



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht

Schild, A.J.P.

Citation

Schild, A. J. P. (2012, November 6). *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*. *Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht*. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20103>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20103>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20103> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Schild, Alexander Johan Paul

Title: De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht

Date: 2012-11-06

Hoofdstuk 7. Artikel 11 EVRM

7.1 Inleiding

Aan het begin van het academische jaar 2004-2005 verzocht de Christian Legal Society aan Hastings College om erkenning als een ‘Registered Student Organisation’ (RSO). De RSO-status geeft onder meer recht op het gebruik van universitaire fondsen en faciliteiten.

Om voor de RSO-status in aanmerking te kunnen komen dient de organisatie te verklaren akkoord te gaan met een *nondiscrimination policy*. Op basis daarvan moet een vereniging met een RSO-status een ieder als lid toelaten, zonder onderscheid naar ras, religieuze overtuiging en seksuele geaardheid.

De Christian Legal Society (CLS) vraagt haar leden om een *Statement of Faith* te ondertekenen. Daarin verklaren de leden onder meer dat zij leven volgens het beginsel dat seksuele relaties tussen man en vrouw niet buiten het huwelijk dienen plaats te vinden. Van lidmaatschap worden uitgesloten personen die zich bezig houden met *unrepentant homosexual conduct* of religieuze overtuigingen aanhangen die verschillen van de *Statement of Faith*.

Op grond van deze eis weigert de universiteit de CLS te erkennen en de RSO-status te verlenen. De CLS voldoet niet aan de *open access*-eisen, nu zij in haar toelatingsbeleid onderscheid maakt op basis van religie en seksuele geaardheid.

De CLS meent dat Hastings College, door haar niet te erkennen, inbreuk maakt op haar recht op vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging en vrijheid van godsdienst. De *district court* verwierpt deze claim met als reden dat het Hastings College in beginsel vrij stond om bepaalde voorwaarden te verbinden aan het mogen gebruiken van haar fondsen en faciliteiten. De voorwaarden waren redelijk en neutraal, aldus de *district court*. In hoger beroep werd de uitspraak bevestigd.

De Supreme Court verwierp uiteindelijk – met vijf stemmen tegen vier – het beroep van de CLS.¹ De eis die Hastings College stelde voor erkenning als RSO achtte de meerderheid een redelijke eis, die ook niet als discriminatoir kon worden aangemerkt.

1. *Christian Legal Society v. Martinez*, 561 U.S., 130 S.Ct. 2971, 177 L.Ed.2d 838 (2010).

HOOFDSTUK 7

Indien een geval als hiervoor geschetst zich in Nederland zou voordoen, zou art. 11 EVRM van belang zijn. Art. 11 EVRM luidt als volgt:

- “1. Een ieder heeft recht op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.
2. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Dit artikel verbiedt niet dat rechtmatige beperkingen worden gesteld aan de uitoefening van deze rechten door leden van de krijgsmacht, van de politie of van het ambtelijk apparaat van de Staat.”

Art. 11 EVRM beschermt twee rechten, de ‘vrijheid van vergadering’ en de ‘vrijheid van vereniging’.² Deze vrijheden liggen in het verlengde van de vrijheid van godsdienst (art. 9 EVRM) en de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM). Art. 11 EVRM wordt ook wel aangemerkt als een *lex specialis* ten opzichte van de *lex generalis* zoals neergelegd in de artikelen 9 en 10 EVRM. Art. 11 EVRM dient dan ook te worden begrepen in het licht daarvan.³ Het EHRM ziet de vrijheid van vereniging als een essentieel onderdeel voor het functioneren van de democratie.⁴

-
2. Het recht ‘tot vereniging’ wordt ook in art. 8 Grondwet erkend. Vgl. ook art. 12 Handvest Grondrechten EU en art. 21 en 22 IVBPR. Het begrip ‘vereniging’ dient ruim te worden verstaan. Rechtspersoonlijkheid is niet vereist.
 3. Zie o.a. EHRM 13 augustus 1981, appl. nrs. 7601/76 en 7806/77 (*Young, James and Webster t. Verenigd Koninkrijk*), § 57.
 4. Zie bijv. EHRM 8 oktober 2009, appl. nr. 37083/03 (*Cemiyeti en Israfilov t. Azerbeidzjan*): “52. *The right to form an association is an inherent part of the right set forth in Article 11. That citizens should be able to form a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest is one of the most important aspects of the right to freedom of association, without which that right would be deprived of any meaning. The way in which national legislation enshrines this freedom and its practical application by the authorities reveal the state of democracy in the country concerned. Certainly States have a right to satisfy themselves that an association’s aim and activities are in conformity with the rules laid down in legislation, but they must do so in a manner compatible with their obligations under the Convention and subject to review by the Convention institutions (see Sidiropoulos and Others v. Greece, 10 July 1998, § 40, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV).* 53. *While in the context of Article 11 the Court has often referred to the essential role played by political parties in ensuring pluralism and democracy, associations formed for other purposes are also important to the proper functioning of democracy. For pluralism is also built on the genuine recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, artistic, literary and socio-economic ideas and concepts. The harmonious interaction of persons and groups with →*

De ‘vrijheid van vereniging’ kan ook worden aangewend om gezamenlijk met anderen commercieel succes na te streven. Het is mogelijk om in art. 11 EVRM ook een waarborg op de vrijheid van associatie en ondernemerschap te lezen.⁵ In zekere zin vormen ook de aandeelhouders in een vennootschap een ‘vereniging’. Vooral nog lijkt het EHRM echter weinig genegen art. 11 in deze zin te verstaan.⁶ In *Cesnieks t. Letland* heeft het EHRM overwogen dat een belemmering om een aandeel te kunnen overdragen in een *société commerciale*, op zich (nog) geen belemmering van de vrijheid van vereniging oplevert als bedoeld in art. 11 EVRM, aangezien dat begrip eerder ziet op een verband van personen dan van goederen. Belemmeringen om aandelen over te dragen en dergelijke, betreffen eigenlijk klachten over een belemmering van het recht op eigendom, aldus het EHRM. Hetgeen het EHRM heeft overwogen in *Cesnieks t. Letland* sluit niet uit dat het EHRM in een voorkomend geval ook bereid zal zijn een (commerciële) rechtspersoon als een ‘vereniging’ in de zin van art. 11 aan te merken. Duidelijk is evenwel de vingerwijzing dat bij geschillen met een meer zakelijke of commerciële achtergrond in beginsel art. 1 EP het relevante artikel is.⁷ Wanneer de Ondernemingskamer bijvoorbeeld een onmiddellijke voorziening treft waarbij zij een extra bestuurder benoemt en daarmee de rechten van de algemene vergadering van aandeelhouders doorkruist zal het EHRM naar mij voorkomt daarin geen belemmering van de vrijheid van vereniging zien, maar een belemmering van aan aandelen verbonden zeggenschapsrechten.

Ik keer terug naar het in de inleiding gegeven voorbeeld. Het illustreert dat de vrijheid van vereniging soms een problematisch recht is vanuit het oogpunt

varied identities is essential for achieving social cohesion. It is only natural that, where a civil society functions in a healthy manner, the participation of citizens in the democratic process is to a large extent achieved through belonging to associations in which they may integrate with each other and pursue common objectives collectively (see Gorzelik and Others v. Poland [GC], no. 44158/98, § 92, 17 February 2004; The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia, no. 72881/01, § 61, ECHR 2006-...; and Zhechev v. Bulgaria, no. 57045/00, § 35, 21 June 2007)."

5. Zie Pitlo/Raaijmakers 2006, p. 8. Het Handvest bepaalt expliciet in art. 16: “De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken.”
6. EHRM 12 december 2002, appl. nr. 56400/00, JOR 2003, 224 m.nt. Vossestein (*Cesnieks t. Letland*); “*La Cour estime en premier lieu que le fait de détenir une part de capital ou des actions au sein d’une société commerciale ne constitue pas, à lui seul, un acte d’« association » telle que l’entend l’article 11 de la Convention, cette notion désignant un rassemblement de personnes plutôt qu’un rassemblement de biens (voir Chassagnou et autres précité, § 111). Par conséquent, la question de savoir si, et dans quelle mesure, le requérant peut disposer de sa part sociale, relève du droit au respect des biens garanti à l’article 1 du Protocole no 1 (cf. infra), et non du droit à la liberté d’association.*”
7. Voor de vraag in hoeverre de statuten beperkingen mogen bevatten voor aandeelhouders verwijs ik naar § 4.3.4.

HOOFDSTUK 7

dat dit recht het ook mogelijk maakt om andere personen of groepen buiten te sluiten. Dat doet de vraag rijzen in hoeverre statuten mogen ‘discrimineren’.

In *CLS t. Martinez* lag de vraag voor in hoeverre een publieke instelling (een universiteit) middelen mag weigeren aan een vereniging die onderscheid maakt naar geloof en seksuele geaardheid. Naar Nederlands recht lijdt het weinig twijfel dat enerzijds een studentenvereniging dezelfde eisen mag stellen als de CLS. De vrijheid van vereniging omvat niet alleen het recht om zich te verenigen, maar ook de vrijheid zelf te kiezen met wie zich men wil verenigen. Een vereniging is in beginsel ook vrij bepaalde personen uit te sluiten. Anderzijds is een universiteit vrij dezelfde eisen te stellen als Hastings College heeft gedaan, om voor financiering en andere faciliteiten in aanmerking te komen.⁸ Kortom, ook een universiteit is tot een bepaalde hoogte weer vrij om bepaalde clubs ‘uit te sluiten’.

Geen vrijheid zonder grenzen. De grens voor de vrijheid van vereniging – de vrijheid van vergadering kan hier onbehandeld blijven – ligt bij een doelstelling of feitelijke gedragingen waarmee de openbare orde wordt overschreden.⁹ Deze gedachte is neergelegd in art. 2:20 BW. Art. 2:20 BW is het artikel waarin art. 11 EVRM en het ondernemingsrecht elkaar raken.

Het eerste lid van art. 2:20 BW bepaalt dat een rechtspersoon waarvan de *werkzaamheden* in strijd zijn met de openbare orde door de rechtbank op verzoek van het Openbaar Ministerie wordt verboden en ontbonden.¹⁰ Het tweede lid van art. 2:20 BW bepaalt dat een rechtspersoon waarvan *het doel* in strijd is met de openbare orde, door rechtbank op verzoek van het Openbaar

8. Een daaraan verwant probleem is in hoeverre van overheidswege financiële steun mag worden verleend aan een politieke partij die vrouwen het recht op een plek op de kieslijst onthoudt, zoals aan de orde was in HR 9 april 2010, NJ 2010, 388 (*Staat & SGP/Clara Wickmann c.s.*). Het probleem in die zaak was niet van vennootschapsrechtelijke aard. De vraag was of art. 7 van het Vrouwenverdrag zich verzette tegen een subsidieverlening door de Staat aan de SGP.

9. Oorspronkelijk werd van overheidswege bij een oprichting alleen gecontroleerd of de statuten van een NV en BV niet in strijd waren met de openbare orde. Later richtte de controle zich met name op de antecedenten van de beleidsbepalers. Inmiddels is per 1 juli 2011 de preventieve toets afgeschaft en vervangen door een model met doorlopend toezicht.

10. Art. 2:20 lid 1 luidt als volgt: “1 Een rechtspersoon waarvan de werkzaamheid in strijd is met de openbare orde, wordt door rechtbank op verzoek van het openbaar ministerie verboden verklaard en ontbonden.” Indien gebleken is van werkzaamheid in strijd met de openbare orde, is de rechter derhalve verplicht tot ontbinding van de rechtspersoon over te gaan.

De leden 2 en 3 bepalen: “2 Een rechtspersoon waarvan het doel in strijd is met de openbare orde, wordt door rechtbank op verzoek van het openbaar ministerie ontbonden. Alvorens de ontbinding uit te spreken kan de rechtbank de rechtspersoon in de gelegenheid stellen binnen een door haar te bepalen termijn zijn doel zodanig te wijzigen dat het niet meer in strijd is met de openbare orde.

3 Een rechtspersoon vermeld in de lijst, bedoeld in artikel 2, derde lid, van Verordening (EG) nr. 2580/2001 van de Raad van 27 december 2001 (PbEG L 344), in Bijlage I van →

Ministerie wordt ontbonden. Het derde lid bepaalt dat rechtspersonen die op een zogenoemde Europese lijst van terroristische organisaties worden geplaatst van rechtswege zijn verboden en niet bevoegd zijn tot het verrichten van rechtshandelingen.

In dit hoofdstuk onderzoek ik de verhouding van deze bepalingen tot art. 11 EVRM, aan de hand van de in art. 2:20 BW genoemde drie gronden voor ontbinding.

7.2 Het eerste lid: werkzaamheden in strijd met de openbare orde

Over de vraag wanneer een rechtspersoon kan worden ontbonden omdat sprake is van werkzaamheden die in strijd zijn met de openbare orde heeft de Hoge Raad zich uitgelaten in het *Hells Angels*-arrest.¹¹ Aanleiding tot dit arrest was een poging van het Openbaar Ministerie om de stichting en de vereniging van de Hells Angels in Harlingen en omstreken te ontbinden. Daarbij werd door het Openbaar Ministerie onder meer aangevoerd dat de bestuurders van de stichting allen over een strafblad beschikten en zich stelselmatig schuldig maakten aan criminele activiteiten.

Nadat de rechtbank en het hof de vordering van het Openbaar Ministerie hadden afgewezen volgde, tevergeefs, een cassatieberoep. Bij de beoordeling van het cassatieberoep overwoog de Hoge Raad dat het hof terecht had overwogen dat bij de beantwoording van de vraag of de werkzaamheid van een rechtspersoon in strijd is met de openbare orde als uitgangspunt dient te gelden dat de vrijheid van vereniging en vergadering een grondbeginsel van de democratische rechtsstaat is, en dat het verbieden van een rechtspersoon een ernstige inbreuk op dit grondrecht betekent waaraan slechts in het uiterste geval mag worden toegekomen. Voor een verbodenverklaring moet het dan ook gaan om méér dan uit maatschappelijk oogpunt ongewenst gedrag. De Hoge Raad stelde in het *Hells Angels*-arrest voorop:

“(…) dat de in art. 8 van de Grondwet en art. 11 van het EVRM gewaarborgde vrijheid van vereniging en vergadering een grondbeginsel van de democratische rechtsstaat is, en dat het verbieden van een rechtspersoon een ernstige inbreuk op dit grondrecht betekent waaraan slechts in het uiterste geval mag worden toegekomen. De verbodenverklaring dient te worden

Verordening (EG) nr. 881/2002 van de Raad van 27 mei 2002 (PbEG L 139) of is vermeld en met een ster aangemerkt in de Bijlage bij het Gemeenschappelijk Standpunt nr. 2001/931 van de Raad van 27 december 2001 (PbEG L 344) is van rechtswege verboden en niet bevoegd tot het verrichten van rechtshandelingen.”

