

ICER-notitie

Vastgesteld door de ICER op 15 april 2009

De *Kadi*-uitspraak van het Hof van Justitie

Analyse van de juridische implicaties

Op 3 september 2008 heeft het Hof van Justitie uitspraak gedaan in de zaak *Kadi & Al Barakaat* (de *Kadi*-uitspraak).¹ In deze uitspraak vernietigt het Hof van Justitie EG-verordening 881/2002 voor zover deze uitvoering geeft aan door de VN-Veiligheidsraad ingestelde financiële sancties tegen Kadi en Al Barakaat. Het oordeel van het Hof van Justitie dat het bevoegd is om de EG-uitvoering van VN-verplichtingen aan de communautaire grondrechten te toetsen is een principiële uitspraak.

De uitspraak is allereerst van groot belang voor de EU-uitvoering van VN-sancties. Kadi en Al Barakaat zijn niet de enige die worden getroffen door de EU-uitvoering van VN-sancties. Verordening 881/2002 treft meer dan 400 personen en organisaties. Wat zijn de gevolgen van de *Kadi*-uitspraak voor hen? En wat zijn de gevolgen van de *Kadi*-uitspraak voor de EU-uitvoering van andere VN-sanctieregimes? Een eerste doel van deze notitie is een antwoord op deze vragen te formuleren en zo een juridisch kader te creëren dat de basis kan vormen voor de Nederlandse standpuntbepaling bij de discussies die op EU-niveau zullen opkomen naar aanleiding van de *Kadi*-uitspraak.

Maar de *Kadi*-uitspraak is niet alleen voor de EU-uitvoering van financiële sancties van belang. De uitspraak bevat belangrijke overwegingen over de verhouding tussen het EU en het VN-recht, en over de positie van grondrechten binnen het Europese recht. Deze notitie heeft ook tot doel om een analyse te maken van de *Kadi*-uitspraak als *leading case* in de communautaire rechtsontwikkeling. In dat opzicht heeft de notitie vooral een signalerende functie: op basis van deze ene uitspraak is het nog niet mogelijk om algemene conclusies en aanbevelingen te doen.

In deze notitie worden, na een korte samenvatting (§ 1), de mogelijke implicaties van de *Kadi*-uitspraak in kaart gebracht. Daarbij wordt niet alleen stil gestaan bij de mogelijke gevolgen van de *Kadi*-uitspraak voor de EG-uitvoering van financiële VN-sancties (§ 2), maar wordt ook ingegaan op de betekenis van de *Kadi*-uitspraak voor de Europese rechtsontwikkeling in meer algemene zin (§ 3). Deze notitie wordt afgesloten met een aantal concrete aanbevelingen en conclusies (§ 4).

1. Samenvatting van de *Kadi*-uitspraak

De VN-Veiligheidsraad heeft een aantal resoluties aangenomen op grond waarvan de VN-leden verplicht zijn te goeden te bevriezen van personen en entiteiten die banden hebben met Taliban, Bin Laden en Al-Qa'ida. Dit sanctieregime vindt zijn oorsprong in VN-Resolutie 1267 en is in latere resoluties verder uitgewerkt. Door een zgn. sanctiecomité (bestaande uit alle leden van VN-Veiligheidsraad) wordt een lijst vastgesteld van personen en entiteiten die banden hebben met Taliban, Bin Laden en Al-Qa'ida (de VN-terrorislijst). Het sanctiecomité besluit hiertoe met unanimitieit van stemmen op grond van voorstellen van de VN-lidstaten. Plaatsing op de VN-terrorislijst kan niet worden aangevochten voor een onafhankelijke instantie. Wel is het mogelijk om bij het zgn. Focal Point een verzoek tot

¹ HvJ EG 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P (*Kadi & Al Barakaat/Raad*), n.n.g.

delisting in te dienen. Op een dergelijk verzoek wordt vervolgens door het sanctiecomité een beslissing genomen. Tegen deze beslissing staat geen verdere beroepsmogelijkheid open. De rechtsbescherming rond VN-listing is al geruime tijd onderwerp van kritiek. Nederland is een van de (weinig) VN-lidstaten die zich actief inzetten voor verdere verbetering van de procedurele waarborgen rond VN-listing.

De financiële sancties tegen de personen en organisatie op de VN-terrorisielijst worden in de EG uitgevoerd via een verordening van de Raad op grond van artikelen 60, 301 en 308 EG (de EG-bevriezingsverordening)². In bijlage 1 van de bevroezingsverordening staan alle personen en organisaties op wie de bevroezingsverordening van toepassing is. Kadi en Al Barakaat zijn beiden opgenomen in bijlage 1 en hebben beroep tot nietigverklaring tegen deze EG-bevroezingsverordening ingesteld bij de rechter in Luxemburg. Zij voerden o.m. aan dat de EG onbevoegd zou zijn deze verordening vast te stellen en dat de verordening de fundamentele mensenrechten zou schenden. Het Gerecht heeft beide gronden afgewezen,³ in hogere voorziening heeft het Hof van Justitie zich op 3 september 2008 over deze kwesties uitgesproken.

Evenals het Gerecht oordeelt het Hof dat de artikelen 60, 301 en 308 EG gezamenlijk een voldoende rechtsgrondslag vormen voor de EG-bevroezingsverordening. Een belangrijk onderdeel in de analyse van het Gerecht vormde de overweging dat artikel 308 EG gebruikt kan worden om tweede pijler doelstellingen te verwezenlijken. Deze visie wordt door het Hof van Justitie afgewezen. Het Hof houdt zich aan een strikte uitleg van artikel 308 EG: het moet wel gaan om communautaire doelstellingen. Volgens het Hof is aan die voorwaarde voldaan, omdat door de communautaire aanpak een wildgroei van nationale bevroezingsmaatregelen - met onvermijdelijk nadelige gevolgen voor de interne markt - wordt voorkomen.

