

DAGVAARDING IN CASSATIE
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Heden, de

tweeduizendtien

op verzoek van:

1. de stichting **Stichting Mothers of Srebrenica**, met statutaire zetel te Amsterdam, aldaar gevestigd aan het Dijsselhofplantsoen 14-18;
2. mevrouw **Sabaheta Fejzić**, wonende te Vogošća (gemeente Sarajevo), aan de Gornja Jošanica I do 9, Bosnië-Herzegovina;
3. mevrouw **Kadira Gabeljić**, wonende te Vogošća (gemeente Sarajevo), aan de Blagovac 1-99, Bosnië-Herzegovina;
4. mevrouw **Ramiza Gurdzić**, wonende te Sarajevo, aan de Lješevu, Odžak Br. 754, Ilijaš, Bosnië-Herzegovina;
5. mevrouw **Mila Hasanović**, wonende te Sarajevo, aan de Aleja Lipa 42, Bosnië-Herzegovina;
6. mevrouw **Kada Hotić**, wonende te Vogošća (gemeente Sarajevo), aan de Ul. Jošanička 149, Bosnië-Herzegovina;
7. mevrouw **Šuhreta Mujić**, wonende te Sarajevo, aan de Polomska BB, Ilijaš Podlugovi, Bosnië-Herzegovina;
8. Eiseres 8;
9. mevrouw **Zumra Šehomerović**, wonende te Vogošća (gemeente Sarajevo), aan de Braće Krešo 2, Bosnië-Herzegovina;

10. mevrouw **Munira Subašić**, wonende te Vogošća (gemeente Sarajevo), aan de Stara Jezera Br. 142, Bosnië-Herzegovina;
11. Eiseres 11;

Deze zaak wordt behandeld door: mr. M.R. Gerritsen, dr. mr. A. Hagedorn, mr. J. Staab, mr. S.A. van der Sluijs;

heb ik,

AAN:

1. **De Staat der Nederlanden** (Ministerie van Algemene Zaken), zetelende te 's-Gravenhage, aldaar aan het parket van de procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden aan de Kazernestraat 52, mijn exploit doende en afschrift dezès latende aan:
2. de rechtspersoonlijkheid bezittende organisatie **De Verenigde Naties**, zetelende te New York City (NY 10017), New York, Verenigde Staten van Amerika, aan de First Avenue at 46th Street, zonder bekende plaats van zetel in Nederland, mitsdien mijn exploit doende op het parket van de procureur-generaal van de Hoge Raad der Nederlanden, gevestigd te 's-Gravenhage aan de Kazernestraat 52, aldaar sprekende met en twee afschriften van dit exploit, alsmede in tweevoud de Engelse vertalingen hiervan, latende aan:

Onder vermelding dat verzocht wordt het exploit te doen betekenen overeenkomstig de artikelen 3 tot en met 6 van het Verdrag inzake de betekening en kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en in handelszaken van 15 november 1965, door eenvoudige afgifte of, zo dit niet mogelijk is, door betekening of kennisgeving met inachtneming van de wetgeving in de Verenigde Staten van Amerika, in beide gevallen onder afgifte van een bewijs van ontvangst, terwijl een derde afschrift van dit exploit en na te melden productie alsmede de Engelse vertalingen daarvan, terstond door mij, deurwaarder, per aangetekende post zal worden verzonden aan geïntimeerde aan het hierboven vermelde adres, terwijl voorts een bedrag van USD 95,00 zal worden overgemaakt naar Wells Fargo Bank Account nr. 2007107119, dit overeenkomstig de regeling ter zake van betekening en kennisgeving van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in de Verenigde Staten van Amerika;

AANGEZEGD:

dat mijn verzoeksters ('de Stichting c.s.') cassatieberoep instellen tegen het arrest van het Gerechtshof 's-Gravenhage ('het hof'), gewezen tussen de Stichting c.s. als appellanten en gerekwireerden ('de Nederlandse Staat en de VN') als geïntimeerden onder zaaknummer 200.022.151/01, uitgesproken op 30 maart 2010 ('het arrest').

dat indien gedaagde in cassatie op de eerste of op een door de rechter nader bepaalde roldatum verzuimt een advocaat bij de Hoge Raad te stellen, die als zodanig als vertegenwoordiger in rechte zal optreden, en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechter tegen hem verstek zal verlenen en de vordering inhoudelijk zal behandelen;

dat indien er meer gedaagden in cassatie zijn en tenminste een van hen in het geding is verschenen, dan wordt, indien ten aanzien van de niet verschenen gedaagde(n) in cassatie de voorgeschreven formaliteiten en termijnen in acht zijn genomen, tegen deze verstek verleend en tussen de eiser in cassatie en de verschenen gedaagde(n) in cassatie voort geprocedeerd. Tussen alle partijen wordt één uitspraak gewezen, die als een uitspraak op tegenspraak wordt beschouwd.

Vervolgens heb ik, deurwaarder, op datum, ten verzoeke van, met domiciliekeuze en aanwijzing van een advocaat bij de Hoge Raad als gemeld, mijn exploit, doende sprekende met en afschrift latende de gerequireerden voornoemd:

GEDAGVAARD:

om op vrijdag de vijftiende oktober tweeduizendtien, des voormiddags om 10.00 uur, niet in persoon doch vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden, te verschijnen ter terechtzitting van de Hoge Raad der Nederlanden, Eerste Enkelvoudige Kamer voor de behandeling van Burgerlijke Zaken, alsdan gehouden wordende in het gebouw van de Hoge Raad der Nederlanden aan de Kazernestraat 52 te 's-Gravenhage;

TENEINDE:

alsdan aldaar namens mijn verzoeksters als eiseressen tot cassatie tegen het arrest te horen eis doen en concluderen als volgt;

A Inleiding

1. Ontvankelijkheid in cassatie

De stichting Stichting Mothers of Srebrenica ('de Stichting'), die de belangen behartigt van circa 6.000 nabestaanden van de val van de enclave Srebrenica¹, en tien individuele nabestaanden, hierna gezamenlijk aan te duiden met 'de Stichting c.s.', hebben in eerste aanleg zowel de VN als de Nederlandse Staat gedagvaard.

De rechtbank heeft bij eindvonnis zich ten aanzien van de vordering van de Stichting c.s. tegen de VN onbevoegd verklaard, waarmee de rechtbank de vordering van de Stichting c.s. tegen de VN definitief heeft afgedaan. De vordering tegen de Nederlandse Staat is door de rechtbank aangehouden en de Nederlandse Staat staat nog steeds voor conclusie van antwoord. In het bestreden arrest heeft het hof deze beslissing van de rechtbank ten aanzien van de VN in stand gelaten, zodat het arrest van het hof ten aanzien van de bevoegdheid met betrekking tot de vordering van de Stichting c.s. tegen de VN een eindarrest is, zodat cassatieberoep tegen de gehele uitspraak van het hof openstaat.

¹ zie ook nr. 1 van de inleidende dagvaarding en nr.1 van de memorie van grieven.

2. Korte schets gebeurtenissen rond val Srebrenica

De vraag over de immuniteit van de VN kan niet los worden gezien van de bijzondere feiten waaronder de immuniteit van de VN in deze zaak ter discussie wordt gesteld. De Stichting c.s. zal een korte schets geven van de gebeurtenissen rond de val van Srebrenica in juli 1995, maar verwijst voor de volledige weergave van de feiten naar de inleidende dagvaarding. In de memorie van grieven is onder punt 94 verwezen naar de feiten in de inleidende dagvaarding, meer in het bijzonder de nrs. 6 tot en met 287. Verder heeft de Stichting c.s. onder nummer 12 van de pleitnota in hoger beroep verwezen naar deze feiten.

In maart 1993 bezocht de toenmalige commandant van de ‘UN Protection Force’ (UNPROFOR), de Franse generaal Ph.P.L.A. Morillon, het zwaar belegerde Srebrenica. De situatie aldaar omschreef hij als ‘een hel’. Ten overstaan van een menigte Bosnische vluchtelingen verklaarde Morillon²: *“You are now under the protection of the United Nations (...) I will never abandon you.”*

Door de aanhoudende aanvallen op de enclave, waarbij veel burgerslachtoffers vielen te betreuren, en de dreiging - onder meer geuit door de toenmalig Servische president Milosevic - dat een massaslachting zou plaatsvinden als het Bosnisch-Servische leger Srebrenica zou binnentrekken³, werd op 16 april 1993 VN-resolutie 819 en op 6 mei 1993 VN-resolutie 824 aangenomen waarbij Srebrenica tot zogenaamde *Safe Area* werd uitgeroepen.

De VN-Veiligheidsraad eiste in dat verband (VN-resolutie 819, artikel 1)⁴: *“(...)that all parties and others concerned treat Srebrenica and its surroundings as safe area which should be free from any armed attack or any hostile act.”* Naast de bescherming van het gebied diende de VN ook de bevolking van de Safe Area te beschermen. De preambule van VN-resolutie 836 (4 juni 1993) vermeldt in dat verband⁵: *“Determined to ensure the protection of the civilian population in safe Areas and to promote a lasting political solution (...)”*

² De samenvatting van het rapport van het Nederlands Instituut voor Oorlogsdocumentatie (NIOD), van 10 april 2002, getiteld: ‘Het officiële NIOD-rapport samengevat’, hierna aan te duiden als: ‘de samenvatting van het NIOD-rapport’, pag. 77; het VN-rapport (het rapport van 15 november 1999: ‘Report of the Secretary-General pursuant to General Assembly resolution 53/35, The Fall of Srebrenica), nr. 38; het rapport van het Franse Parlement (Rapport d’information commune sur les événements de Srebrenica), deel I, pag. 17-18; besproken onder nr. 14 van de inleidende dagvaarding en nr. 13 e.v. van de pleitnota in hoger beroep.

³ Het rapport van het Nederlands Instituut voor Oorlogsdocumentatie (NIOD), van 10 april 2002, getiteld: ‘Srebrenica, een ‘veilig’ gebied, hierna aan te duiden als: ‘het NIOD-rapport’, pag. 1219 en 2891; het rapport van het Franse Parlement, deel I, pag. 19; onder meer besproken in nr. 16 en 407 e.v. van de inleidende dagvaarding.

⁴ zie nr. 21 van de inleidende dagvaarding.

⁵ zie nr. 24 van de inleidende dagvaarding.

De secretaris-generaal noemde in zijn bericht van 9 mei 1994 de bescherming van de bevolking uitdrukkelijk als mandaat van UNPROFOR⁶: *‘UNPROFOR understands its mission as follows: To protect the civilian populations of designated Safe Areas against armed attacks and other hostile acts, through the presence of its troops and, if necessary, through the application of air power, in accordance with agreed procedures.’*

Nederland had toegezegd troepen aan de VN te leveren. Uiteindelijk kreeg Nederland de *Safe Area* Srebrenica toegewezen, het meest gevaarlijke en explosieve deel van Bosnië. Nederland besloot desondanks niet te kiezen voor een bataljon gemechaniseerde infanterie (pantserinfanterie), maar voor de licht bewapende Luchtmobiele Brigade. Deze keuze werd zowel in Nederland als daarbuiten fel bekritiseerd. Toenmalig minister van defensie Ter Beek meende echter dat zwaardere bewapening agressie zou uitlokken⁷. In maart 1994 werd het eerste Nederlandse bataljon blauwhelmen (Dutchbat I) naar Srebrenica uitgezonden.

Op 6 juli 1995 begon de aanval op de *Safe Area* Srebrenica door het leger van de Bosnische Serven. Door het Bosnische regeringsleger werd daarop aan Dutchbat verzocht om de in beslag genomen wapens terug te geven, zodat men zich kon verdedigen. Dit verzoek om de wapens terug te geven - alsook latere verzoeken - werd afgewezen met de mededeling dat⁸: *“(…) it was UNPROFOR’s responsibility to defend the enclave, and not theirs.”*. In de dagen erna werden diverse observatieposten van Dutchbat zonder slag of stoot opgegeven⁹. Maar liefst zeven keer werd een verzoek om luchtsteun afgewezen, ondanks het feit dat aan alle voorwaarden voor luchtsteun was voldaan. Secretaris-generaal Kofi Annan zou later concluderen¹⁰: *“Even in the most restrictive interpretation of the mandate the use of close air support against attacking Serb targets was clearly warranted.”*. Pas op 11 juli 1995, zes dagen nadat de aanval was begonnen, werd de luchtsteun voor het eerst goedgekeurd en uitgevoerd.

Toen echter de eerste bom in de richting van de naderende Bosnische Serven was geworpen, stelde de Nederlandse regering vervolgens alles in het werk om de luchtaanvallen stop te zetten, dit in verband met de risico’s die dat zou kunnen opleveren voor de eigen troepen.

⁶ Inleidende dagvaarding, nr. 25.

⁷ Samenvatting van het NIOD-rapport, pag. 125; besproken in nr. 49 van de inleidende dagvaarding.

⁸ NIOD-rapport, pag. 2102; VN-rapport, nr. 240 en 477; besproken in nrs. 91 en 323 van de inleidende dagvaarding.

⁹ VN rapport, nr. 253; besproken in nr. 95 e.v. van de inleidende dagvaarding, met verwijzingen naar de betreffende nummers in het NIOD-rapport.

¹⁰ VN-rapport, nr. 480; besproken in nr. 327 van de inleidende dagvaarding; pleitnota hoger beroep, nr. 18.

De VN gaf daarop aan geen andere keus te hebben dan de luchtsteun stop te zetten¹¹. Die dag viel de tot *Safe Area* uitgeroepen enclave Srebrenica, zonder dat door Dutchbat ook maar een enkel gericht schot op de aanvallende Serven was gevraagd¹².

De in paniek op de vlucht geslagen bevolking zocht in groten getale bescherming in en rond het VN-hoofdkwartier in Potocari. Het terrein van de VN-compound, groot genoeg om tienduizenden vluchtelingen plaats te bieden, werd slechts opengesteld voor een kleine 5.000 vluchtelingen. De rest van de circa 30.000 vluchtelingen moest buiten de VN-compound blijven¹³. Het gebied in en rond de VN-compound werd door Dutchbat uitgeroepen tot zogenaamde mini-*Safe Area*¹⁴.

Ondanks het feit dat de vluchtelingen telkenmale te horen kregen dat zij in deze mini-*Safe Area* veilig zouden zijn, waren zij feitelijk uitgeleverd aan de Bosnische Serven. Zowel de in de *Safe Area* aanwezige militaire waarnemers van de VN, alsook de Nederlandse blauwhelmen zijn getuige geweest van veel oorlogsmisdaden¹⁵. Er werd echter niet ingegrepen noch werd hiervan melding gemaakt¹⁶, ingegeven door de wens '*de rust te bewaren*'¹⁷. Dit terwijl er voortdurend mannen werden afgevoerd en geëxecuteerd, onthoofde lichamen werden gevonden, vrouwen werden verkracht en de identiteitsbewijzen van zogenaamd '*te ondervragen personen*' op stapels werden gegooid. Het International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) oordeelde ten aanzien van deze berg van identiteitsbewijzen dat¹⁸: '*at the stage when Bosnian Muslim men were divested of their identification en masse, it must have been apparent to any observer that the men were not screened for war crimes. In the absence of personal documentation, these men could no longer be accurately identified for any purpose. Rather, the removal of their identification could only be an ominous signal of atrocities to come.*'

De blauwhelmen toonden zich voorts behulpzaam bij de etnische zuivering en de deportatie¹⁹. De VN-compound werd ontruimd en de route naar de poort, waar de

¹¹ NIOD rapport, pag. 2240, 2241, 2301, 2302, 2303 en 2317; VN-rapport, nr. 306; besproken in nr. 143 en nrs. 163 t/m 175 van de inleidende dagvaarding.

¹² VN rapport, nr. 304 en 472; besproken in nr. 384 van de inleidende dagvaarding.

¹³ NIOD rapport, pag. 2620; besproken in nr. 192 van de inleidende dagvaarding.

¹⁴ Samenvatting van het NIOD-rapport, pag. 325; besproken in nr. 194 van de inleidende dagvaarding.

¹⁵ NIOD-rapport, pag. 2650, 2269, 2675, 2676, 2680, 2682, 2683, 2684, 2687, 2693, 2695, 2703; besproken in nrs. 212 t/m 233 van de inleidende dagvaarding.

¹⁶ VN-rapport, nrs. 346 t/m 358 en nr. 474 ; besproken in nr. 252 van de inleidende dagvaarding.

¹⁷ Samenvatting van het NIOD-rapport, pag. 339; besproken in nr. 248 van de inleidende dagvaarding.

¹⁸ ICTY d.d. 2 augustus 2002, inzake Krstic, rechtsoverweging 160; besproken in nr. 229 van de inleidende dagvaarding; pleitnota in hoger beroep nr. 21.