11. HR 26 juni 2009, NJ 2009, 396 m.nt. Van Schilfgaarde (*Hells Angels*).

HOOFDSTUK 7

gezien als een noodzakelijke maatregel om gedragingen te voorkomen die een daadwerkelijke en ernstige aantasting vormen van als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel en die onze samenleving ontwrichten of kunnen ontwrichten.”¹²

Bij de beoordeling van het litigieuze handelen van de rechtspersoon aan deze maatstaf, dient te worden onderzocht, zo vervolgt de Hoge Raad, of het gaat om handelen of nalaten waarin de rechtspersoon daadwerkelijk zeggenschap heeft gehad of waaraan (het bestuur van) de rechtspersoon leiding heeft gegeven of waartoe het gelegenheid heeft gegeven. Alleen als daarvan sprake is kan het handelen aan de rechtspersoon worden toegerekend.¹³

De hoge eisen die de Hoge Raad stelt aan het verbieden van een vereniging sluiten aan bij hetgeen de wetgever voor ogen stond met art. 2:20 BW:¹⁴

‘Vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vereniging zijn pijlers der democratie. Gebruik daarvan zal dan ook niet licht als werkzaamheid in strijd met de openbare orde kunnen worden bestempeld’

Het begrip ‘openbare orde’ is in de memorie van toelichting voorts als volgt toegelicht:¹⁵

“Slechts handelingen die inbreuk maken op de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel, kunnen het verbod van een vereniging of andere rechtspersoon rechtvaardigen; ongerechtvaardigde aantasting van de vrijheid van anderen of van de menselijke waardigheid. Gebruik van geweld of bedreiging daarmee tegen het openbare gezag of tegen degenen met wier opvattingen men het, al dan niet op goede gronden, oneens is, valt eronder, evenals rassendiscriminatie en andere verboden discriminatie. Evenzo het heulen met een mogendheid waarvan valt te verwachten dat zij een geboden kans om ons volk te onderdrukken zou grijpen, het weerstreven van onherroepelijke rechterlijke uitspraken of onrechtmatige benadeling van anderen als middel om het bestaan van de rechtspersoon te rekken. Ten slotte behoren als strijdig met de openbare orde (...) te worden aangemerkt uitlatingen zoals het aanzetten tot haat en uitingen die verboden discriminatie inhouden of een mensonterend streven zoals het in de literatuur gegeven voorbeeld om het doden van bepaalde bevolkingsgroepen straffeloos te maken. Al deze voorbeelden hebben gemeen dat zij een aantasting inhouden van de als wenselijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel die, indien op grote schaal toegepast, ontwrichtend zou blijken voor de samenleving.”

12. HR 26 juni 2009, NJ 2009, 396 m.nt. Van Schilfgaarde (*Hells Angels*), rov. 3.3.

13. Instemmend is Van Schilfgaarde in zijn noot (onder 5) onder het *Hells Angels*-arrest: “Afgezien van de zojuist aangegeven onzekerheid komt het standpunt van de Hoge Raad mij juist en overtuigend voor: Verbodenverklaring van rechtspersonen heeft weinig met privaatrecht, daarentegen alles met politiek van doen. De rechter in deze (heikele) politiek een taak geven kan alleen wanneer de grenzen van zijn bevoegdheid nauw worden getrokken.”

14. *Kamerstukken II*, 1984/85, 17 476, nr. 5, p. 9. Zie voor een bespreking van de wetsgeschiedenis de conclusie van A-G Timmerman voor het *Hells Angels*-arrest.

15. *Kamerstukken II*, 1984/85, 17 476, nr. 5. p. 3.

Tot nu toe is slechts tweemaal een rechtspersoon ontbonden op de grond dat de werkzaamheid in strijd was met de openbare orde. Het eerste geval betrof De Nationale Volkspartij/CP '86.¹⁶ Volgens de statuten van deze partij was het doel van de partij 'solidarisme als Derde weg strategie, herstel van Heel-Nederland, volksinspraak in plaats van partij dictatuur' en het 'behoud van nationaal en etnisch karakter'. Hoewel het laatste dubieus klinkt, werd deze doelstelling niet in strijd met de openbare orde geacht. De feitelijke werkzaamheden, die door de officier van justitie als 'opruiend, racistisch en discriminerend' werden omschreven, waren voor de rechtbank wel aanleiding om tot ontbinding van de vereniging over te gaan. Het tweede geval betreft de Vereniging Martijn, die blijkens uitlatingen op de website van de vereniging naar het oordeel van de rechtbank het seksueel contact tussen volwassenen en kinderen verheerlijkte.¹⁷

Hoe verhoudt het voorgaande zich tot art. 11 EVRM? Op grond van de tekst van art. 11 lid 2 EVRM gelden twee voorwaarden voor een beperking van de vrijheid van vereniging en vergadering. In de eerste plaats dient een beperking bij wet te zijn voorzien. In de tweede plaats is een beperking alleen geoorloofd voor zover deze noodzakelijk geacht kan worden in een democratische samenleving in het kader van de nationale veiligheid, openbare orde, het voorkomen van wanordelijke en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Deze voorwaarden zijn met name aan de orde gekomen in diverse uitspraken van het EHRM over uitspraken van het constitutionele hof van Turkije waarin politieke partijen werden verboden. In de uitspraak van de *Grand Chamber* inzake *United Communist Party of Turkey t. Turkije* overwoog het EHRM dat:¹⁸

16. Rechtbank Amsterdam 18 november 1998, AB 1999, 329 m.nt. Kanne.

17. Rechtbank Assen 27 juni 2012, LJN BW9477, met als kernoverweging rov. 2.14: "*De rechtbank oordeelt dat de werkzaamheid van de Vereniging Martijn, gezien vanuit de onderlinge samenhang en het onderlinge verband van het op de webpagina's van haar website aangeboden materiaal en haar opvattingen zoals haar bestuursleden die openbaar maken, er blijk van geeft dat de Vereniging Martijn voor haar leden nastreeft om seksueel contact te kunnen hebben met kinderen en de Vereniging Martijn daartoe dat seksuele contact verheerlijkt en voorstelt als iets wat normaal en acceptabel is of zou moeten zijn. Het is dat streven dat een ernstige inbreuk vormt op de geldende fundamentele waarden binnen onze samenleving en daarom indruist tegen onze rechtsorde. De Vereniging Martijn creëert of draagt daarmee bij aan het bestaan van een subcultuur waarbinnen seksuele handelingen tussen volwassenen en kinderen als normaal en acceptabel gelden. Daarmee tast de Vereniging Martijn de rechten van kinderen aan. De bescherming van de seksuele integriteit van kinderen vormt onmiskenbaar één van de meest wezenlijke beginselen van onze rechtsorde. De Nederlandse rechtsstaat behoort bovendien vanuit internationaal rechtelijk perspectief voor die inbreuk geen ruimte te bieden.*"

18. EHRM 30 januari 1998, appl. nr. 133/1996/752/951 (*United Communist Party of Turkey t. Turkije*). In de desbetreffende zaak oordeelde het EHRM dat de verbodenverklaring van →

HOOFDSTUK 7

“the exceptions set out in Article 11 are, where political parties are concerned, to be construed strictly; only convincing and compelling reasons can justify restrictions on such parties’ freedom of association. In determining whether a necessity within the meaning of Article 11 § 2 exists, the Contracting States have only a limited margin of appreciation, which goes hand in hand with rigorous European supervision embracing both the law and the decisions applying it, including those given by independent courts.”

Uit deze uitspraak valt verder af te leiden dat van politieke partijen kan worden geëist dat (i) deze dienen te streven naar veranderingen met wettige en democratische middelen, en (ii) de veranderingen die worden nagestreefd ook zelf weer verenigbaar zijn met de beginselen van de democratische rechtsstaat.¹⁹ Voldoet een partij aan deze voorwaarden, dan mag zij in beginsel niet worden verboden of ontbonden. Ook indien niet wordt voldaan aan één van de voorwaarden – de SGP zou het wel eens moeilijk kunnen hebben op dit vlak²⁰ – is een ontbinding alleen dan gerechtvaardigd wanneer zij als ‘noodzakelijk in de democratische samenleving’ beschouwd kan worden.²¹ Dit betreft de zogenoemde ‘noodzakelijkheidstoets’.

Een voorbeeld van een verbod van een politieke partij die de toets der kritiek in Straatsburg heeft kunnen doorstaan, betreft de zaak *Refah Partisi (Welvaartspartij) t. Turkije*.²² Het EHRM oordeelde dat de omstandigheid dat deze partij voorstander was van de invoering van de Islamitische wet meebracht dat het programma niet in overeenstemming was met de pluralistische waarden van de democratische rechtsstaat. De *Refah Partisi* was ook zeer groot, zodat deze partij ook als een reële dreiging voor de democratie kon worden beschouwd.

de Verenigde Communistische Partij door het Turkse constitutionele hof onvoldoende was gemotiveerd. Onder meer oordeelde het EHRM de omstandigheid dat de partij in haar naam het woordje ‘communistisch’ had opgenomen, waaruit het Turkse hof had afgeleid dat de partij een gevaar voor de democratie opleverde, onvoldoende draagkrachtig was.

19. Vgl. EHRM 13 februari 2003, appl. nrs. 41340/98; 41342/98; 41343/98; 41344/98 (*Refah Partisi (Welvaartspartij) t. Turkije*).
20. De SGP streeft volgens haar beginselprogramma naar een regering die ingericht is naar het voorbeeld uit de bijbel. Vgl. Kanne, noot onder EHRM 13 februari 2003, appl. nrs. 41340/98; 41342/98; 41343/98; 41344/98 (*Refah Partisi (Welvaartspartij) t. Turkije*) in AB 2002, 179.
21. Vgl. EHRM 16 juni 2009, appl. nr. 26787/07, RvdW 2009, 1293 (*Association Solidarité des Français t. Frankrijk*) «Une telle ingérence est permise dès lors qu’elle est ‘prévüe par la loi’, poursuit un but légitime et est ‘nécessaire dans une société démocratique’ (Leyla Sahin c. Turquie [GC], n o 44774/98, §§ 75, 104–110, CEDH 2005-XI, et Günéri et autres c. Turquie, n os 42853/98, 43609/98 et 44291/98, §§ 63, 75–76, 12 juillet 2005)».
22. EHRM 13 februari 2003, appl. nrs. 41340/98; 41342/98; 41343/98; 41344/98 (*Refah Partisi (Welvaartspartij) t. Turkije*).

Het noodzakelijkheidsvereiste laat zich lastig inkleuren.²³ Het omvat in ieder geval een toetsing op proportionaliteit: is een verbod nodig in het licht van hetgeen de verdragsstaat beoogt te bereiken? De verdragsstaten wordt daarbij wel enige beoordelingsvrijheid gegund. Uit de *Refah Partisi*-uitspraak valt af te leiden dat naar mate een partij met een programma dat op onderdelen niet-democratisch is een meer marginale rol vervult in het politieke bestel, minder snel voldaan zal zijn aan het ‘noodzaakvereiste’ om deze partij te ontbinden.

Een voorbeeld van een inbreuk op de vrijheid van *vergadering* die gerechtvaardigd kon worden betreft de zaak *Association Solidarité des Français t. Frankrijk*. Solidarité des Français (SdF) betrof een vereniging die hulp bood aan dak- en thuislozen. In de winter verstrekt zij maaltijden, hoofdzakelijk soep, waarin met opzet varkensvlees wordt verwerkt. Ook de website van de organisatie vermeldt dat de soep varkensvlees bevat. Daardoor is deze niet geschikt voor consumptie door onder meer moslims. Na berichten in de media over het discriminatoire karakter van deze soepverstrekkingen, ontstaan op straat relletjes bij het uitdelen van de soep. Dit leidt er uiteindelijk toe dat deze soepuitdelingen worden verboden. Op verzet daartegen oordeelt de Conseil d’Etat – kort gezegd – dat de soepuitdelingen een discriminatoir karakter hebben, die ordeverstoringen kunnen doen ontstaan en daarom mogen worden verboden. Het EHRM verklaart de daartegen gerichte klacht niet ontvankelijk aangezien deze kennelijk ongegrond is. Het komt mij voor dat een dergelijke vereniging ook in Nederland – met het verstrekken van ‘varkensvlees-maaltijden’ aan daklozen als statutair doel of als feitelijke werkzaamheid – zou kunnen worden ontbonden op grond van art. 2:20 lid 1 BW, nu zij in haar opzet gericht is om een bepaalde categorie hulpbehoevenden uit te sluiten op een wijze die maatschappelijk als een ernstige vorm van discriminatie zal worden ervaren.

23. Over de noodzakelijkheidstoets heeft het EHRM bijv. in EHRM 16 juni 2009, appl. nr. 26787/07, RvdW 2009, 1293 (*Association Solidarité des Français t. Frankrijk*) overwogen: “*Les Etats contractants jouissent d’une certaine marge d’appréciation pour juger de l’existence d’un tel besoin, mais elle se double d’un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l’appliquent, même quand elles émanent d’une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une ‘restriction’ se concilie avec les droits protégés par la Convention. Lorsqu’elle exerce son contrôle, la Cour n’a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l’angle de l’article 11 les décisions qu’elles ont rendues. Il ne s’ensuit pas qu’elle doive se borner à rechercher si l’Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l’ingérence litigieuse à la lumière de l’ensemble de l’affaire pour déterminer si elle était ‘proportionnée au but légitime poursuivi’ et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent ‘pertinents et suffisants’. Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés par l’article 11 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (voir, par exemple, Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie, n os 29221/95 et 29225/95, § 87, CEDH 2001-IX).*”

HOOFDSTUK 7

Overigens komt het mij voor dat ook indien de Hoge Raad een verbod van de Hells Angels zou hebben gesanctioneerd, bij dezelfde feiten, een dergelijk oordeel waarschijnlijk niet tot een veroordeling van Nederland in Straatsburg zou hebben geleid. Met name het arrest *Association Nouvelle des Boulogne Boys t. Frankrijk* wijst in die richting.²⁴ Daarin was aan de orde het besluit tot ontbinding van de supportersvereniging van de voetbalclub Paris Saint Germain, die betrokken was geweest bij ernstige ongeregelheden. De supportersvereniging vocht de ontbinding aan in Straatsburg met een beroep op art. 11 EVRM. Het EHRM verklaarde de klacht niet-ontvankelijk. Het EHRM overwoog dat de ontbinding bij wet was voorzien en een legitiem doel diende: de bescherming van de openbare orde en de voorkoming van misdrijven. Opvallend is hetgeen het EHRM vervolgens overweegt over de proportionaliteit van de maatregel:

“Reste à déterminer si cette ingérence était proportionnée. A cet égard la Cour observe que les faits reprochés à la requérante, et plus particulièrement à plusieurs de ses membres, sont particulièrement graves et constitutifs de troubles à l’ordre public. Elle rappelle qu’en marge de plusieurs matches de football, des incidents ont opposé des membres de l’association aux forces de l’ordre, qu’au terme du match entre le PSG et l’équipe de Tel-Aviv le 23 novembre 2006, cent cinquante supporters parisiens ont entrepris de se livrer à des actes de violence à l’encontre des supporters israéliens, que des affrontements ont eu lieu à cette occasion et que plusieurs supporters parisiens ont frappé à coups de ceinture un policier tombé au sol. Ce dernier a dû faire usage de son arme pour se sortir d’une situation difficile et a tué un supporter parisien qui le menaçait. Enfin, la Cour ne peut que constater que les termes contenus dans la banderole déployée au stade de France le 29 mars 2008 sont particulièrement injurieux à l’égard d’une certaine catégorie de la population.”

Het EHRM benadrukt dat de nationale rechter beter dan het EHRM is geëquipeerd om te oordelen over de vraag of een ontbinding is gerechtvaardigd in de omstandigheden van het geval. De eis die de Hoge Raad stelt voor ontbinding – kort gezegd dat bij de vraag of een ontbinding is gerechtvaardigd alleen acht mag worden geslagen op het handelen of nalaten waarin de rechtspersoon daadwerkelijk zeggenschap heeft gehad of waaraan (het bestuur van) de rechtspersoon leiding of gelegenheid heeft gegeven – lijkt geen vereiste te zijn dat het EHRM distilleert uit art. 11 EVRM. Voorts ligt het voor de hand dat het EHRM de ontbinding van rechtspersonen die politiek actief zijn, veel strenger zal beoordelen dan de ontbinding van rechtspersonen zie zich op enigerlei wijze bezighouden of in verband kunnen worden gebracht met criminele activiteiten. Het staat de Hoge Raad uiteraard vrij om een verdergaande grondrechtenbescherming te bieden dan het EVRM – zoals verstaan door het EHRM – eist. In het licht van *Association Nouvelle des Boulogne Boys t.*

24. EHRM 22 februari 2011, appl. nr. 6468/09 EHRC 2011, 93, m.nt. Kanne (*Association Nouvelle des Boulogne Boys t. Frankrijk*).

Frankrijk lijkt de Hoge Raad in het *Hells Angels*-arrest in ieder geval ruim binnen de bakens te zeilen.²⁵

7.3 Statutair doel in strijd met openbare orde

Op grond van art. 2:20 lid 2 BW worden rechtspersonen met een statutair doel dat in strijd is met de openbare orde ontbonden. Op grond van het bepaalde in lid 2 kan de rechter de rechtspersoon in de gelegenheid stellen binnen een bepaalde termijn haar doelstelling aan te passen, alvorens tot ontbinding over te gaan.

