrent het functioneren van een medewerker) af te wijken, zal dat zonder meer het geval dienen te zijn bij genocide.

75. In het bovenstaande kwam reeds aan de orde dat zelfs bij de (veel) verder strekkende staatsimmunitet een belangenafweging aan de orde is (zie Al-Adsani, EHRM 21 november 2001, 35763/97). Daarbij werd aangetoond dat naarmate er sprake is van een ernstiger schending van een dwingende regel van internationaal recht, de immunitet eerder zal wijken.
76. In het volkenrecht is er geen hogere norm dan het verbod op genocide. De handhaving daarvan is een belangrijke bestaansreden van het internationaal recht en van de belangrijkste internationale organisatie, de VN. Dit brengt met zich mee dat in geval van het niet voorkomen van genocide aan de internationale organisatie geen immunitet toekomt. Een erger verwijt kan een internationale organisatie immers niet worden gemaakt, op het actief plegen van genocide na. Indien in geval van genocide de immunitet niet dient te wijken, dan zou de immunitet nooit wijken en daarmee absoluut zijn. Dat zou onverenigbaar zijn met het functionele karakter van de immunitet van de VN.
77. Overigens wijzen de Moeders er andermaal op dat het niet voorkomen van genocide niet de enige geschonden norm met een dwingend internationaalrechtelijk karakter is. Ook het niet voorkomen van marteling, moord, ernstige mishandeling, verkrachting en het niet melden van oorlogsmisdaden, althans de combinatie van al deze schendingen is in strijd met het *jus cogens*.

#### **Door Nederlandse Staat aangehaalde uitspraak IGH inzake Congo**

78. De Nederlandse Staat heeft in het licht van de gestelde immunitet van de VN nog het arrest van het IGH van 6 februari 2006 inzake Congo aangehaald. De Nederlandse

Staat stelt dat het feit dat het genocideverbod is overtreden geen rechtsmacht met zich mee brengt. Die stelling is echter niet terug te voeren op de overwegingen of beslissing van de aangehaalde uitspraak. Onder rechtsoverweging 64 oordeelt het IGH:

*‘The Court observes, however, as it has already had occasion to emphasize, that “erga omnes character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things” (East Timor (Portugal v. Australia), Judgement, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para.29), and that the mere fact that rights and obligations erga omnes may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute.*

*The same applies to the relationship between peremptory norms of general international law (jus cogens) and the establishment of the Court’s jurisdiction: the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide the basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court’s Statute that jurisdiction is always based on the consent of parties.’*

79. Uit het bovenstaande citaat volgt iets heel anders dan hetgeen de Nederlandse Staat stelt. Het IGH erkent dat er dwingende normen van internationaal recht bestaan, waaronder het verbod op genocide. Het verbod op genocide en de bevoegdheid van het IGH zijn echter volgens het IGH twee verschillende kwesties. Volgens zijn statuut is het IGH immers slechts bevoegd indien beide partijen instemmen met de beslechting van hun geschil door het IGH. Dat is fundamenteel anders in het Nederlandse procesrecht, waar uiteraard niet het consent van de gedaagde partij is benodigd om een rechtsvordering in te stellen. De aangehaalde uitspraak is slechts interessant waar het de brede aanvaarding van het genocideverbod als *jus cogens* bevestigt.
80. De conclusie op grond van het bovenstaande is dat een mogelijk beroep op immuniteit niet dient te worden gehonoreerd, aangezien er sprake is van schending van *jus cogens* en de belangen van de Moeders zwaarder wegen dan het belang van de VN bij immuniteit.

81. Terzijde vragen de Moeders zich af of de Secretaris-Generaal van de VN in deze zaak niet zelfs de verplichting had om afstand te doen van een eventueel recht op immuniteit. Immers, in de Convention is in verschillende artikelen met betrekking tot de immuniteit van lidstaten, officials en deskundigen (zie artikel 14, 20 en 23) een soortgelijke regeling opgenomen, die er toe strekt dat er een toets dient plaats te vinden of de loop van het recht wordt belemmerd door de immuniteit. Indien die belemmering niet de belangen van de VN schaadt, dient de immuniteit te wijken. De Moeders vragen zich af hoe het afleggen van verantwoording over het niet voorkomen van genocide, de belangen van de VN zou kunnen schaden. Een van de primaire doelstellingen van de VN is immers het voorkomen van genocide als dwingendrechtelijke internationaalrechtelijke norm (*jus cogens*).