Vervolgens buigt het Hof zich over de vraag of, en ja in hoeverre, het bevoegd is om de bevroezingsverordening te toetsen op overeenstemming met de communautaire grondrechten. Het Hof overweegt dat een internationale overeenkomst geen inbreuk kan maken op de toetsing door het Hof van de geldigheid van EG-regelgeving aan de communautaire grondrechten. Het feit dat de EG-bevroezingsverordening uitvoering geeft aan verplichtingen op grond van Hoofdstuk VII van het VN-Handvest staat er dus niet aan in de weg, dat het Hof van Justitie deze verordening aan de communautaire grondrechten toetst. Dit oordeel wijkt af van de opvatting van het Gerecht van Eerste Aanleg in *Kadi*. Het Gerecht oordeelde namelijk dat de Europese rechter *niet* bevoegd is om de bevroezingsverordening te toetsen aan de communautaire grondrechten, omdat deze daarmee indirect de VN-Veilighedsresolutie aan het communautaire recht zou onderwerpen. Het Gerecht achtte zich wel bevoegd om de EG-bevroezingsverordening te toetsen aan normen die ook de VN-veiligheidsraad binden, te weten de normen van *jus cogens*.

Bij de inhoudelijke toets aan de communautaire grondrechten, komt het Hof tot de conclusie dat de rechten van verdediging (in het bijzonder het recht om te worden gehoord en het recht op een effectieve rechterlijke controle) zijn geschonden. Hierbij acht het Hof het van doorslaggevend belang dat Kadi en El Barakaat niet op de hoogte zijn gesteld van de redenen die aan de beslissing hen op de lijst te plaatsen ten grondslag liggen. Deze redenen zijn evenmin aan het Hof kenbaar gemaakt, waardoor het niet in staat was om de wettigheid van

² Verordening 881/2002 tot vaststelling van bepaalde specifieke beperkende maatregelen tegen sommige personen en entiteiten die banden hebben met Usama bin Laden, het Al-Qa'ida-netwerk en de Taliban, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 467/2001 van de Raad tot instelling van een verbod op de uitvoer van bepaalde goederen en diensten naar Afghanistan, tot versterking van het verbod op vluchten en verlenging van de bevroezing van tegoeden en andere financiële middelen ten aanzien van de Taliban van Afghanistan, Pb EG 2002, L 139/9.

³ GvEA 21 september 2005, zaak T-315/01 (*Kadi/Raad*) Jur. 2005, p. II-3649 en zaak T-306/01 (*Yusuf en Al-Barakaat/Raad*), Jur. 2005, p. II-3533.

de opname van Kadi en Al Barakaat in bijlage 1 van de EG-bevriezingsverordening te controleren. Het Hof aanvaardt dat de uit de financiële sancties voortvloeiende beperkingen van het eigendomsrecht in beginsel gerechtvaardigd kunnen zijn.⁴ Vanwege de eerder geconstateerde procedurele tekortkomingen bij het opleggen van de financiële sancties op EU-niveau concludeert het Hof dat ten aanzien van Kadi ook het recht op eigendom is geschonden. Het Hof vernietigt daarom de verordening in zoverre zij de tegoeden van Kadi en Al Barakaat betreft. Het Hof erkent dat onmiddellijke vernietiging van de verordening ernstige en onherstelbare gevolgen zou hebben. Het Hof merkt op dat de maatregel van bevrozing op zichzelf niet is aan te merken als ongeschikt of onevenredig en sluit niet uit dat het opleggen van die maatregel aan Kadi en Al Barakaat uiteindelijk ten gronde gerechtvaardigd is. Om deze reden geeft het Hof de Raad de gelegenheid om binnen drie maanden de door het Hof geconstateerde procedurele gebreken te herstellen. De rechtsgevolgen van de verordening blijven gedurende die periode in stand.

2. De gevolgen van de Kadi uitspraak voor de EG-uitvoering van financiële VN-sanctielijsten

2.1 Inleiding

Een eerste gevolg van de *Kadi*-uitspraak is dat binnen drie maanden maatregelen moeten worden genomen om de door het Hof geconstateerde gebreken ten aanzien van de EU-listing van Kadi en Al-Barakaat te herstellen. Op de follow-up die in dit verband op EU-niveau aan de *Kadi*-uitspraak is gegeven wordt eerst ingegaan (2.2). Vervolgens wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de *Kadi*-uitspraak gevolgen heeft voor andere personen en organisaties op de VN-terrorismelijst (2.3) en voor personen en organisaties op andere VN-sanctielijsten (2.4). De door het Hof geconstateerde mensenrechtelijke gebreken vormen een manco bij de communautaire uitvoering van alle VN-financiële sanctieregimes waarbij de lijst van personen en organisaties die het doelwit zijn van deze maatregelen op VN-niveau wordt vastgesteld. In paragraaf 2.4 ten slotte, wordt ingegaan op de gevolgen van een eventuele vernietiging van de EG-uitvoering van VN-sancties voor Nederland.

De VN-dimensie wordt in deze notitie niet uitgebreid behandeld. Duidelijk is dat voor de mensenrechtelijke problemen rond VN-listing uiteindelijk een oplossing zal moeten gevonden op VN-niveau. Het is helaas ook duidelijk dat een dergelijke oplossing op korte termijn niet te verwachten is, ondanks het feit dat twee EU-lidstaten tot de permanente leden van de VN-Veiligheidsraad behoren.⁵ Dit betekent dat er vooralsnog een spanningsveld blijft bestaan tussen de verplichting om uitvoering te geven aan financiële VN-sancties en de vanuit mensenrechtelijk perspectief aan deze uitvoering te stellen eisen.

In deze notitie wordt ook niet uitgebreid ingegaan op de EG-uitvoering van VN-Resolutie 1373. In deze VN-Resolutie worden de VN-lidstaten opgeroepen om financiële sancties in te stellen tegen personen en organisaties die betrokken zijn bij terrorisme. Ter

⁴ Zo overweegt het Hof in punt 363: “Gelet op het voor de internationale gemeenschap zo fundamentele doel van algemeen belang dat erin bestaat de bedreigingen van de internationale vrede en veiligheid door terroristische handelingen met alle middelen te bestrijden overeenkomstig het Handvest van de Verenigde Naties, kan de bevrozing van de tegoeden, financiële en andere economische middelen van de personen van wie de Veiligheidsraad of het sanctiecomité heeft vastgesteld dat zij banden hebben met Usama Bin Laden, het Al Qa’ida-netwerk en de Taliban, op zich niet als ongeschikt of onevenredig worden aangemerkt.”