¹⁹ NIOD-rapport, pag. 2425 en pag. 2740; besproken in nrs. 253 e.v. van de inleidende dagvaarding.

vluchtelingen door de Bosnische Serven werden opgewacht, werd met tape gemarkeerd, zodat de vluchtelingen in een rechte baan het terrein moesten verlaten en zich nergens konden verstoppen. De blauwhelmen hielpen mee om de mannen van de vrouwen te scheiden. De massa die de VN-compound verliet werden door de blauwhelmen ook nog gefouilleerd. Alsof ze een vliegtuig in moesten stappen, werden scherpe voorwerpen ingenomen²⁰. Zonder druk van de Bosnische Serven werd door de blauwhelmen ongevraagd de strengst denkbare selectie gemaakt van wie mocht blijven en wie niet²¹. Een groep gewonde mannen die op de VN-compound in de ziekenboeg verbleef, werd op brancards in de laadbak van een vrachtwagen geschoven en door de blauwhelmen bij de Serven ‘afgeleverd’²². Geen van hen zou ooit terugkeren.

Van de circa 2.000 mannen en jongens in en rond de VN-compound²³ werden honderden ter plekke vermoord²⁴. De rest van hen zou in de dagen daarop worden afgevoerd en vermoord. In totaal zouden bijna 8.000 mensen worden vermoord. Het Internationaal Gerechtshof te Den Haag (IGH)²⁵ en het ICTY²⁶ hebben dienaangaande geoordeeld dat in Srebrenica genocide heeft plaatsgevonden. Ook het hof heeft overwogen dat het een feit van algemene bekendheid is dat genocide heeft plaatsgevonden²⁷.

²⁰ Besproken in nrs. 257 t/m 266 van de inleidende dagvaarding (verklaringen eiseressen).

²¹ Srebrenica, Het zwartste scenario, Frank Westermans & Bart Rijs, Atlas, 1997, pag. 179; nr. 22 pleitnota in hoger beroep.

²² Frank Westermans & Bart Rijs, a.w., pag. 187; nr. 22 van de pleitnota in hoger beroep.

²³ NIOD-rapport, pag. 2620; besproken in nr. 230 van de inleidende dagvaarding.

²⁴ NIOD-rapport, pag. 2774; besproken in nr. 230 van de inleidende dagvaarding.

²⁵ IGH d.d. 26 februari 2007, inzake Bosnië & Herzegovina/Servië & Montenegro, in het bijzonder r.o. 278-297; besproken in nr. 397 van de inleidende dagvaarding.

²⁶ ICTY d.d. 2 augustus 2002, inzake Krstic.

²⁷ zie het bestreden arrest, r.o. 5.9.

B Klachten

Middel 1

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het hof in rechtsoverweging 3.2 en 3.3 van het arrest en in het dictum van het bestreden arrest onjuist en/of onbegrijpelijk heeft overwogen en/of beslist als vervat in het bestreden arrest, gelet op een of meer van de volgende zonodig in onderling verband en in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Ten onrechte, althans onbegrijpelijk, althans onvoldoende, althans onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, heeft het hof in genoemde rechtsoverweging(en) overwogen en in het dictum beslist dat de Nederlandse Staat voldoende belang heeft bij het bevoegdheidsincident.

- 1.1 Uitgangspunt is dat de VN-resoluties, genoemd in de inleiding, de legitimatie vormen voor de Nederlandse Staat om Dutchbat naar Bosnië te zenden. Dutchbat handelde daarmee onder “*command & control*” van de VN en anderzijds heeft de VN zich in haar handelen en/of nalaten mede laten leiden door het handelen en/of nalaten van de Nederlandse Staat (onder andere het niet doorzetten van de luchtsteun op uitdrukkelijk verzoek van de Nederlandse Staat). Dientengevolge is een gezamenlijke behandeling van de vorderingen tegen de VN en tegen de Nederlandse Staat vereist, teneinde tegenstrijdige uitspraken te voorkomen.

In de feitelijke instanties heeft de Stichting c.s. betoogd dat de Nederlandse Staat onvoldoende belang heeft bij het door hem ingestelde incident tot onbevoegdheid van de Nederlandse rechter met betrekking tot de vordering van de Stichting c.s. tegen de VN, aan welke incidentele vordering de Nederlandse Staat de immuniteit van de VN ten grondslag heeft gelegd naast de volkenrechtelijke verplichting van de Nederlandse Staat om die immuniteit zo veel mogelijk te waarborgen. Het hof heeft daarover geoordeeld onder rechtsoverweging 3.3. van het bestreden arrest:

‘Deze grief gaat niet op. In de eerste plaats kan in (het hoger beroep van) dit bevoegdheidsincident niet vooruit worden gelopen op verweren die de Staat in de hoofdzaak kan voeren tegen de jegens hem aanhangig gemaakte vordering. Bovendien valt niet in te zien hoe de Staat zijn eventuele eigen aansprakelijkheid zou ontlopen doordat de

vordering tegen de VN zou afstuiten op immuniteit van jurisdictie. Zoals hiervoor is overwogen zijn de zaken tegen de Staat en de VN afzonderlijke rechtsgedingen die op hun eigen merites zullen worden beoordeeld, onafhankelijk van wat in de andere zaak zal worden beslist.'

- 1.2 Het hof miskent met zijn oordeel de materiële samenhang van het feitencomplex en de in deze zaak vergaande verwevenheid van de Nederlandse Staat en de VN. Zoals onder de punten 347 tot en met 375 van de dagvaarding in eerste aanleg is uiteengezet, gaat het mede om eenzelfde feitencomplex en de vraag aan wie het feitelijk handelen dient te worden toegerekend, de VN en/of de Nederlandse Staat. De handelende personen zijn in voorkomende gevallen dikwijls hetzelfde, maar de vraag is of de handelingen zijn verricht onder de verantwoordelijkheid van de Nederlandse Staat en/of van de VN en/of de VN en/of de Nederlandse Staat naar de ander kunnen verwijzen als rechtvaardiging voor hun handelen respectievelijk - met name - hun nalaten: de Nederlandse Staat heeft aangegeven mandaat van de VN te hebben gehad, de VN hebben aangegeven geen luchtsteun te hebben gegeven op uitdrukkelijk verzoek van de Nederlandse Staat, en beiden legitimeren hun handelen en/of nalaten door te verwijzen naar de ander.

Om die reden heeft de Stichting c.s. de Nederlandse Staat en de VN gezamenlijk in één procedure betrokken, zodat in rechte vast komt te staan aan wie de verweten gedragingen respectievelijk het verweten nalaten kan worden toegerekend. Bij afzonderlijke procedures zouden tegenstrijdige uitspraken mogelijk zijn. Een tweede aspect is dat handelingen van de ene partij mogelijk nog geen aansprakelijkheid creëren, maar dat dit handelen in de samenhang met het handelen van de andere partij die aansprakelijkheid wel constitueert naar stelling van de Stichting c.s.. Het is van belang dat het feitencomplex ten aanzien van beide partijen in zijn totaliteit en uniform wordt vastgesteld, omdat de aansprakelijkheid in bepaalde gevallen mede afhankelijk is van het handelen van de andere partij. De ene handeling is vergaand verweven met de andere handeling en samen kunnen zij tot aansprakelijkheid leiden. Eén en ander vormt mede het bestaansrecht van artikel 7 Rv. Het feitencomplex, met name het nalaten, wordt of toegerekend aan de VN, of aan de Staat, of aan beiden, respectievelijk ten aanzien van een of beide gedaagden kan sprake zijn van afgeleide aansprakelijkheid bedoeld in artikel 6:162 BW en 6:171 BW en 6:172 BW en omtrent het al dan niet bestaan van een rechtvaardigingsgrond ten aanzien van één of beide gedaagden. Dat oordeel dient ten opzichte van de vordering tegen de VN en de vordering tegen de Nederlandse Staat congruent te zijn, om te voorkomen dat tegenstrijdige beslissingen worden gegeven.

- 1.3 Het processuele onderscheid dat het hof aanbrengt tussen de procedures tegen de VN en de Nederlandse Staat doet geen recht aan de materiële samenhang. De door het hof gestelde onafhankelijke beoordeling van beide processueel te onderscheiden zaken is niet goed denkbaar en zulks is juist de reden voor de materiële voeging van beide zaken in de dagvaarding in eerste aanleg. Juist de samenhang tussen beide zaken noopt tot het wijzen van één uitspraak ten gronde. Het zou ongewenst zijn indien in verschillende vonnissen zou worden geoordeeld dat niet de gedaagde partij aansprakelijk is, onder verwijzing naar de gedaagde partij in de andere procedure. Artikel 7 Rv beoogt juist tegenstrijdige beslissingen te voorkomen.
- 1.4 Voorts heeft het hof miskend dat het geen beletsel is om in een incident vooruit te lopen op het te voeren verweer ten gronde in een procedure als de onderhavige waar de afweging om immuniteit toe te kennen mede wordt beoordeeld naar de feiten waar de vordering op ziet en op de andere rechtsgangen, die de Stichting c.s. anders heeft. Uitgangspunt is dat vaststellingen van feiten in het bevoegdheidsincident geen bindende kracht hebben in de hoofdprocedure, waar de eisende en gedaagde partij de gelegenheid hebben om met alle bewijsmiddelen hun stellingen te bewijzen respectievelijk tegenbewijs te leveren. Bijvoorbeeld bij de vraag of een arbitraal beding is overeengekomen terwijl de overeenkomst zelf wordt betwist, wordt ook in het bevoegdheidsincident al vooruitgelopen op de hoofdzaak, hetwelk echter niet de rechter in de hoofdzaak bindt ten aanzien van de inhoud van de betwiste feiten of rechten.

Geen rechtsregel verzet zich er tegen om in het incident ten behoeve van de beslissing in het incident de feiten en rechten te beoordelen die ook in de hoofdzaak aan de orde zullen zijn. Het hof heeft aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Respectievelijk, zo het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd. Overigens verwachten de Stichting c.s. dat de Nederlandse Staat ten gronde zal betogen dat het handelen niet hem maar aan de VN moet worden toegerekend, respectievelijk dat de VN het handelen en/of nalaten van de Nederlandse Staat legitimeert. De Stichting c.s. heeft onder punt 4 van de pleitnota in hoger beroep gewezen op (enigszins) vergelijkbare zaken die betrekking hebben op hetzelfde feitencomplex in Srebrenica, waarin de Nederlandse Staat ten gronde daadwerkelijk heeft betoogd dat het handelen aan de VN moet worden toegerekend²⁸. Indien de Nederlandse Staat dat verweer ook in deze zaak ten gronde zal voeren, is het niet meer mogelijk om op de beslissing in het incident terug te komen.

²⁸ Rb Den Haag, 10 september 2008, r.o. 4.5, LJN BF 0184, 265615/HAZA 06-1671.

Ook het hof zelf overigens loopt onder rechtsoverweging 5.12 en verder vooruit op het verweer dat de Staat ten gronde zou kunnen voeren.

Middel 2

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het hof in rechtsoverweging 3.4 van het arrest en in het dictum van het bestreden arrest onjuist en/of onbegrijpelijk heeft overwogen en/of beslist als vervat in het bestreden arrest, gelet op een of meer van de volgende zonodig in onderling verband en in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Ten onrechte, althans onbegrijpelijk, althans onvoldoende, althans onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, heeft het hof in genoemde rechtsoverweging(en) overwogen en in het dictum beslist dat door verstek te verlenen niet mag worden geconcludeerd dat de rechter zich bevoegd heeft geacht om van de vordering van de Stichting c.s. tegen de VN kennis te nemen.

- 2.1 Onder rechtsoverweging 3.4 overweegt het hof dat het tegen de VN verleende verstek niet betekent dat de rechtbank ook een (positief) oordeel heeft gegeven over haar internationale rechtsmacht. Het hof eindigt rechtsoverweging 3.4: *'internationale bevoegdheid om van een vordering kennis te nemen behoort niet aan de formaliteiten waaraan voldaan moet zijn, wil de rechter verstek kunnen verlenen.'* Dit oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de verstekverlening in zaken waar de internationaal publiekrechtelijke bevoegdheid aan de orde is.
- 2.2 Op de laatste zin van rechtsoverweging 3.4 valt in juridische zin niets aan te merken. Indien een partij de internationale bevoegdheid betwist, dan dient daarop een beroep te worden gedaan. Een ambtshalve toetsing is in zoverre niet aan de orde. Het gaat hier echter niet om een formaliteitskwestie, maar om de vraag in hoeverre de immuniteit van een internationale organisatie vooraf is getoetst. Dit dient wel degelijk ambtshalve te worden getoetst en is in dit geval ook feitelijk aan de orde gesteld en beoordeeld, alvorens verstek werd 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 gedaagde²⁹.

2.3 Indien de immuniteit van de VN overigens absoluut zou zijn (hetgeen de strekking is van het betoog van de Nederlandse Staat voorafgaand aan de verstekverlening, als ingenomen bij brief van 17 september 2007 en welk standpunt uitgebreid gemotiveerd is herhaald in de brief van 2 november 2007 van het Openbaar Ministerie, welke brief op voet van artikel 44 Rv eveneens is ingediend bij de rechtbank voorafgaand aan de verstekverlening), had de rolrechter dienen te oordelen dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt in het kader van zijn toetsing ex artikel 139 Rv en de Stichting c.s. in hun vorderingen jegens de VN niet-ontvankelijk moeten verklaren³⁰. De rechter dient immers verstek te verlenen tegen de VN, tenzij de vordering op de VN de rechter onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Daaronder dient mede te worden begrepen een ambtshalve toepassing van de beginselen van strijd met dwingend recht en de openbare orde. Immuniteit dient na verschijning te worden ingeroepen door de betreffende gedaagde. De incidentele vordering die ertoe strekt dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft, kan niet worden ingesteld bij brief noch worden ingesteld door de gevoegde partij. De gevoegde gedaagde kan niet rechtens namens de gedaagde aan wiens zijde wordt gevoegd, optreden.

2.4 Het Openbaar Ministerie heeft in de conclusie van 2 november 2007 op voet van artikel 44 Rv voorafgaand aan de verstekverlening gewezen op de brief van de VN van 17 augustus 2007 aan de Nederlandse Permanente Vertegenwoordiger bij de VN. Op die brief had de Nederlandse Staat overigens ook de rechtbank al gewezen in zijn brief van 17 september 2007. Het Openbaar Ministerie schrijft (zie pagina 2, alinea 5):

‘Volgens de brief van 17 augustus 2007 zou de VN juist in verband met immuniteit van jurisdictie die haar toekomt, niet voor de Nederlandse rechter verschijnen. Dit laatste is in overeenstemming met de vaste gedragslijn van de VN.’

2.5 Het is rechtens onjuist respectievelijk onbegrijpelijk dat de rechtbank en het hof hebben geoordeeld dat met de verstekverlening geen oordeel is gegeven over de rechtsmacht. Die overweging staat haaks op artikel 139 Rv en de boven aangehaalde correspondentie omtrent de bevoegdheid, de voor de rechtbank kenbare gedragslijn van de VN omtrent het

²⁹ J. Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter*, diss. 2001, pag. 31.

³⁰ zie ook nrs. 20 t/m 25 van de memorie van grieven.

verschijnen in een gerechtelijke procedure, de aangehaalde literatuur, alsmede de onbegrijpelijke veronderstelling dat een oordeel over verstek zou zijn gegeven, zonder dat de rolrechter de door partijen en het OM aangedragen argumenten heeft afgewogen. Het feit dat een beslissing is genomen omtrent het verstek brengt mee dat is beslist dat de VN in deze zaak geen immuniteit toekomt.

Middel 3

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het hof in rechtsoverwegingen 4.1 tot en met 5.1 eerste zin van het arrest en in het dictum van het bestreden arrest onjuist en/of onbegrijpelijk heeft overwogen en/of heeft beslist als vervat in het bestreden arrest, gelet op een of meer van de volgende zondig in onderling verband en in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Ten onrechte, althans onbegrijpelijk, althans onvoldoende, althans onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, heeft het hof in genoemde rechtsoverweging(en) overwogen en in het dictum beslist dat de VN immuniteit toekomt waar een behoorlijke rechtsgang ontbreekt.

- 3.1 Het hof behandelt onder de rechtsoverwegingen 4.1 tot en met 5.14 gezamenlijk de grieven 7 tot en met 18 van de Stichting c.s. tegen het vonnis in eerste aanleg. Daarin geeft het hof bij herhaling blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Bij de onderstaande toelichting zal de Stichting c.s. stapsgewijs zoveel als mogelijk de volgorde van de overwegingen van het hof aanhouden.

Onder rechtsoverweging 4.2 van het arrest heeft het hof overwogen:

'In art. II § 2 van de Convention is bepaald dat de VN, haar eigendommen en bezittingen, waar deze ook gelegen zijn, en wie deze ook onder zich heeft, zullen zijn vrijgesteld van rechtsvervolging, behoudens wanneer de VN in een bijzonder geval uitdrukkelijk afstand gedaan zal hebben van haar immuniteit. Ingevolge art. 31 van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht (Trb. 1977, nr. 169) moet een verdrag te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het Verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het Verdrag. Het hof is van oordeel dat tegen deze achtergrond van art. II, § 2 Convention omschreven immuniteit, die

onmiskenbaar zo breed mogelijk is geformuleerd, duidelijk is en, mede gelet op hetgeen hierna omtrent art. 105 Handvest wordt overwogen, geen andere uitleg toelaat dan dat aan de VN de meest vergaande immuniteit is verleend, in die zin dat de VN niet voor enig nationaal gerecht van de landen die partij zijn bij de Convention kan worden gedaagd.'