**V.c Artikel 6 EVRM: recht op toegang tot de rechter**

82. Voor zover mocht worden geoordeeld dat de aan de VN verweten gedragingen onder de functionele immuniteit vallen en dat die immuniteit zwaarder weegt dan de belangen van de Moeders, doen de Moeders (meer subsidiair) een beroep op artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBP. Dit fundamenteel mensenrecht houdt in het recht op de toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. Artikel 14 lid 1 IVBP luidt:

*‘All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law (...).’*

Artikel 6 lid 1 EVRM luidt:

*‘In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.’*



Zoals al ter sprake kwam is het algemeen erkend dat de garantie van *'fair trial'* in artikel 6 lid 1 EVRM ook de toegang tot de rechter inhoudt. Dit is permanente rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens sinds *Golder/Verenigd Koninkrijk* (EHRM 21 februari 1975, NJ 1975, 462, m.nt. EEA; zie hierover ook C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR*, Kluwer 2005, pagina 264).

83. Hieronder zullen de Moeders het CAVV-advies, de relevante literatuur en een aantal arresten bespreken. Daarin komt naar voren dat altijd geldt dat indien geen alternatieve en effectieve rechtsgang beschikbaar is, de immuniteit dient te wijken en de rechter het geschil dient te beslechten.

#### **CAVV met betrekking tot immuniteit internationale organisaties**

84. In de dagvaarding (onder punt 452) hebben de Moeders reeds gememoreerd dat de door de Nederlandse Staat ingestelde Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken heeft geoordeeld dat bij afwezigheid van een andere rechtsgang, de toegang tot de rechter belangrijker is dan de immuniteit. Zo schrijft de CAVV in artikel 4.5.2 van zijn rapport nr. 13 dat de nationale rechter:

*'(...) dient over te gaan tot een prima facie onderzoek in het licht van internationale rechtsnormen van de beschikbaarheid van adequate interne rechtsmiddelen die binnen een internationale organisatie ter beschikking staan van de gelaedeerde. Bij negatief resultaat is het wenselijk dat nationale rechtbanken de immuniteit niet toekennen en overgaan tot beslechting van het voorliggende geschil.'*

85. Ten aanzien van dit standpunt heeft de Nederlandse Staat onder punt 3.4.11 van zijn incidentele conclusie gesteld dat het betreffende citaat ziet op de voorgestane rechtsontwikkeling en dat uit de rest van het CAVV-advies niet zou blijken dat aan de VN geen immuniteit zou toekomen in het geval interne rechtsmiddelen ontbreken.
86. Het is juist dat het aangehaalde citaat ziet op de door het CAVV voorgestane rechtsontwikkeling. Dat ontnemt echter niets aan de kracht van het argument en de

redenering van het CAVV. Het CAVV is van oordeel dat de nationale rechter in de toekomst het recht op toegang tot de rechter dient te laten prevaleren boven het toekennen van immuniteit.

87. De stelling van de Nederlandse Staat dat uit het advies zou zijn af te leiden dat naar de huidige stand van het recht aan de VN immuniteit toekomt ondanks het ontbreken van een effectieve toegang tot de rechter, is onjuist. Het CAVV heeft omtrent de VN onder het hoofdstuk 3 van Advies nr. 13 omtrent de stand van het recht ten tijde van het opstellen van het advies juist niet gezegd dat de immuniteit van internationale organisaties altijd moet worden gehonoreerd. Daarentegen heeft het CAVV onder punt 3.5.2 over de stand van het recht met betrekking tot internationale organisaties geoordeeld:

*‘Staten of individuen kunnen een procedure aanspannen voor een nationale rechter. Hier kunnen zich dezelfde soorten problemen voordoen, die vermeld zijn in paragraaf 3.5.1 (b). Het grootste probleem in dit geval is dat de organisatie vaak een beroep zal doen op haar immuniteit van jurisdictie. In de praktijk hebben nationale gerechten dit beroep soms wel en soms niet gehonoreerd.’*