Een ontbinding vanwege een statutair doel dat in strijd is met de openbare orde zal zich niet snel voordoen.²⁶ Het behoort tot de taak van de notaris om erop toe te zien dat een statutaire doelstelling niet in strijd is met de openbare orde.²⁷ Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen of sprake is van een statutair doel in strijd met de openbare orde. Art. 11 EVRM brengt mee dat daarvoor strikte eisen dienen te worden aangelegd. Zo kan bijvoorbeeld niet iedere vorm van discriminatie verboden worden geacht. Een vereniging die uitsluitend openstaat voor mensen met blauwe ogen, discrimineert (zo zou men kunnen betogen), maar niet op een wijze die in strijd is met de openbare orde. Hetzelfde geldt voor een vereniging die niet openstaat voor hetero's. Een dergelijke bepaling in de statuten is evident discriminatoir van karakter, maar niet eo ipso ook in strijd met de openbare orde. Wanneer de doelstelling ook direct of indirect aanzet tot haat of geweld jegens andere bevolkingsgroepen, dan wel een achterstelling van andere bevolkingsgroepen beoogt te bewerkstelligen, komt een doelstelling wel snel in de gevarenzone. Als voorbeeld kan worden gewezen op een vereniging met als doel het verstrekken van maaltijden met varkensvlees aan daklozen, zoals aan de orde kwam in de vorige paragraaf. In de praktijk zullen rechtspersonen met een doelstelling die openlijk in strijd is

25. In gelijke zin Kanne in zijn noot onder *Association Nouvelle des Boulogne Boys t. Frankrijk* (EHRM 22 februari 2011, appl. nr. 6468/09, EHRC 2011, 93), die opmerkt: “*Het geheel leidt ertoe dat het EHRM ruimte laat aan de nationale instanties bij de beoordeling van (gewelddadige) rechtspersonen. Mits het dossier voldoende onderbouwd is met meerdere gewelddadige incidenten, die onweersproken blijven, kunnen de nationale instanties overgaan tot (verbod en) ontbinding, zonder daarmee in strijd te handelen met het EVRM.*”

26. Voor zover ik heb kunnen nagaan zijn in de jurisprudentie geen voorbeelden te traceren van rechtspersonen die op grond van hun statutair doel zijn ontbonden.

27. Met betrekking tot BV's en NV's bepaalden de artikelen 2:68 en 2:179 BW tot 31 augustus 2001 dat een verklaring van geen bezwaar diende te worden geweigerd in gevallen waarin de akte van oprichting in strijd is met de openbare orde of de wet. Dit is gewijzigd bij de Wet van 22 juni 2001 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de herziening van het preventief toezicht bij oprichting en wijzigingen van statuten van naamloze en besloten vennootschappen (Stb. 2000, 283), waarbij de wettelijke toetsing is beperkt tot een antecedentenonderzoek naar aandeelhouders, bestuurders en feitelijke beleidsbepalers. Vgl. *Kamerstukken II*, 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 1.

HOOFDSTUK 7

met de openbare orde echter niet snel voorkomen, nu notarissen niet snel bereid zullen zijn de oprichting van een dergelijke rechtspersonen te faciliteren. Het gevolg is dat in de praktijk het eerste lid van art. 2:20 BW van meer belang is dan het tweede lid.

7.4 Art. 2:20 lid 3 BW: de verbodenverklaring na plaatsing op een ‘terrorisme-lijst’

7.4.1 Inleiding

De Stichting Al Haramain werd in september 2004 door de Verenigde Staten ervan beschuldigd directe banden met Osama bin Laden te hebben. Nadat deze stichting op de VN-sanctielijst was geplaatst, is vanaf 2005 getracht de stichting in Nederland te verbieden. Tevergeefs, aangezien zowel de rechtbank als het hof de vordering van het Openbaar Ministerie daartoe afwezen, nu onvoldoende was gebleken van verboden gedragingen.²⁸ Daarop heeft de wetgever de wet aangepast. De plaatsing van een organisatie op een terrorismelijst heeft nu rechtstreeks een ‘verbodenverklaring’²⁹ in Nederland tot gevolg.³⁰ Art. 2:20 lid 3 BW luidt daartoe als volgt:³¹

“Een rechtspersoon vermeld in de lijst, bedoeld in artikel 2, derde lid, van Verordening (EG) nr. 2580/2001 van de Raad van 27 december 2001 (PbEG L 344), in Bijlage I van Verordening (EG) nr. 881/2002 van de Raad van 27 mei 2002 (PbEG L 139) of is vermeld en met een ster aangemerkt in de Bijlage bij het Gemeenschappelijk Standpunt nr. 2001/931 van de Raad van 27 december 2001 (PbEG L 344) is van rechtswege verboden en niet bevoegd tot het verrichten van rechtshandelingen.”

Art. 2:20 lid 3 BW refereert aan drie lijsten: twee Europese Unie-lijsten en één VN-lijst (die met een verordening op Unie-niveau is geïmplementeerd). De

-
28. Rechtbank Amsterdam 31 maart 2005, NJF 2005, 181 en Hof Amsterdam 5 januari 2006, NJF 2006, 281.
 29. Een ‘verbodenverklaring’ werd meer geschikt geacht als sanctie dan een ontbinding van rechtswege, nu deze maatregel beter past bij een bevrozing van vermogen. Na een *delisting* kan het vermogen weer worden vrijgegeven en kan de organisatie weer verder functioneren, terwijl na een ontbinding de organisatie ophoudt te bestaan en het vermogen dient te worden vereffend.
 30. Op grond van art. 140 lid 2 Sr is iedere deelneming aan de voortzetting van de werkzaamheid van een dergelijke organisatie strafbaar gesteld.
 31. Het artikellid is ingevoerd per 1 februari 2007 (Stb. 2006, 600). Het artikellid is bij nota van wijziging toegevoegd aan het wetsvoorstel tot goedkeuring van het op 24 april 1986 te Straatsburg tot stand gekomen Europees Verdrag inzake de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van internationale niet-gouvernementele organisaties. *Kamerstukken II*, 2004/05, 28764, nr. 6.

VN-lijst³² heeft betrekking op leden van Al Qaida en de Taliban.³³ Deze lijst is (oorspronkelijk) gebaseerd op resolutie 1267(1999)³⁴ van de Veiligheidsraad en wordt beheerd door het Sanctiecomité van de Verenigde Naties.³⁵ Van de personen – waaronder ook rechtspersonen dienen te worden verstaan³⁶ – die op

-
32. Zie <http://www.un.org/sc/committees/1267/qa_sanctions_list.shtml>. Op 15 oktober 1999 nam de Veiligheidsraad resolutie 1267 (1999) aan, waarin de Veiligheidsraad onder meer de bevrozing van tegoeden beval ten aanzien van de Taliban. Daarbij werd een comité ingesteld – bestaande uit alle leden van de Veiligheidsraad – dat werd belast met het toezicht op de uitvoering van deze resolutie. Ter uitvoering van deze resolutie stelde de Raad van Ministers van de EG op 14 februari 2000 op grond van de artikelen 60 EG-Verdrag en 301 EG verordening (EG) nr. 337/2000 vast, betreffende een verbod op vluchten en een bevrozing van tegoeden en andere financiële middelen ten aanzien van de Taliban van Afghanistan (PB L 43, blz. 1). Op 19 december 2000 nam de Veiligheidsraad resolutie 1333 (2000) aan, waarin de Veiligheidsraad besloot in het bijzonder het verbod van vluchten en de bevrozing van tegoeden overeenkomstig resolutie 1267 (1999) te versterken, waarbij ook werd bevolen de tegoeden van personen gelieerd aan Al Qaida te bevriezen. In deze resolutie werd ook een ‘terroristenlijst’ in het leven geroepen. De Veiligheidsraad droeg het sanctiecomité op, op basis van de door de staten en de regionale organisaties verstrekte inlichtingen een lijst bij te houden van de personen en entiteiten waarvan dat comité had vastgesteld dat zij banden onderhielden met Usama bin Laden en Al Qaida. Aangezien de Raad van mening was dat voor de uitvoering van deze resolutie een optreden van de Europese Gemeenschap noodzakelijk was, stelde hij op 26 februari 2001 een gemeenschappelijk standpunt vast (2001/154/GBVB) betreffende aanvullende beperkende maatregelen tegen de Taliban en tot wijziging van gemeenschappelijk standpunt 96/746/GBVB (PB L 57, blz. 1). Voor het nemen van maatregelen – waaronder het bevriezen van tegoeden – stelde de Raad op 6 maart 2001 op grond van de artikelen 60 EG-Verdrag en 301 EG-Verdrag verordening (EG) nr. 467/2001 vast, welke verordening later enige malen is geactualiseerd en daarbij is vervangen door nieuwe verordeningen.
33. Op 17 juni 2011 heeft de Veiligheidsraad besloten het 1267(1999)-sanctieregime te splitsen in een “Afghanistan/Taliban” deel, dat is vastgelegd in resolutie 1988(2011) en een “Al Qaida”-deel, resolutie 1989(2011), met een verbeterde procedure voor *listing* en *delisting*.
34. Aangevuld bij onder meer VN-resoluties 1390(2002), 1456(2003) en meer recent 1988 (2011) en 1989(2011).
35. Dit comité is bevoegd op grond van resolutie 1267/1999 van de Veiligheidsraad. De Europese Commissie is op grond van artikel 7 van Verordening 881/2002 gemachtigd om op basis van besluiten van de Veiligheidsraad of het Sanctiecomité van de VN de bijlage bij Verordening 881/2002 aan te vullen of te wijzigen.
36. Het begrip ‘personen’ dient zo te worden uitgelegd dat daaronder ook rechtspersonen en andersoortige organisaties vallen, aldus is bevestigd door het Gerecht in de zaak T-348/07 van 9 september 2010 (*Stichting Al Aqsa t. Raad*): “57. Volgens de gebruikelijke juridische betekenis ervan, waaraan moet worden gerefereerd bij gebreke van een uitdrukkelijke andersluidende aanwijzing van de wetgever, duidt het woord “persoon” een wezen aan dat rechtspersoonlijkheid bezit, en dus zowel een natuurlijke persoon als een rechtspersoon. 58. De in artikel 1, lid 2, eerste streepje, van gemeenschappelijk standpunt 2001/931 bedoelde “personen” kunnen dus duiden op zowel natuurlijke personen als rechtspersonen, terwijl de “groepen en entiteiten” bedoeld in artikel 1, lid 2, tweede streepje, van gemeenschappelijk standpunt 2001/931 kunnen duiden op alle andere soorten van maatschappelijke organisaties die, hoewel zij geen rechtspersoonlijkheid bezitten, toch een zekere vorm van min of meer gestructureerd bestaan hebben.”

HOOFDSTUK 7

de VN-lijst zijn geplaatst moeten de tegoeden worden bevroren en moet de toegang tot het land worden ontzegd. Daarnaast dient wapenhandel met deze personen en entiteiten te worden voorkomen.

De VN heeft de lidstaten ook opgedragen – bij VN-resolutie 1373(2001) – zelf op nationaal niveau initiatieven te ontplooiën om terrorisme te bestrijden door tegoeden te bevriezen.³⁷ Het is aan de VN-lidstaten om zelf na te gaan welke (rechts)personen zich bezig houden met terroristische activiteiten en maatregelen te treffen.³⁸

Om uitvoering te geven aan deze VN-resolutie zijn ook op Unie-niveau terreurlijsten opgesteld. Vanwege onduidelijkheid over de vraag of het EG-Verdrag een voldoende grondslag bood om ook de tegoeden van in de Unie woonachtige (rechts)personen te bevriezen, is gekozen op grond van de tweede pijler³⁹ (het gemeenschappelijke beleid op het terrein van het buitenland en de veiligheid) en de derde pijler (politiële en justitiële samenwerking) een gemeenschappelijk standpunt in te nemen.⁴⁰ In het gemeenschappelijke standpunt 2001/931 wordt een terreurlijst voor de Unie gecreëerd en wordt onder meer de *listing*- en *delisting*-procedure uiteengezet.⁴¹ Een gemeenschappelijk

37. Paragraaf 1c van resolutie 1373(2001) vermeldt dat “*all States must freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts, of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons, and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of, such persons and entities, it does not specify individually the persons, groups and entities who or which are to be subject to those measures.*”

38. In Nederland kan op nationaal niveau uitvoering worden gegeven aan VN-resolutie 1373 (2001) op basis van de Sanctiewet 1977 (zoals gewijzigd in 2002). Deze wet beoogt de uitvoering van internationale besluiten, aanbevelingen of afspraken met betrekking tot het treffen van sancties in het belang van de handhaving of het herstel van de internationale vrede en veiligheid of de bevordering van de internationale rechtsorde dan wel de bestrijding van terrorisme te faciliteren.

39. In de periode vanaf het Verdrag van Maastricht tot inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon kende de Europese Unie een zogenoemde pijler-structuur.

40. Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931, van de Raad van 27 december 2001 betreffende de toepassing van specifieke maatregelen ter bestrijding van het terrorisme (PB L 344, blz. 93), gebaseerd op art. 15 EU-verdrag dat deel uitmaakt van titel V van het EU-Verdrag, ‘Bepalingen betreffende een gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid’ (voorheen de tweede pijler) en art. 34 EU-Verdrag dat deel uitmaakt van titel VI van het EU-Verdrag, ‘Bepalingen inzake politie en justitiële samenwerking in strafzaken’ (voorheen de ‘derde pijler’). Een gemeenschappelijk standpunt bevat geen direct bindende afspraken, maar werkt als *soft law*.

41. Deze lijsten wordt door de Raad van de Europese Unie bij unanimitie vastgesteld en ten minste om de zes maanden geactualiseerd. Art. 1 lid 4, eerste alinea, van gemeenschappelijk standpunt 2001/931 bepaalt: “*De lijst in de bijlage [van personen, groepen en entiteiten die bij terroristische daden zijn betrokken,] wordt opgesteld aan de hand van welbepaalde inlichtingen of dossier-elementen die aantonen dat door een bevoegde instantie een beslissing is genomen ten aanzien van [deze] personen, groepen of entiteiten, ongeacht of het →*

standpunt – een soort beginselverklaring – biedt echter geen afdoende juridische grondslag voor het bevrozen van tegoeden.

Voor buiten de Unie residerende personen en entiteiten is (op basis van het gemeenschappelijke buitenlands- en veiligheidsbeleid⁴²) het gemeenschappelijke standpunt nader uitgewerkt in een verordening die de lidstaten rechtstreeks verplicht tegoeden te bevrozen van buiten de Unie afkomstige (rechts)personen die op de terreurlijst worden geplaatst. Deze lijst wordt ook wel de ‘exogene lijst’ genoemd.⁴³ De Sanctieregeling terrorisme 2002 – een besluit van de minister van Buitenlandse Zaken onder de Sanctiewet 1977 – verbiedt alle financiële transacties met (rechts)personen die op de exogene lijst staan.

Voor vermoedelijke terroristen afkomstig uit de Unie zelf kon alleen een grondslag worden gevonden in de derde pijler (de justitiële samenwerking in strafzaken). Zoals gezegd bood deze pijler voor het bevrozen van tegoeden een onvoldoende basis. Daarom kunnen ten aanzien van (rechts)personen die uit de Unie afkomstig zijn – en die op de terreurlijst worden aangeduid met een asterisk achter hun naam – alleen maatregelen worden getroffen die betrekking hebben op de *opsporing* van deze personen.⁴⁴ De lijst (of het gedeelte van de lijst) voor (rechts)personen die zich bezighouden met (het financieren van) terroristische activiteiten en hun belangrijkste activiteiten en doeleinden binnen het grondgebied van de Europese Unie hebben, wordt ook wel de ‘endogene lijst’ genoemd.⁴⁵

Het voorgaande samenvattend: er bestaan drie categorieën: een VN-lijst (inmiddels opgesplitst naar twee lijsten) voor leden van de Taliban en Al Qaida,⁴⁶ een Unie-lijst voor endogene (rechts)personen en een Unie-lijst voor exogene (rechts)personen.