⁵ Artikel 19 EU-Verdrag bepaalt dat lidstaten die tevens lid zijn van de Veiligheidsraad van de VN onderling overleg plegen en de overige lidstaten volledig op de hoogte houden. Lidstaten die permanent lid van de Veiligheidsraad zijn, dragen er bij de uitoefening van hun functie zorg voor de standpunten en belangen van de Unie te verdedigen, onverminderd de verantwoordelijkheden die krachtens het VN-Handvest op hen rusten.

uitvoering van deze Resolutie wordt door de EU een eigen sanctielijst van personen en organisaties die betrokken zijn bij terrorisme vastgesteld (de EU-terrorismlijst). Nu deze personen en organisaties niet door de VN zijn aangewezen als doelwit van financiële sancties speelt de VN-dimensie hier een veel minder grote rol. Toch is het interessant kort in te gaan op de procedurele waarborgen rond plaatsing op de EU-terrorismlijst. Uit de *Kadi*-uitspraak volgt immers dat de rechtsbescherming bij de EG-uitvoering van Resolutie 1267 moet worden verbeterd en het ligt voor de hand om daarbij aansluiting te zoeken bij de procedurele waarborgen rond plaatsing op de EU-terrorismlijst. De procedure voor plaatsing op de EU-terrorismlijst is gebaseerd op Gemeenschappelijk Standpunt 931/2001⁶ en verder uitgewerkt in de werkmethode van de ‘Werkgroep implementatie Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931’.⁷ De Raad beslist met unanimitéit over plaatsing op de EU-terrorismlijst. Een belangrijke voorwaarde voor plaatsing op de EU-lijst is het bestaan van een besluit van een bevoegde nationale instantie, zoals “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”.⁸ Van belang is verder dat in geval van plaatsing op de EU-terrorismlijst een zogenaamde Statement of Reasons wordt opgesteld. Hierin zet de Raad uiteen waarom hij van mening is dat aan de voorwaarden voor plaatsing op de EU-terrorismlijst is voldaan. Deze Statement of Reasons wordt aan betrokkenen gestuurd en zij worden gewezen op de mogelijkheid om bij de Raad een gemotiveerd verzoek in te dienen tot heroverweging van het listingsbesluit. Ook worden zij gewezen op de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen het besluit tot plaatsing op de EU-terrorismlijst bij het Gerecht van Eerste Aanleg. De eerste uitspraak van het Gerecht over de EU-terrorismlijst dateert van 12 december 2006 en betreft de EU-listing van MKO.⁹ Het Gerecht was in deze eerste uitspraak vooral kritisch ten aanzien van het feit dat de Raad niet voldoende gemotiveerd had waarom MKO op de EU-terrorismlijst was geplaatst. Naar aanleiding van deze uitspraak is de procedure voor plaatsing op de EU-terrorismlijst verbeterd en zijn de hierboven genoemde procedurele waarborgen, zoals het verstrekken van de Statement of Reasons geïntroduceerd. Op 23 oktober 2008 heeft het Gerecht zich voor de tweede keer uitgesproken over de listing van MKO.¹⁰ Uit deze uitspraak blijkt dat de verbeterde procedure voor plaatsing op de EU-terrorismlijst tegemoet komt aan de eerdere bezwaren van het Gerecht. Dat betekent overigens niet dat er rond de EU-terrorismlijst geen problemen meer zijn. Zo is de Raad in de uitspraak van 23 oktober door het Gerecht op de vingers getikt omdat hij onvoldoende rekening had gehouden met de toepasselijke procedurele voorwaarden bij een concreet besluit tot handhaving van MKO op de EU-terrorismlijst. Op 4 december 2008 heeft het Gerecht zich voor derde maal over de EU-listing van MKO uitgesproken.¹¹ Deze uitspraak volgde een dag na de hoorzitting. Dit is niet eerder in de geschiedenis van de Europese rechtspraak gebeurd. Het is een duidelijk signaal aan de Raad en ingegeven door het feit dat het Gerecht heeft willen voorkomen dat het een uitspraak zou doen die ondertussen door de feiten zou zijn achterhaald. De MKO I en MKO II

⁶ Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931 van 27 december 2001 betreffende de toepassing van specifieke maatregelen ter bestrijding van het terrorisme, Pb EU 2001, L 344/93.

⁷ Deze werkmethode zijn te vinden op: <http://consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/st10826-re01en07.pdf>.

⁸ Dit volgt uit artikel 1 lid 4 GS 2001/931. Uit de jurisprudentie van het Gerecht volgt dat de Raad bij een aanvankelijk besluit tot plaatsing moet controleren of er een besluit van een bevoegde nationale instantie is dat EU-listing rechtvaardigt. Bij een besluit tot handhaving op de EU-terrorismlijst moet de Raad de gevolgen die op nationaal niveau aan een dergelijke beslissing zijn gegeven controleren. Zie bijvoorbeeld GvEA 12 december 2006, zaak T-228/02 (*MKO/Raad*), punt 117.

⁹ GvEA 12 december 2006, zaak T-228/02 (*MKO/Raad*).

¹⁰ GvEA 23 oktober 2008, zaak T-256/07 (*MKO/Raad*).

¹¹ GvEA 4 december 2008, zaak T-284/04 (*MKO/Raad*).

uitspraak bleven namelijk zonder onmiddellijke gevolgen voor de EU-listing van MKO omdat er tussen het sluiten van de mondelinge behandeling en de uitspraak van het Gerecht al een nieuw raadsbesluit over de EU-listing van MKO was aangenomen, waarop de uitspraak geen betrekking had.

2.2 De follow up van de Kadi-uitspraak op EU-niveau met betrekking tot Kadi en Al-Barakaat

Onmiddellijk na de Kadi-uitspraak is door het Franse EU-voorzitterschap een verzoek ingediend bij het VN-sanctiecomité om de gronden voor de VN-listing van Kadi en Al-Barakaat aan de EU ter beschikking te stellen. De Belgische voorzitter van het sanctiecomité heeft op 21 oktober 2008 hieraan gehoor gegeven door het versturen van de ‘narrative summaries of reasons for listing’ aan het Franse voorzitterschap. Aan deze brief is overigens een lastige discussie in het sanctiecomité voorafgegaan. Het verstrekken van informatie over listings is in VN-kader nog onderwerp van debat. Er is dus ook geen zekerheid dat het sanctiecomité op toekomstige verzoeken eveneens positief zal reageren.