88. Inmiddels wordt in de meest recente literatuur aangenomen dat de immuniteit van internationale organisaties, zoals de VN, niet (meer) vanzelfsprekend is (zie A. Reinisch, in R. Hofmann e.a., *Die Rechtskontrolle von Organen der Staatengemeinschaft*, 2007, pagina 43). Er zijn dan ook steeds meer nationale gerechten die de immuniteit van deze organisaties niet erkennen, teneinde een effectieve rechtsbescherming te waarborgen. Een aantal van deze arresten zullen de Moeders nader bespreken. Alvorens dat te doen zullen de Moeders kort terugkomen op het (in de dagvaarding reeds uitvoerig besproken) arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 15 september 1969 (inzake Manderlier). De Nederlandse Staat noemt dit arrest ook onder punt 3.4.11 van zijn incidentele conclusie, maar verbindt daaraan onjuiste conclusies.

89. In de procedure uit 1966 tussen Manderlier en de VN (zie de punten 450 en 451 van de dagvaarding) is door Manderlier onder andere een beroep gedaan op artikel 6 EVRM en artikel 10 UVRM. In dit geschil is geoordeeld dat het UVRM geen kracht van een wet heeft (zie 45 ILR, pagina 451). Verder oordeelde het Tribunaal in Brussel dat toentertijd er bij het EVRM slechts veertien landen verdragspartij zijn en dat het EVRM niet aan de VN zou kunnen worden opgelegd (zie 45 ILR, pagina 452). Voor zover het getalsmatig argument in 1966 al valide was, is dat thans zeker niet het geval, nu op dit moment 46 landen zijn toetreden tot het EVRM. Het tweede argument, dat het EVRM niet voor de VN zou gelden, is ook onjuist. Het EVRM geeft burgers een rechtstreeks recht op toegang tot de rechter. Dat betekent dat de rechter op wie een beroep wordt gedaan toegang moet bieden. Door dat te doen wordt het EVRM niet aan de VN opgelegd, maar bescherming geboden aan het – ook door de VN – erkende mensenrecht van toegang tot de rechter.
90. Ten aanzien van het niet in het leven roepen van een rechtsgang heeft het Tribunaal in Brussel in de zaak Manderlier geoordeeld dat (zie 45 ILR, pagina 451):

*'In spite of this provision of the Declaration which the U.N. proclaimed on 10 December 1948, the Organization has neglected to set up the courts which it was in fact already bound to create by Section 29 of the Convention [on Privileges and Immunities] of 13 February 1946.'*

Er dient van worden uitgegaan dat ook de Belgische rechter, inmiddels zo'n 40 jaar later, deze tekortkoming van de VN niet meer zou accepteren.

91. Ook in de overige literatuur wordt bevestigd dat de Nederlandse rechter dient na te gaan of na vaststelling van de functionele immuniteit een alternatieve en effectieve rechtsgang bestaat voor de rechtzoekende. Indien dat niet het geval is, komt de internationale organisatie geen immuniteit toe (zie Kooijmans, t.a.p., pagina 175). K. Wellens is dezelfde mening toegedaan in zijn publicatie 'Fragmentation of international law and establishing an accountability regime for international organizations: The role of the judiciary in closing the gap' (zie Michigan Journal of

International Law, 11 mei 2004). Wellens stelt, mede onder verwijzing naar Ch. Dominicé, dat de toegang tot de rechter zwaarder dient te wegen dan het belang van immuniteit (K. Wellens, aangehaald werk, pagina 18):

*‘(...) access should prevail over immunity if no legal remedy is available.’*

Tenslotte wijzen de Moeders op Van der Plas, t.a.p., bladzijde 265:

*‘Meer in concreto volgt uit de rechtspraak van het EHRM dat het recht op toegang in de weg staat aan immuniteitsverlening, indien de eiser anders geen effectieve rechtsbescherming zou krijgen. De inperking op artikel 6 lid 1 EVRM zou in zo’n geval disproportioneel zijn, dan wel zou de essentie van het recht van de eiser aantasten.’*

### **Jurisprudentie met betrekking tot de immuniteit van internationale organisaties**

92. De Hoge Raad heeft reeds in 1985 erkend dat indien een alternatieve en effectieve rechtsgang ontbreekt, de immuniteit van de internationale organisatie dient te wijken voor de belangen van de rechtzoekende. In zijn arrest van 20 december 1985, NJ 1986, 438 (Spaans/Iran-United States Claims Tribunal) oordeelde de Hoge Raad onder rechtsoverweging 3.3.2 met betrekking tot een werknemer van een internationale organisatie tegen zijn werkgever:

*‘De vraag of, en zo ja in welke gevallen aan een internationale organisatie een beroep moet worden toegekend op het privilege van immuniteit van jurisdictie is vooral van belang met het oog op – en speelt in deze procedure uitsluitend in verband met – de rechtsmacht van de rechter van het gastheerland. Beantwoording van deze vraag vergt in beginsel afweging van twee, ieder voor zich zwaarwegende, maar tegenstrijdige belangen: enerzijds het belang dat de internationale organisatie er bij heeft dat onder alle omstandigheden een onafhankelijke en ongehinderde vervulling van haar taken is gewaarborgd; anderzijds het belang dat haar wederpartij er bij heeft dat haar geschil met de internationale organisatie door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie wordt behandeld en beslist.’*

In het aangehaalde arrest werd verder uitdrukkelijk geoordeeld dat het feit dat de verweten gedraging onder de functionele immuniteit valt, niet in de weg staat aan de bovenbedoelde belangenafweging (zie rechtsoverweging 3.3.5). Zelfs indien de rechtbank mocht oordelen dat de aan de VN verweten gedragingen onder de functionele immuniteit vallen, dient het recht op toegang tot de rechter te worden afgewogen tegen deze immuniteit. Overigens werd in het aangehaalde arrest de immuniteit toegekend, uitsluitend omdat de desbetreffende internationale organisatie voorzag in een alternatieve en effectieve rechtsgang (zie rechtsoverweging 3.3.6).

93. Ook in de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, 28 november 2001, NJkort 2002, 1, vinden de Moeders steun voor hun stellingen. De rechtbank oordeelde dat zij bevoegd was van het geschil kennis te nemen indien een internationale organisatie een beroep doet op haar immuniteit, maar geen alternatieve effectieve rechtsgang ter beschikking staat. In de betreffende zaak ging het over een arbeidsrechtelijk geschil tussen een internationale organisatie (ISNAR) en een werknemer (Baur). Een dergelijk geschil valt (uiteraard) wel binnen de functionele immuniteit. Dat stelde ook de rechtbank vast onder rechtsoverweging 5.3. ISNAR had in de procedure gesteld dat haar 'staff regulations' in een alternatieve rechtsgang zouden voorzien. Die stelling wordt door de rechtbank verworpen (zie rechtsoverweging 5.10):

*'Baur cs. hebben aangevoerd dat de rechtsingang, vermeld in artikel 16 van de staff regulations, in dit onderhavige geval geen effectieve rechtsgang vormt en onvoldoende bescherming biedt. In het bijzonder wordt gewezen op het ontbreken van informatie over deze rechtsgang c.q. termijnen en op het feit dat aan de "regulations" binnen ISNAR zelf geen implementatie is gegeven: het ISNAR Appeal Committee bestaat niet en de Chairperson daarvan evenmin. Inhoudelijk is ISNAR niet op dit punt ingegaan, maar heeft ermee volstaan te stellen dat dit punt niet van belang is voor de vraag of ISNAR immuniteit toekomt. De rechtbank denkt hier anders over. Immers, een ieder heeft – ook naar internationaal recht – aanspraak op een effectieve rechtsgang in zaken als de onderhavige. Mocht derhalve blijken dat de rechtsgang volgens de staff*

*regulations in dit specifieke geval niet effectief is, dan komt de Nederlandse rechter alsnog een taak toe.'*

94. De Nederlandse Staat heeft onder punt 3.4.8 van zijn incidentele conclusie gesteld dat de immuniteit van de VN niet tot gevolg heeft dat de rechtsmacht van de Nederlandse rechter wordt beperkt, maar dat de rechtsmacht van de Nederlandse rechter zich niet uitstrekt tot de VN. Artikel 6 EVRM zou volgens de Nederlandse Staat niet de verplichting met zich mee brengen om aan de Moeders de mogelijkheid te bieden om hun vordering te laten beoordelen. De Nederlandse Staat verwijst daarbij naar het arrest EHRM 14 december 2006, inzake Markovich/Italië application no. 1398/03.
  