Terzijde merk ik op dat noch de resoluties van de Veiligheidsraad noch de mede op basis daarvan genomen besluiten op Unieniveau Nederland ertoe verplichten om rechtspersonen die op een terreurlijst worden geplaatst te

gaat om de inleiding van een onderzoek of een vervolging wegens een terroristische daad, poging tot het plegen van een dergelijke daad, of de deelname aan of het vergemakkelijken van een dergelijke daad, op grond van bewijzen of serieuze en geloofwaardige aanwijzingen, dan wel om een veroordeling wegens dergelijke feiten. [...].”

42. Art. 301 EG-Verdrag (oud).

43. Verordening (EG) nr. 2580/2001 van de Raad van 27 december 2001 inzake specifieke beperkende maatregelen tegen bepaalde personen en entiteiten met het oog op de strijd tegen het terrorisme (PB L 344, blz. 70).

44. De maatregelen zoals genoemd in art. 4 Standpunt 2001/931/GBVB, uitgewerkt in het besluit 2003/48/JBZ van de Raad van 19 december 2002, betreffende de toepassing van specifieke maatregelen op het gebied van politieke en justitiële samenwerking ter bestrijding van het terrorisme, overeenkomstig art. 4 van Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931/GBVB.

45. *Kamerstukken II*, 2004/05, 28 764, nr. 8, p. 7.

46. Welke lijst inmiddels is opgesplitst bij resoluties 1988(2011) en 1989(2011).

HOOFDSTUK 7

verbieden. De Nederlandse wetgever heeft evenwel besloten dat een plaatsing op een VN- of Unielijst dat gevolg wel heeft en wel *ex lege*.⁴⁷

De vraag is hoe dit verbod van rechtswege zich verhoudt tot het recht op vrijheid van vereniging zoals dat wordt beschermd door art. 11 EVRM. Bijzonder is dat enerzijds door het EHRM hoge eisen worden gesteld voordat een verdragsstaat mag overgaan tot het verbieden van een rechtspersoon. Anderzijds volgt nu van rechtswege een verbod – zonder rechterlijke toetsing vooraf – na plaatsing op een terreurlijst.

Ter rechtvaardiging van het bepaalde in art. 2:20 lid 3 BW zal Nederland erop kunnen wijzen dat de verdragsstaten onder het EVRM de (positieve) verplichting hebben om de veiligheid van hun onderdanen zoveel mogelijk te garanderen.⁴⁸ Art. 11 lid 2 EVRM staat ook beperkingen toe op de vrijheid van vereniging om redenen van de openbare veiligheid. Daarbij geldt de eis dat een dergelijke beperking bij wet is voorzien en noodzakelijk geacht kan worden in een democratische samenleving.⁴⁹ De wetgever meent dat de activiteiten van organisaties die betrokken zijn bij terrorisme een zodanige ernstige bedreiging vormen voor de samenleving dat hun activiteiten in strijd zijn met de openbare orde, hetgeen een verbod van rechtswege rechtvaardigt.⁵⁰

Onderzocht dient te worden of de wijze waarop art. 2:20 lid 3 BW de vrijheid van vereniging beperkt, voor de veiligheid noodzakelijk geacht kan worden ‘in een democratische samenleving’. Daarbij komt het aan op de vraag of de wijze waarop en mate waarin inbreuk wordt gemaakt op het recht van vereniging kan worden gerechtvaardigd door het belang van de nationale veiligheid en niet verder gaat dan noodzakelijk is om het beoogde doel – het bevorderen van de veiligheid – te bereiken.⁵¹

47. De minister heeft als toelichting gegeven: “*De ervaring leert dat het in het algemeen niet goed begrepen wordt indien een organisatie waarvan de financiële tegoeden bevroren zijn omdat zij op een terrorismelijst voorkomt, overigens wel handelend kan optreden en eventueel nog manifestaties kan organiseren.*” Kamerstukken II, 2004/05, 28 764, nr. 6, p. 3.

48. Art. 5 lid 1 EVRM bepaalt: “*Een ieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon.*” In EHRM 28 oktober 1998, appl. nr. 87/1997 (*Osman t. Verenigd Koninkrijk*) is overwogen § 116: “*(...) In the opinion of the Court where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life in the context of their above-mentioned duty to prevent and suppress offences against the person (see paragraph 115 above), it must be established to its satisfaction that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.*” Zie ook de oratie van Van Kempen over dit onderwerp: Van Kempen 2008.

49. Zie hierover EHRM 13 februari 2003, appl. nrs. 41340/98; 41342/98; 41343/98; 41344/98 (*Refah Partisi (Welvaartspartij) t. Turkije*), met verdere verwijzingen.

50. Kamerstukken II, 28 764, nr. 6, p. 7 en 8.

51. Zie over de mate waarin anti-terroriswetgeving inbreuk mag maken op grondrechten ook bijv. Böhrler 2009, p. 391.

7.4.2 *Het toetsingskader*

Het fundament van de democratische samenleving wordt gevormd door de *rule of law*. Het EHRM acht het uitgangspunt dat al het handelen van de overheid waarmee inbreuk wordt gemaakt op rechten van (rechts)personen, in beginsel op rechtmatigheid moet kunnen worden getoetst door een onafhankelijke rechter.⁵² Het recht op toegang tot de rechter is niet absoluut. Het mag evenwel niet zodanig worden beperkt dat de kern van het recht wordt aangetast.⁵³ Ook ten aanzien van art. 2:20 lid 3 BW geldt dat de rechtspersoon in kwestie zich in rechte op enigerlei wijze moet kunnen verzetten tegen de verbodsverklaring.

Niet alleen moet een belanghebbende zich tot de rechter kunnen wenden, ook dient hij in beginsel toegang te krijgen tot al het bewijsmateriaal, opdat hij zich ook op een effectieve wijze kan verweren.⁵⁴ Het recht op kennisneming

52. EHRM 6 september 1978, appl. nr. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*) § 55: “*One of the fundamental principles of a democratic society is the rule of law, which is expressly referred to in the Preamble to the Convention (see the Golder judgment of 21 February 1975, Series A nr. 18, pp. 16-17, para. 34). The rule of law implies, inter alia, that an interference by the executive authorities with an individual’s rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure.*”

53. EHRM 10 juli 1998, 62/1997/846/1052–1053 (*Tinnelly & Sons e.a. t. Verenigd Koninkrijk*): § 72: “*The Court recalls that Article 6 § 1 embodies the “right to a court”, of which the right of access, that is, the right to institute proceedings before a court in civil matters, constitutes one aspect.*

However, this right is not absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention’s requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved (see, among other authorities, the Stubbings and Others v. the United Kingdom judgment of 22 October 1996, Reports 1996-IV, p. 1502, § 50).”

54. Op grond van art. 13 EVRM kan aanspraak worden gemaakt op een effectief rechtsmiddel en art. 6 EVRM omvat het recht van hoor en wederhoor. Barkhuysen en Van Emmerik vatten de jurisprudentie van het EHRM in hun noot onder EHRM 20 juli 2010, appl. nr. 4900/06, AB 2011, 132 (*A. t. Nederland*) samen als volgt: “*Kern van deze rechtspraak is dat de klager in de gelegenheid moet worden gesteld om op effectieve wijze bepaalde beschuldigingen te kunnen weerleggen, ook als die zijn gebaseerd op informatie die vanuit veiligheidsoverwegingen geheim moeten blijven.*” Het EHRM beoordeelt de overheidsregelingen niet in abstracto maar beziet of in een concreet geval sprake is geweest van een voldoende toegang tot de rechter. Zie bijv. EHRM 29 juli 2010, nr. 4900/06 (*A. t. Nederland*), AB 2011, 132 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, § 156: “*The Court further reiterates that the remedy required by Article 13 must be effective both in law and in practice, in particular in the sense that its exercise must not be unjustifiably hindered by →*

HOOFDSTUK 7

van bewijs als onderdeel van het recht op hoor en wederhoor is evenwel niet absoluut.⁵⁵ In de uitspraak (van de *Grand Chamber*) *Jasper t. Verenigd Koninkrijk* heeft het EHRM overwogen dat:

- (i) het soms ook onvermijdelijk is dat niet al het bewijsmateriaal ter beschikking wordt gesteld aan de verdediging in verband met de veiligheid van personen of vanwege een belangrijk publiek belang;
- (ii) het niet openbaar maken van bewijs alleen is toegestaan voor zover strikt noodzakelijk;
- (iii) het in de eerste plaats aan de (nationale rechter van de) verdragsstaten is om te beoordelen wanneer het niet openbaar maken van bewijs gerechtvaardigd kan worden; en
- (iv) het de taak van het EHRM is om te beoordelen of de procedure erop was gericht zoveel als mogelijk “to provide adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused”.⁵⁶

the acts or omissions of the authorities of the respondent State (see Shamayev and Others, cited above, § 447). The Court is not called upon to review in abstracto the compatibility of the relevant law and practice with the Convention, but to determine whether there was a remedy compatible with Article 13 of the Convention available to grant the applicant appropriate relief as regards his substantive complaint (...). The “effectiveness” of a “remedy” within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant (...).”

55. EHRM 26 maart 1996, appl. nr. 20524/92 (*Doorson t. Nederland*), § 70: “It is true that Article 6 does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify.”

56. EHRM 16 februari 2000, appl. nr. 27052/95 (*Jasper t. Verenigd Koninkrijk*), § 52-53: “(...) In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1 (see the *Van Mechelen and Others v. the Netherlands* judgment of 23 April 1997, Reports 1997-III, § 58). Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (see the above-mentioned *Doorson* judgment, § 72 and the above-mentioned *Van Mechelen and Others* judgment, § 54).

53. In cases where evidence has been withheld from the defence on public interest grounds, it is not the role of this Court to decide whether or not such non-disclosure was strictly necessary since, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence →

Meer specifiek met betrekking tot terrorismedreiging en de nationale veiligheid heeft het EHRM in de zaken *Tinnelly*⁵⁷ en *Chahal* overwogen dat deze belangen niet de algehele afwezigheid van rechtswaarborgen kunnen rechtvaardigen.⁵⁸ Kort gezegd, is de benadering van het EHRM in zaken waarin met een beroep op de nationale veiligheid de rechtsmiddelen worden beperkt, de volgende. Enerzijds accepteert het EHRM dat het belang van de nationale veiligheid soms bijvoorbeeld kan meebrengen dat niet alle informatie wordt gedeeld met de betrokkene. Anderzijds onderzoekt het EHRM de mogelijkheden die de verdragsstaat redelijkerwijze zou hebben kunnen aanwenden om zoveel als mogelijk ook de belangen van de betrokkene te waarborgen.⁵⁹ De

before them (see the above-mentioned Edwards judgment, § 34). In any event, in many cases, such as the present, where the evidence in question has never been revealed, it would not be possible for the Court to attempt to weigh the public interest in non-disclosure against that of the accused in having sight of the material. It must therefore scrutinise the decision-making procedure to ensure that, as far as possible, it complied with the requirements to provide adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused.”

57. EHRM 10 juli 1998, 62/1997/846/1052–1053 (*Tinnelly & Sons e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).
58. EHRM 15 november 1996, appl. nr. 22414/93 (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*) § 131: “The Court recognises that the use of confidential material may be unavoidable where national security is at stake. This does not mean, however, that the national authorities can be free from effective control by the domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved (see, *mutatis mutandis*, the *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom* judgment of 30 August 1990, Series A no. 182, p. 17, para. 34, and the *Murray v. the United Kingdom* judgment of 28 October 1994, Series A no. 300-A, p. 27, para. 58). The Court attaches significance to the fact that, as the intervenors pointed out in connection with Article 13 (art. 13) (see paragraph 144 below), in Canada a more effective form of judicial control has been developed in cases of this type. This example illustrates that there are techniques which can be employed which both accommodate legitimate security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial measure of procedural justice.” Ter toelichting meld ik dat § 144 het volgende vermeldt over de procedure in Canada: “Under the Canadian Immigration Act 1976 (as amended by the Immigration Act 1988), a Federal Court judge holds an in camera hearing of all the evidence, at which the applicant is provided with a statement summarising, as far as possible, the case against him or her and has the right to be represented and to call evidence. The confidentiality of security material is maintained by requiring such evidence to be examined in the absence of both the applicant and his or her representative. However, in these circumstances, their place is taken by a security-cleared counsel instructed by the court, who cross-examines the witnesses and generally assists the court to test the strength of the State’s case. A summary of the evidence obtained by this procedure, with necessary deletions, is given to the applicant.”
59. EHRM 10 juli 1998, 62/1997/846/1052–1053 (*Tinnelly & Sons e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) §78: “The Court notes that in other contexts it has been found possible to modify judicial procedures in such a way as to safeguard national security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial degree of procedural justice (see paragraphs 49, 51 and 52 above). It is not persuaded by the Government’s claim that the adjustment of procedures under the fair employment legislation or the introduction of other special judicial procedures to accommodate both of these →

HOOFDSTUK 7

verdragsstaat dient zich in te spannen om ook zoveel als mogelijk de grondrechten van de betrokkene te waarborgen en mag daarop slechts inbreuk maken voor zover het veiligheidsbelang dat vergt.⁶⁰

Zo valt uit de zaken *Tinnelly and Chahal* af te leiden dat indien de overheid een beroep doet op informatie die vertrouwelijk dient te blijven vanuit het oogpunt van de nationale veiligheid, die informatie ten minste wél aan de rechter moet worden overgelegd, zodat de rechter de informatie *in camera* kan inzien. In de uitspraak (van de *Grand Chamber*) in *A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*⁶¹ heeft het EHRM deze lijn bevestigd door te overwegen dat waar het volledig overleggen van het bewijsmateriaal niet mogelijk is, naar een zodanige oplossing dient te worden gezocht waardoor een effectieve betwisting van de beschuldigingen mogelijk is.⁶²

Waar het de vrijheidsberoving⁶³ van verdachte personen betreft lijkt zelfs uit de jurisprudentie af te leiden dat indien daarvoor vertrouwelijk materiaal wordt gebruikt door het Openbaar Ministerie, de verdachte recht heeft op een ‘security cleared lawyer’ die inzage dient te krijgen in de vertrouwelijke stukken en dit

interests need in any way undermine the independence of the judiciary in Northern Ireland or impair public confidence in the administration of justice in the province (see paragraph 68 above). The introduction of a procedure, regardless of the framework used, which would allow an adjudicator or tribunal fully satisfying the Article 6 § 1 requirements of independence and impartiality to examine in complete cognisance of all relevant evidence, documentary or other, the merits of the submissions of both sides, may indeed serve to enhance public confidence.”

60. Vgl. Hof van Justitie 21 december 2011, zaak C-27/09, LJV BU9812 (*Frankrijk t. PMOI*), punt 67.
61. EHRM 19 februari 2009, appl. nr. 3455/05, NJ 2010/468, m.nt. Alkema (*A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).
62. EHRM 19 februari 2009, appl. nr. 3455/05, NJ 2010/468, m.nt. Alkema (*A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 218: “Against this background, it was essential that as much information about the allegations and evidence against each applicant was disclosed as was possible without compromising national security or the safety of others. Where full disclosure was not possible, Article 5 § 4 required that the difficulties this caused were counterbalanced in such a way that each applicant still had the possibility effectively to challenge the allegations against him.”
63. Wanneer het niet om een vrijheidsberoving gaat, lijken minder strenge eisen te gelden. In EHRM 29 juli 2010, nr. 4900/06 (*A. t. Nederland*), AB 2011, 132 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik wilde de Nederlandse autoriteiten een uit Libië gevluchte persoon terugsturen, nadat die zich volgens een (vertrouwelijk) AIVD rapport had schuldig gemaakt aan het oproepen tot geweld in Nederland. Het vertrouwelijke AIVD rapport was door de rechter met toepassing van art. 8:29 Awb (en met instemming van de belanghebbende) ingezien. De klacht dat in zoverre geen sprake was geweest van een voldoende effectief rechtsmiddel (art. 13 EVRM) wees het EHRM af (§160).

namens de verdachte kan betwisten.⁶⁴ Deze in Canada bestaande procedure lijkt het EHRM tot voorbeeld te nemen in de *Chahal*-uitspraak.