En in rechtsoverweging 5.1:

'De conclusie uit het voorgaande is dat aan de VN immuniteit van jurisdictie toekomt.'

- 3.2 Het oordeel van het hof dat de immuniteit van de VN zo breed mogelijk zou zijn en dat zij niet voor enig nationaal gerecht kan worden gedagvaard, is in strijd met het (internationaal) recht. Het internationaal recht kent de VN een beperktere vorm van immuniteit toe en stelt de immuniteit onder andere afhankelijk van het bestaan van een alternatieve effectieve rechtsgang ten behoeve van de rechtzoekende. Bovendien bestaan onder omstandigheden in het internationaal recht uitzonderingen op het recht op immuniteit. Zo het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd.
- 3.3 De motivering en de slotsom van het hof in de bestreden rechtsoverweging 4.1 tot en met 5.14 voldoet niet aan de eisen die artikel 31 Weens Verdragenverdrag stelt, te weten een uitleg te goeder trouw, ondanks dat het hof een dergelijke uitleg als vertrekpunt stelt te nemen. Immers, artikel 2 van de Convention is niet los te zien van artikel 29 van de Convention³¹. Het verlenen van vergaande immuniteit aan een internationale organisatie is slechts acceptabel in het licht van het tegelijkertijd in het leven roepen van een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang³². Zonder een dergelijke rechtsgang komt de VN boven de wet te staan. De uitleg van artikel 2 van de Convention, zonder rekening te houden met overige bepalingen van de Convention, in het bijzonder artikel 29, is geen uitleg te goeder trouw in de zin van artikel 31 Weens Verdragenverdrag³³.
- 3.4 De feitelijke constatering van het hof onder rechtsoverweging 5.11 dat bij de VN een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang ontbreekt, had tot de conclusie moeten leiden dat aan de VN geen immuniteit kan worden toegekend. Dat volgt uit artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR, en vaste rechtspraak van het EHRM (met name Waite & Kennedy en Beer &

³¹ zie nr. 84 van de memorie van grieven.

³² zie nrs. 87 en 88 van de memorie van grieven.

³³ zie nrs. 85 en 86 van de memorie van grieven.

Regan³⁴), alsmede het HvJ EG inzake Al-Barakaat tegen Raad van de Europese Unie en Commissie van de Europese Gemeenschappen³⁵. Ook komt dit tot uitdrukking in de zaak Manderlier³⁶. Ook uit de recente uitspraak van de Hoge Raad van 23 oktober 2009³⁷ volgt dat zonder een effectieve alternatieve rechtsgang geen ruimte is voor nadere afwegingen omtrent de legitimiteit en proportionaliteit in het kader van de toekenning van immuniteit aan een internationale organisatie. Bij gebreke van een alternatieve effectieve rechtsgang bij de internationale organisatie, is geen ruimte voor immuniteit. Ook de door de Nederlandse Staat ingestelde Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) heeft geoordeeld in haar rapport van 8 mei 2002, genaamd ‘*Advies inzake aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden tijdens VN-vredesoperaties*’, dat bij afwezigheid van een andere rechtsgang, de toegang tot de rechter belangrijker is dan de immuniteit³⁸; de CAVV is het belangrijkste adviesorgaan van de Nederlandse Staat op het gebied van volkenrechtelijke vraagstukken. Deze conclusie wordt in de literatuur onderschreven, zoals uitvoerig is uiteengezet in de memorie van grieven³⁹. Zo het hof dit niet heeft miskend is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd.

- 3.5 AG Strikwerda heeft over de verhouding tussen immuniteit en het recht op toegang tot de rechter het volgende betoogd⁴⁰, op welk betoog het genoemde arrest van de Hoge Raad mede is gebaseerd:

‘Uit deze overwegingen kan worden afgeleid dat de beperkingen van het recht op toegang tot de rechter die het gevolg kunnen zijn van het toekennen van immuniteit van jurisdictie aan de internationale organisatie en de verwijzing van de eiser naar de rechtsgang binnen de organisatie de essentie van het aan artikel 6 lid 1 EVRM ontleende recht van de eiser onverlet moeten laten, een legitiem doel moeten dienen en proportioneel moeten zijn. Voor de Nederlandse rechter betekent dit dat hij in het concrete geval dient te toetsen of de rechtsgang binnen de internationale organisatie eiser ‘reasonable alternative means’ biedt om zijn rechten onder artikel 6 EVRM effectief te beschermen.’

³⁴ EHRM d.d. 18 februari 1999, nr. 26083/94 en nr. 28934/95.

³⁵ HvJ EG 3 september 2008, zaak C-415/05 P, uitvoerig besproken in nrs. 199 t/m 206 van de memorie van grieven.

³⁶ Hof van Beroep Brussel 15 september 1969, 69 International Law Reports 139; besproken in nrs. 65 t/m 75 van de memorie van grieven.

³⁷ HR 23 oktober 2009, NIPR 2009, 290.

³⁸ zie artikel 4.5.2. van het CAVV-rapport, nr. 121 van de memorie van grieven, nr. 372 van de inleidende dagvaarding en nr. 32 van de pleitnota in hoger beroep.

³⁹ zie nr. 122 en 123 van de memorie van grieven, met vindplaatsen.

⁴⁰ Punt 14 van de conclusie A-G bij HR 23 oktober 2009, NIPR 2009, 290.

De belangrijkste conclusie die uit dit citaat kan worden getrokken is dat zonder rechtsgang geen recht op immuniteit bestaat. Indien wel een rechtsgang bestaat, zijn er verdere voorwaarden voor het toekennen van immuniteit. De beperking van het recht op toegang tot de rechter dient in dat geval een legitiem doel te dienen en proportioneel te zijn.

Met de conclusie van AG Strikwerda wordt nog eens bevestigd dat voor immuniteit van een internationale organisatie geen ruimte is indien een met voldoende waarborgen omklede effectieve rechtsgang niet bestaat. Slechts indien een dergelijke rechtsgang - anders dan in de onderhavige zaak - bestaat, kan onder voorwaarden immuniteit worden toegekend aan een internationale organisatie.

In het afgelopen decennium heeft de hoogste rechter in tal van Europese landen (Zwitserland⁴¹, Italië^{42 43}, Frankrijk⁴⁴, België^{45 46} en Duitsland⁴⁷) in overeenstemming met het arrest van het EHRM inzake Waite & Kennedy geoordeeld dat bij gebreke van een alternatieve effectieve rechtsgang de immuniteit van een internationale organisatie dient te worden ontzegd en het recht op toegang dient te prevaleren. Voor een uitgebreide

⁴¹ Consortium X. v. Swiss Federal Government (Conseil federal), Swiss Federal Supreme Court, 1st Civil Law Chamber, 2 juli 2004, International Law in Domestic Courts (ILDC) 344 (CH 2004). Met een uitdrukkelijke verwijzing naar Waite & Kennedy van het EHRM oordeelde de hoogste Zwitserse rechter dat de voorziene arbitrale rechtsgang voldeed aan de vereisten van artikel 6 EVRM.

⁴² Paola Pistelli v. European University Institute, Italian Court of Cassation, 28 oktober 2005, no. 20995, Guida al diritto 40 (3/2006), ILDC 297 (IT 2005). De Italiaanse cassatierechter oordeelde dat het recht op toegang tot de rechter in het desbetreffende geval niet was geschonden, omdat een alternatieve effectieve rechtsgang bestond.

⁴³ Alberto Drago v. International Plant Genetic Resources Institute (IPGRI), Italian Court of Cassation, 19 februari 2007, No. 3718, ILDC 827 (IT 2007). De Italiaanse rechter verklaarde zich bevoegd om van het geschil kennis te nemen en verwierp het beroep op de immuniteit, aangezien de betreffende organisatie had nagelaten een alternatieve effectieve rechtsgang in te stellen.

⁴⁴ Cultier v. Organisation Européenne de télécommunications par satellite (Eutelsat), Court de Cassation, Chambre sociale, 5 juni 2001, 98-44996 (*"Attendu, en outre, que la court d'appel a constaté que la commission de recours, prévue par l'article 22 de l'Accord de siège pour régler les litiges susceptible de s'élever entre Eutelsat et les membres de son personnel au sujet de leurs 'condition de service', lesquelles visent les conditions d'exécution et de rupture des contrats de travail, avait été instituée; qu'elle a, dès lors, exactement décidé que le grief allégué de déni de justice était dépourvu de fondement"*).

⁴⁵ Energies nouvelles et environnement v. Agence spatiale européenne, Civ. Bruxelles (4^e ch.), 1 december 2005, Journal des tribunaux (2006), pag. 171, 173 (*"[...] pour admettre l'immunité de juridiction de l'A.S.E. [claimant] devait disposer de voies de recours alternatives."*).

⁴⁶ Siedler v. Western European Union, Brussels Labour Court of Appeal (4th chamber), 17 september 2003, Journal des Tribunaux (2004), 617, ILDC 53 (BE 2003). De Belgische rechter verklaarde zich bevoegd van het geschil kennis te nemen en verwierp het beroep op de ingeroepen immuniteit van de WEU, ondanks het feit dat de WEU een alternatieve rechtsgang had ingesteld. Deze alternatieve rechtsgang voldeed niet aan het vereiste van artikel 6 EVRM om een 'fair trial' te waarborgen; r.o. 62 e.v. *"Le recours organisé par le statut du personnel de l'UEO n'offre donc pas toutes les garanties inhérentes à la notion de procès équitable et certaines des plus essentielles font défaut. Il échet de constater dès lors que la limitation d'accès au juge ordinaire en raison de l'immunité juridictionnelle de l'UEO ne s'accompagne pas de voies de recours effectives au sens de l'article 6, § 1 de la CDEH."*

⁴⁷ Hetzel v. Eurocontrol, Bundesverfassungsgericht 59, 63. Het Duitse constitutionele hof toetste of de interne rechtsgang van Eurocontrol voldeed aan de vereisten van een alternatieve effectieve rechtsgang: r.o. 91 *"Die Ausgestaltung des Rechtsschutzes für die Bediensteten von Eurocontrol zufolge der Allgemeinen Beschäftigungsbedingungen sowie die Begründung der Gerichtsbarkeit des Verwaltungsgerichts der IAO hierfür entspricht zunächst einer weit verbreiteten Praxis internationaler Organisationen (...). Status- und Verfahrensgrundsätze des Gerichts entsprechen überdies einem internationalen Mindeststandard an elementarer Verfahrensgerechtigkeit, wie er sich aus entwickelten rechtsstaatlichen Ordnungen und aus dem Verfahrensrecht internationaler Gerichte ergibt."*

bespreking van de betreffende rechtspraak verwijst de Stichting c.s. naar een artikel uit 2008 van A. Reinisch⁴⁸.

Het arrest van het EHRM inzake Waite & Kennedy wordt ook onderschreven in de literatuur. Zo concludeert Van der Plas⁴⁹: “(...) 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 de essentie van het recht van de eiser aantasten.”. Reinisch en Weber concluderen⁵⁰: “In the case of international organizations, which do not possess their own domestic courts, the availability of such an alternative dispute-settlement mechanism will be crucial. If claims are brought against international organizations before national courts and if they are dismissed as a result of the defendant organization’s immunity, the forum state will violate the claimant’s right of access to court unless it ensures that there is an alternative adequate dispute-settlement mechanism available.”.

Het Internationaal Gerechtshof te Den Haag (IGH) heeft reeds in 1954 in zijn Advisory Opinion “Effect of awards of compensation made by the United Nations Administrative Tribunal” een algemene verplichting voor de VN aangenomen om alternatieve rechtsmiddelen in het leven te roepen (N.B. het betrof arbeidsrechtelijk geschillen). Het IGH oordeelde⁵¹: ‘It would, in the opinion of the Court, hardly be consistent with the expressed aim of the Charter to promote freedom and justice for individuals and with the constant preoccupation of the United Nations Organization to promote this aim that it should afford no judicial or arbitral remedy to its own staff for the settlement of any disputes which may arise between it and them.’.

- 3.6 Met het bovenstaande kan het oordeel van het hof onder rechtsoverweging 5.1 dat aan de VN immuniteit toekomt, bij afwezigheid van een effectieve alternatieve rechtsgang geen stand houden. De Stichting c.s. wijst er daarnaast op dat afgezien van het niet bestaan van een alternatieve effectieve rechtsgang, ook andere omstandigheden leiden tot

⁴⁸ A. Reinisch, The Immunity of International Organizations and the Jurisdiction of their Administrative Tribunals, Chinese Journal of International Law, 2008, Vol. 7, No. 285-306, pag. 294 e.v..

⁴⁹ C.G. van der Plas, De taak van de rechter en het IPR, 2005, Kluwer, pag. 265.

⁵⁰ A. Reinisch en U.A. Weber, In the shadow of Waite and Kennedy, The jurisdictional immunity of international organizations, the individual’s right of access to courts and administrative tribunals as alternative means of dispute settlement, International Organizations Law Review 1, 2004, pag. 59-110, pag. 68 e.v..

⁵¹ IGH, Effect of awards of compensation made by the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th 1954: I.C.J. reports 1954, p. 47, pag. 57.

uitzonderingen op het recht op immuniteit van jurisdictie. Het betreft een uitvloeisel van het *ius cogens* en de door het IGH geformuleerde uitzondering op grond van *most compelling reasons*, zoals verwoord in de Advisory Opinion uit 1999 van het Internationaal Gerechtshof (hierna: ‘Advisory Opinion’)⁵². Deze uitzonderingen worden nader aan de orde gesteld in onderdeel 4C.

Middel 4

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het hof in de rechtsoverwegingen 4.4, 4.5, 5.1, 5.2, 5.6 en 5.7 van het arrest en in het dictum van het bestreden arrest onjuist en/of onbegrijpelijk heeft overwogen en/of beslist als vervat in het bestreden arrest, gelet op een of meer van de volgende zonodig in onderling verband en in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Ten onrechte, althans onbegrijpelijk, althans onvoldoende, althans onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, heeft het hof in genoemde rechtsoverweging(en) overwogen en in het dictum beslist dat na afweging van de mogelijkheden van de nabestaanden van de slachtoffers van Srebrenica om recht te zoeken, aan de VN immuniteit toekomt.

Onderdeel A

- 4.1 De Stichting c.s. zal in het volgende afwijken van de door het hof gehanteerde volgorde en eerst ingaan op rechtsoverweging 5.1 en het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM. Het is naar stelling van de Stichting c.s. namelijk voor de overige klachten van belang dat het buiten twijfel staat dat het EVRM van toepassing is op de beoordeling door de Nederlandse rechter van de vorderingen van de Stichting c.s. tegen de VN en de Nederlandse Staat en dat de in dat licht gewezen rechtspraak een belangrijk ijkpunt vormt voor deze zaak. Onder rechtsoverweging 5.1 overweegt het hof:

‘De conclusie uit het voorgaande is dat aan de VN immuniteit van jurisdictie toekomt. De vraag is echter of, zoals de Stichting c.s. betogen, deze immuniteit in dit geval moet wijken voor het in art. 6 EVRM en art. 14 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (hierna: IVBPR) neergelegde recht van de Stichting c.s. op toegang tot de

⁵² IGH 29 April 1999, Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, I.C.J. Reports 1999, p. 62 e.v.

rechter. Het hof zal er bij de beantwoording van die vraag veronderstellenderwijs van uitgaan dat art. 6 EVRM en art. 14 IVBPR op (de vorderingen van) de Stichting c.s. van toepassing zijn. Want hoewel de vraag of de moeders van Srebrenica ressorteren onder de rechtsmacht van Nederland in de zin van art. 1 EVRM, dan wel binnen het grondgebied van Nederland verblijven of aan de rechtsmacht van Nederland zijn onderworpen in de zin van art. 2 IVBPR, bepaalt niet zonder meer bevestigend kan worden beantwoord, is het hof van oordeel dat het recht op een eerlijk proces en het daarin besloten liggende recht op toegang tot de onafhankelijke rechter een regel van gewoonterecht is waarop ook los van de voorgaande bepalingen een beroep kan worden gedaan.'

Het hof heeft daarmee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Zo het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd.

- 4.2 Het hof miskent dat artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR rechtstreekse werking hebben, en niet slechts via gewoonterecht. Zo het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd. Als in Nederland een gerechtelijke procedure als bedoeld in artikel 2 RO wordt gevoerd, dan vallen de procespartijen in beginsel onder de rechtsmacht van Nederland en kunnen die partijen een beroep doen op de directe werking van mensenrechtverdragen, zoals bijvoorbeeld het EVRM. Artikel 6 EVRM is geschreven als een instructie aan de verdragsstaat om ervoor te zorgen dat de door die lidstaat ingestelde, respectievelijk in stand gehouden, rechtsgangen voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM. Een ieder die derhalve binnen een verdragsstaat een vordering instelt bij de bevoegde rechter, mag er vanuit gaan, en heeft er op grond van het EVRM recht op, dat die rechtsgang voldoet aan artikel 6 EVRM. Het is ondenkbaar dat een partij in een procedure ten overstaan van de Nederlandse rechter geen beroep zou kunnen doen op zijn onder het EVRM en IVBPR gewaarborgde rechten. Het betreft mensenrechten die in beginsel onafhankelijk zijn van de verblijfplaats. Artikel 1 EVRM luidt immers:

'De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag.'