Vervolgens heeft de Raad het op EU-niveau verder aan de Commissie moeten over laten: op grond van artikel 7 lid 2 van de EG-bevriezingsverordening is de Commissie namelijk bevoegd om wijzigingen aan te brengen in Bijlage 1 van de EG-bevriezingsverordening, rekeninghoudende met de relevante besluiten van de VN-Veiligheidsraad. Bijlage 1 bevat de lijst van personen en organisaties op wie de EG-bevriezingsverordening van toepassing is. De Raad was dus niet bevoegd om zelf de herstelwerkzaamheden ten aanzien van de Europese uitvoering van de financiële sancties tegen Kadi en Al Barakaat uit te voeren. Op 2 december 2008 is de ‘herstelverordening’ van de Commissie in het Publicatieblad verschenen.¹² Hierin geeft zij aan dat zij Kadi en Al Barakaat een samenvatting heeft gestuurd van de door de VN gegeven redenen voor het instellen van financiële sancties en dat zij hen gelegenheid heeft gegeven daarop te reageren. De reactie van Kadi en Al Barakaat is door de Commissie in overweging genomen en uiteindelijk heeft de Commissie besloten dat Kadi en Al Barakaat aan financiële sancties moeten worden onderworpen, en hen aan Bijlage I van de EG-bevriezingsverordening toegevoegd. Tegen deze Commissieverordening staat opnieuw beroep open bij het Gerecht. Een dergelijk beroep zal zeer waarschijnlijk volgen en dan zal het Gerecht in eerste instantie moeten beoordelen of de door de Commissie gegeven uitvoering aan de Kadi-uitspraak voldoende is. Belangrijke vraag daarbij is hoe het Gerecht zal omgaan met de in de ‘narrative summary of reasons for listing’ opgenomen informatie. Mogen de Europese instellingen vertrouwen op de juistheid van deze informatie (zoals zij ook kunnen vertrouwen op de juistheid van een door een bevoegde nationale instantie genomen besluit)? Hoe moeten de Europese instellingen omgaan met een eventuele betwisting van deze informatie?

2.3 De gevolgen van de Kadi-uitspraak voor de overige personen op de EU-lijst ter uitvoering van Resolutie 1267

‘Oude listings’

Zoals gezegd, kleven de door het Hof van Justitie in Kadi geconstateerde mensenrechtelijke gebreken aan de gehele uitvoering van de VN-terrorismelijst in de Europese Unie. Er lopen voor het Hof van Justitie nog twee hogere voorzieningen van andere personen op de VN-terrorismelijst¹³ en voor het Gerecht van Eerste Aanleg zijn vijf zaken aanhangig.¹⁴ Met

¹² Commissie Verordening 1190/2008 van 28 november 2008, Pb EU 2008, L 322/25.

¹³ Zaken C-399/06 P (*Hassan/Commissie en Raad*) en C-403/06 P (*Ayadi/Raad*).

¹⁴ Zaken T-318/01 (*Othman/Raad*), T-135/06 (*Al-Faqih/Raad en Commissie*), T-136/06 (*Sanabel Relief Agency/Raad*), zaak T-137/06 (*Abdrabbah/Raad*) en zaak T-138/06 (*Nasuf/Raad*).

betrekking tot deze personen wordt getracht om op een soortgelijke wijze als ten aanzien van Kadi en Al Barakaat hoor en wederhoor op Europees niveau te introduceren. Of dit tijdig lukt, en of het Hof van Justitie en Gerecht de aldus geboden rechtsbescherming voldoende zullen vinden is nog een open vraag.¹⁵

Op de VN-terrorismlijst, en bijgevolg in bijlage 1 van de EG-bevriezingsverordening, staan in totaal meer dan 400 personen en organisaties. Ten aanzien van al deze personen en organisaties geldt dat bij hun opname in bijlage 1 van de EG-bevriezingsverordening de communautaire grondrechten, te weten de rechten van verdediging, niet in acht zijn genomen. Het is echter de vraag in hoeverre deze schending van de communautaire grondrechten alsnog kan worden ingeroepen. In beginsel kunnen deze personen en organisaties namelijk niet meer een direct beroep bij het Gerecht van Eerste Aanleg aanhangig maken, aangezien de termijn daarvoor is verlopen. Op grond van artikel 230 EG moet een beroep tot nietigverklaring binnen 2 maanden na het bekendmaken van de betwiste handeling worden ingediend. Volgens de algemene regels van communautaire rechtsbescherming zouden zij – nu zij verzuimd hebben gebruik te maken van een mogelijkheid tot een direct beroep – zich ook niet meer voor de nationale rechter op de ongeldigheid van de verordening kunnen beroepen.¹⁶ De enige vraag hier lijkt nog te zijn, vanaf welk moment de twee maanden termijn begint te lopen. Gezien de door het Hof van Justitie in *Kadi* geconstateerde gebreken, die hoofdzakelijk van procedurele aard zijn, is het goed mogelijk dat het Hof niet de datum van opname in het Publicatieblad bepalend zal achten, maar het moment waarop betrokkene op hoogte was/kon zijn van de tegen hem ingestelde communautaire maatregelen. Deze verruiming van de beroepstermijn zou echter voor het merendeel van de personen en organisaties uit bijlage 1 van de EG-bevriezingstermijn geen soelaas bieden, gezien de tijd die inmiddels is verstreken sinds hun plaatsing op de EU-lijst ter uitvoering van VN-Resolutie. Zij zijn immers in ieder geval bekend met het gegeven dat zij op de VN-terrorismlijst staan en dat deze opname verplicht tot het instellen van financiële sancties.