Wanneer een rechtspersoon in Nederland verboden wordt vanwege een plaatsing op één van de terreurlijsten zal de rechtspersoon in Straatsburg kunnen aanvoeren dat zijn grondrechten worden geschonden. Met name ligt een beroep op art. 11 en art. 6 EVRM voor de hand.⁶⁵ Blijkens de jurisprudentie van het EHRM dient te worden onderzocht of het belang van de nationale veiligheid – dat op zichzelf een legitiem belang kan vormen voor het beperken van grondrechten – op een zodanige wijze wordt gediend dat ook zoveel mogelijk is getracht de grondrechten waarop inbreuk wordt gemaakt, voor de betrokkenen te waarborgen.

Om die vraag te kunnen beantwoorden dient te worden gezien welke rechtsmiddelen bestaan waarmee een rechtspersoon kan opkomen tegen een plaatsing op een terreurlijst. Om tegen een verbodenverklaring op te komen is het noodzakelijk tegen de *listing* op te komen. De verbodenverklaring is daarvan eigenlijk het nevengevolg.

Met welke rechtswaarborgen zijn de procedures omkleed die tot plaatsing leiden op één van de in art. 2:20 lid 3 BW genoemde lijsten? De beschikbare rechtsmiddelen variëren al naar gelang waar de *listing* wordt geïnitieerd en op welke lijst men terecht komt. Alvorens stil te staan bij de beschikbare rechtsmiddelen zal eerst globaal worden geschetst hoe de verschillende soorten *listing*-procedures werken.

7.4.3 Een listing door Nederland.

Nederland kan op basis van de Sanctiewet 1977 maatregelen nemen tegen personen en entiteiten.⁶⁶ Tot 18 december 2007, de dag waarop de Sanctieregeling terrorisme 2007-II tot stand kwam, konden de te goeden van in Nederland woonachtige of gevestigde ‘terroristen’ of ‘terroristische’ organisaties, worden bevroren door vaststelling van een ministeriële regeling, onder vermelding van de namen van de getroffen personen of organisaties in een

64. Zie EHRM 15 november 1996, appl. nr. 22414/93 (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*), § 131 jo. § 144. Zie voorts EHRM 20 juli 2010, appl. nr. 4900/06, AB 2011, 132 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*A. t. Nederland*).

65. Art. 6 EVRM is in het geding omdat de verbodenverklaring de burgerlijke rechten van de rechtspersoon aantast en volgens vaste rechtspraak sinds EHRM 21 februari 1975, appl. nr. 4451/70, NJ 1975, 462 m.nt. EAA (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*) art. 6 EVRM tevens beoogt de toegang tot de rechter te verzekeren, teneinde een effectieve rechtsbescherming te waarborgen bij schending van burgerlijke rechten.

66. Indien reeds een *listing* op Unie- of VN-niveau heeft plaats gevonden, is het nemen van een aanwijzingsbesluit op Nederlands niveau verder zinledig geworden, nu het beoogde rechtsgevolg reeds is ingetreden.

HOOFDSTUK 7

bijlage bij de regeling.⁶⁷ De wijze van handhaving bij een ministeriële regeling, een algemeen verbindend voorschrift, had tot gevolg dat betrokkenen die hun *listing* in rechte wilden aanvechten een civielrechtelijke actie uit onrechtmatige daad dienden in te stellen.

Sinds de invoering van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II geldt dat afzonderlijke ‘aanwijzingsbesluiten’ worden uitgevaardigd tegen de personen of organisaties en deze niet meer in de ministeriële regeling zelf staan genoemd.⁶⁸ Tegen een aanwijzingsbesluit kan een belanghebbende de reguliere bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsinstrumenten aanwenden.⁶⁹ De wetgever heeft gekozen voor het openstellen van de bestuursrechtelijke rechtsgang, aangezien deze voor betrokkenen eenvoudiger en voordeliger is en meer is toegesneden op het bestuursrechtelijke karakter van een aanwijzingsbesluit. Een nationale *listing* op grond van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II (door het nemen van een aanwijzingsbesluit), zal doorgaans, op grond van het door Nederland gevoerde beleid, tevens leiden tot een *listing* op Unie-niveau.⁷⁰

67. Zie de toelichting bij de Regeling van de Minister van Buitenlandse Zaken van 1 april 2010, nr. DJZ/BR/0248-10, tot wijziging van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II, in verband met de werkingsduur van aanwijzingsbesluiten.

68. Het gevolg van een aanwijzing is dat (i) alle middelen die toebehoren aan de personen en organisaties, bedoeld in het eerste lid, worden bevroren, (ii) het verboden is financiële diensten te verrichten voor of ten behoeve van de personen en organisaties, bedoeld in het eerste lid, en (iii) het verboden is aan de personen en organisaties, bedoeld in het eerste lid, rechtstreeks dan wel middellijk middelen ter beschikking te stellen.

69. Bezwaar, beroep op de bestuursrechter en hoger beroep op de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Daarnaast kan men in een verzoek om een voorlopige voorziening vragen, bijvoorbeeld om het aanwijzingsbesluit hangende de procedure te schorsen.

70. De toelichting bij de Regeling van de Minister van Buitenlandse Zaken van 1 april 2010, nr. DJZ/BR/0248-10, tot wijziging van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II, in verband met de werkingsduur van aanwijzingsbesluiten vermeldt over de verhouding tussen een aanwijzing op grond van de Sanctieregeling terrorisme 2007 II en een EU-listing: “*In het algemeen volgt op een Nederlandse bevroeringsmaatregel een voordracht voor EU-listing van de betrokken persoon of organisatie. De nationale bevroeringsmaatregel vormt dan (mede) de grondslag voor EU-listing. Tot dusverre was het gebruikelijk om de nationale bevroeringsmaatregel in te trekken zodra de Europese besluitvorming was afgerond. Deze intrekking, vond plaats op juridisch-technische gronden en niet wegens een gewijzigde opvatting over de betrokken personen of organisaties. Een dergelijke intrekking was erop gericht om samenloop van regels te voorkomen. De normstelling die in een nationale bevroeringsmaatregel is neergelegd – zoals het verbod om financiële diensten te verrichten – is immers dezelfde als die geldt op grond van Verordening (EG) nr. 2580/2001 van de Raad van de Europese Unie van 27 december 2001 (PbEG L 344) of op grond van Verordening (EG) nr. 881/2002 van de Raad van de Europese Unie van 27 mei 2002 (PbEG L 193). Ongewijzigde handhaving van de nationale maatregel na plaatsing op een Europese lijst zou dan tot een doublure leiden.*

Om te benadrukken dat het nationale aanwijzingsbesluit – mede – de grondslag vormt voor de EU-listing zal er – anders dan overeenkomstig de tot dusverre gevolgde praktijk – voortaan van worden afgezien om een nationaal aanwijzingsbesluit in te trekken na totstandkoming van de corresponderende EU-listing. Daardoor staat buiten twijfel dat het nationale →

7.4.4 Een listing op Unie-niveau

Hoe verhoudt de *listing* op Europees niveau zich tot de *listing* op nationaal niveau? Het is aan de Raad om bij unanimitéit te besluiten over het plaatsen, handhaven of schrappen van (rechts)personen op de EU-terreurlijst.⁷¹ Een *listing*, alsmede de handhaving ervan, dient plaats te vinden op grond van specifieke informatie die afkomstig is van de nationale autoriteit waaruit blijkt van (het faciliteren van) terroristische activiteiten.⁷² Daarbij verplicht art. 1(6) van het Gemeenschappelijke Standpunt 2001/931 om minimaal elke zes maanden het besluit om een (rechts)persoon op de lijst te houden te herzien. Bij het nemen van deze besluiten leunt de Raad op de informatie die afkomstig is van de lidstaat die de *listing* heeft geïnitieerd.⁷³ De Raad mag ervan uitgaan dat de informatie die afkomstig is van de nationale lidstaat correct is en hoeft daarnaast niet zelfstandig onderzoek te verrichten.⁷⁴

aanwijzingsbesluit zijn betekenis behoudt als aanwijzing van betrokkenen als behorend tot de kring van personen en organisaties als bedoeld in Resolutie 1373 van de Veiligheidsraad en biedt het een aangrijpingspunt voor de behandeling van verzoeken om heroverweging door de nationale autoriteiten en voor de aanwending van nationale rechtsbeschermingsmiddelen.”

71. Art. 2(3) van Verordening 2580(2001). Voor de actuele terreurlijst: zie het laatste besluit van de Raad, op grond van Verordening 2580(2001): www.consilium.europa.eu/policies/fight-against-terrorism/documents/eu-terrorist-listregime?lang=en.
72. Art. 1(4-6) van het Gemeenschappelijke Standpunt 2001/931. In geval van een EU-*listing* wordt geëist dat de informatie die tot de *listing* heeft geleid afkomstig is van een “bevoegde instantie”. Volgens art. 1 lid 4 van Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931 moet het daarbij gaan om een rechterlijke of daaraan gelijkwaardige instantie.
73. In HvJ EU 9 september 2010, T-348/07, EHRC 2010, 133 (*Al Aqsa t. Raad*), wordt de procedure als volgt samengevat: “78. (...) *the procedure which may culminate in a measure to freeze funds under the relevant legislation takes place at two levels, one national, the other Community. In the first stage, a competent national authority, as a rule judicial, must take in respect of the party concerned a decision satisfying the definition in Article 1(4) of Common Position 2001/931. If it is a decision to instigate investigations or to prosecute, it must be based on serious and credible evidence. In the second stage, the Council, acting by unanimity, must decide whether to include the party concerned in the list at issue, on the basis of precise information or material in the relevant file which indicates that such a decision has been taken. Next, the Council must, at regular intervals, and at least once every six months, be satisfied that there are grounds for continuing to include the party concerned in the list at issue. Verification that there is a decision of a national authority meeting that definition is an essential precondition for the adoption, by the Council, of an initial decision to freeze funds, whereas verification of the consequences of that decision at the national level is essential in the context of the adoption of a subsequent decision to freeze funds.*”
74. Zie bijv. HvJ EU 9 september 2010, T-348/07, EHRC 2010, 133 (*Al Aqsa t. Raad*), nrs. 80-81.

HOOFDSTUK 7

7.4.5 Een listing op VN-niveau

De UN Sanctions Committee (het Sanctiecomité), een orgaan van de VN-Veiligheidsraad waarin alle leden van de Veiligheidsraad zitting hebben, beslist over een verzoek tot *(de)listing*.⁷⁵ Het Sanctiecomité beslist met consensus, of verwijst het verzoek voor verdere beslissing naar de Veiligheidsraad.

Op VN-niveau bestaan geen rechtsmiddelen om op te komen tegen een besluit tot *listing*. Het bewandelen van de diplomatieke weg is *de facto* de enige optie om tot een *delisting* te komen. Wel is in 2009 de functie van een ombudsman gecreëerd.⁷⁶ De ombudsman moet het Sanctiecomité bijstaan bij het behandelen van verzoeken tot schrapping van de lijst en heeft mede tot taak de zorgvuldigheid van dit proces te bevorderen.⁷⁷

7.4.6 Rechtsmiddelen op nationaal niveau

Bij de vraag naar de rechtsmiddelen die een in Nederland gevestigde (rechts) persoon kan aanwenden wanneer deze wordt ‘gelist’ is allereerst relevant of sprake is van een *listing* die op initiatief van Nederland geschiedt.

In een geval van een *listing* door Nederland kon de desbetreffende (rechts) persoon, zoals hiervoor reeds aangegeven, tot inwerkingtreding van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II eind 2007 de rechtmatigheid van de aanwijzing (een algemeen verbindend voorschrift) bij de civiele rechter aan de orde stellen.⁷⁸ Sinds inwerkingtreding van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II eind 2007 staat een bestuursrechtelijke rechtsgang open. Het is overigens niet zo dat dat de Staat zich op de formele rechtskracht zal kunnen beroepen wanneer de (rechts) persoon niet binnen zes weken na bekendmaking van het besluit daartegen bezwaar heeft gemaakt.⁷⁹

Wanneer aan het besluit of de aanwijzing een vertrouwelijk ambtsbericht van de AIVD ten grondslag ligt – hetgeen doorgaans het geval zal zijn – kan de rechter van de Staat verlangen dat hij (evt. samen met de griffier) inzage krijgt

75. De bij de voordracht aangedragen informatie wordt eerst bestudeerd door de experts van de “Analytical Support and Sanctions Monitoring Team”. Vervolgens doet het Monitoring Team een aanbeveling aan het Sanctiecomité.

76. Resolutie 1909 (2009), aangevuld bij Resolutie 1989(2011).

77. Wanneer de ombudsman positief adviseert op een verzoek tot *delisting*, vervalt de *listing* in beginsel automatisch na een periode van 60 dagen, tenzij het Sanctiecomité met consensus binnen deze termijn besluit de *listing* te handhaven. Bij gebrek aan consensus is het aan de Veiligheidsraad om een besluit te nemen. Zie de brief van de Minister van Buitenlandse Zaken aan de Eerste Kamer van 20 oktober 2011: *Kamerstukken I*, 2011/12, 22 112, EJ.

78. Zie bijv. de uitspraken van de Rb ’s-Gravenhage van 13 mei 2003, LJN AF8506 en 3 juni 2003, LJN AF9389 (*Stichting Al Aqsa*).

79. Het Hof van Justitie eist namelijk dat de betrokkene steeds een verzoek tot *delisting* kan doen. Zie HvJ EU 9 september 2010, T-348/07, EHRC 2010, 133 (*Al Aqsa t. Raad*), § 165.

in het ambtsbericht. Het ambtsbericht wordt dan niet geopenbaard aan de belanghebbende. De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag heeft zijn oordeel dat hem vertrouwelijk inzage moet worden geboden in de AIVD informatie als volgt toegelicht:⁸⁰

“3.11. Vertrouwelijke inzage door de rechter van relevante stukken lijkt op gespannen voet te staan met een der hoofdbeginselen van het procesrecht, namelijk het recht op hoor en wederhoor. Daardoor zal uit de motivering van het (eind)vonnissen na de vertrouwelijke kennisneming niet blijken van datgene waarin vertrouwelijke inzage is gegeven, zodat in zoverre de te geven motivering niet rechtstreeks controleerbaar is. Niettemin is denkbaar dat uit hoofde van overwegingen van openbare orde op genoemd hoofdbeginsel een uitzondering wordt gemaakt. Een dergelijke situatie doet zich thans voor. Daarbij is ook van belang dat partijen met het maken van een uitzondering ingestemd hebben en onderhavige toetsing bovendien bestuursrechtelijke aspecten heeft, in welk recht vertrouwelijke kennisneming door de rechter niet ongebruikelijk is (zie artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht).”

Zoals in de hiervoor weergegeven passage reeds wordt opgemerkt biedt art. 8:29 Awb in de bestuursrechtelijke procedure, zoals die sinds eind 2007 openstaat tegen een aanwijzingsbesluit, de rechter de mogelijkheid inzage te krijgen in vertrouwelijke documenten.⁸¹ Art. 87 Wiv geeft (sinds 2002) een vergelijkbare regeling voor informatie afkomstig van de AIVD.⁸²

Het ligt voor de hand dat wanneer wordt opgekomen tegen een aanwijzingsbesluit steeds van de Staat verlangd kan worden dat hij de rechter inzage geeft in de vertrouwelijke documenten teneinde een controle door de rechter mogelijk te maken. Wil van een effectieve rechtsbescherming kunnen worden gesproken dan dient een onafhankelijke rechter te kunnen oordelen over de vraag of er daadwerkelijk voldoende substantiële redenen zijn die het nemen van een aanwijzingsbesluit kunnen rechtvaardigen.⁸³

80. Rechtbank 's-Gravenhage 3 mei 2003, LJN AF8506.

81. Art. 8:29 lid 1 Awb luidt: “Partijen die verplicht zijn inlichtingen te geven dan wel stukken over te leggen, kunnen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, het geven van inlichtingen dan wel het overleggen van stukken weigeren of de rechtbank mededelen dat uitsluitend zij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen onderscheidenlijk de stukken.” De toepassing van art. 8:29 Awb is door het EHRM gesanctioneerd in EHRM 20 juli 2010, appl. nr. 4900/06, AB 2011, 132 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*A. t. Nederland*). Eerder in gelijke zin: ABRvS 8 april 2009, JB 2009,133 waarin de Afdeling oordeelde dat het recht op een eerlijke procesvoering door art. 8:29 Awb niet in zijn essentie wordt beperkt.