Door een vordering in te stellen bij een rechter in een staat, die partij is bij dat verdrag, valt die eiser onder respectievelijk aanvaardt die eiser de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Iedereen die onder de rechtsmacht van de Nederlandse rechter valt, kan dus een

beroep doen op de bepalingen van Titel 1 van het EVRM, daaronder begrepen art. 6 EVRM⁵³:

‘Die EMRK gilt für alle der Herrschaft (jurisdiction) eines Staates unterstehenden Personen. Dabei ist gleichgültig, welche Staatsangehörigkeit diese Personen haben.’

Elke procespartij heeft derhalve het (proces)recht een beroep te doen op een recht dat door het EVRM wordt toegekend, ongeacht of het gaat om een natuurlijke persoon of een rechtspersoon en ongeacht of het een ingezetene, een buitenlander of een statenloos persoon betreft⁵⁴:

‘Die Rechte aus Art. 6 Abs. 1 stehen “jeder Person” zu, deren Sache - soweit sie “zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen” oder eine “strafrechtliche Anklage” betrifft - von einem Gericht zu entscheiden ist und d.h. also, dass im Zivilverfahren die Prozessparteien und im Strafverfahren jede angeklagte Person als anspruchsberechtigt in Frage kommen. Der Begriff “jede Person” umfasst natürliche und juristische Personen, Inländer, Ausländer und Staatenlose.’

De Nederlandse Staat is in al zijn verschijningsvormen - waaronder begrepen de rechtspraak - gebonden aan het EVRM⁵⁵:

‘Durch Art. 1 ist die Staatsgewalt in allen Formen an die Beachtung der Konventionsrechte gebunden. Das gilt für die Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung.’

Uit deze citaten volgt dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof heeft zijn redenering overigens kennelijk grotendeels opgehangen aan de verblijfplaats van eiseressen in cassatie sub 2 tot en met 11. Het hof laat daarbij het feit dat de Stichting een Nederlandse rechtspersoon is, met statutaire zetel te Amsterdam, ten onrechte buiten beschouwing. De Stichting is in Amsterdam gevestigd en valt bovendien ook onder de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Een aanzienlijk gedeelte van de personen van wie de belangen door de stichting Stichting Mothers of Srebrenica ingevolge haar statuten worden behartigd, bevinden zich in Nederland als bedoeld in artikel 1:1 BW, althans binnen de EU. De door het hof gehanteerde uitleg van artikel 1 juncto 6 EVRM, te

⁵³ Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar 3. Auflage, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein, 2009, artikel 1, aant. 3, p. 15.

⁵⁴ Frowein/Peukert, a.w., artikel 6, aant. 4, p. 145.

⁵⁵ Frowein/Peukert, a.w., artikel 1, aant. 11, p. 20.

weten dat dit artikel zich beperkt tot ingezetenen van Nederland respectievelijk de EU, zou betekenen dat alleen Nederlandse respectievelijk EU-ingezetenen, die hun recht zoeken bij de Nederlandse rechter, een beroep zouden kunnen doen op het EVRM. Dat is juridisch onjuist en onwenselijk. De uitleg van het hof zou er toe leiden dat bij dezelfde rechter twee klassen van partijen ontstaan, te weten partijen met recht op een eerlijke onafhankelijke rechtsgang als bedoeld in artikel 6 EVRM en partijen zonder dat recht.

Verdere bespreking van de vraag of artikel 14 IVBPR in verband met artikel 2 IVBPR een andere uitleg toelaat, kan in dat verband achterwege blijven omdat in ieder geval artikel 6 EVRM directe werking heeft. Het voorgaande en volgende ten aanzien van artikel 6 EVRM geldt overigens naar analogie voor artikel 14 IVBPR en artikel 2 IVBPR.

- 4.3 De Stichting c.s. heeft belang bij de constatering dat artikel 6 EVRM rechtstreekse werking heeft en niet bij wijze van analogie of als regel van gewoonterecht. Immers, in dat geval is voor de uitleg en omvang van het door artikel 6 EVRM beschermde recht de rechtspraak van het EHRM maatgevend en niet slechts een beperkt uit te leggen regel van gewoonterecht. De Stichting c.s. zal op deze rechtspraak nog terug komen in het onderstaande.

Onderdeel B

- 4.4 Onder rechtsoverweging 5.2 redeneert het hof verder, vanuit het - onjuiste - uitgangspunt dat bij afwezigheid van een alternatieve effectieve rechtsgang, nog beperkingen mogelijk zouden zijn op het recht op toegang tot de rechter in verband met immuniteit. Het hof oordeelt onder rechtsoverweging 5.2:

'Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft in een aantal uitspraken geoordeeld dat de volkenrechtelijke immuniteit van jurisdictie van een internationale organisatie onder omstandigheden moet wijken voor het door art. 6 EVRM gegarandeerde recht op toegang tot de rechter. Het EHRM overwoog dat het recht op toegang tot de rechter niet absoluut is maar mag worden onderworpen aan beperkingen, mits deze beperkingen niet zover gaan dat het wezen van het recht wordt aangetast. Een beperking moet volgens het EHRM verder voldoen aan de vereisten dat deze een legitiem doel heeft en dat deze proportioneel is ten opzichte van het nagestreefde doel. Een belangrijke factor bij de vaststelling of immuniteit van jurisdictie een toelaatbare beperking vormt, is de vraag of de belanghebbende redelijke alternatieve middelen ter beschikking staan om zijn rechten onder het EVRM op effectieve wijze te beschermen. Zie EHRM 18 februari 1999

inzake Beer and Regan v. Germany no. 28934/95 en Waite and Kennedy, no. 26083/94.'

Met deze rechtsoverweging heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Zo het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd.

- 4.5 Het EHRM heeft in Waite & Kennedy onder rechtsoverweging 67 het fundament dat artikel 6 EVRM beoogt te bieden, beschreven:

'The Court is of the opinion that where States establish international organisations in order to pursue or strengthen their cooperation in certain fields of activities, and where they attribute to these organisations certain competences and accord them immunities, there may be implications as to the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention, however, if the Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution. 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.(...)'

Onder rechtsoverweging 68 vervolgt het EHRM:

'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.'

Uit deze citaten volgt onder andere dat de rechter, telkens wanneer deze overweegt om immuniteit toe te kennen, zal moeten toetsen of met die toekenning artikel 6 EVRM voldoende wordt gewaarborgd. Het EHRM oordeelt vervolgens dat de eigen rechtsgang die ESA biedt aan deze eisen voldoet. Het EHRM heeft getoetst en uitgebreid gemotiveerd dat de bij de ESA aanwezige Labour Appeals Court aan deze voorwaarden voldoet. Daarom wordt deze beslissing - waar dezelfde redenering is gebruikt - ook doorgaans zo uitgelegd dat als er geen rechtsgang bestaat, immuniteit niet mag worden toegekend. Dat is ook de (hierboven reeds aangehaalde) uitleg van de AG bij HR 23 oktober 2009, NIPR 2009, 290. Als een alternatieve effectieve rechtsgang bestaat, komen de voorwaarden van legitimiteit en

proportionaliteit aan de orde⁵⁶. Op grond van de constatering dat de VN geen alternatieve effectieve rechtsgang heeft, had het hof moeten oordelen dat de VN geen immuniteit geniet, omdat aan de basisvoorwaarde van rechtsbescherming die het EHRM stelt, niet is voldaan. De verdere toetsing die het hof onder de overige rechtsoverwegingen maakt, zijn eveneens gebaseerd op deze onjuiste rechtsopvatting en kunnen niet in stand blijven. Nu deze rechtsoverwegingen ook op andere gronden blijken te geven van een onjuiste rechtsopvatting, althans onbegrijpelijk is gemotiveerd, zal de Stichting c.s. ook tegen die rechtsoverwegingen klachten formuleren.

Onderdeel C

4.6 Dit klachtonderdeel richt zich tegen de rechtsoverwegingen 4.4, 4.5, 5.6 en 5.7. Het hof geeft in die rechtsoverwegingen blijken van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het karakter en de omvang van de immuniteit, ook in relatie tot overige bepalingen van internationaal recht. Zo het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd.

4.7 Rechtsoverweging 4.4 luidt:

‘Het hof volgt de Stichting c.s. hierin niet. Het is naar het oordeel van het hof evident, het blijkt immers uit de overwegingen die aan de bepalingen van de Convention voorafgaan, dat met de Convention en dus ook met art. II, §2 van de Convention, uitvoering is gegeven aan (onder meer) art. 105 lid 3 Handvest, in die zin dat in art. II, §2 van de Convention nader is bepaald welke immuniteiten noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de VN. Er zijn geen aanwijzingen dat art. II, §2 van de Convention in dit opzicht verder zou gaan dan art. 105 Handvest toestaat.’

Rechtsoverweging 4.5 luidt:

‘Overigens zou het de Stichting c.s. niet baten indien het beroep op immuniteit van de VN uitsluitend aan art. 105 Handvest zou worden getoetst. De vraag die beantwoord moet worden is immers niet of het beroep op immuniteit in het specifieke voorliggende geval noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de VN, maar of het voor de verwezenlijking van die doelstellingen noodzakelijk is dat de VN in het algemeen

⁵⁶ zie ook r.o. 59 inzake Waite & Kennedy.

immunitéit van jurisdictie wordt verleend. Die laatste vraag beantwoordt het hof zonder meer bevestigend, waarvoor het verwijst naar de overwegingen hierna onder 5.7.'

Rechtsoverweging 5.6 luidt:

'Het voorgaande betekent dat het hof op de voet van de criteria die het EHRM in de zaken Beer and Regen en Waite and Kennedy heeft geformuleerd, zal toetsen of het door de Staat gedane beroep op immunitéit van de VN zich verdraagt met art. 6 EVRM. Het hof stelt dan allereerst vast dat deze immunitéit een legitiem doel heeft. De immunitéit van de jurisdictie die gewoonlijk door Staten aan internationale organisaties wordt toegekend is een van oudsher bestaande praktijk die als doel heeft de goede werking van deze internationale organisaties te bevorderen. Het hof verwijst naar de overwegingen van het EHRM in de zaak Beer and Regan onder 53, die ook in het onderhavige geval van toepassing zijn.'

Rechtsoverweging 5.7 luidt:

'Ten aanzien van de vraag of de immunitéit van de jurisdictie van de VN in dit geval proportioneel is ten opzichte van het nagestreefde doel stelt het hof het volgende voorop. De VN neemt onder de internationale organisaties een bijzondere plaats in. De Veiligheidsraad kan immers krachtens art. 42 Handvest overgaan tot zulk optreden door middel van lucht-, zee- of landstrijdkrachten als nodig is voor het handhaven of het herstel van de internationale vrede en veiligheid. Geen andere internationale organisatie heeft dergelijke vergaande bevoegdheden. In verband met deze ingrijpende bevoegdheden, waardoor de VN en de aan de VN ter beschikking gestelde troepen betrokken kunnen raken in conflictsituaties waarbij niet zelden tegenstrijdige belangen van meerdere partijen betrokken zijn, bestaat er een reëel risico dat indien de VN niet of slechts gedeeltelijk immunitéit van jurisdictie zou genieten, de VN wordt blootgesteld aan claims van bij het conflict betrokken partijen en gedagvaard wordt voor de nationale gerechten van het land waar het desbetreffende conflict zich afspeelt. Juist gezien de gevoeligheid van de conflicten waarbij de VN betrokken kan raken, moet daarbij ook worden gedacht aan situaties waarin de VN zal worden gedagvaard met het uitsluitende oogmerk om het optreden van de Veiligheidsraad te belemmeren of geheel te frustreren. Ook is denkbaar dat de VN zal worden gedagvaard in landen waarin de rechterlijke macht niet voldoet aan de eisen van art. 6 EVRM. De immunitéit van jurisdictie die aan de VN is verleend houdt dus rechtstreeks verband met het algemene belang dat met de handhaving van vrede en

veiligheid in de wereld is gemoeid. Om die reden is het van groot belang dat de VN over een zo sterk mogelijke immuniteit beschikt, waarover zo min mogelijk discussie mogelijk moet zijn. Tegen deze achtergrond is het hof van oordeel dat alleen klemmende reden tot de gevolgtrekking kunnen leiden dat de immuniteit van de VN niet proportioneel is ten opzichte van het daarmee nagestreefde doel.'

- 4.8 Zoals in de bovenstaande klachtonderdelen reeds is uiteengezet, gaat het na de vaststelling dat een alternatieve rechtsgang bestaat, om de vraag of de beperkingen van het recht op toegang tot de rechter een legitiem doel dienen en proportioneel zijn.
- 4.9 Onder de rechtsoverwegingen 4.4 en 4.5 behandelt het hof de verhouding tussen artikel 105 lid 3 Handvest en artikel II, § 2 van de Convention. Het oordeel van het hof is gebaseerd op een onjuiste rechtsopvatting, respectievelijk is het oordeel onbegrijpelijk gemotiveerd, nu de Convention wel degelijk wordt beperkt door het hoger gerangschikte Handvest⁵⁷. De immuniteit wordt in artikel 105 VN-Handvest beperkt tot voor zover die immuniteit noodzakelijk is voor het verwezenlijken van de doelstellingen van de VN⁵⁸ en de Convention kan die beperking niet ongedaan maken. Artikel 103 VN-Handvest bepaalt immers dat het VN-Handvest hoger is gerangschikt dan andere bepalingen.
- 4.10 Onder rechtsoverweging 4.5 overweegt het hof dat het noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de VN, dat aan de VN in het algemeen immuniteit van jurisdictie wordt verleend en dat een specifieke, voor dit geval bestemde, toetsing niet aan de orde is. Dat is een onjuiste rechtsopvatting respectievelijk is onbegrijpelijk gemotiveerd. De immuniteit van jurisdictie is nooit bedoeld om te gelden als algemeen en onbeperkt. Dat volgt onmiskenbaar uit artikel 105 VN-Handvest in verband met artikel 29 van de Convention, welk artikel immers een (tot nu toe theoretische) rechtsgang in het leven roept. Deze rechtsgang is onlosmakelijk verbonden aan het toekennen van immuniteit van jurisdictie⁵⁹: *“The idea that immunity should be granted to international organizations only upon the condition that adequate alternative redress mechanisms are available to third parties finds a clear legal expression already in the UN General Convention which 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.”*. Zoals Reinisch en Weber aangeven,

⁵⁷ zie nrs. 76 t/m 80 van de memorie van grieven.

⁵⁸ A. Reinisch en U.A. Weber, a.w., pag. 59-60.

⁵⁹ A. Reinisch en U.A. Weber, a.w., pag. 68-69.

komen de VN in hun interne studies tot het zelfde resultaat⁶⁰. Dit uitgangspunt is door het hof onvoldoende meegenomen. Ook is het oordeel van het hof niet te verenigen met de rechtspraak van het Internationaal Gerechtshof (IGH), zoals in de memorie van grieven uitvoerig is uiteengezet onder nummers 89 tot en met 95. Uit de overwegingen van het IGH in de Advisory Opinion volgt dat een belangenafweging dient plaats te vinden en dat de immuniteit in geval van ‘*most compelling reasons*’ dient te wijken. Hieruit vloeit voort dat de immuniteit per geval moet worden vastgesteld met inachtneming van de feiten en rechten die aan de orde zijn.

4.11 De reikwijdte van immuniteit wordt onder nummer 61 van de Advisory Opinion uiteengezet:

‘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 heeft betrekking op ‘*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. Het IGH oordeelt dat juist in het specifieke geval de mogelijkheid bestaat om van de immuniteit af te wijken, namelijk ‘*for the most compelling reasons*’. De door het hof gehanteerde maatstaf dat immuniteit niet specifiek getoetst kan worden, gaat voorbij aan dit door het IGH geformuleerde criterium. Zo het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd.

4.12 Verder merkt de Stichting c.s. 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 toegekend⁶¹. Deze overweging bevestigt dat de vraag of de immuniteit noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de VN - ook genoemd: de functionele immuniteit - wel degelijk per geval moet worden vastgesteld⁶²,

⁶⁰ A. Reinisch en U.A. Weber, a.w., pag.69, zie aldaar voetnoot 40.

⁶¹ zie nummer 47 e.v. van de Advisory Opinion.

⁶² zie ook HvJ EG inzake Zwartveld, 13 juli 1990, C-2/88, imm., r.o. 19.

waarvoor overigens - met verwijzing naar de eerdere middelen - ten behoeve van de vaststelling van de bevoegdheid, de rechter wel degelijk in zal moeten gaan op dezelfde feiten en rechten die ook in de hoofdzaak aan de orde zullen zijn.