95. De stellingen van de Nederlandse Staat zijn onjuist. In de eerste plaats miskent de Nederlandse Staat het karakter van artikel 13a Wet AB. Daarin staat letterlijk dat erkende volkenrechtelijke uitzonderingen de rechtsmacht beperken. In de tweede plaats berust het standpunt van de Nederlandse Staat op een onbegrijpelijke lezing van het aangehaalde arrest. In de betreffende zaak ging het kort gezegd om het volgende. Tijdens het conflict in Kosovo had de NAVO vanuit Italië een televisiezender in Belgrado gebombardeerd, waarbij meerdere mensen om het leven kwamen. De nabestaanden spraken Italië aan tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad, nu Italië vliegvelden ter beschikking had gesteld. De Italiaanse rechter had echter tot in hoogste instantie geoordeeld dat naar het Italiaanse recht de rechter geen uitspraak mag doen omtrent daden van oorlogsgeweld (zie rechtsoverweging 26 en 27). De rechtzoekenden deden vervolgens een beroep op het EHRM en stelden daarbij dat hun rechten op grond van artikel 6 EVRM waren geschonden. Het EHRM heeft dat beroep niet gehonoreerd. Het EHRM heeft daaromtrent kort gezegd overwogen dat artikel 6 EVRM geen materiële inhoud met betrekking tot een gepretendeerd recht garandeert. Het Italiaanse recht geeft geen actie uit onrechtmatige daad wegens oorlogsgeweld. Dat was volgens het EHRM niet in strijd met artikel 6 EVRM, nu de vordering op basis van het Italiaanse recht door alle Italiaanse instanties was onderzocht en verworpen. Het Hof benadrukt dat de immuniteit niet in het geding was (zie rechtsoverweging 113 tot en met 115).

96. Tenslotte wijzen de Moeders op de richtinggevende uitspraak van het EHRM d.d. 18 februari 1999 inzake Waite en Kennedy/Duitsland (application no. 26083/94), die ook in de dagvaarding is aangehaald (zie punt 456 e.v. van de dagvaarding). Opvallend genoeg laat de Nederlandse Staat dit arrest onbesproken in zijn incidentele conclusie. De casus in de aangehaalde uitspraak betrof twee werknemers van de Europese Ruimtevaartorganisatie ESA. Die werknemers werden ontslagen en stelden een arbeidsrechtelijke vordering in voor de Duitse rechter. De Duitse rechter oordeelde dat hij niet bevoegd was van de vordering kennis te nemen, vanwege de immuniteit van ESA. Tegen dat oordeel richtten de werknemers zich in hun beroep bij het EHRM, onder verwijzing naar artikel 6 EVRM. De kernoverwegingen van de uitspraak van het EHRM is (zie rechtsoverweging 67 en 68):

*‘It should be recalled that the Convention is intended to guarantee not theoretical or illusory rights, but rights that are practical and effective. This is particularly true for the right of access to the courts in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial.*

(...)

*‘For the Court, a material factor in determining whether granting ESA immunity from German jurisdiction is permissible under the Convention is whether the applicants had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention.’*

Vervolgens heeft het EHRM onder rechtsoverweging 69 geoordeeld dat de door ESA ingeroepen immuniteit alleen prevaleerde omdat er een alternatieve effectieve rechtsgang aanwezig was. Dit impliceert dat in het onderhavige geval immuniteit niet kan worden toegekend, nu eiseres geen alternatieve effectieve rechtsgang tegen de VN ter beschikking staat. De Moeders zullen hieronder nader in gaan op het ontbreken van een alternatieve effectieve rechtsgang in deze zaak.

### **Geen alternatieve effectieve rechtsgang**

97. Het staat vast dat er voor de Moeders géén, met voldoende waarborgen omklede, alternatieve effectieve rechtsgang voorhanden is. De VN kennen in de praktijk geen

effectieve rechtsgang, ondanks dat de VN zich al in 1946 hebben verplicht om een eigen rechtsgang in het leven te roepen. De door de Nederlandse Staat onder punt 3.4.10 genoemde ‘Agreement on the status of the United Nations Protection Force in Bosnia and Herzegovina’(verder: ‘*Agreement on the status of UNPROFOR*’) kan in ieder geval niet als een dergelijke effectieve rechtsgang worden gekwalificeerd. De Nederlandse Staat laat ook na dit verder te onderbouwen. Alvorens nader op de gestelde rechtsgang in te gaan, wijzen de Moeders er op dat de Nederlandse Staat aan de door haar gestelde feiten met betrekking tot de *Agreement on the status of UNPROFOR* rechtsgevolgen verbindt. Als algemene regel van bewijsrecht geldt dat het op de weg van de Nederlandse Staat ligt om te bewijzen dat de VN in de onderhavige kwestie een effectieve alternatieve rechtsgang hebben.