82. Ingevolge art. 87, eerste lid, eerste volzin, van de Wiv is het uitsluitend aan de minister (in plaats van aan de rechter) te beoordelen en te beslissen over de gerechtvaardigdheid van de beperkte kennisneming. Deze volzin is echter door de Afdeling in strijd met art. 6 EVRM geacht en dient als onverbindend te worden beschouwd: ABRvS 30 november 2011, AB 2012, 142 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Ook onder de Wiv beslist de rechter over de gerechtvaardigdheid van een beperkte kennisneming.

83. Zie de bij het toetsingskader besproken jurisprudentie van het EHRM. Dat een rechter inzage wordt geboden in de vertrouwelijke documenten is ook in het belang voor het behoud van het vertrouwen in het beleid van de Staat in deze. Wanneer geen enkele controle door →

HOOFDSTUK 7

Zowel de Staat als de belanghebbende zullen redelijkerwijze gehouden zijn om hun toestemming te verlenen aan de vertrouwelijke inzage van de onderliggende documentatie door de rechter. Bij weigering door de Staat zal de openbare opgave van redenen het besluit moeten kunnen dragen. Bij weigering door de belanghebbende zal de rechter niet kunnen uitsluiten dat de onderliggende (geheime) documentatie voldoende draagkrachtige redenen bevat om het aanwijzingsbesluit te kunnen dragen.

7.4.7 *Rechtsbescherming op Unie-niveau sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon*

Wat zijn de rechtsbeschermingsmogelijkheden op Europees niveau? Deze vraag wordt relevant wanneer tevergeefs op nationaal niveau is opgekomen tegen een aanwijzingsbesluit op grond van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II en wanneer een *listing* op Unie-niveau volgt. Ook kan sprake zijn van een *listing* op Unie-niveau doordat een andere lidstaat de (rechts)persoon heeft voorgedragen voor plaatsing op de lijst. Anders dan bij een VN-*listing* geldt bij een Unie-*listing* dat de betrokkene reeds gebruik heeft kunnen maken van rechtsbescherming op nationaal niveau, zodat de rechtsbescherming op Europees niveau meer aanvullend van karakter is.

Uitgangspunt bij een Unie-*listing* is dat daarbij geen grondrechten van de betrokkenen mogen worden geschonden.⁸⁴ Zowel bij plaatsing op de endogene-lijst als plaatsing op de exogene-lijst kan een belanghebbende het Hof van Justitie vragen de rechtmatigheid van de *listing* te toetsen, binnen de daarvoor

de rechter mogelijk zou zijn op de gronden die tot *listing* hebben geleid, zou het beeld kunnen ontstaan dat de Staat soms op lichtvaardige gronden een aanwijzingsbesluit neemt. Die verdenking kan met behulp van de mogelijkheid die art. 8:29 Awb aan de rechter biedt worden bestreden.

84. Uit de considerans van het besluit 2003/48/JBZ van de Raad van 19 december 2002, betreffende de toepassing van specifieke maatregelen op het gebied van politieke en justitiële samenwerking ter bestrijding van het terrorisme, overeenkomstig artikel 4 van Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931/GBVB: “*Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931/GBVB bevat bepaalde waarborgen om ervoor te zorgen dat personen, groepen of entiteiten pas op de lijst worden geplaatst als daar voldoende reden toe is. De Raad zal evenwel de nodige conclusies trekken uit een eventuele definitieve andersluidende uitspraak of uitvoerbare beschikking in kortgeding van een gerecht van de lidstaten.*

(8) *Dit besluit eerbiedigt de fundamentele rechten en de beginselen die worden erkend bij artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Geen enkele bepaling van dit besluit mag zo worden uitgelegd dat inbreuk zou kunnen worden gemaakt op de wettelijke bescherming die personen, groepen of entiteiten die zijn vermeld in de bijlage bij Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931/GBVB uit hoofde van de nationale wetgeving genieten, (...)*”

geldende termijnen.⁸⁵ Het Hof van Justitie zal vervolgens controleren of de procedure correct is gevolgd en de *listing* voldoet aan de in art. 296 VWEU voorgeschreven motiveringsplicht.⁸⁶ Dat geldt ook wanneer de *listing* een grondslag heeft in maatregelen die zijn getroffen op nationaal niveau.⁸⁷ Daarnaast is het Hof van Justitie bevoegd kennis te nemen van een vordering voor schadevergoeding jegens de Unie vanwege een onrechtmatige *listing*.⁸⁸

-
85. Art. 263 VWEU bepaalt dat iedere natuurlijke of rechtspersoon (onder de in de eerste en tweede alinea vastgestelde voorwaarden) beroep kan instellen tegen handelingen die tot hem gericht zijn of die hem rechtstreeks en individueel raken, alsmede tegen regelgevings-handelingen die hem rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen. Art. 275 VWEU bepaalt dat het Hof van Justitie in beginsel niet bevoegd is ten aanzien van de bepalingen van het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid noch ten aanzien van de op grond daarvan vastgestelde besluiten. Een uitzondering wordt in dit artikel gemaakt om uitspraak te doen inzake beroepen die onder de in artikel 263, vierde alinea, van dit Verdrag bepaalde voorwaarden worden ingesteld betreffende het toezicht op de wettigheid van besluiten houdende beperkende maatregelen jegens natuurlijke personen of rechtspersonen, die door de Raad op grond van titel V, hoofdstuk 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie zijn vastgesteld.
86. Het Gerecht heeft in haar uitspraak van 12 december 2006, appl. nr. T-228/02, EHRC 2007, 30 m.nt. Lavranos (*OMPI I*) overwogen (in nrs. 142-145) dat de gemeenschapsrechter de juistheid en betrouwbaarheid van het bewijs dient vast te stellen en dient te beoordelen of het bewijs de plaatsing wel kan dragen. Daartoe dient de gemeenschapsrechter volledige inzage in het bewijs te krijgen. Een *listing* mag niet worden gebaseerd op bewijs dat niet aan de rechter is overgelegd. Daarnaast dient aan de betrokkene voldoende informatie te worden gegeven teneinde deze in staat te stellen om zich effectief te kunnen verweren.
87. HvJ EU 29 juni 2010, zaak C-550/09 (*DHKP t. Commissie*):“44. In dit verband moet worden beklemtoond dat de Unie een Unie is die wordt beheerst door het recht, in die zin dat de instellingen niet ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met, inzonderheid, het VWEU en de algemene rechtsbeginselen. Dat verdrag heeft een volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures in het leven geroepen, waarbij het toezicht op de rechtmatigheid van de handelingen van de instellingen van de Unie aan het Hof is opgedragen (zie in die zin arrest van 25 juli 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Raad*, C-50/00 P, *Jurispr. blz. I-6677*, punten 38 en 40, en arrest *Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie*, reeds aangehaald, punt 281). 45. Hieruit volgt dat elke partij, in de context van een nationale procedure, het recht heeft om voor de aangezochte rechter de ongeldigheid aan te voeren van bepalingen die zijn neergelegd in handelingen van de Unie die de grondslag vormen voor een nationaal besluit of een nationale handeling jegens die partij, en die rechter, die niet bevoegd is om deze ongeldigheid zelf vast te stellen, ertoe te brengen daarover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof (zie in die zin arrest van 15 februari 2001, *Nachi Europe*, C-239/99, *Jurispr. blz. I-1197*, punt 35, en arrest *Unión de Pequeños Agricultores/Raad*, reeds aangehaald, punt 40).” In deze zaak oordeelde het Hof van Justitie dat de plaatsing van de DHKP-C op de lijst bedoeld in artikel 2, lid 3, van verordening nr. 2580/2001 was geschied op een wijze die de rechtswaARBorgen van de DHKP-C had geschonden, bijgevolg de plaatsing ongeldig was en niet kon bijdragen aan de grondslag voor een strafrechtelijke veroordeling van enige leden van de DHKP-C die vanwege hun lidmaatschap van deze organisatie strafrechtelijk in Duitsland werden vervolgd.
88. Op grond van art. 340 VWEU moet de Unie overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar →

HOOFDSTUK 7

Een probleem is dat op Unie-niveau nog geen regeling bestaat op grond waarvan het Gerecht en het Hof van Justitie vertrouwelijk bewijsmateriaal *in camera* kunnen inzien. Het is onder het huidige Reglement voor de procesvoering niet mogelijk dat bewijsmateriaal door één partij kan worden overlegd, zonder dat het ook wordt overgelegd aan de andere partij. A-G Sharpston pleit in haar conclusie voor de zaak *Frankrijk t. OMPI* voor een wijziging van het reglement op dit punt.⁸⁹ De hiervoor geciteerde jurisprudentie van het EHRM – die ook tot uitgangspunt dient bij de uitleg van grondrechten uit het EU-Handvest – lijkt ook tot aanpassing van het Reglement te dwingen, wil op Unie-niveau adequate rechtsbescherming kunnen worden geboden.

7.4.8 *Rechtsbescherming op Unie-niveau voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon*

Voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 – met als gevolg het wegvallen van de pijler-structuur binnen de Unie – was de gemeenschapsrechter beperkt in zijn mogelijkheden de rechtmatigheid van een plaatsing op de *endogene*-lijst te onderzoeken.⁹⁰ Een belanghebbende kon zich alleen rechtstreeks tot de gemeenschapsrechter wenden om een plaatsing op de *exogene*-lijst te laten toetsen op rechtmatigheid. Het Hof van Justitie had onvoldoende rechtsmacht om rechtstreeks verzoeken van (rechts)personen te ontvangen die op de *endogene*-lijst, behorende bij het meergenoemde gemeenschappelijke standpunt, waren geplaatst. De bevoegdheid van de gemeenschapsrechter omvatte niet de bevoegdheid een gemeenschappelijk standpunt op rechtmatigheid te toetsen. Langs de achterdeur heeft het Hof van Justitie wel getracht enige ruimte voor zichzelf te creëren in de *Gestoras & Segi*-zaak.⁹¹

Gestoras en *Segi* – twee organisaties uit Spaans Baskenland, de één met een humanitair, de ander met een sociaal-cultureel doel – waren naar hun opvatting ten onrechte op de *endogene*-lijst geplaatst. *Gestoras* en *Segi* verzochten eerst het Gerecht en vervolgens in hoger beroep het Hof om vast te stellen dat de plaatsing op de lijst een onrechtmatige daad betrof van de Unie jegens hen. Het

instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt. Op grond van art. 268 VWEU behoren geschillen over de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie tot de exclusieve competentie van het Hof van Justitie. Zie HvJ EU 29 juli 2010, zaak C-377/09, NJ 2010, 607 m.nt. Mok (*Hanssens-Ensch*).

89. Zie over deze lacune uitvoerig A-G Sharpston in haar conclusie van 14 juli 2011, in de zaak C-27/09 P (*Frankrijk t. PMOI*), nrs. 177-182.

90. Omdat voor personen binnen de EU niet het gemeenschappelijke buitenlandbeleid als grondslag kon dienen, maar een *listing* diende te geschieden op grond van art. 34 EU-Verdrag dat deel uitmaakt van titel VI van het EU-Verdrag, ‘Bepalingen inzake politieke en justitiële samenwerking in strafzaken’ (voorheen de ‘derde pijler’).

91. Hof van Justitie EU 27 februari 2007, zaak C-355/04P, NJ 2007, 390 m.nt. Mok (*Segi e.a. t. Raad*).

Hof achtte zich noch bevoegd te oordelen over de vraag of de plaatsing op de lijst rechtmatig was, noch te oordelen over een verzoek om schadevergoeding.⁹²

Om de mogelijkheid van adequate rechtsbescherming te bevorderen bood het Hof van Justitie een andere mogelijkheid. Hoewel het Hof zich niet bevoegd achtte te oordelen over eventuele verzoeken om schadevergoeding acht het Hof zich wel bevoegd om de rechtmatigheid van een plaatsing op de lijst te beoordelen in het kader van een prejudiciële procedure.⁹³ De gedachte is dat een nationale rechter die zich geconfronteerd ziet met een verzoek om schadevergoeding vanwege een onterechte plaatsing op de endogene-lijst die heeft plaatsgevonden voor 1 december 2009, aan het Hof van Justitie kan vragen zich uit te laten over de rechtmatigheid van deze Unierechtelijke ‘uitvoeringshandeling’ die wordt genomen naar aanleiding van een *listing*.

7.4.9 Rechtsbescherming op VN-niveau

De VN-*listing* genereert de meest ‘gevoelige’ juridische vragen. De spanningsboog wordt gevormd door de omstandigheid dat enerzijds VN-resoluties landen rechtstreeks binden⁹⁴ en anderzijds op NV-niveau niet is voorzien in rechtsbescherming tegen een *listing*.

92. *Segi e.a. t. Raad*, § 40. Segi e.a. hadden aangevoerd dat een basis voor het toekennen van schadevergoeding kon worden gevonden in art. 4 van gemeenschappelijk standpunt 2001/931 in combinatie met de achtste overweging van de considerans van besluit 2003/48/JBZ van de Raad van 19 december 2002 betreffende de toepassing van specifieke maatregelen op het gebied van politieke en justitiële samenwerking ter bestrijding van het terrorisme (PB 2003, L 16, blz. 68).

93. Overwogen wordt (in § 52 e.v.) dat een gemeenschappelijk standpunt op zich geen rechtsgevolgen heeft voor derden en in het systeem van titel VI van het EU-Verdrag in beginsel enkel kaderbesluiten en besluiten vatbaar voor een beroep tot nietigverklaring voor het Hof van Justitie, zodat er in beginsel evenmin een bevoegdheid bestaat voor het Hof om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over gemeenschappelijke standpunten. Het Hof voegt daaraan toe dat voor zover een gemeenschappelijk standpunt directe rechtsgevolgen voor derden in het leven roept, wel sprake is van ‘handelingen’ waarover een prejudiciële vraag kan worden gesteld. Door de plaatsing op de lijst behorende bij het gemeenschappelijke standpunt als een handeling met rechtsgevolgen voor derden aan te merken, is het Hof – op grond van een redelijke uitleg van art. 35 lid 1 EU-Verdrag – wel bevoegd om in het kader van een prejudiciële vraag te oordelen over de rechtmatigheid van een plaatsing op de lijst.

94. Krachtens artikel 48 lid 2 van het Handvest van de Verenigde Naties worden de besluiten van de Veiligheidsraad voor de handhaving van de internationale vrede en veiligheid “*door de leden van de Verenigde Naties rechtstreeks uitgevoerd of door middel van hun optreden in de daarvoor in aanmerking komende internationale instellingen waarvan zij lid zijn*”. Volgens artikel 103 van het Handvest van de Verenigde Naties “[*hebben*] in geval van strijdigheid tussen de verplichtingen van de leden van de Verenigde Naties krachtens →

HOOFDSTUK 7

Na een voorzichtige start,⁹⁵ lijkt het Hof van Justitie nu de gedachte te koesteren dat zolang op VN-niveau niet wordt voorzien in adequate rechtswaarborgen op Unie-niveau deze rechtswaarborgen wel dienen te worden geboden. Zulks valt af te leiden uit de *Kadi*-uitspraak.⁹⁶ De *Kadi* uitspraak van het Hof heeft inmiddels alweer een vervolg gekregen, zodat hierna zal worden gerefereerd aan *Kadi-I* en *Kadi-II*. Met laatstgenoemde wordt de tweede uitspraak van het Gerecht bedoeld.