- 4.13 Onder rechtsoverweging 5.6 stelt het hof vast dat de immuniteit van de VN in het algemeen een legitiem doel heeft. Die vaststelling geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zo het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd. De ontvankelijkheid van de tegen de VN ingestelde vordering brengt geen beïnvloeding of bemoeilijking van de taakuitoefening 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. Het functioneren van de VN op zich staat niet ter discussie, maar de vraag of de VN tegen iedere vorm van onrechtmatig handelen of nalaten zou worden beschermd door immuniteit. Zoals hieronder nog uitvoerig aan de orde zal komen in het kader van de belangenafweging, dient in elk geval bij het niet voorkomen van genocide en overige ernstige schendingen van mensenrechten verantwoording te worden afgelegd en kan het niet zo zijn dat zulks wordt verhinderd door het toekennen van de facto absolute immuniteit. Dat geldt te meer voor een organisatie die zich - onder meer - ten doel heeft gesteld om genocide te voorkomen en zich permanent inzet voor mensenrechten. De Nederlandse Staat heeft met zijn incidentele vordering tot onbevoegdverklaring getracht de meest eclatante schending van mensenrechten toe te dekken onder de mantel van immuniteit. Het hof heeft ten onrechte niet getoetst of het niet voorkomen van genocide en het niet voorkomen van andere ernstige schendingen van fundamentele mensenrechten onder de functionele immuniteit van artikel 105 VN-Handvest valt. Zo het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd.
- 4.14 Het zij opgemerkt dat de toets aan de eis dat een beperking van het recht op toegang vanwege immuniteit van jurisdictie een legitiem doel moet dienen van groot belang is. Legitimiteit is niet hetzelfde als legaliteit. De lidstaten van de VN zijn bij meerderheid geen staten die democratisch gelegitimeerd zijn. In de VN-veiligheidsraad hebben staten zitting - al dan niet met vetorechten - die de mensenrechten met voeten treden. De hoogstaande doelstellingen van de VN bestaan in theorie en op papier, maar in de praktijk is de besluitvorming vergaand politiek van aard. Tegelijkertijd stelt het hof onder rechtsoverweging 5.7 vast dat geen enkele internationale organisatie dergelijke vergaande en ingrijpende bevoegdheden heeft, om vervolgens vast te stellen dat over de immuniteit zo min mogelijk discussie moet ontstaan. Het hof wil daarmee enige discussie over de

legitimiteit van het handelen van de VN op voorhand uitsluiten. Dat is in het algemeen al een onjuist vertrekpunt, maar juist in deze zaak onverteerbaar. In deze zaak speelt immers de verantwoordelijkheid voor het niet voorkomen van genocide en andere ernstige schendingen van mensenrechten, in weerwil van de uitdrukkelijke belofte om de burgers in de *Safe Area* te beschermen. Het bestaan van de bijzondere macht van de VN brengt met zich mee dat de vraag naar de legitimiteit steeds opnieuw moet worden gesteld en beantwoord. Het hof maakt aldus ten onrechte de mensenrechten ondergeschikt aan een op deze wijze grenzeloze macht van de VN. Dat doet bovendien geen recht aan het gebod om genocide te voorkomen, althans maakt het hof dit gebod taneloos.

- 4.15 Hierboven kwam reeds aan de orde dat de toetsingsmaatstaf dient te zijn of de beperking op het recht op toegang tot de rechter een legitiem doel dient en proportioneel is ten opzichte van het nagestreefde doel. De rechtspraak van het EHRM sinds de uitspraken inzake *Waite & Kennedy* en *Beer & Regan* brengt met zich mee dat toetsing steeds dient plaats te vinden aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval⁶³:

‘As to the issue of proportionality, the Court must assess the contested limitation placed on Article 6 in the light of the particular circumstances of the case.’

Daarbij dient rekening te worden gehouden met de rechtsgang die binnen de internationale organisatie bestaat en de aard van het juridisch conflict dat speelt. Daarom heeft het EHRM in *Waite & Kennedy* en *Beer & Regan* geoordeeld dat omdat een effectieve rechtsgang bestond binnen de ESA en het ging om een arbeidsrechtelijk geschil, de beperking op het recht op toegang tot de rechter proportioneel was ten opzichte van de toekenning van immunititeit van de ESA⁶⁴. Het hof heeft ten onrechte volstaan met een algemene schets van de noodzakelijkheid van immunititeit van de VN, zonder in te gaan op de vraag of in dit geval toekenning van immunititeit legitiem en proportioneel is ten opzichte van de beperking op artikel 6 EVRM. Het hof heeft daarbij ten onrechte de afwezigheid van een alternatieve effectieve rechtsgang buiten beschouwing gelaten en heeft nagelaten de proportionaliteit in dat kader te toetsen. Ook heeft het hof in het licht van de rechtspraak van het EHRM ten onrechte nagelaten om de aard van het juridisch conflict bij de oordeelsvorming te betrekken. De motivering van het hof onder rechtsoverweging 5.6 en 5.7 dat het in algemene zin niet wenselijk is dat de VN kan worden gedagvaard, doet tekort aan het door

⁶³ zie r.o. 64 inzake *Waite & Kennedy* en r.o. 54 inzake *Beer & Regan*.

⁶⁴ r.o. 72 en 73 inzake *Waite & Kennedy*, r.o. 53, 54, 62 en 63 inzake *Beer & Regan*.

het EHRM aangelegde criterium of in het specifieke geval beperkingen van artikel 6 EVRM toelaatbaar zijn vanuit de eisen van legitimiteit en proportionaliteit.

- 4.16 Het hof oordeelt aan het eind van rechtsoverweging 5.7 dat alleen klemmende reden tot de gevolgtrekking kunnen leiden dat de immuniteit van de VN niet proportioneel is ten opzichte van het nagestreefde doel. Uit het bovenstaande volgt dat dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Zo het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd. Aan een discussie over klemmende reden in de zin van proportionaliteit komt men volgens het EHRM alleen toe als een effectieve alternatieve rechtsgang bestaat. Dit is in overeenstemming met het beginsel van rechtsbescherming. Het hof heeft terecht vastgesteld onder rechtsoverweging 5.11 dat de VN niet voorzien in een rechtsgang. Voorts dient bij de beoordeling van de vraag of klemmende redenen aanwezig zijn, alle omstandigheden van het geval te worden betrokken, ook feiten en rechten die in de hoofdzaak aan de orde zullen zijn. Het hof heeft nagelaten die omstandigheden bij het oordeel te betrekken, althans het hof heeft nagelaten zulks behoorlijk te motiveren. Het hof bespreekt de afweging van de klemmende redenen en het spanningsveld met het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter onder de rechtsoverwegingen 5.8 tot en met 5.13, om onder rechtsoverweging 5.14 tot het oordeel te komen dat geen onaanvaardbare inbreuk op artikel 6 EVRM of 14 IVBPR wordt gemaakt. De Stichting c.s. zal op deze rechtsoverwegingen nader ingaan en cassatiemiddelen formuleren.
- 4.17 Ter inleiding op de nader te formuleren middelen merkt de Stichting c.s. op dat het hof onder rechtsoverweging 5.8 en verder twee stellingen van de Stichting c.s. onbegrijpelijk weergeeft. Het hof overweegt dat de Stichting c.s. aan de VN het verwijt maakt dat de VN onvoldoende heeft gedaan om genocide te voorkomen. De Stichting c.s. heeft echter ook de VN verweten dat zij andere ernstige schendingen van mensenrechten heeft laten gebeuren en dat de VN actief heeft medegewerkt aan de scheiding van mannen en kinderen, daarmee acceptierend dat deze mannen en mannelijke kinderen zouden worden gemarteld en vermoord. In de woorden van plaatsvervangend bataljonscommandant van Dutchbat, majoor Franken⁶⁵:

‘We accepteerden dat het lot van de mannen onzeker was en dat ze inderdaad onder de meest walgelijke omstandigheden terecht konden komen.’

⁶⁵ zie inleidende dagvaarding, nr. 248 met bronvermelding.

Voorts hebben de VN actief aan de deportatie meegewerkt, hetgeen eveneens door de Stichting c.s. in de feitelijke instanties aan de orde is gesteld⁶⁶.

Ten tweede overweegt het hof onder rechtsoverweging 5.8 dat volgens de Stichting c.s. buiten de gang naar de Nederlandse rechter voor de Stichting c.s. geen andere mogelijkheid bestaat om genoegdoening te krijgen. Zulks is een onbegrijpelijk gemotiveerde weergave van de stellingen van de Stichting c.s.. Het gaat de Stichting c.s. er om de medeverantwoordelijkheid van de VN vast te stellen, zulks mede in verhouding tot de verantwoordelijkheid van de Nederlandse Staat. De procedure tegen de VN is belangrijk om de afbakening van de verantwoordelijkheden van militairen in het kader van deze vredesmissie te toetsen. Verder zou - althans in theorie - genoegdoening ook van een ander kunnen komen dan de VN. Het gaat de Stichting c.s. (naast het bovenstaande) om een verklaring voor recht dat de VN tekort zijn gekomen in de nakoming van hun verplichtingen, dat de VN een onrechtmatige daad hebben gepleegd en dat de VN niet hebben voldaan aan hun verplichting om genocide te voorkomen. Het hof laat dit belangrijke aspect achterwege in haar weergave. Het was namelijk de VN die heeft toegezegd de bevolking van de *Safe Area* te beschermen en de VN die de bevolking heeft ontwapend en vervolgens weigerde de wapens terug te geven, zoals hiervoor onder A. 2 en in de dagvaarding in eerste aanleg uitvoerig aan de orde is gesteld. Ook heeft de VN geweigerd het luchtwapen in te zetten. Een en ander is uitvoerig in de inleidende dagvaarding uiteen gezet. De Stichting c.s. wijst in dit verband nog op de uitspraak van het IGH 26 februari 2007, inzake Bosnië & Herzegovina/Servië & Montenegro, in het bijzonder r.o. 431 en 463. Daar oordeelt het IGH dat het een verplichting is om genocide te voorkomen⁶⁷. Het is dit verwijt dat de VN wordt gemaakt. Onder rechtsoverweging 463 oordeelt het hof dat een verklaring voor recht dat de genocide niet werd voorkomen, onderdeel kan zijn van genoegdoening. Dat is dan ook een van de vorderingen van de Stichting c.s.. Die vordering heeft betrekking op de VN en kan niet door een derde worden voldaan.

Het hof heeft het ten onrechte doen voorkomen alsof het alleen om een vordering in geld zou gaan, welke vordering ook door een derde kan worden voldaan. Een aanspraak op grond van onrechtmatige daad is niet beperkt tot een aanspraak om schade te vergoeden in geld. Het oordeel van het hof met betrekking tot schadevergoeding kennelijk alleen in geld verhoudt zich niet met hetgeen door de Stichting c.s. onder punt I en III van het petium

⁶⁶ zie inleidende dagvaarding, nrs. 253 t/m 266, 385, 393 en 419; pleitnota in eerste aanleg, nrs. 23, 47, 49, 63; memorie van grieven, nr. 97; pleitnota in hoger beroep, nr. 22; deze feiten zijn onweersproken gebleven.

⁶⁷ r.o. 431.

van de inleidende dagvaarding is gevorderd. Zo het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd. In het geval de onrechtmatigheid wordt vastgesteld, heeft de Stichting c.s. niet alleen een aanspraak op schadevergoeding in geld, maar ook tot vergoeding van schade in natura. Schadevergoeding in natura kan op verzoek worden toegewezen en kan in vele vormen bestaan. Hierbij valt te denken aan een excuus of een rectificatie. Dit zijn prestaties die niet door een ander kunnen worden nagekomen. Ook andere vormen van schadevergoeding in natura zijn denkbaar. Feit is dat de VN de bewoners van de *Safe Area Srebrenica* hebben beloofd hen met militairen te beschermen tegen de aanvallen van de Serven. Die belofte is telkenmale herhaald, ook toen de bewoners desgevraagd werd geweigerd de eerder in beslag genomen wapens terug te geven. Feit is verder dat deze belofte van de VN niet is nagekomen, zoals hiervoor en in feitelijke instanties uitvoerig is uiteengezet. De daarop gebaseerde vorderingen van de Stichting c.s. - onder punt I en III van het petitum van de inleidende dagvaarding - kunnen niet door een derde worden nagekomen dan wel tegen een derde worden gericht. De Stichting is een rechtspersoon als bedoeld in artikel 3:305a BW. De Stichting kan weliswaar niet namens de personen waarvan zij ingevolge haar statuten de belangen behartigt schadevergoeding vorderen tegen de VN, maar onder meer wel een verklaring voor recht vorderen. Deze verklaring voor recht kan door degenen op wie deze van toepassing is, worden gebruikt ten behoeve van een vordering tot schadevergoeding.

- 4.18 Voorts geldt dat een crediteur het (voor)recht heeft om in geval van hoofdelijkheid van meerdere debiteuren ten aanzien van het ontstaan van dezelfde schade te kiezen wie hij daarvoor in rechte aanspreekt. Daarbij mogen overwegingen van opportuniteit meespelen, zolang geen sprake is van misbruik van bevoegdheid. Het heeft de voorkeur om de VN - als betrokken partij - aan te spreken en niet (grotendeels) onbekende Servische daders, die voor de benadeelden als privépersonen niet eens te vinden zijn. De benadeelden hebben immers geen staatsmacht en opsporingsmiddelen voorhanden. De VN is in geval van een regressituatie ten opzichte van diezelfde Servische daders veel beter geëquipeerd om het recht zijn beloop te laten hebben dan de benadeelden of zelfs de Nederlandse Staat.
- 4.19 Voorts is het onderscheid tussen dader en niet-dader niet zo duidelijk en in deze kwestie niet relevant als door het hof in rechtsoverweging 5.10 tot en met 5.12 wordt overwogen. Het verwijt van de Stichting c.s. ten aanzien van de VN ziet niet op het (doen) plegen van genocide, maar op het niet voorkomen van de genocide en het niet nakomen van de verplichtingen die de VN op zich hadden genomen. Zo het hof dit niet miskend heeft, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd.

4.20 Het hof heeft voorts miskend - hetwelk het hof juist eerder wel oordeelde - dat de vordering jegens de VN een andere vordering is dan de vordering op de Nederlandse Staat en de vordering op de Servische daders, en het voor de hier aan te leggen beoordeling gaat om de vraag of en hoe de vordering van de Stichting c.s. op de VN wordt beoordeeld door de Nederlandse rechter. De omstandigheid dat de benadeelden wellicht nog een vordering in hun vermogen hebben, is geen rechtsgeldige reden om hen de vordering jegens de VN te ontnemen. Zo het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd.

Middel 5

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het hof in rechtsoverweging 5.9 van het arrest en in het dictum van het bestreden arrest onjuist en/of onbegrijpelijk heeft overwogen en/of beslist als vervat in het bestreden arrest, gelet op een of meer van de volgende zonodig in onderling verband en in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Ten onrechte, althans onbegrijpelijk, althans onvoldoende, althans onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, heeft het hof in genoemde rechtsoverweging(en) overwogen en in het dictum beslist dat het gaat om een afweging van twee rechtsbeginselen, te weten immuniteit en het recht van toegang tot de rechter, en dat de immuniteit hier prevaleert.

5.1 Onder rechtsoverweging 5.9 overweegt het hof:

'Het hof stelt voorop dat het oog heeft voor de vreselijke gebeurtenissen waarvan de moeders van Srebrenica en hun verwanten slachtoffer zijn geworden en voor het leed dat hen daardoor is aangedaan. Dat in Srebrenica genocide heeft plaatsgevonden, heeft de Staat niet betwist en is ook overigens een feit van algemene bekendheid. Dat de moeders van Srebrenica hiervoor in rechte genoegdoening zoeken is volkomen begrijpelijk. Daarmee is echter nog niet alles gezegd. Zoals hiervoor is overwogen is er ook een aanzienlijk, algemeen belang mee gemoeid dat de VN niet genoodzaakt wordt om voor de nationale rechter te verschijnen. In dit spanningsveld moet een afweging worden gemaakt tussen twee, ieder voor zich uiterst belangrijke rechtsbeginselen, waarvan er uiteindelijk maar één de doorslag kan geven.'

Met deze overweging heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting respectievelijk is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd, met name omdat hier meer mensenrechten in de afweging hadden moeten worden betrokken.

- 5.2 Het belang van de VN om niet te worden genoodzaakt om te verschijnen voor een nationale rechter, is vooral een politiek ingegeven belang⁶⁸. De rechter is er echter om te waken over het recht, niet over politieke belangen. Het hof ziet over het hoofd dat dit algemeen belang is voorzien bij de inwerkingtreding van het VN-handvest en de Convention. Toen is immers ook artikel 29 van de Convention ingevoerd om te voorkomen dat de VN voor een nationale rechter zou moeten verschijnen, in ruil waarvoor de VN immuniteit kregen en de VN slechts zouden kunnen worden gedagvaard voor een rechter als bedoeld in artikel 29 van de Convention. De belangenafweging heeft al plaats gevonden toen de Convention in het leven is geroepen en het resultaat daarvan is de bepaling van artikel 29 van de Convention. Opgemerkt zij dat indien aan deze verplichting uitvoering zou zijn gegeven, in beginsel geen sprake zou zijn geweest van een spanningsveld tussen het recht op immuniteit en het recht op toegang tot de rechter, waarmee tevens duidelijk is dat het recht op toegang tot de rechter van een hogere orde is dan de immuniteit.