Een andere vraag is in hoeverre derden, bijvoorbeeld financiële instellingen die een dienst verlenen aan een in bijlage 1 opgenomen persoon of organisatie, de geldigheid van EU-listing kunnen aanvechten. Voor de nationale rechter heeft deze vraag zich nog niet voorgedaan. Er zijn door de nationale rechter al wel prejudiciële vragen gesteld over de *uitleg* van de EG-bevriezingsverordening.¹⁷ Het is mogelijk dat in vergelijkbare zaken voor de nationale rechter in de toekomst de vraag opkomt naar de *geldigheid* van het communautaire besluit om een bepaalde persoon of organisatie in bijlage 1 van de bevriezingsverordening op te nemen. Aangezien nationale rechters niet bevoegd zijn om zelf de ongeldigheid van een gemeenschapshandeling vast te stellen, zal de nationale rechter deze vraag aan het Hof van Justitie moeten voorleggen.¹⁸

Er is dus een zeker risico dat de EU-listing van de overige personen en organisaties op de VN-terrorismlijst voor de nationale rechter (prejudiciële procedure) of de Europese

¹⁵ Momenteel valt nog niet goed in te schatten of het Hof van Justitie in deze *Kadi*-‘kloonzaken’ eerder tot een uitspraak zal komen dan het Gerecht in de daar nu lopende zaken of in een eventuele Kadi II-uitspraak. Het is dus nog onduidelijk of de door de Commissie aan Kadi gegeven follow-up eerst door het Gerecht of door het Hof van Justitie zal worden getoetst.

¹⁶ HvJ EG 9 maart 1994, zaak C-188/92 (*TWD*), Jur. 1994, p. I-833.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 oktober 2007, zaak C-117/06 (*Möllendorf*) en de nu aanhangige zaak *M* (zaak C-340/08).

¹⁸ Dit volgt uit de zaak *Foto-Frost* (HvJ EG 22 oktober 1987, zaak 314/85, Jur. 1987, p. 4199). Een Hof van Justitie hanteert met betrekking tot de verwijzingsplicht een zeer strikte lijn. Zo bepaalde het Hof in de zaak *Gaston Schul* (HvJ EG 6 december 2005, zaak C-461/03, Jur. 2005, I-10513) dat de verwijzingsverplichting ook geldt indien de nationale recht zich moet uitspreken over de geldigheid van een bepaling uit een verordening, wanneer het Hof van Justitie een overeenkomstige bepaling uit een andere, vergelijkbare verordening reeds ongeldig heeft verklaard.

rechter (direct beroep) ter discussie wordt gesteld. Gezien het aantal zaken betreffende de EU-uitvoering van de VN-terrorismelijst dat tot op heden voor de nationale en Europese rechter loopt, is het niet waarschijnlijk dat er een hausse van zaken zal komen. Bovendien zal steeds de toepassing van de Verordening ten aanzien van specifieke personen of organisaties, en niet de verordening in haar geheel, ter discussie staan. Om deze reden valt een *ad hoc* oplossing in de gevallen waarin eventueel een 'oude' EU-listing ter discussie wordt gesteld, te prefereren boven het streven naar een alomvattende hersteloperatie met betrekking tot de oude listings. Dit is te meer het geval, daar een eventueel verzoek van de EU om informatie over de gronden voor listing ten aanzien van de complete VN-terrorismelijst bij het VN-sanctiecomité niet enthousiast zou worden ontvangen. Zoals hierboven al aangegeven (2.1) is er in VN-kader nog een discussie gaande over het openbaar maken van de gronden voor de listing van specifieke personen en entiteiten onder Resolutie 1267.

'Nieuwe listings'

Voor nieuwe listings (dat wil zeggen personen en organisaties die na de *Kadi*-uitspraak door het VN-sanctiecomité op de VN-lijst zijn geplaatst) ligt de situatie anders. In die gevallen volgt de Commissie al dezelfde procedure als in het geval van *Kadi* en Al Barakaat. In de Commissie-Verordening ter wijziging van de EU-lijst wordt vermeld dat betrokkenen personen zullen worden geïnformeerd over de redenen van listing.¹⁹ De Commissie beschikte op het moment dat zij de Verordening tot stand bracht nog niet over deze informatie. Op het moment van schrijven van deze notitie is nog niet duidelijk of het VN-sanctiecomité bereid is de door de Commissie benodigde informatie te verstrekken.

Deze uitvoering van de *Kadi*-uitspraak door de Commissie wordt overigens als een voorlopige oplossing gezien. De machtiging aan de Commissie in artikel 7 van de EG-bevriezingsverordening om de noodzakelijke wijzigingen in bijlage 1 door te voeren, was gebaseerd op de veronderstelling dat er bij de EU-uitvoering van de VN-terrorismelijst geen enkele afweging hoeft te worden gemaakt. Deze veronderstelling is onjuist, zo heeft het Hof van Justitie in *Kadi* duidelijk gemaakt. Als gevolg hiervan heeft het besluit tot opname in bijlage 1 een heel ander, veel politieker, karakter gekregen. Het is daardoor niet langer een besluit dat aan de Commissie kan worden gelaten, maar een besluit dat ook of alleen de betrokkenheid van de Raad vergt. De *Kadi*-uitspraak noodzaakt dan ook tot een aanpassing van de procedure voor EU-listing. Op het moment van schrijven van deze notitie werkt de Commissie aan een voorstel voor een aanpassing van de EG-bevriezingsverordening. Het Commissievoorstel wordt voorjaar 2008 verwacht. Wat betreft de procedure voor EU-listing lijken er twee opties te zijn: besluitvorming door de Raad en besluitvorming door middel van comitologie. Uiteraard kan een definitief standpunt pas worden bepaald zodra het Commissievoorstel op tafel ligt, maar vooralsnog lijkt de eerste optie de voorkeur te verdienen. Zoals hierboven beschreven (zie inleiding § 2) beslist de Raad met unanimitéit van stemmen over plaatsing op de EU-terrorismelijst ter uitvoering van Resolutie 1373. Aangezien de vaststelling en wijziging van de lijst een uitvoeringshandeling betreft, heeft de Raad zich hier het recht voorbehouden om zelf de uitvoeringsbevoegdheden uit te oefenen. Dit blijkt ook expliciet uit Verordening 2580/2001. Een specifiek uitvoeringsvoorbehoud voor de Raad is alleen mogelijk in bijzondere gevallen, waaronder dus ook de plaatsing op de EU-terrorismelijst. Nu als gevolg van de *Kadi*-uitspraak bij de EG-uitvoering van VN-Resolutie 1267 procedurele waarborgen moeten worden ingebouwd, is het wenselijk en ligt het voor de

¹⁹ Zie bijvoorbeeld Verordening 1109/2008 van de Commissie van 6 november 2008 tot 100^e 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'ida-netwerk en de Taliban, Pb EU 2008, L

hand zoveel mogelijk aan te sluiten bij het systeem van de EU-terrorismelijst uitvoering van VN-Resolutie 1373.