Kadi en *Al Barakaat* waren op 19 oktober 2001 op de VN-terrorismelijst geplaatst. De EG heeft uitvoering gegeven aan het besluit van de VN door een EG-bevriezingsverordening uit te vaardigen. *Kadi* en *Al Barakaat* hebben het Gerecht verzocht de EG-bevriezingsverordening nietig te verklaren, voor zover het de plaatsing van hen daarop betrof. Het Gerecht heeft het beroep van *Kadi* en *Al Barakaat* verworpen. Daarbij overwoog het Gerecht dat het niet bevoegd is de wettigheid van VN-resoluties te toetsen en dus ook niet de rechtmatigheid daarvan vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht kan onderzoeken.⁹⁷ Wel achtte het Gerecht zich bevoegd VN-resoluties te toetsen aan dwingende bepalingen van internationaal recht (het *ius cogens*), maar dienaangaande overwoog het Gerecht dat de omstandigheid dat de herzieningsprocedure bij de VN niet rechtstreeks aan de belanghebbenden zelf het recht verleent om te worden gehoord door het Sanctiecomité, zodat zij voornamelijk afhankelijk zijn van de diplomatieke bescherming die de staten aan hun onderdanen verlenen, bij bevrozingsmaatregelen niet ontoelaatbaar kan worden geacht uit het oogpunt van de dwingende normen van internationaal publiekrecht.⁹⁸

dit Handvest en hun verplichtingen krachtens andere internationale overeenkomsten, [...] hun verplichtingen krachtens dit Handvest voorrang". Art. 27 Weense Conventie schrijft voor: "[a] party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty".

95. Met name de houding van het Gerecht was aanvankelijk terughoudend. In de uitspraken van het Gerecht in de zaken *Yusuf & Al Barakaat t. de Raad* (GEA 21 september 2005, Jur. 2005, II-3533, zaak T-306/01) en *Kadi t. de Raad* (GEA 21 september 2005, Jur. 2005, II-3649) oordeelde het Gerecht dat geen rechtsbescherming tegen VN-sancties open stond tenzij het *ius cogens* is geschonden. In de zaak *Ayadi t. de Raad* (GEA 12 juli 2006, zaak T-253/02, Jur. 2006, II-00000) stelde het Gerecht alleen eisen aan de behandeling van een verzoek tot schrappen van de VN-sanctielijst. Een staat diende zich daar daadwerkelijk voor in te spannen.

96. HvJ EG 3 september 2008, zaak C-402/05 P, NJ 2009, 38 m.nt. Mok (*Kadi & Al Barakaat*).

97. Het Gerecht oordeelde dat de verordening was uitgevaardigd op grond van een gebonden bevoegdheid. De EG beschikte niet over een autonome beoordelingsmarge bij de uitoefening hiervan, zodat zij met name niet rechtstreeks de inhoud van de betrokken resoluties kon wijzigen en ook geen mechanisme kon invoeren dat tot een dergelijke wijziging kon leiden. Wel achtte het Gerecht zich bevoegd bij hoge uitzondering te toetsen aan het *ius cogens*, waarvan de mensenrechten onderdeel uitmaken. Het Gerecht achtte het *ius cogens* echter niet geschonden.

98. Aangehaald in de *Kadi*-uitspraak van het HvJ EU onder § 99.

Uit de *Kadi*-uitspraak zoals gewezen in hoger beroep valt af te leiden dat het Hof van Justitie geen uitzondering wenst te tolereren op de onafhankelijke rechterlijke controle op de naleving van grondrechten. Om tot die uitkomst te kunnen komen koos het Hof van Justitie voor een andere benadering dan het Gerecht.⁹⁹ Het Hof van Justitie overwoog:¹⁰⁰

“Verder mag een internationale overeenkomst geen inbreuk maken op de in de Verdragen vastgestelde bevoegdheidsregeling en dus op de autonomie van het communautaire rechtstelsel waarvan het Hof krachtens de hem bij artikel 220 EG-Verdrag verleende exclusieve bevoegdheid de eerbiediging verzekert, welke bevoegdheid het Hof overigens reeds als een van de grondslagen van de Gemeenschap heeft beschouwd”

Deze overweging zal wellicht enige wenkbrauwen bij de VN hebben doen rijzen. Op grond van art. 103 van het VN-Handvest hebben de verplichtingen van de leden van de Verenigde Naties krachtens dit Handvest voorrang boven verplichtingen krachtens andere internationale overeenkomsten.¹⁰¹ Volgens art. 48 lid 2 van het VN-Handvest dienen de besluiten van de Veiligheidsraad voor de handhaving van de internationale vrede en veiligheid door de VN-leden rechtstreeks te worden uitgevoerd.¹⁰² Ook naar het recht van de Unie – art. 351 VWEU (art. 307 EG oud) – zou voorrang verleend moeten worden aan de oudere verplichtingen onder het Handvest.

Het Hof van Justitie vervolgt haar redenering in de *Kadi*-uitspraak door te overwegen dat het Hof niet bevoegd is om de wettigheid van VN-resoluties aan het *ius cogens* te toetsen, nu het Hof – kort gezegd – deze bevoegdheid niet heeft toevertrouwd gekregen van de lidstaten.¹⁰³ Vervolgens oordeelt het Hof – het scharnierpunt van de uitspraak – dat hoewel het niet bevoegd is de VN-resoluties zelf te toetsen, het wél bevoegd is de communautaire *uitvoeringsmaatregelen* die op grond daarvan worden getroffen door de organen van de Unie, zoals de verordening die de VN-lijst implementeert, te toetsen aan

99. Op zich is het begrijpelijk dat het Hof het Gerecht niet onverkort is gevolgd in de gedachtegang dat het bevoegd is de resoluties van Veiligheidsraad te toetsen aan het *ius cogens*. De resolutie betreft de resultante van een supranationaal politiek besluitvormingsproces die niet door een rechterlijke uitspraak afkomstig uit een bepaald land – of een groep van landen, in het geval van het Hof – kan worden aangetast. Vernietiging van een VN-resolutie moet dus niet mogelijk worden geacht, ook niet ten dele.

100. *Kadi*-uitspraak, § 282.

101. Cuyvers (2009, p. 160) heeft de positie van het Hof vergeleken met die van een majoor in het leger die de gewetensbezwaren van een kapitein afwijst met een beroep op zijn rang, maar tegelijkertijd zelf het bevel van een generaal negeert op basis van eigen fundamentele overtuigingen.

102. Daarnaast is nog een markant detail dat de VN-orde dateert van voor de creatie van de Europese Gemeenschappen, terwijl de overweging uit het *Kadi*-arrest anders suggereert.

103. *Kadi*-uitspraak, nr. 287.

HOOFDSTUK 7

verenigbaarheid met de beginselen van het gemeenschaps(thans Unie)-recht.¹⁰⁴ Daarbij lijkt het Hof, voor zover er grondrechten in het geding zijn, niet te accepteren dat regels van internationaal recht in de communautaire rechtsorde voorrang hebben.¹⁰⁵

Na deze vooropstellingen beoordeelt het Hof of de EG-bevriezingsverordening die de VN-lijst implementeert in overeenstemming is met de grondrechten zoals die binnen het Unierecht worden gewaarborgd. Het Hof beantwoordt die vraag ontkennend, omdat zowel de rechten op een adequate verdediging (in het bijzonder het recht om te worden gehoord en het recht op een effectieve rechterlijke controle) als het recht op eigendom worden geschonden. Omdat een vernietiging van de bestreden verordening, voor zover deze de tegoeden van Kadi en Al Barakaat betreft, onherstelbare gevolgen zou kunnen hebben en niet kon worden uitgesloten dat Kadi en Al Barakaat met recht op de VN-terrorismlijst waren geplaatst, gaf het Hof de Raad de gelegenheid binnen drie maanden de door het Hof geconstateerde gebreken te herstellen. De redenen die ten grondslag hadden gelegen aan de *listing* dienden alsnog aan Kadi en Al Bakaraat te worden medegedeeld, zodat zij daarop zouden kunnen reageren. Aldus is ook geschied. Tot een *delisting* heeft dit niet geleid, hetgeen onderwerp is van de rechtsstrijd in *Kadi II*.¹⁰⁶

7.4.10 De VN-terreurlijst en het recht op een effectief rechtsmiddel

Het komt mij voor dat de uitkomst die het Hof van Justitie in de *Kadi*-uitspraak bereikt de meest wenselijke is. Personen en organisaties die op een terreurlijst worden geplaatst dienen over een effectief rechtsmiddel te beschikken om daartegen op te komen.¹⁰⁷ Zolang op VN-niveau niet wordt voorzien in adequate rechtsbescherming, dient het Unierecht of de nationale rechter daarin te voorzien. Anders is een weg geopend om met een beroep op de nationale veiligheid de rechter *de facto* buitenspel te zetten. Nu alle landen die partij zijn bij het EVRM gehouden zijn om de grondrechten van alle onder hun rechtsmacht ressorterende onderdanen te waarborgen, zou het toekennen van immuniteit aan VN-resoluties ook wat betreft hun compatibiliteit met elementaire grondrechten een ernstige inbreuk betekenen op het uitgangspunt dat in een

104. *Kadi*-uitspraak, nrs. 288-290.

105. *Kadi*-uitspraak, nrs. 303-304.

106. GEA 30 september 2010, T-85/09, EHRC 2010, 134 m.nt. Cuyvers (*Kadi II*), waarvan beroep is ingesteld bij het Hof van Justitie.

107. Het Gerecht heeft in de *Kadi II*-uitspraak (onder nr. 135) overwogen dat uit de *Kadi*-uitspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het aan de Gemeenschapsrechter is om door middel van een volledige toets afdoende rechtsbescherming te garanderen, welke toets dan ook mede moet zien op de afwegingen en de beoordeling van het bewijs door het Sanctiecomité. Zie ook HvJ EU 29 juni 2010, zaak C-550/09 (*DHKP t. Commissie*).

rechtsstaat een belanghebbende de uitoefening van overheidsgezag uiteindelijk door een onafhankelijke rechter moet kunnen laten toetsen op rechtmatigheid.

Het voorgaande laat onverlet dat de wijze waarop het Hof tot dit resultaat komt inmiddels door velen problematisch is geacht.¹⁰⁸ Zoals in de vorige paragraaf toegelicht, komt het oordeel van het Hof erop neer dat de grondrechten zoals die worden gewaarborgd in de communautaire rechtsorde voorgaan boven VN-resoluties, hetgeen op gespannen voet staat met de verplichtingen die het VN-Handvest legt op de VN-lidstaten.¹⁰⁹ De openhartige ontboezemingen van het Gerecht in de *Kadi-II* zaak, laten er geen twijfel over bestaan dat ook het Gerecht niet overtuigd is van de juridische houdbaarheid van de door het Hof in *Kadi-I* gevolgde redenering.¹¹⁰ De vraag is of het Hof ook niet tot een vergelijkbaar resultaat had kunnen komen met een andere redenering. Grondrechten vormen namelijk niet alleen een onderdeel van het Unierecht, maar vormen zelf ook onderdeel van de internationale rechtsorde.

De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens bevat een catalogus van grondrechten die op onderdelen verschilt van de grondrechten zoals geformuleerd in het EU-Handvest (dat zeer uitgebreid is), maar dat laat onverlet dat er naar de kern genomen ook veel overeenkomsten zijn. De idee achter het belang van grondrechten betreft op VN- en Unieniveau dezelfde gedachte: onder alle omstandigheden dienen mensen aanspraak te kunnen maken op bepaalde fundamentele rechten wil een samenleving doorgaan voor een ‘beschafte samenleving’.

De bevrozing van goederen betekent een ernstige aantasting van het recht op eigendom, welk recht door art. 17 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (UVRM) wordt beschermd.¹¹¹ Art. 8 UVRM bepaalt dat ieder mens recht heeft op een effectief rechtsmiddel wanneer zijn grondrechten worden geschonden.¹¹² Dat het UVRM strikt genomen geen bindende bepalingen bevat voor de VN-lidstaten kan mijns inziens daar niet veel aan afdoen, omdat het als ‘soft law’ wel degelijk de verplichtingen van de VN-lidstaten kan inkleuren. Daarnaast bevat het (wel bindende) IVBPR een bepaling die het

108. Zie bijv. Rijken (2009, p. 143), die de houding die het Hof aanneemt in de internationale arena ‘exceptionalistisch’ noemt welke houding zich niet verdraagt met de verplichtingen die de VN-lidstaten hebben onder het Handvest.

109. De Unie is geen lid van de VN, de lidstaten wel. Het conflict betreft dus de individuele lidstaten, die zowel gehouden zijn gevolg te geven aan hun communautaire verplichtingen en de resoluties van de Veiligheidsraad uit te voeren.

110. GEA 30 september 2010, T-85/09, EHRC 2010, 134 m.nt. Cuyvers (*Kadi II*), nr. 121.

111. Art. 17 Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens luidt:

“- Een ieder heeft recht op eigendom, hetzij alleen, hetzij tezamen met anderen.

- Niemand mag willekeurig van zijn eigendom worden beroofd.”

112. Daarnaast bepaalt art. 10 dat een ieder recht heeft op “*a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal*” wanneer hij wordt beschuldigd van strafbare feiten. Omstrede is echter of een plaatsing op de lijst een punitief karakter heeft.

HOOFDSTUK 7

recht op effectieve rechtsbescherming garandeert.¹¹³ De VN-lidstaten zijn derhalve reeds op grond van hun internationaalrechtelijke verplichtingen gehouden hun onderdanen het recht op een effectief rechtsmiddel te bieden bij bevoeging van tegoeden.

Ook de terrorisme-resoluties van de VN geven geen aanleiding om te veronderstellen dat de lidstaten bij de uitvoering van deze resoluties de grondrechten even kunnen 'parkeren'. Eerder is het tegendeel het geval. Zo bevat VN-resolutie 1456 (2003) een oproep aan de VN-lidstaten om bij de bestrijding van terrorisme, de mensenrechten te respecteren.¹¹⁴

Het was mijns inziens dan ook mogelijk – en wellicht minder problematisch – geweest indien het Hof vanuit een eenheidsgedachte van de fundamentele rechten op communautair en VN-niveau de in *Kadi* voorgelegde vragen had benaderd.¹¹⁵ Daarbij dient dan wel het probleem zich aan dat het Hof van Justitie zich moet gaan uitlaten over de materiële reikwijdte grondrechten uit de UVRM. Het nadeel dat op VN-niveau geen rechtsbescherming wordt geboden, kan daarbij in deze ook worden beschouwd als een voordeel voor het Hof van Justitie. Deze omstandigheid biedt het Hof de ruimte zelf toe te zien op de verplichting, zoals die mede voortvloeit uit de UVRM, om adequate rechtsbescherming te bieden bij plaatsing op een VN-terreurlijst. Het Hof van Justitie zou als lijn kunnen kiezen dat de lidstaten van de Unie gehouden zijn om de VN-resoluties uit te voeren, onder het waarborgen van de grondrechten, nu ook die verplichting door de VN op de lidstaten is gelegd. Juist doordat het Hof van Justitie zich bevoegd acht om rechtsbescherming te bieden bij een *listing* op VN-niveau van een EU onderdaan, zorgt het Hof ervoor dat de individuele lidstaten aan hun verplichtingen – die niet alleen strekken tot het bevriezen van tegoeden, maar ook tot het bieden van rechtsbescherming daartegen – onder het Handvest voldoen.¹¹⁶ Daarbij is mijns inziens niet vereist dat het Hof zich de bevoegdheid aanmeet de besluiten van het Sanctiecomité te vernietigen. Voldoende is dat het Hof *de verordening* die uitvoering geeft op Unieniveau aan de VN-*listing* partieel kan vernietigen.¹¹⁷ Daarmee wordt de uitvoering van de VN-resolutie jegens die (rechts)persoon als het ware geschorst voor het domein van de Unie tot het moment dat een

113. Artikel 2 lid 3 IVBPR. Het IVBPR bevat geen bescherming van het recht op eigendom.

114. "6. States must ensure that any measure taken to combat terrorism comply with all their obligations under international law, and should adopt such measures in accordance with international law, in particular, international human rights, refugee, and humanitarian law."

115. Rijken 2009, p. 144.

116. Het Hof had daartoe kunnen voortborduren op het oordeel van het Gerecht dat de resoluties van de Veiligheidsraad wel kunnen worden getoetst aan het *ius cogens*, waaronder het Gerecht verstaat de internationaal publiekrechtelijke rechtsorde die geldt voor alle internationale rechtssubjecten, waaronder de organen van de Verenigde Naties, en waarvan niet kan worden afgeweken.