Deze zaak gaat verder dan de belangen van de Stichting c.s.. Immers, het gaat om beperkingen van mensenrechten, zoals het recht op toegang tot de rechter en om de verplichting om genocide te voorkomen. Deze laatste verplichting is een internationaal dwingende verplichting, waarop geen beperkingen mogelijk zijn (*ius cogens*). Het recht op toegang tot de rechter en de verplichting om genocide te voorkomen zijn van fundamentele betekenis en beide rechten behoren tot de mensenrechten. Aan deze criteria heeft het hof niet getoetst en het hof heeft aldus een onjuiste maatstaf aangelegd. Het recht op immuniteit is beperkt door het functionele karakter, terwijl het *ius cogens* per definitie geen inbreuken toelaat. Het toekennen van immuniteit aan de VN in het geval van het niet voorkomen van genocide en overige ernstige schendingen van mensenrechten, alsmede het achterwege laten van het verplichte instellen van een effectieve rechtsgang door de VN, zou tot gevolg hebben dat de fundamentele mensenrechten door de VN niet meer gerespecteerd hoeven te worden en daarmee hun fundamentele karakter verliezen.

- 5.3 Het hof overweegt onder rechtsoverweging 5.9 dat twee belangrijke rechtsbeginselen zouden conflicteren. Ten onrechte beperkt het hof zich tot de beginselen van immuniteit en

⁶⁸ zie nr. 109 van de memorie van grieven.

toegang tot de rechter, respectievelijk is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd. Het hof had tevens bij haar oordeel moeten betrekken dat er ook andere zware schendingen zijn geweest van fundamentele mensenrechten. De Stichting c.s. verwijst naar de nummers 386 tot en met 417 van de dagvaarding in eerste aanleg, waarin deze schendingen nader uiteen zijn gezet⁶⁹.

- 5.4 Belangrijk in het internationale recht als beginsel zijn de zogenaamde *Four Freedoms*, zo aangeduid in januari 1941 door de toenmalige Amerikaanse president: *Freedom of speech, Freedom of religion, Freedom from fear, Freedom from want*. In het internationaal recht gelden bepaalde regels 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 *ius cogens*⁷⁰. Het hof heeft ten onrechte nagelaten te toetsen hoe de immuniteit van jurisdictie van de VN zich verhoudt tot het *ius cogens* karakter van het gebod om genocide te voorkomen. Anders dan het hof heeft geoordeeld, zijn meer dan twee rechtsbeginselen in het geding. De Stichting c.s. heeft onder andere onder de punten 160 tot en met 175 van de memorie van grieven het *ius cogens* karakter beschreven van met name het verbod op genocide als onderdeel van de *Freedom from fear*.
- 5.5 Het verbod op genocide is *ius cogens*⁷¹. Het gaat in dit verband om de vraag of de VN hun verplichting uit het Genocideverdrag om genocide te voorkomen, zijn nagekomen. Er zijn ook andere mensenrechten geschonden, zoals het recht om van marteling, moord en verkrachting gevrijwaard te blijven. Ook die mensenrechten zijn *ius cogens*. Dat *ius cogens* karakter had tot het oordeel moeten leiden dat immuniteit van de VN dient te wijken. Het recht op immuniteit is geen *ius cogens*. Het hof heeft het *ius cogens* karakter van de normen respectievelijke beginselen waar de Stichting c.s. zich op beroept miskend en ten onrechte buiten beschouwing gelaten.
- 5.6 De zaak Al-Adsani van het EHRM⁷² bevestigt het karakter van *ius cogens* in verband met marteling. Vooraf zij opgemerkt dat die uitspraak gaat over de immuniteit van een staat en niet op de immuniteit van een internationale organisatie. De problematiek met betrekking tot het recht op toegang speelt bij staten anders, aangezien de gedaagde staat steeds in

⁶⁹ zie verder ook nr. 133 van de memorie van grieven en de verwijzing aldaar naar punten 412 t/m 417 van de inleidende dagvaarding.

⁷⁰ zie P.H. Kooijmans, Internationaal publiekrecht in vogelvlucht, 9^e druk, 2002, pag. 18.

⁷¹ zie IGH 26 februari 2007, r.o. 161 en J.A. Frowein, Encyclopedia of Public International Law, Volume Three, 1997, pag. 67.

⁷² EHRM 21 november 2001, no. 35763/97.

eigen land voor de rechter kan worden gebracht⁷³. In de zaak Al-Adsani was de eisende partij 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 schade. De voorliggende rechtsvraag bij het EHRM was of de Engelse rechter terecht had geoordeeld dat aan de staat Koeweit immuniteit toekwam.

- 5.7 Het EHRM verwierp het beroep op artikel 6 EVRM en hield de immuniteit van de staat Koeweit in stand, overigens met de kleinst mogelijke meerderheid in de stemverhouding van de rechters, te weten negen tegen acht. Dat geeft al aan dat zelfs het absolute karakter van de immuniteit van staten voor de rechter van andere landen, onder bepaalde omstandigheden ter discussie staat.
- 5.8 Het bovenstaande wordt geïllustreerd door de verschillende *dissenting opinions* die onderdeel zijn van de uitspraak. Alvorens daar nader op in te gaan, geeft de Stichting c.s. de kernoverweging van de uitspraak weer⁷⁴:

‘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 Stichting c.s. ontbreekt het in deze zaak als gezegd aan een dergelijk alternatief. Reinisch en Weber benadrukken dat de noodzaak van alternatieve rechtsmiddelen in geval van internationale organisaties groter is dan bij staten, aangezien staten altijd voor de eigen rechter kunnen worden gedagvaard en deze mogelijkheid bij internationale organisaties ontbreekt⁷⁵.

⁷³ zie ook nrs. 62 tot en met 64 van de memorie van grieven.

⁷⁴ zie rechtsoverweging 66.

⁷⁵ A. Reinisch en U.A. Weber, a.w., pag. 67.

- 5.9 In de *dissenting opinions* wordt duidelijk dat de immuniteit voor staten in bepaalde gevallen 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 competing interests as explained above.'

- 5.10 De gezamenlijke *dissenting opinions* 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 *ius cogens*⁷⁶. Volgens de *dissenting opinion* dient in geval van conflict tussen een *ius cogens* en een andere regel van internationaal recht (zoals immuniteit), deze andere regel te wijken⁷⁷:

'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.'

- 5.11 Uit deze voorrangsregel volgt dan ook de volgende conclusie⁷⁸:

'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.'

⁷⁶ zie rechtsoverweging 60-61.

⁷⁷ zie rechtsoverweging 1 van de *dissenting opinions*.

⁷⁸ zie rechtsoverweging 3 van de *dissenting opinions*.

- 5.12 Nog afgezien van het feit dat uit de *dissenting opinions* voortvloeit dat bij een zwaardere schending van het *ius cogens* eerder aanleiding bestaat om eventuele immuniteit te laten wijken, volgt zulks ook letterlijk uit de uitspraak zelf. Het EHRM heeft immers onder rechtsoverweging 55 toegelicht dat er een afweging dient te geschieden. Er moet worden vastgesteld of de beperking van het recht op toegang tot de rechter van artikel 6 EVRM (de beperking bestond hieruit dat alleen de rechter te Koeweit bevoegd was) proportioneel is in verhouding tot het doel dat met de immuniteit wordt nagestreefd. Het ligt daarbij voor de hand dat bij een zwaardere schending of een schending van zwaarder wegende normen van het *ius cogens* de lager gerangschikte regel van immuniteit eerder zal dienen te wijken. De Stichting c.s. wijst op het onderscheid tussen de marteling van een individu (als in de zaak Al-Adsani) en de genocide en andere ernstige schendingen van fundamentele mensenrechten in Srebrenica. 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 *ius cogens*, de immuniteit van een staat ondergeschikt zal zijn aan de rechten van het individu.
- 5.13 In het volkenrecht is er geen hogere norm dan het verbod op genocide. Althans, deze norm is hoger dan de overige in deze rechtsstrijd aan de orde zijnde normen. 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 immuniteit toekomt, althans immuniteit daarvoor moet wijken. Van belang is dat het IGH en het ICTY hebben vastgesteld dat genocide heeft plaatsgevonden, en het hof heeft terecht in rechtsoverweging 5.9 geoordeeld dat het gaat om een feit van algemene bekendheid. Een erger verwijt dan het niet voorkomen van genocide, kan een internationale organisatie niet worden gemaakt, op het actief plegen van genocide na. De VN hadden meerdere resoluties aangenomen, waarbij zij zich hadden gecommitteerd om militairen in Srebrenica in te zetten, teneinde genocide te voorkomen. Dat immuniteit niet zou wijken is onverenigbaar met het functionele karakter van de immuniteit van de VN. Het hof had moeten concluderen dat er sprake is van schending van *ius cogens* en dat de belangen van de Stichting c.s. zwaarder wegen dan het belang van de VN bij immuniteit. Het oordeel dat de immuniteit van de VN in dit geval zwaarder weegt, zou de facto betekenen dat de VN absolute macht hebben. Deze macht zou immers niet aan beperkingen onderhevig zijn en voorts betekenen dat de VN aan niemand verantwoording zijn verschuldigd, doordat zij niet zouden zijn onderworpen aan de *rule of law*: het principe dat niemand boven de wet staat en dat macht wordt beperkt en gereguleerd door het recht. Een zodanig vergaande immuniteit als het hof heeft aangenomen, is in strijd met de *rule of law* en ondermijnt

bovendien de geloofwaardigheid van de VN als voorvechter van mensenrechten⁷⁹.

- 5.14 De Stichting c.s. is bij het bovenstaande van mening dat de secretaris-generaal van de VN in deze zaak de verplichting had om afstand te doen van een eventueel recht op immuniteit respectievelijk dat een beroep op immuniteit niet dient te worden gehonoreerd. Immers, in de Convention is in verschillende artikelen met betrekking tot de immuniteit van lidstaten, officials en deskundigen⁸⁰ een soortgelijke regeling opgenomen, die er toe strekt dat er een toets plaats vindt of de loop van het recht door de immuniteit wordt belemmerd. Indien die belemmering niet de belangen van de VN schaadt, dient de immuniteit te wijken. De Stichting c.s. vraagt zich af hoe het afleggen van verantwoording over het niet voorkomen van genocide de belangen van de Verenigde Naties zou kunnen schaden. Een van de primaire doelstellingen van de Verenigde Naties is immers het voorkomen van genocide als dwingendrechtelijke internationaalrechtelijke norm (*ius cogens*).

Middel 6

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het hof in rechtsoverweging 5.10 van het arrest en in het dictum van het bestreden arrest onjuist en/of onbegrijpelijk heeft overwogen en/of beslist als vervat in het bestreden arrest, gelet op een of meer van de volgende zonodig in onderling verband en in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Ten onrechte, althans onbegrijpelijk, althans onvoldoende, althans onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, heeft het hof in genoemde rechtsoverweging(en) overwogen en in het dictum beslist dat immuniteit niet wijkt voor toegang tot de rechter.

- 6.1 Onder rechtsoverweging 5.10 heeft het hof overwogen:

‘Het hof constateert in de eerste plaats dat de Stichting c.s. erkennen dat de VN niet zelf genocide heeft gepleegd (onder meer antwoordconclusie in de incidenten van 6 februari 2008 pag. 29). Uit de stellingen van de Stichting c.s. valt evenmin af te leiden dat de VN welbewust medewerking heeft gegeven aan de genocide. De Stichting c.s. verwijten de VN

⁷⁹ zie ook nr. 174 memorie van grieven.

⁸⁰ zie artikel 14, 20 en 23 van de Convention.

in wezen dat zij nalatig is geweest in het voorkomen van genocide. Het hof is van oordeel dat hoewel het aldus aan de VN gemaakte verwijt ernstig is, het niet zo pregnant is dat de immuniteit daarvoor moet wijken of dat het beroep van de VN op immuniteit reeds daarom onaanvaardbaar is. Daarbij acht het hof van belang dat, zoals hiervoor is overwogen, de vredesoperaties van de VN als regel zullen plaatsvinden in de wereld waar een brandhaard is ontstaan en dat een verwijt dat de VN weliswaar niet zelf misdaden tegen de menselijkheid heeft begaan maar wel heeft nagelaten daartegen adequaat op te treden, onder dergelijke omstandigheden zonder al te veel moeite te formuleren zal zijn en aanleiding zal geven tot misbruik. Het verwijt dat de VN de genocide in Srebrenica niet heeft voorkomen en in dat opzicht nalatig is geweest is dan ook in beginsel onvoldoende om de immuniteit van jurisdictie te doorbreken. Evenmin is doorslaggevend dat in het onderhavige geval niet wordt aangevoerd dat van misbruik in de hiervoor bedoelde zin sprake is. Indien het beroep op immuniteit van de VN slechts succes zou hebben indien in het voorliggende geval misbruik zou kunnen worden aangetoond, zou die immuniteit op onaanvaardbare wijze worden aangetast.'

Het hof heeft de stellingen van de Stichting c.s. onjuist begrepen en te beperkt opgevat, en heeft daarnaast blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

- 6.2 Rechtsoverweging 5.10 geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting, doordat het hof ook hier een toets doet die niet wordt gedragen door de criteria van de internationale rechtspraak. De Stichting c.s. verwijst naar het voorgaande. Voorts heeft het hof de eerste drie zinnen van rechtsoverweging van 5.10 onbegrijpelijk gemotiveerd. De Stichting c.s. heeft de VN en de Nederlandse Staat veel meer verwijten gemaakt dan het niet voorkomen van genocide. Verder heeft de Stichting c.s. de VN en de Nederlandse Staat immers het verwijt gemaakt dat tal van andere schendingen van mensenrechten niet zijn voorkomen (ondanks de daartoe strekkende verplichtingen volgens de VN-resoluties en ook nadien in de vorm van directe toezegging aan de bevolking, alsmede daartoe strekkende verplichtingen krachtens verdragen en ondanks de ter plaatse aanwezige militairen), dat oorlogsmisdaden niet zijn gemeld en dat actief medewerking is verleend door de VN en de Nederlandse Staat aan de deportatie. Ergere verwijten, op het zelf overhalen van de trekker na, zijn nagenoeg niet denkbaar. Gelet op de aard en omvang van genocide, is niet alleen van belang wie de genocide heeft gepleegd. Indachtig het Genocideverdrag en de rechtspraak van het IGH is het niet voorkomen van genocide een van de ernstigst denkbare verwijten. Ook de overige aan de VN gemaakte verwijten zijn zeer ernstig van aard.

Het hof heeft aldus voorts een onjuist criterium gehanteerd omtrent de vraag welke verwijten ernstig genoeg zouden zijn om in de weg te staan aan immuniteit. Het hof heeft de uitspraak van het IGH teveel gerelativeerd. Het hof oordeelt dat de verwijten wel ernstig zijn, maar niet zo pregnant dat de immuniteit moet wijken. Uit de rechtsoverwegingen 430, 431 en 438 van het IGH⁸¹ blijkt dat de verplichting om genocide te voorkomen een zeer ernstige, zwaarwegende verplichting is. Daarbij is van belang dat destijds bekend was dat in Srebrenica een serieus risico op genocide bestond⁸². Vanuit die wetenschap had al het mogelijke in het werk moeten worden gesteld om genocide te voorkomen. Die verplichting laat zich niet relativiseren en door dat wel te doen heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, respectievelijk is dit oordeel onbegrijpelijk gemotiveerd.

- 6.3 Het hof heeft geoordeeld - althans de motivering onder 5.10 noopt tot het oordeel - dat de VN zelf geen misdaden tegen de menselijkheid heeft begaan. Dit oordeel miskent dat overtreding van het gebod om genocide te voorkomen, een misdaad tegen de menselijkheid is. Immers, het Genocideverdrag strekt er toe om genocide te voorkomen en iedere afzwakking van deze verplichting doet geen recht aan de rechtspraak van het IGH in de zaak Servië en Montenegro tegen Bosnië en Herzegovina⁸³. Daarnaast geldt dat het meewerken door Dutchbat aan de deportatie van de bevolking een misdaad is tegen de menselijkheid. Dat geldt ook voor de scheiding van de mannen en de vrouwen. Terwijl deze deportatie voor iedere neutrale waarnemer het teken was voor de gruwelijkheden die zouden plaatsvinden, maakten VN-soldaten de strengst mogelijke selectie van de bevolking, die er toe leidde dat duizenden mannen en mannelijke kinderen werden vermoord en een grote groep overlevenden definitief werd verdreven⁸⁴:

‘at the stage when Bosnian Muslim men were divested of their identification en masse, it must have been apparent to any observer that the men were not screened for war crimes. In the absence of personal documentation, these men could no longer be accurately identified for any purpose. Rather, the removal of their identification could only be an ominous signal of atrocities to come.’

⁸¹ IGH 26 februari 2007, inzake Bosnië & Herzegovina/Servië & Montenegro, besproken in nrs. 128 t/m 139 van de memorie van grieven.

⁸² Het NIOD-rapport, pag. 1219 en 2891; het rapport van het Franse Parlement, deel I, pag. 19; onder meer besproken in nr. 16 en 407 e.v. van de inleidende dagvaarding.

⁸³ IGH 26 februari 2007, inzake Bosnië & Herzegovina/Servië & Montenegro.