2.4 De EG-uitvoering van financiële sancties tegen individuen op andere VN-lijsten

De door het Hof van Justitie geconstateerde gebreken in procedurele bescherming op EU-niveau doen zich ook voor bij andere financiële VN-sanctieregimes waarbij op VN-niveau de lijsten worden vastgesteld van de personen en organisaties die doelwit zijn van de financiële sancties. Voorbeelden hiervan zijn de VN-sanctieregimes ten aanzien van Liberia²⁰ en Somalië²¹. Welke gevolgen heeft de *Kadi*-uitspraak voor de EG-uitvoering van deze andere lijsten? Er is geen reden te veronderstellen dat het Hof van Justitie, en in navolging daarvan het Gerecht, ten aanzien van de EG-uitvoering van deze lijsten tot een ander oordeel zou komen wat betreft de toepasselijkheid van de communautaire grondrechten.²² Dit betekent dat ook ten aanzien van deze lijsten de Europese rechter zal eisen dat betrokkenen worden geïnformeerd over de redenen voor listing en in gelegenheid worden gesteld om hun opmerkingen daarover te maken. In het algemeen zal het wel eenvoudiger zijn om duidelijk te maken waarom het gerechtvaardigd is dat een bepaalde persoon of organisatie op zo'n 'landenlijst' wordt geplaatst. Betrokkenheid bij een bepaald regime zal over het algemeen eenvoudiger vastgesteld kunnen worden, dan dat iemand banden heeft met Al-Qa'ida of de Taliban.

Momenteel zijn er geen zaken bij het Gerecht en Hof van Justitie aanhangig betreffende de EG-uitvoering van andere VN-sanctieregimes. In de discussies over de follow-up van *Kadi* op EU-niveau heeft de vraag in hoeverre er ook maatregelen moeten worden genomen met betrekking tot de EG-uitvoering van andere VN-sanctieregimes vooralsnog niet de hoogste prioriteit. Zodra er echter een nieuwe EG-verordening is ter uitvoering van VN-Resolutie 1267 zal er een meer horizontale discussie over de gevolgen van de *Kadi* uitspraak op EU-niveau van start gaan,

2.5 Gevolgen van vernietiging EG-uitvoering VN-sancties voor Nederland

Een eventuele vernietiging van de EG-uitvoering van financiële VN-sancties heeft direct gevolgen voor de uitvoering van deze sancties in Nederland. Nederland geeft niet zelfstandig uitvoering aan deze sancties, maar in EU-verband. De Nederlandse inbreng is over het

²⁰ VN-Resolutie 1532 van 12 maart 2004 voorziet in financiële sancties tegen Charles Taylor, zijn naaste familie, hoge functionarissen van het voormalige Taylor regime en door de VN aangewezen personen en entiteiten met banden met dit regime.

²¹ VN-Resolutie 1844 van 20 november 2008 voorziet in financiële sancties tegen door de VN aangewezen personen en entiteiten die de vrede, veiligheid en stabiliteit van Somalië in gevaar brengen.

²² Vooralsnog heeft alleen het Gerecht zich over de EG-uitvoering van dergelijke VN-sancties uitgesproken. Het Gerecht heeft daarbij steeds dezelfde benadering gekozen als ten aanzien van de EG-uitvoering van de VN-terrorismelijst in zijn *Kadi* uitspraak. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van het Gerecht van 31 januari 2007 over de EG-uitvoering van de VN-listing van de heer Minin vanwege diens banden met het Liberia regime van Charles Taylor, zaak T-362/04 (*Minin/Raad*). In punt 101 van die uitspraak overweegt het Gerecht ten aanzien van de stelling van Minin dat de EG-uitvoering van zijn VN-listing in strijd is met de communautaire grondrechten: "In die omstandigheden (...) moeten verzoekers argumenten betreffende de vermeende schending van zijn fundamentele rechten, eigendomsrecht en recht van verweer worden afgewezen tegen de achtergrond van de arresten Yusuf, Kadi en Ayadi, waarin in wezen identieke argumenten zijn afgewezen op gronden die in essentie betrekking hadden op de voorrang van de regels van volkenrecht van de Verenigde Naties op het gemeenschapsrecht, de dienovereenkomstige beperking van het toezicht door het Gerecht op de wettigheid van communautaire handelingen die uitvoering geven aan besluiten van de Veiligheidsraad of van zijn sanctiecomité, en het ontbreken van schending van het jus cogens door maatregelen tot bevrozing van tegoeden als de onderhavige." Tegen de uitspraak van het Gerecht is geen hogere voorziening ingediend bij het Hof van Justitie.

algemeen beperkt tot het zorgdragen voor de handhaving van de bevrozingsmaatregelen waarin de communautaire regelgeving ter uitvoering van de VN-sancties voorziet. Dit gebeurt door overtreding van deze regelgeving strafbaar te stellen in een zogenaamde sanctieregeling. Deze sanctieregelingen hebben hun basis in de Nederlandse Sanctiewet. Overtreding van het financiële sanctieregime is een economisch delict in de zin van artikel 1, onder 1 Wet op de Economische Delicten. Indien opzettelijk begaan (misdrijf) riskeert de overtreder een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaar of geldboete van de vijfde categorie (€ 74.000), in andere gevallen (overtreding) hechtenis van ten hoogste één jaar of geldboete van de vierde categorie (€ 18.500). Daarnaast kunnen nog bijkomende straffen worden opgelegd (artikel 7 WED), zoals ontzetting van het recht bepaalde beroepen uit te oefenen; gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming van de veroordeelde waarin het economische delict is begaan; openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak. De Autoriteit Financiële Markten en de Nederlandsche Bank houden toezicht op de naleving van het sanctieregime door financiële instellingen in Nederland.²³ Wanneer de EG-uitvoering van financiële VN-sancties tegen bepaalde personen en/of organisaties door de Europese rechter nietig wordt verklaard, heeft dit tot gevolg dat deze personen en organisaties in Nederland niet langer aan financiële sancties zijn onderworpen.