98. De *Agreement on the status of UNPROFOR* voorziet in artikel 48 in het in het leven roepen van een zogenaamde ‘*standing claims commission*’. Die commissie is echter nooit in het leven geroepen. Dat stelt de Nederlandse Staat ook niet. De Nederlandse Staat stelt slechts dat is voorzien in een procedure.
99. Zoals de Nederlandse Staat onder punt 3.4.10 van zijn incidentele conclusie erkent, kan een bij de *standing claims commission* ingestelde vordering slechts van privaatrechtelijke aard zijn (zie ook artikel 48 *Agreement on the status of UNPROFOR*). De vordering van de Moeders is echter ook op het volkenrecht gebaseerd. Hiervoor bestaat geen alternatieve rechtsgang.
100. De klachtencommissie op grond van de *Agreement on the status of UNPROFOR* is niet onafhankelijk en niet onpartijdig. De VN spreekt in dat geval immers recht in eigen zaak, nu zij een van de drie rechters zelf benoemt, de regering van Bosnië de tweede rechter benoemt en de aldus benoemde rechters gezamenlijk een derde rechter benoemen.
101. Voorts kon een vordering bij de *standing claims commission* slechts tot en met maart 1996 worden ingesteld. Immers, artikel 55 sub b *Agreement on the status of UNPROFOR* bepaalt dat artikel 48 van kracht blijft totdat alle claims zijn behandeld



die tot het einde van de UNPROFOR-missie of drie maanden daarna zijn ingesteld. De UNPROFOR-missie is geëindigd op 20 december 1995. Een vordering bij de *standing claims commission* kon derhalve uiterlijk tot 20 maart 1996 worden ingesteld. Deze regeling kan onmogelijk worden gekwalificeerd als een alternatieve effectieve rechtsgang. De Moeders tastten destijds nog in het duister omtrent de feiten. De Moeders verwijzen in dat verband dat bijvoorbeeld het NIOD-rapport eerst in april 2002 is verschenen.

102. De conclusie van het bovenstaande is dat de Moeders in het onderhavige geval op grond van artikel 6 EVRM recht hebben op toegang tot de Nederlandse rechter, ongeacht een eventueel beroep op immuniteit van de VN.

### **Samenvatting**

103. De Nederlandse Staat mist belang bij de ingestelde incidenten. De Nederlandse Staat heeft bij monde van het Openbaar Ministerie reeds zijn visie op de zaak gegeven. Bovendien is de Nederlandse Staat reeds partij in de procedure. Dat is ook de reden dat de incidentele vorderingen tot voeging en tussenkomst dienen te worden afgewezen. Met de verstekverlening heeft de rechtbank reeds een oordeel gegeven over de rechtsmacht. De immuniteit van de VN is reeds beoordeeld en afgewezen, nu verstekverlening rechtsmacht veronderstelt. Voor zover die verweren gepasseerd mochten worden, hebben de Moeders subsidiair betoogd dat de verweten gedragingen buiten de functionele immuniteit vallen. De Nederlandse Staat miskent in zijn stellingen het onderscheid tussen de immuniteit van staten en internationale organisaties. Mocht worden geoordeeld dat aan de VN in het onderhavige geval functionele immuniteit toekomt, dan dient deze (meer subsidiair) te wijken in het kader van een belangenafweging, nu er sprake is van schending van dwingende normen van internationaal recht. Mocht worden geoordeeld dat in die belangenafweging de immuniteit zwaarder weegt dan het verbod op genocide, doen de Moeders (meer subsidiair) een beroep op artikel 6 EVRM. Nu er geen alternatieve effectieve rechtsgang bestaat, dient die alsnog door de Nederlandse rechter te worden geboden.

**Met conclusie in de incidenten:**

dat de Nederlandse Staat niet-ontvankelijk is in de ingestelde incidenten, althans dat de door de Nederlandse Staat ingestelde incidentele vorderingen dienen te worden afgewezen, met veroordeling van de Nederlandse Staat in de kosten van de incidenten, zulks uitvoerbaar bij voorraad.