⁸⁴ zie het vonnis in eerste aanleg d.d. 2 augustus 2002 gewezen door het *International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991* (Joegoslavië-Tribunaal), tegen Radislav Krstic, r.o. 160.

- 6.4 Rechtens onjuist en onbegrijpelijk is verder de overweging van het hof aan het einde van rechtsoverweging 5.10, omtrent potentieel misbruik door de VN te dagvaarden. Rechtens onjuist omdat uitsluitend de VN zelf er verantwoordelijk voor zijn dat de in het Handvest voorziene rechtsgang, welke de immuniteit van de VN zou legitimeren, niet bestaat. Niet uit het oog dient te worden verloren dat de VN zelf het in hun macht hebben om die rechtsgang alsnog op ieder moment te effectueren.

De betreffende zinnen zijn met een dubbele ontkenning voorts niet te duiden en het hof is getreden buiten de door partijen afgebakende grenzen van de rechtsstrijd. Partijen hebben immers niets aangevoerd over dit soort misbruik, welk misbruik overigens ook niet is te duiden in het licht van de ernst van hetgeen in Srebrenica heeft plaatsgevonden. De uitleg aan de mogelijkheid van misbruik is overigens bepaald eenzijdig en doet geen recht aan de stellingen van de Stichting c.s.. De Stichting c.s. heeft wel aangegeven dat een de facto absolute immuniteit van de VN, zelfs bij zware schendingen van mensenrechten, aanleiding kan zijn voor ter beschikking gestelde nationale troepen, om mensenrechten te schenden als men veronderstelt dat civielrechtelijke vervolging is uitgesloten.

Middel 7

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het hof in rechtsoverweging 5.11 tot en met 5.14 van het arrest en in het dictum van het bestreden arrest onjuist en/of onbegrijpelijk heeft overwogen en/of beslist als vervat in het bestreden arrest, gelet op een of meer van de volgende zonnodig in onderling verband en in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Ten onrechte, althans onbegrijpelijk, althans onvoldoende, althans onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, heeft het hof in genoemde rechtsoverweging(en) overwogen en in het dictum beslist dat in de afweging tussen immuniteit en toegang tot de rechter, immuniteit hier prevaleert.

- 7.1 Onder rechtsoverweging 5.11 heeft het gerechtshof overwogen:

'De volgende omstandigheid waarop de Stichting c.s. zich hebben beroepen is het ontbreken van een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang. Zij hebben er daarbij op gewezen dat de VN niet, zoals art. VIII § 29 aanhef en onder (a) Convention voorschrijft,

regelingen heeft getroffen voor passende wijzen van beslechting van geschillen die voortvloeien uit overeenkomsten of andere geschillen van privaatrechtelijke aard, waarbij de VN partij is. Dat de VN dat niet heeft gedaan staat tussen partijen vast. De Staat heeft ook onvoldoende weersproken de gemotiveerde stellingen van de Stichting c.s. dat de 'Agreement on the status of UNPROFOR' aan de Stichting c.s. in feite geen reële mogelijkheid biedt om de VN aan te spreken. Het hof is echter van oordeel dat niet vaststaat dat de Stichting c.s. voor de gebeurtenissen in Srebrenica in het geheel geen toegang zou hebben tot de rechter. In de eerste plaats is uit de stellingen van de Stichting c.s. niet duidelijk geworden waarom voor hen niet de mogelijkheid zou bestaan om de daders van de genocide en mogelijk ook degenen die voor de daders verantwoordelijk kunnen worden geacht voor een aan de eisen van art. 6 EVRM beantwoordend gerecht te brengen. Voor zover de Stichting c.s. dat achterwege hebben gelaten omdat de aansprakelijke personen onvindbaar zijn of onvoldoende verhaal bieden, merkt het hof op dat art. 6 EVRM niet garandeert dat degene die een vordering wil instellen steeds een (solvente) debiteur kan vinden.'

Onder rechtsoverweging 5.12 heeft het gerechtshof overwogen:

'In de tweede plaats staat voor de Stichting c.s. de weg open om de Staat, die zij verwijten maken die vergelijkbaar zijn met welke zij tot de VN richten, voor de Nederlandse rechter te dagen. Die mogelijkheid hebben de Stichting c.s. ook benut. De Staat kan zich voor de Nederlandse rechter niet op immuniteit van jurisdictie beroepen, zodat de Nederlandse rechter in ieder geval een inhoudelijk oordeel zal moeten geven over de vordering tegen de Staat. Dat wordt niet anders indien de Staat in dat geding, naar de Stichting c.s. - met enig recht, zie de incidentele conclusie van de Staat in eerste aanleg onder 3.4.8 - zeggen te verwachten, het verweer zal voeren dat zijn optreden in Srebrenica (uitsluitend) moet worden toegerekend aan de VN. Zelfs indien dat verweer (dat de Stichting c.s. overigens op voorhand bestrijden, zie inleidende dagvaarding nrs. 347 e.v.) wordt gevoerd zal de rechter hoe dan ook ten gronde oordelen over de vorderingen van de Stichting c.s. en hebben de Stichting c.s. in zoverre toegang tot de onafhankelijke rechter.'

Onder rechtsoverweging 5.13 heeft het hof overwogen:

'Het voorgaande brengt mee dat in dit geval niet kan worden gezegd dat voor de Stichting c.s. het wezen van het recht op toegang tot de rechter is aangetast indien het beroep op immuniteit van jurisdictie van de VN wordt gehonoreerd. Het hof verwijst hierbij nog naar

de uitspraken van het EHRM van 21 september 1990 inzake Fayed v. United Kingdom, no. 17101/90, waaruit blijkt dat het EHRM zelfs vrij vergaande beperkingen op de toegang tot de rechter aanvaardbaar acht. Van zo vergaande beperkingen is in deze zaak geen sprake, nu de Stichting c.s. in ieder geval twee categorieën partijen kunnen aanspreken voor de door de moeders van Srebrenica geleden schade, te weten de daders van de genocide en de Staat. Tegen deze achtergrond acht het hof het feit dat de VN niet conform hun verplichting uit hoofde van art. VIII § 29 aanhef en onder (a) Convention een alternatieve rechtsgang hebben ingesteld voor claims als de onderhavige, hoewel betreurenswaardig, in dit geval niet van voldoende doorslaggevend belang om de immuniteit van jurisdictie te doorbreken.'

Rechtsoverweging 5.14 is de conclusie uit deze rechtsoverwegingen. De overwegingen 5.11 tot en met 5.14 geven blijk van een onjuiste rechtsopvatting, respectievelijk zijn onbegrijpelijk gemotiveerd.

- 7.2 Het is in de onderhavige procedure een onbestreden feit en als zodanig door het hof vastgesteld dat de VN geen alternatieve effectieve rechtsgang biedt, zoals artikel VIII § 29 aanhef en onder (a) Convention voorschrijft. Zoals in het bovenstaande bleek, had bij die constatering conform artikel 6 EVRM en de vaste rechtspraak van het EHRM een nadere afweging achterwege dienen te blijven en had het recht op toegang tot de rechter moeten prevaleren.
- 7.3 Het hof maakt de onjuiste afweging dat er alternatieve partijen zijn die kunnen worden gedagvaard en voorts is de motivering van die afweging ondeugdelijk en met name onbegrijpelijk gemotiveerd. Die afweging is in strijd met artikel 6 EVRM. Het recht op toegang tot de rechter om een vordering voor te leggen aan de rechter geldt niet eerst nadat geen overige partijen meer zouden bestaan om aan te spreken ten aanzien van dezelfde aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, nalaten daaronder begrepen. Het gaat in artikel 6 EVRM om *'het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (...)'*. Onderwerp van de vorderingen van de Stichting c.s. zijn de rechten jegens de VN. Die rechten kunnen niet worden vastgesteld door een derde aan te spreken. De uitleg van artikel 6 EVRM mag niet restrictief zijn⁸⁵:

'Die vorrangige Bedeutung, die in demokratischen Gesellschaften dem Recht auf faires

⁸⁵ zie Frowein-Peukert, a.w., artikel 6, aant. 2 en de aldaar vermelde jurisprudentie.

Verfahren zukommt, steht einer restriktiven Auslegung der Vorschrift entgegen.'

De Stichting c.s. vordert ten opzichte van de VN dat wordt vastgesteld (zoals in het lichaam van de inleidende dagvaarding is beschreven) dat de VN tekort is gekomen in de nakoming van hun verplichtingen, althans onrechtmatig hebben gehandeld jegens de Stichting c.s., dat de VN zijn gehouden tot betaling van schadevergoeding en dat de VN de verplichtingen voortvloeiend uit het Genocideverdrag niet zijn nagekomen. De verplichtingen van de VN (die onder andere zijn aangegaan in het Genocideverdrag, VN-resoluties en directe toezeggingen aan de bevolking van de *Safe Area*, verwezen wordt naar het hiervoor onder A.2 gestelde en naar de inleidende dagvaarding) zijn van een andere orde dan de rechten die de Stichting c.s. eventueel jegens de Staat en de daders geldend kan maken, en de daarop gebaseerde rechtsvorderingen zijn ook anders.

Het is in de procedure van essentieel belang hoe de rolverdeling tussen de door de Staat uitgezonden troepen en de verantwoordelijkheid van de VN is geëffectueerd tijdens de missie en de val van de *Safe Area*.

Daar komt nog bij het verweer van de Staat, gevoerd in andere procedures, dat zijn handelen aan de VN moet worden toegerekend, ook hier meespeelt. Indien dat verweer mocht worden gehonoreerd (hetgeen het geval was in de zaak voorgelegd aan de Rechtbank 's-Gravenhage)⁸⁶, is de enige aan te spreken partij de VN, waar de Nederlandse Staat effectief de VN als rechtvaardigingsgrond heeft ingezet. Aan artikel 6 EVRM wordt geen recht gedaan indien de uitleg van het hof ten aanzien van de vorderingen van de Stichting c.s. ten opzichte van de VN wordt gevolgd. Immers, dat zou betekenen dat aan de Stichting c.s. de mogelijkheid wordt ontnomen om in een gerechtelijke procedure haar burgerlijke rechten jegens een daadwerkelijk verantwoordelijke partij vast te laten stellen.

De uitleg van artikel 6 EVRM door het hof vormt daarmee een ongeoorloofde beperking van het recht op toegang tot de rechter. Het gaat de Stichting c.s. geenszins om het vinden van een solvante debiteur en de Stichting c.s. heeft dat ook nooit gesteld. De vordering van de Stichting c.s. jegens de VN is met name gericht op de erkenning van het falen van de VN en niet uitsluitend op financiële tegemoetkoming. De Stichting c.s. wijst op het feit dat het hoe dan ook de vraag is of de VN solvent zijn. De redenering van het hof over het vinden van een solvante debiteur heeft niets te maken met artikel 6 EVRM. Zeker niet in de

⁸⁶ Rechtbank 's-Gravenhage 10 september 2008, r.o. 4.5; LJN BF0184, 265615 / HA ZA 06-1671.

redenering van het hof, waar het hof eerder oordeelde dat ieder van de slachtoffers een eigen vordering hebben ten opzichte van enerzijds de VN en anderzijds de Nederlandse Staat; zeker in de visie van het hof zijn dat twee aparte vorderingen, die apart berecht kunnen worden en ieder behandeld dienen te worden in een rechtsgang die voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM. Artikel 6 EVRM waarborgt dat tussen partijen in een procedure met betrekking tot burgerlijke rechten en verplichtingen hun dispuut voor een onafhankelijke rechter wordt behandeld.

- 7.4 De redenering onder rechtsoverweging 5.12 dat de Nederlandse Staat zich ten overstaan van de Nederlandse rechter niet op immuniteit kan beroepen, doet niet ter zake in verhouding tot artikel 6 EVRM, waar dit naar het eerder oordeel van het hof gaat om twee zelfstandige vorderingen tegen formeel twee aparte partijen. In de procedure tegen de Staat en de VN gaat het over de afbakening van verantwoordelijkheden van de Staat en de VN voor zich, alsook gezamenlijk. De overweging van het hof dat hoe dan ook een oordeel volgt over de gebeurtenissen in Srebrenica, is een misvatting. Indien het beroep op de immuniteit van de VN wordt gehonoreerd en het handelen van de Staat wordt toegerekend aan de VN en geen dubbele toerekening plaatsvindt⁸⁷, volgt zelfs geen oordeel over het handelen van de Staat met betrekking tot de gebeurtenissen in Srebrenica. Alsdan eindigt de procedure zonder enig inhoudelijk oordeel en wordt de Stichting (in wezen) niet-ontvankelijk verklaard. Juist over het handelen en nalaten van Dutchbat wordt een oordeel van de rechter gevraagd. Als de VN buiten de beoordeling blijft en het handelen en nalaten van Dutchbat aan de VN wordt toegerekend, volgt hierover geen inhoudelijk oordeel. Uit Waite & Kennedy (in het bijzonder rechtsoverweging 58) valt af te leiden dat een inhoudelijk oordeel onderdeel vormt van een procedure die aan de eisen van artikel 6 EVRM beantwoordt. Het enkele in behandeling nemen van een vordering voldoet niet als zodanig. De redenering van het hof komt er in wezen op neer dat bij een VN-missie slechts het land dat troepen levert kan worden aangesproken. Die redenering zal echter altijd de VN buiten schot laten, nu de VN geen eigen troepen heeft. In feite is de immuniteit van de VN daarmee absoluut verklaard, hetgeen niet terecht is en ook niet strookt met het uitgangspunt van het hof zelf, dat de immuniteit niet absoluut is. De motivering van het hof is daarmee innerlijk tegenstrijdig.
- 7.5 Overigens strookt rechtsoverweging 5.12 niet met rechtsoverweging 3.3 en in zoverre leidt het arrest aan een motiveringsgebrek. Het is onbegrijpelijk dat het hof onder 3.3 oordeelt dat de zaak tegen de VN en de Staat afzonderlijke rechtsgedingen zijn, om vervolgens onder

⁸⁷ zie inleidende dagvaarding, nrs. 347-369.

rechtsoverweging 5.12 te oordelen zodanige samenhang te zien dat de toegang tot de rechter in de ene procedure ook de rechten onder artikel 6 EVRM in de andere procedure zou waarborgen. Daarnaast is het oordeel van het onder rechtsoverweging 3.3 gestelde dat over beide zaken onafhankelijk wordt beslist, verkeerd in het licht van de (mogelijke) dubbele toerekening. Indien de procedures onafhankelijk zouden zijn, zouden tegenstrijdige eindbeslissingen mogelijk zijn. Het zou dan mogelijk zijn dat de Staat naast de VN verantwoordelijk wordt gehouden, terwijl de VN niet verantwoordelijk zou zijn volgens een andere rechterlijke uitspraak. Beide ‘afzonderlijke’ procedures, zouden voor wat betreft de verantwoordelijkheid kunnen wijzen naar de andere, in die procedure niet betrokken partij. Aldus wordt twee maal ‘vastgesteld’ dat een partij verantwoordelijk is, die echter in de betreffende procedure verantwoordelijkheid ontloopt. Dat zou een onjuiste en onwenselijke gang van zaken zijn.

- 7.6 Anders dan het hof onder 5.13 overweegt, brengt de jurisprudentie van het EHRM niet mee dat vrij vergaande beperkingen op artikel 6 EVRM aanvaardbaar worden geacht. In het bijzonder kan dat niet worden afgeleid op grond van de zaak *Fayed v. United Kingdom*⁸⁸. In die zaak ging het om een geschil met een ondernemingsrechtelijk karakter. Het ging om de verkoop van warenhuis Harrods aan de familie Fayed. Deze familie was een publieke campagne begonnen om het imago op te vijzelen, teneinde de overname voor het grote publiek acceptabel te maken. Na de verkoop werd aan de orde gesteld of de door Fayed verstrekte informatie juist was. Teneinde dat te onderzoeken werd in de procedure een rapporteur benoemd. Aan de orde was de vraag of artikel 6 EVRM was geschonden als tegen de stellingen van een inspecteur die een rapport had opgesteld aangaande de financiële positie van de klagers, welke stellingen en de openbaarmaking daarvan schade zouden toebrengen aan de reputatie van klagers, geen rechtsgang werd toegestaan. Het EHRM heeft ook in deze zaak vaste rechtspraak toegepast dat een belangenafweging dient plaats te vinden tussen de legitimiteit van de beperking van de toegang tot de rechter en de toegang tot rechtsbescherming⁸⁹. Het EHRM komt tot de conclusie dat de kwestie van reputatieschade en daartegenover de beperkingen van toegang tot de rechter proportioneel zijn, omdat anders een inspecteur die in een rapport over de vermogenspositie van een vennootschap verslag doet niet onafhankelijk een rapport kan uitbrengen. Dat zijn kwesties die op ieder gebied van een ander gehalte zijn dan de onderhavige kwestie. Het EHRM belichtte onder rechtsoverweging 76 dat de reputatieschade van klagers het resultaat was

⁸⁸ EHRM 21 september 1990, no. 17101/90.