Wat betreft de financiële VN-sancties tegen terroristen is verder nog van belang dat personen en organisaties die op de Europese lijsten ter uitvoering van deze VN-sancties in Nederland automatisch verboden zijn. Hiertoe is aan artikel 2:20 BW een nieuw lid 3 toegevoegd met de volgende inhoud:

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.

De wet voorziet verder in strafbaarstelling van deelneming aan de voortzetting van de werkzaamheid van een dergelijke organisatie op grond van artikel 140 lid 2 Sr.

Wanneer de Verordeningen waarnaar in artikel 2:20 BW wordt verwezen door de Europese rechter ten aanzien van bepaalde organisaties nietig wordt verklaard, heeft dat tot direct gevolg dat deze organisaties in Nederland niet langer verboden zijn.

3. De Kadi-uitspraak als *leading case* in de communautaire rechtsontwikkeling

3.1 Inleiding

De Kadi-uitspraak bevat een aantal overwegingen van het Hof van Justitie die van meer algemeen belang zijn dan alleen voor de EG-uitvoering van financiële VN-sancties. In dit deel van de notitie wordt kort stil gestaan bij deze onderdelen van de Kadi-uitspraak. Het gaat daarbij om de verhouding tussen het EU-recht en het VN-recht (3.2) en de positie van grondrechten in het communautaire recht (3.3).

3.2 Verhouding tussen het EG-recht en VN-recht

Het is niet voor het eerst dat het Hof van Justitie uitspraak doet over de betekenis van verplichtingen onder het VN-Handvest in de communautaire rechtsorde. Nooit eerder heeft

²³ Zie Regeling Toezicht Sanctiewet 1977, *Stcr.* 2005, 188, p. 21.

het Hof echter zo duidelijk bepaald dat de communautaire uitvoering van VN-verplichtingen niet aan de door het Hof van Justitie geboden rechtsbescherming ontsnappen. Het Hof van Justitie volgt daarmee de conclusie van AG Maduro in *Kadi*. Het Hof van Justitie formuleert het als volgt: “*De toetsing door het Hof van de geldigheid van een gemeenschapshandeling aan de grondrechten vormt (...) de uitdrukking van een uit het EG-Verdrag als autonoom rechtsstelsel voortvloeiende constitutionele garantie waarop een internationale overeenkomst geen inbreuk kan maken.*” In tegenstelling tot het Gerecht, benadert het Hof van Justitie de botsing tussen de communautaire grondrechten en de verplichtingen onder het VN-Handvest niet als een botsing tussen internationaalrechtelijke verplichtingen.²⁴ Dit verklaart ook waarom artikel 103 van het VN-Handvest, dat in de uitspraak van het Gerecht nog een prominente rol speelt, door het Hof van Justitie nauwelijks wordt genoemd. Artikel 103 VN-Handvest bepaalt dat de verplichtingen onder het VN-Handvest voorrang hebben op verplichtingen krachtens andere internationale overeenkomsten. In punt 288 van *Kadi* merkt het Hof van Justitie met betrekking tot de voorrangsregel van artikel 103 VN-Handvest op: “*Verder zou een eventueel arrest van een communautaire rechterlijke instantie waarbij wordt vastgesteld dat een gemeenschapshandeling ter uitvoering van een dergelijke resolutie strijdig is met een hogere norm van de communautaire rechtsorde niet impliceren dat wordt getornd aan de voorrang van deze resolutie op internationaalrechtelijk vlak*”. Wel werpt dat de vraag op hoe een dergelijke voorrang geëffectueerd zou moeten worden indien het Hof van Justitie in een concreet geval zou concluderen dat een persoon of organisatie op wie de EG-bevriezingsverordening van toepassing is van de lijst gehaald moet worden, terwijl VN-besluiten nu juist verplichten tot handhaving van de betreffende financiële sancties.

De benadering van het Hof van Justitie is enigszins vergelijkbaar met de opstelling van de Duitse constitutionele rechter ten opzichte van het EG-recht. Deze hield zich het recht voor om de Duitse uitvoering van communautaire verplichtingen te toetsen aan de Duitse grondrechten, zolang niet op Europees niveau een adequate mensenrechtenbescherming bestond.²⁵ In *Kadi* zegt het Hof weliswaar niet uitdrukkelijk dat het zal afzien van de grondrechtelijke controle van de EG-bevriezingsverordening zodra op VN-niveau voldoende rechtsbescherming bestaat, maar dat kan wel uit de volgende overweging worden afgeleid: “*Een dergelijke immuniteit, die een belangrijke afwijking zou vormen van het bij het EG-Verdrag vastgestelde systeem van rechterlijke bescherming van de grondrechten, is immers niet gerechtvaardigd, aangezien deze herzieningsprocedure duidelijk niet de garanties van een rechterlijke bescherming biedt.*”²⁶

De *Kadi* uitspraak heeft indirect ook implicaties voor de positie van de nationale rechter ten opzichte van het EG-recht. Aan de ene kant is het post-*Kadi* voor het Hof van Justitie lastiger om nationale rechters in geval van constitutionele toetsing van EG-recht tot de orde te roepen. Waarom zouden nationale rechters zich ten opzichte van het EG-recht niet op een soortgelijke manier mogen opstellen als het Hof van Justitie ten opzichte van het VN-recht? Aan de andere kant is het risico van een dergelijke nationale constitutionele toets verkleind door de bereidheid van het Hof van Justitie om zorg te dragen voor een effectieve

²⁴ In deze notitie wordt geen waardeoordeel uitgesproken over de benadering van het Gerecht en het Hof van Justitie. Zowel de uitspraak van het Gerecht, als de recente Hof uitspraak hebben aanleiding gegeven tot de nodige discussie in de Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke literatuur. Zie bijvoorbeeld met betrekking tot de *Kadi* uitspraak van het Gerecht, C. Tomuschat, annotatie, *CMLRev.* 2005, p. 537-551 en P. Eeckhout, ‘Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit’, *ECLRev* 2007, p. 183-206. Zie met betrekking tot de Hofuitspraak, G. de Burca, ‘The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*’, *Jean Monnet Working Paper 01/09*.

²⁵ *Solange I*. In *Solange II* oordeelde het Bundesverfassungsgericht dat de mensenrechtenbescherming op EU-niveau afdoende was, en er bijgevolg geen noodzaak was voor een Duitse constitutionele toets.