117. Vgl. het dictum in GEA 30 september 2010, T-85/09, EHRC 2010, 134 m.nt. Cuyvers (*Kadi II*).

Uniebesluit is genomen waartegen adequate rechtsbescherming heeft open gestaan.¹¹⁸

Een dergelijke koers lijkt nu ook het EHRM te varen. In de *Al-Jedda* uitspraak¹¹⁹ – die de onwettige detentie betrof van een Irakees met de Britse nationaliteit in Irak door Britse soldaten op verdenking van terroristische activiteiten – heeft het EHRM erop gewezen dat de VN niet alleen werd ingesteld ten behoeve van vrede en veiligheid, maar ook ter bevordering van het respect voor mensenrechten en ook de Veiligheidsraad verplicht is volgens deze beginselen te handelen.¹²⁰ In het licht hiervan – zo overweegt het EHRM – kan het niet de bedoeling van een resolutie van de Veiligheidsraad zijn lidstaten te verplichten tot schending van mensenrechten. Voorts moet worden aangenomen dat de Veiligheidsraad zich van expliciete bewoordingen bedient, wanneer hij de bedoeling heeft staten tot maatregelen te verplichten die in strijd komen met hun mensenrechtelijke verplichtingen, aldus het EHRM.¹²¹

7.4.11 De materiële toetsing van een VN-listing

In de *Kadi*-uitspraak heeft het Hof van Justitie een belangrijke stap gezet, door te aanvaarden dat hij bevoegd is om de handelingen te controleren van de organen van de Unie ter uitvoering van een *listing* door de Veiligheidsraad. Maar daarmee is een belangrijke vraag nog niet beantwoord. Een *listing* door de Veiligheidsraad geschiedt in de regel mede op basis van vertrouwelijke informatie, afkomstig van inlichtingendiensten. Wat gebeurt er indien de Veiligheidsraad de informatie op grond waarvan de *listing* heeft plaatsgevonden, niet of slechts ten dele wenst te openbaren? In de *Kadi*-uitspraak heeft het Hof alleen overwogen dat de gronden die tot *listing* hebben geleid aan hen dienen te worden medegedeeld. De belangrijke – nog door het Hof van Justitie te beantwoorden vraag – betreft de vraag: wat vergt het beginsel van hoor en wederhoor in deze en wanneer is sprake van een voldoende effectief rechtsmiddel om op te komen tegen een *listing*.

118. Het vereiste dat een effectief rechtsmiddel dient te bestaan, vergt dat op last van de rechter deze mogelijkheid als een geoorloofde uitzondering moet worden beschouwd op de plicht van de VN-lidstaten de VN-resoluties uit te voeren.

119. EHRM 7 juli 2011, appl. nr. 27021/08, NJB 2011, 1662, NJ 2012, 431 m.nt. Keijzer, EHRC 2011, 157 m.nt. Den Heijer (*Al-Jedda t. Verenigd Koninkrijk*).

120. Art. 24 van het VN-Handvest.

121. Zie de *Al-Jedda*-uitspraak onder 101 en 102.

HOOFDSTUK 7

Volgens het rapport van Dick Marty¹²² – geschreven in 2007 in opdracht van de Raad van Europa – dient de *listing*-procedure de volgende rechten te waarborgen, wil zij kunnen voldoen aan de eisen die het EHRM stelt:

- (i) het recht om geïnformeerd te worden over de beschuldigingen;
- (ii) het recht om te worden gehoord en op een behoorlijke verdediging;
- (iii) het recht op een tijdige beslissing door een onafhankelijke rechter;
- (iv) het recht om te worden gecompenseerd bij schending van rechten;
- (v) duidelijke minimumeisen die gelden voor een *listing*;
- (vi) een *listing* dient beperkt te worden in de tijd. Ontoelaatbaar is dat personen jaren op een lijst staan, zonder dat de autoriteiten met voldoende bewijs komen om tot vervolging over te gaan.

Na de eerste *Kadi*-uitspraak is een nieuwe verordening ingevoerd om de uitvoering van het beginsel van hoor en wederhoor te verzekeren.¹²³ Op grond daarvan dient de Commissie een besluit tot *listing* mee te delen aan de betrokken personen, entiteiten, lichamen of groepen, zodat deze hun mening kunnen geven over het besluit. Ook aan Kadi zijn de redenen voor de *listing* – naar verluidt een samenvatting op een A4-tje – verstrekt. Hij heeft daarop zijn commentaar mogen geven, waarna de Commissie zijn verzoek tot *delisting* heeft verworpen. Kadi is vervolgens een nieuwe procedure gestart omdat hij vond dat met deze gang van zaken onvoldoende invulling was gegeven aan het recht op hoor en wederhoor.

Het Gerecht heeft Kadi inmiddels gelijk gegeven en is opvallend kritisch over de handelwijze van de Commissie.¹²⁴ Over het vereiste niveau van *review* overwoog het Gerecht dat uit de *Kadi*-uitspraak valt af te leiden dat in beginsel een *full review* is vereist, die niet alleen betrekking heeft op de redenen voor een *listing*, maar ook op het daaraan ten grondslag liggende bewijsmateriaal, waarbij het aan de Commissie is om technieken te bedenken waarbij specifieke

122. Marty 2007, onder 5.1 tot en met 5.3.

123. Verordening (EU) nr. 1286/2009 van de Raad van 22 december 2009 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 881/2002 tot vaststelling van bepaalde specifieke beperkende maatregelen tegen sommige personen en entiteiten die banden hebben met Usama bin Laden, het Al-Qa'idanetwerk en de Taliban.

124. GEA 30 september 2010, T-85/09, EHRC 2010, 134 m.nt. Cuyvers (*Kadi II*), nr. 123 : “*If the intensity and extent of judicial review were limited in the way advocated by the Commission and the intervening governments (see paragraphs 86 to 101 above) and by the Council (see paragraphs 102 to 111 above), there would be no effective judicial review of the kind required by the Court of Justice in Kadi but rather a simulacrum thereof.*”

informatie om legitieme veiligheidsredenen kan worden afgeschermd.¹²⁵ Tegen deze uitspraak is beroep ingesteld.

De stand van het recht op dit punt is bij het ter perse gaan van dit boek dus nog niet uitgekristalliseerd. Het wachten is in de eerste plaats op wat het Hof gaat beslissen in het hoger beroep dat is ingesteld naar aanleiding van de *Kadi II*-uitspraak.

7.4.12 De bevoegdheidsverdeling tussen het Hof van Justitie en het EHRM

Een interessant punt dat op de achtergrond nog een rol speelt is de verhouding tussen het Hof van Justitie en het EHRM wat betreft grondrechtenbescherming. Zolang de Unie geen partij is bij het EHRM zijn er *de facto* twee hoogste rechters die kunnen toetsen aan grondrechten: het EHRM wat betreft het EVRM en het Hof van Justitie wat betreft de grondrechten die zijn opgenomen in het Handvest wanneer deze in conflict komen met het Unierecht. In de *Bosphorus Airways t. Ierland* uitspraak heeft het EHRM overwogen dat zolang de Unie een niveau van mensenrechtenbescherming hanteert dat minstens vergelijkbaar is met de bescherming zoals die wordt geboden door het EVRM, het EHRM niet bevoegd is.¹²⁶ De vraag is echter wat het EHRM gaat doen, indien het Hof van Justitie zou nalaten de hiervoor besproken jurisprudentie van het EHRM te volgen bij de beoordeling van de materiële eisen die dienen te worden gesteld aan een procedure waarin een (rechts)persoon een *listing* aanvecht in de Unie.¹²⁷

De kans dat het Hof dit zal nalaten acht ik niet groot. De door het Hof van Justitie en het Gerecht ingezette koers getuigt van een grote wil om tot een effectieve grondrechtenbescherming – door het afdwingen van adequate rechtsbeschermings-instrumenten – bij (*de*)*listing*-procedures te komen. Daarnaast staat in de preambule van het Handvest dat het Handvest de rechten bevestigt zoals die onder meer voortvloeien uit de jurisprudentie van het EHRM. Ten slotte lijkt het ook onvermijdelijk dat Hof van Justitie zich uiteindelijk aan deze

125. GEA 30 september 2010, T-85/09, EHRC 2010, 134 m.nt. Cuyvers (*Kadi II*), nrs. 134 en 135.

126. EHRM 7 juli 2005, appl. nr. 45036/98, AB 2006, 273 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Bosphorus Airways t. Ierland*).

127. Het Marty-report (Marty 2007) overweegt hierover: “73. *In summary, ECtHR case-law requires some type of quasi-judicial remedy, with sufficient procedural guarantees including those detailed in Chahal, for blacklisted parties even under Article 13 ECHR. (...) 82. Bosphorus and a recent ECtHR decision, Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway, show that the ECtHR is willing to examine whether states are responsible for fundamental human rights violations under the ECHR in cases where only “manifestly deficient” protection was afforded.*”

HOOFDSTUK 7

koers van het EHRM zal moeten conformeren in het licht van de beoogde toetreding van de Unie tot het EVRM.¹²⁸

Kortom, vooralsnog wijst alles erop dat het Hof van Justitie aansluiting zal zoeken bij de jurisprudentie van het EHRM waar het gaat om de beantwoording van verdere vragen omtrent de eisen die kunnen worden gesteld aan procedures waarin wordt opgekomen tegen een *listing*.

7.4.13 Uitleiding

De conclusie na het voorgaande is dat een rechtspersoon die van rechtswege wordt verboden na plaatsing op een terreurlijst zich in beginsel geschaad ziet in zijn grondrecht op vrijheid van vereniging. De vraag is vervolgens of deze beperking van het recht op vrijheid van vereniging zich laat rechtvaardigen. Niet omstreden is dat de verdragsstaten onder het EVRM de vrijheid van vereniging mogen beperken omwille van het belang van de nationale veiligheid. Bij de vraag of een beperking kan worden gerechtvaardigd, is van belang of er een evenredige verhouding bestaat tussen het doel – het bevorderen van de veiligheid – en de mate en wijze waarop inbreuk wordt gemaakt op het recht op vrijheid van vereniging.

Om die vraag te beantwoorden is onderzocht in hoeverre een betrokken rechtspersoon rechtsmiddelen zou kunnen aanwenden tegen een *listing*. Gebleken is dat inmiddels tegen een *listing* in Nederland (die conform vast beleid ook leidt tot een *listing* op Unie-niveau) op een adequate manier kan worden opgekomen, waarbij de rechter eventuele vertrouwelijke informatie kan inzien zonder dat de betrokken rechtspersoon daarvan kennis kan nemen. Bij een toetsing op Unieniveau is nog niet duidelijk welk niveau van toetsing wordt verlangd door het Hof van Justitie. Het Gerecht heeft uit de *Kadi-I*-uitspraak afgeleid dat in beginsel volledige inzage dient te worden geboden in de redenen en bewijsmiddelen die ten grondslag liggen aan een *listing*, en de Commissie opgedragen verder over een adequate procedure na te denken waarbij ook recht kan worden gedaan aan het belang dat om veiligheidsredenen bepaalde informatie vertrouwelijk dient te blijven. Het probleem daarbij is dat het procesrechtreglement van het Hof op dit moment niet voorziet in de mogelijkheid dat stukken door de rechter *in camera* kunnen worden ingezien. Een ander probleem is dat met een *listing* die zijn oorsprong heeft op VN-niveau, het verkrijgen van relevante stukken niet steeds eenvoudig zal zijn. De opvatting van het Gerecht weerspiegelt hetgeen ook door het EHRM wordt vereist, wil men kunnen spreken over een effectief rechtsmiddel.

Zonder het bestaan van een effectief rechtsmiddel, zal Nederland het risico lopen op een veroordeling in Straatsburg omdat dan een inbreuk – zoals

128. Zoals voorzien in art. 6 lid 2 WVEU.

art. 2:20 lid 3 BW die maakt op de vrijheid van vereniging – wellicht niet steeds gerechtvaardigd kan worden. Bij gebrek aan rechtswaarborgen gaat het rechtsgevolg dat art. 2:20 lid 3 BW in het leven roept verder dan kan worden gerechtvaardigd in een democratische samenleving. De maatregelen die worden genomen ter bevordering van de veiligheid dienen in een evenredige verhouding te staan tot de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op het recht zich vrij te mogen verenigen. Dat het risico op een eventueel tekort in de rechtsbescherming zich met name kan voordoen bij een *listing* die zijn oorsprong heeft buiten Nederland, kan aan het voorgaande niet afdoen. Wanneer een *listing* op VN- of Unieniveau leidt tot een verbod van een rechtspersoon in Nederland (op grond van een Nederlands wetsartikel), zonder dat daartegen voldoende rechtsbescherming openstaat, voldoet Nederland niet aan zijn verplichtingen onder het EVRM.

Wanneer voldoende rechtsbescherming wordt geboden tegen een *listing* – ook wanneer de *listing* zijn oorsprong vindt op Unie- of VN-niveau – betreft de automatische sanctie waarin het derde lid van art. 2:20 BW voorziet nog steeds een vergaande maatregel. Het komt mij voor dat in een dergelijk geval Nederland toch niet zo snel een veroordeling door het EHRM riskeert. Nederland zal kunnen betogen dat het belang van de nationale veiligheid en de openbare orde in het geding is. Uit de jurisprudentie van het EHRM leid ik af dat wanneer een rechtspersoon wordt verboden vanwege criminele of openbare orde versturende activiteiten, de verdragsstaten een vrij ruime marge wordt gelaten wat betreft verbodsbeslissingen.¹²⁹

7.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is de verenigbaarheid van het bepaalde in art. 2:20 BW met art. 11 EVRM onderzocht. Art. 11 staat toe dat de verdragsstaten de vrijheid van vereniging beperken voor zover dat noodzakelijk geacht kan worden in een democratische samenleving in het kader van de nationale veiligheid, openbare orde, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Uit met name het *Hells Angels*-arrest valt af te leiden dat de Hoge Raad deze uitzondering niet ruim wenst te verstaan, ook niet waar het betreft verenigingen met sterke criminele antecedenten. Daarmee lijkt de Hoge Raad strenger te toetsen dan door het EHRM wordt verlangd. Het EHRM lijkt met name kritisch te toetsen aan de vraag of een inbreuk kan worden gerechtvaardigd, waar politieke partijen in hun mogelijkheden worden beperkt. Het EHRM lijkt er

129. Vgl. EHRM 22 februari 2011, appl. nr. 6468/09, EHRC 2011, 93 m.nt. Kanne (*Association Nouvelle des Boulogne Boys t. Frankrijk*).

HOOFDSTUK 7

minder moeite mee te hebben dat een vereniging die mede verantwoordelijk wordt gehouden voor herhaaldelijke ernstige verstoringen van de openbare orde wordt verboden door de nationale rechter.

Ten aanzien van het bepaalde in art. 2:20 lid 3 BW – de verbodenverklaring van rechtswege voor rechtspersonen die op een terreurlijst zijn geplaatst – dient Nederland ervoor te waken dat een effectief rechtsmiddel bestaat tegen een *listing*. Bij gebrek aan rechtswaarborgen gaat het rechtsgevolg dat art. 2:20 lid 3 BW in het leven roept verder dan kan worden gerechtvaardigd in een democratische samenleving. De jurisprudentie – vooral op Unieniveau – is op dit moment nog sterk in ontwikkeling. In deze jurisprudentie is het belang van een adequate rechtsbescherming steeds prominenter geworden. Het belang dat veiligheidsdiensten hebben bij geheimhouding van hun bronnen en het belang van een eerlijk proces staan in deze procedures op gespannen voet met elkaar. In Nederland is het mogelijk dat bewijsmateriaal dat ten grondslag ligt aan een *listing* alleen door de (bestuurs)rechter zal kunnen worden ingezien teneinde de vertrouwelijkheid te bewaken. De procedure op Unieniveau – bij het Gerecht en het Hof van Justitie – voorziet vooralsnog niet in deze mogelijkheid. Het lijkt mij onvermijdelijk – mede in het licht van de jurisprudentie van het EHRM – dat ook op Unieniveau voorzien zal moeten worden in een dergelijke mogelijkheid.