⁸⁹ zie rechtsoverweging 71.

van een door klagers zelf gestarte campagne en dat het publieke belang bij een geobjectiveerd beeld zwaarder weegt. Ook oordeelde het EHRM onder rechtsoverweging 77 en 78 dat klagers een eerlijke kans hadden gehad om kennis te nemen van de bevindingen van de rapporteur en om daarop commentaar te leveren. Verder was het zo dat klagers de benoeming van de inspecteur konden aanvechten⁹⁰. Ook hadden klagers de gelegenheid gehad feitelijke onjuistheden recht te zetten⁹¹. Met betrekking tot die onderwerpen werd wel toegang tot de rechter geboden. Al met al kan niet gezegd worden dat het EHRM in het licht van de zaak *Fayed v. United Kingdom* beperkingen aanbrengt op artikel 6 EVRM, laat staan vergaande beperkingen. Het hof heeft met de verwijzing naar het aangehaalde arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Ten eerste heeft het EHRM verwezen naar de wel degelijk bestaande mogelijkheden tot rechtsbescherming, die de Stichting c.s. niet hebben. Ten tweede zijn de omstandigheden van het geval volgens het EHRM van wezenlijk belang. Die omstandigheden zijn in het onderhavige geval van een essentieel andere orde. In het aangehaalde arrest van het EHRM staat de gestelde reputatieschade centraal, terwijl in de onderhavige zaak ernstige schendingen van mensenrechten aan de orde zijn, waarbij door meerdere internationale gerechtelijke instanties is vastgesteld dat genocide heeft plaatsgevonden. Bovendien betrof de zaak *Fayed* zeker niet de schending van mensenrechten met een *ius cogens* karakter.

- 7.7 Het valt overigens op bij lezing van het arrest *Fayed v. United Kingdom* dat het EHRM zeer gedetailleerd op de omstandigheden van het geval ingaat, zoals ook volgens de rechtspraak van het EHRM is vereist, terwijl het hof, zoals in het bovenstaande en volgende is beschreven, wezenlijke aspecten onbesproken laat.
- 7.8 Voorts geldt ook hier hetgeen hiervoor in punt 4.17 tot en met 4.20 is aangegeven en welke punten hier als herhaald en ingelast dienen te worden beschouwd:
- het gaat niet alleen om schadevergoeding in geld, welke vergoeding wellicht ook een ander zou kunnen betalen, maar het gaat met name om een vaststelling wat rechtens is en om andere vormen van vergoeding van schade die alleen de VN zelf kunnen geven;
 - de slachtoffers respectievelijk hun nabestaanden zullen de daders niet kunnen vinden, de VN is daartoe beter geëquipeerd in geval van regres;
 - in geval van hoofdelijke aansprakelijkheid is de crediteur gerechtigd om te kiezen welke debiteur hij aanspreekt;

⁹⁰ r.o. 78.

⁹¹ r.o. 44 en 45.

- de vordering tegen de VN is een andere vordering dan de vordering tegen de Nederlandse Staat.

Middel 8

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het hof in rechtsoverweging 4.1 tot en met 5.14 van het arrest en in het dictum van het bestreden arrest onjuist en/of onbegrijpelijk heeft overwogen en/of beslist als vervat in het bestreden arrest, gelet op een of meer van de volgende zonodig in onderling verband en in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Ten onrechte, althans onbegrijpelijk, althans onvoldoende, althans onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, heeft het hof in genoemde rechtsoverweging(en) overwogen en in het dictum beslist dat het recht op toegang tot de rechter hier wijkt voor immuniteit van de VN.

- 8.1 Het Europees Hof van Justitie heeft op 3 september 2008⁹² een ook voor deze zaak belangrijke uitspraak gedaan over de verhouding tussen VN-resoluties en de grondrechten voortvloeiende uit het EU-Verdrag, daaronder mede begrepen artikel 6 EVRM. Het Europees Hof van Justitie oordeelde echter primair op basis van het beginsel van effectieve rechtsbescherming (artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie). Dit beginsel heeft een soortgelijke strekking als artikel 6 EVRM, maar wordt door het Europees Hof van Justitie als een autonoom Europees grondrecht gekwalificeerd. De Stichting c.s. heeft een uitdrukkelijk beroep op dit beginsel gedaan en het hof heeft in het bestreden arrest ten onrechte nagelaten te toetsen of dit beginsel is gewaarborgd. Het hof heeft aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting respectievelijk zo het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd.
- 8.2 Voornoemd arrest heeft betrekking op maatregelen van de Europese Gemeenschap. Uit het arrest blijkt dat het Europees Hof van Justitie een toetsing aan de grondrechten van de communautaire rechtsorde ook bij resoluties voortvloeiende uit het VN-Handvest noodzakelijk oordeelt, zulks ter bescherming van de Europese burgers. Daarnaast spreekt

⁹² HvJ EG, 3 september 2008, zaak C-415/05 P, Al Barakaat International Foundation tegen Raad van de Europese Unie en Commissie van de Europese Gemeenschappen.

het Europees Hof zich uit dat een effectieve rechtsbescherming een grondrecht is binnen de communautaire rechtsorde, dat niet mag worden geschonden.

- 8.3 Het Europees Hof van Justitie heeft in de zaak Al-Barakaat bepaald dat de rechter steeds de grondrechten in acht dient te nemen en dat er geen sprake is van voorrang van regels van de VN⁹³. Het hof had moeten toetsen of artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie was gewaarborgd en had toegang tot de rechter moeten bieden.
- 8.4 Voor zover de Hoge Raad mocht oordelen dat aan de VN ook in dit geval immuniteit toekomt, verzoekt de Stichting c.s. de Hoge Raad om prejudiciële vragen voor te leggen aan het Europees Hof van Justitie. De aan het Europees Hof van Justitie voor te leggen prejudiciële vragen zouden als volgt kunnen luiden:

‘Is volgens het Europees gemeenschapsrecht artikel 105 VN-Handvest in verband met artikel 29 Convention on the Privileges and Immunities zodanig uit te leggen dat binnen de lidstaten de VN absolute immuniteit genieten, ongeacht het feit dat er binnen de VN geen effectieve rechtsgang bestaat? Is het Europees grondrecht op effectieve rechtsbescherming zodanig uit te leggen dat dit grondrecht in de lidstaten aan beperkingen mag worden onderworpen, in het bijzonder aan de beperkingen die voortvloeien uit het recht op immuniteit van de VN? Zo ja, gelden die beperkingen op dit grondrecht onder alle omstandigheden, meer in het bijzonder ook onder de omstandigheid dat een grote groep nabestaanden de VN heeft aangesproken voor het niet voorkomen van een door het Internationaal Gerechtshof vastgestelde genocide en onder de omstandigheid dat vast staat dat er geen effectieve rechtsgang bestaat?’

- 8.5 Wat uit de zaak Al-Barakaat het duidelijkst spreekt, is dat de EU autonome grondrechten kent die door artikel 6 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (in de versie van 1 december 2009) worden beschermd. Daaronder valt het recht op een effectieve rechtsbescherming, zoals verwoord in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Wanneer de uitoefening van bevoegdheden door de VN consequenties heeft binnen de Europese gemeenschap, dan dient getoetst te worden of deze gevolgen in strijd zijn met deze Europese grondrechten. Deze grondrechten kunnen niet zo maar terzijde worden geschoven.

⁹³ verwezen zij naar de punten 199 e.v. van de memorie van grieven en nr. 44 e.v. van de pleitnota in hoger beroep.

- 8.6 De nationale rechter is op grond van vaste Europese jurisprudentie verplicht het nationale recht uit te leggen in de geest van het Europees gemeenschapsrecht⁹⁴. De vraag of de autonome Europese grondrechten zijn gewaarborgd, dient door de nationale rechter te worden meegewogen indien daartoe aanleiding bestaat. Indien mocht worden geoordeeld dat aan de VN immuniteit toekomt, is de schending van het in de Europese Unie gewaarborgde recht op effectieve rechtsbescherming aan de orde. In dat geval is het Europees Hof van Justitie de aangewezen instantie om te oordelen of het oordeel strookt met het Europees gemeenschapsrecht.
- 8.7 Artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie bepaalt dat het Europees Hof van Justitie door prejudiciële vragen over de uitleg van het Europees Verdrag oordeelt. Onder de uitleg van het Europees Verdrag valt het volledige Europees gemeenschapsrecht, inclusief de autonome grondrechten, ook als deze niet zijn gecodificeerd. De Stichting c.s. wijst er op dat voor het stellen van een vraag over deze uitleg niet is vereist dat het gaat om een handeling door een Europees orgaan. Voldoende is dat het gaat om de uitleg van het Europees Verdrag, waarvan de autonome grondrechten deel uitmaken. Artikel 267 EGV bepaalt dat de Hoge Raad als laatste instantie prejudiciële vragen moet stellen, als Europees recht - in het bijzonder ook de grondrechten⁹⁵ - in het geding is. Dat het een verplichting betreft van de hoogste nationale rechter om prejudiciële vragen te stellen is herhaaldelijk bevestigd door het Europees hof van Justitie⁹⁶:

'The obligation on national courts against whose decisions there is no judicial remedy to refer a question to the Court for a preliminary ruling has its basis in the cooperation established, in order to ensure the proper application and uniform interpretation of Community law in all the Member States, between national courts, as courts responsible for applying Community law, and the Court. That obligation is in particular designed to prevent a body of national case-law that is not in accordance with the rules of Community law from coming into existence in any Member State (...).'

⁹⁴ bijvoorbeeld HvJ EG 9 maart 2004, Rs. C-397/01 bis C-403/01, Pfeiffer e.a./DRK.

⁹⁵ zie Lenz/Borchart. EU-Verträge, Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, 5. druk, 2010, art. 267 aant. 6, p. 2546.

⁹⁶ HvJ EG, C-99-00, Kenny Roland Lyckeskog, Slg. 2002, I-4839 nr. 14, r.o. 14; C-337/95, Parfums Christian Dior, Slg. 1997, I-6013, nr. 25.

Middel 9

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het hof in rechtsoverweging 4.1 tot en met 5.14 van het arrest en in het dictum van het bestreden arrest onjuist en/of onbegrijpelijk heeft overwogen en/of beslist als vervat in het bestreden arrest, gelet op een of meer van de volgende zonodig in onderling verband en in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Ten onrechte, althans onbegrijpelijk, althans onvoldoende, althans onvoldoende inzichtelijk gemotiveerd, heeft het hof in genoemde rechtsoverweging(en) overwogen en in het dictum beslist dat immuniteit van de VN hier niet wijkt voor toegang tot de rechter.

- 9.1 Voorts heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, doordat het fundamentele juridische beginselen en bepalingen die in deze zaak van betekenis zijn, niet heeft meegewogen, althans het arrest van het hof geeft geen blijk van een dergelijke afweging, althans is het oordeel van het hof onbegrijpelijk gemotiveerd.
- 9.2 In eerste aanleg heeft de Stichting c.s. al in de inleidende dagvaarding betoogd dat in de onderhavige zaak het doen van afstand niet aan de orde is, nu - zoals is gebleken - aan de VN geen immuniteit toekomt vanwege artikel 105 VN-Handvest⁹⁷. Voor zover in deze procedure wel een functionele noodzaak tot immuniteit mocht bestaan, betoogt de Stichting c.s. - subsidiair - dat de VN daar afstand van hadden moeten doen, en dat bij gebreke van een dergelijke afstand een beroep op immuniteit niet zou moeten worden gehonoreerd⁹⁸. Het volgende dient ter toelichting.
- 9.3 In de Convention komt tot uitdrukking dat de immuniteit van de VN beperkt dient te blijven tot gevallen waar een functionele noodzaak daartoe bestaat. Section 14 van de Convention bepaalt:

'Privileges and immunities are accorded to the representatives of Members not for the personal benefit of the individuals themselves, but in order to safeguard the independent exercise of their functions in connection with the United Nations. Consequently a Member

⁹⁷ zie nummer 449 van de inleidende dagvaarding.

⁹⁸ zie nrs. 81 t/m 83 memorie van grieven.

not only has the right but is under a duty to waive the immunity of its representative in any case where in the opinion of the Member the immunity would impede the course of justice, and it can be waived without prejudice to the purpose for which the immunity is accorded.'

- 9.4 Een soortgelijke bepaling is opgenomen onder Section 20, voor de 'Officials' van de Verenigde Naties en in Section 23 voor 'Experts on missions'. Om dezelfde reden voorzien ook andere immunitetsverdragen in een verplichting om afstand van de immuniteit te doen, waar deze immuniteit tot rechtsweigering zou leiden⁹⁹. Hoewel een dergelijke bepaling niet ten aanzien van de VN zelf is geformuleerd, dient ook ten aanzien van de VN zelf te gelden dat de immuniteit niet mag dienen ter voorkoming van schadeclaims, maar dat de 'course of justice' dient te prevaleren. Daarbij dient andermaal te worden benadrukt dat het hier gaat om de zwaarst mogelijke schendingen van mensenrechten. Ook Frowein komt tot de conclusie dat in dit soort gevallen de VN verplicht zijn om afstand te doen van eventuele immuniteit¹⁰⁰.

Het EHRM is in Waite & Kennedy¹⁰¹ ook ingegaan op de vraag onder welke omstandigheden de internationale organisatie afstand moet doen van immuniteit. Waar de VN ten onrechte hun verplichting niet zijn nagekomen om afstand te doen van immuniteit, mag de rechter dat beroep op immuniteit niet honoreren. Het arrest van het hof geeft geen blijk van een toets of de VN in dit geval verplicht was afstand te doen van eventuele immuniteit.

- 9.5 Ook heeft het hof ten onrechte artikel 32 Weens Verdragenverdrag buiten beschouwing gelaten.

Artikel 32 luidt:

'Er kan een beroep worden gedaan op aanvullende middelen van uitlegging en in het bijzonder op de voorbereidende werkzaamheden en de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten, om de betekenis die voortvloeit uit de toepassing van artikel 31 te bevestigen of de betekenis te bepalen indien de uitlegging geschied overeenkomstig artikel

⁹⁹ A. Reinisch en U.A. Weber, aangehaald werk, pag. 72-73 met vindplaats voetnoot 55.

¹⁰⁰ J.A. Frowein in het artikel 'UN-Verwaltung gegenüber dem Individuum - legibus absolutus in: Allgemeines Verwaltungsrecht - Zur Tragfähigkeit eines Konzepts', 2008, p. 333 - 347, ingediend in eerste aanleg als bijlage bij de pleitnota.

¹⁰¹ Waite & Kennedy, onder r.o. 38.

31:

a) *de betekenis dubbelzinnig of duister laat; of*

b) *leidt tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is.'*

Het ontgaat de Stichting c.s. waarom het hof bij de uitleg van artikel 105 VN-Handvest niet tenminste tot een bespreking komt van de vraag of het resultaat van die uitleg niet leidt tot een resultaat dat onredelijk of ongerijmd is. Immers, de slachtoffers van een genocide (die plaatsvond onder de ogen van de Verenigde Naties, terwijl de Verenigde Naties bescherming hadden toegezegd) wordt de rechtsingang geweigerd. Zulks terwijl Section 29 van de Convention een rechtsingang garandeert. De woorden 'onredelijk' en 'ongერიmd' zijn zelfs bepaald eufemistisch voor de situatie waarin de slachtoffers van deze genocide worden geplaatst. Die constatering dient er toe te leiden dat op aanvullende middelen van uitlegging acht moet worden geslagen. In dit verband zijn daarbij met name van belang de doeleinden waarvoor de VN in het leven is geroepen, waaronder de bescherming van mensenrechten, inbegrepen het recht op toegang tot de rechter. Daarbij is ook van belang dat de VN meerdere malen zelf heeft verklaard te zijn gebonden aan mensenrechtverdragen en deswege zijn gehouden om genocide te voorkomen¹⁰². Verder zijn voor de uitlegging van belang de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten. Een van de peilers bij de oprichting was de universele wens en noodzaak om genocide in de toekomst te voorkomen. Waar geconstateerd dient te worden dat het hier toekennen van immuniteit bij het ontbreken van een alternatieve effectieve rechtsgang strijdig is met de verwezenlijking van de doeleinden en leidt tot het frustreren van fundamentele mensenrechten, dient artikel 105 lid 1 VN-Handvest niet te worden uitgelegd als het hof heeft gedaan. Het recht op toegang tot de rechter dient te prevaleren. Zoals de historicus Lord John Dahlberg-Acton in 1887 schreef als argument tegen het invoeren van de pauselijke onfeilbaarheid¹⁰³:

"I cannot accept your canon that we are to judge Pope and King unlike other men with a favourable presumption that they did no wrong. If there is any presumption, it is the other way, against the holders of power, increasing as the power increases. Historic responsibility has to make up for the want of legal responsibility. Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely."

De internationale organisatie met de meest vergaande bevoegdheden ter wereld mag niet boven de wet staan.

¹⁰² zie bijvoorbeeld de inleidende dagvaarding, nummer 389 en 401 en nr. 38 van de pleitnota in hoger beroep.

¹⁰³ Lord John Dahlberg-Acton, Letter to Bishop Mandell Creighton, april 1887.

MITSDIEN:

het de Hoge Raad moge behagen 's Hofs hierboven bestreden arrest te vernietigen, kosten rechtens.