²⁶ *Kadi*, punt 322.

mensenrechtenbescherming op EU-niveau, ook wanneer het gaat om de uitvoering van VN-verplichtingen.

Een belangrijke implicatie van de *Kadi*-uitspraak is dat niet kan worden uitgesloten dat in een bepaald concreet geval geen EG-uitvoering kan worden gegeven aan VN-verplichtingen, althans niet op een wijze die voor het Hof van Justitie aanvaardbaar is. In zo'n situatie, verschuift de vraag naar de verhouding tussen het VN-recht en het EU-recht naar de individuele EU-lidstaten. Het is duidelijk dat dit een onwenselijke situatie is, die moet worden voorkomen door op EU-niveau te zoeken naar oplossingen. In het onverhoopte geval dat dit niet mogelijk blijkt, en de discussie zich naar het niveau van de lidstaten verplaatst, zou de vraag kunnen opkomen naar de verhouding tussen de VN-verplichtingen, de op Nederland rustende communautaire verplichtingen en de verplichtingen onder het EVRM. Gezien het vooralsnog hypothetische karakter, blijft deze kwestie in deze notitie verder buiten beschouwing.

Voorlopig is het in Nederland niet mogelijk dat een rechter verdragsverplichtingen en wetten in formele zin toetst aan de Nederlandse grondwet.²⁷ Overigens zal de in te stellen Staatscommissie Grondwet zich buigen over de vraag of het grondwettelijk kader van doorwerking van internationale verplichtingen nog adequaat is, mede in het licht van het rechtsbeschermingsbeginsel. De wenselijkheid van een eventueel voorbehoud, op grond waarvan verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die in strijd zijn met wezenlijke waarden van de Nederlandse constitutie, geen voorrang hebben boven nationaal recht, is daarbij ook onderwerp van discussie.²⁸

3.3 De rol van grondrechten in het communautaire recht

In *Kadi* lijkt het Hof van Justitie een normenhiërarchie in het primaire EG-recht (d.w.z. het EG-Verdrag en de communautaire rechtsbeginselen) te introduceren. Zo overweegt het Hof met betrekking tot artikel 307 en 297 EG-Verdrag in punt 303 van *Kadi*:

Deze bepalingen kunnen evenwel niet aldus worden opgevat dat zij een afwijking toestaan van de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, die in artikel 6, lid 1, EU als grondslagen van de Gemeenschap worden beschouwd.

Artikel 307 EG biedt immers geenszins de mogelijkheid om de beginselen die behoren tot de grondslagen van de communautaire rechtsorde op de helling te zetten. Tot deze beginselen behoort het beginsel van de bescherming van de grondrechten, dat mede betrekking heeft op de controle door de gemeenschapsrechter van de wettigheid van gemeenschapshandelingen, meer bepaald van hun verenigbaarheid met deze grondrechten.

Artikel 307 EG-Verdrag bepaalt dat verplichtingen van de EU-lidstaten die voortvloeien uit overeenkomsten die zij zijn aangegaan voor hun EU-lidmaatschap door de bepalingen uit het EG-Verdrag niet worden aangetast. Algemeen wordt aanvaard dat deze bepaling ook betrekking heeft op de verplichtingen van de EU-lidstaten onder het VN-Handvest. In *Kadi* beperkt het Hof de betekenis van artikel 307 EG-Verdrag door te bepalen dat de daarin neergelegde regeling van de verhouding tussen de verplichtingen uit het EG-Verdrag en

²⁷ Op 2 december 2008 is in de Eerste Kamer het initiatiefvoorstel-Halsema (Kamerstuk nr. 28 331) in eerste lezing aanvaard. Dit wetsvoorstel beoogt de invoering van een toetsingsrecht van wetten in formele zin aan klassieke grondrechten.

²⁸ Kamerstukken II 2007-2008, 31 570, nr. 3. Het kabinet ziet in dit kader geen reden om de voorrang van mensenrechtenverdragen boven andere verdragen te verankeren in de Grondwet.

oudere verplichtingen van de EU-lidstaten niet opgaat wanneer het gaat om de toepassing van de communautaire grondrechten.

Vóór de *Kadi*-uitspraak heeft het Hof van Justitie altijd vermeden om de ene bepaling van primair recht boven de ander te plaatsen. Bijvoorbeeld, in de zaak *Union de Pequeños Agricultores* was door AG Jacobs een verruiming van het strenge Plaumann-criterium (inzake toegang van het individu tot de Europese rechter op grond van artikel 230 EG) bepleit. Het Hof overwoog met betrekking tot de eis dat de verzoeker individueel wordt geraakt:²⁹

Deze laatste voorwaarde moet weliswaar, gelet op de uiteenlopende situaties die een verzoeker kunnen individualiseren, worden uitgelegd in het licht van het beginsel van daadwerkelijke rechtsbescherming (zie, bijvoorbeeld, arrest van 2 februari 1988, *Van der Kooy/Commissie*, 67/85, 68/85 en 70/85, Jurispr. blz. 219, punt 14; arresten *Extramet Industrie/Raad*, reeds aangehaald, punt 13, en *Codorníu/Raad*, reeds aangehaald, punt 19), maar een dergelijke uitlegging mag deze voorwaarde, die uitdrukkelijk door het Verdrag wordt gesteld, niet tot een dode letter maken, omdat anders de grenzen van de door het Verdrag aan de communautaire rechter verleende bevoegdheden zouden worden overschreden.

Het is de vraag of het Hof van Justitie post-*Kadi* tot een zelfde oordeel zou zijn gekomen. In de recente uitspraak in de zaak *Masdar*³⁰ kan een bevestiging worden gevonden voor de opvatting dat het Hof in *Kadi* een normenhiërarchie in het primaire recht introduceert waarbij de constitutionele beginselen boven Verdragsbepalingen worden geplaatst. In deze zaak moet het Hof van Justitie zich uitspreken over de vraag of het mogelijk is om op grond van artikel 235 EG een beroep tegen de Commissie in te stellen op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Na te hebben opgemerkt dat een beroep wegens ongerechtvaardigde verrijking strik genomen niet onder de regeling van niet-contractuele aansprakelijkheid uit artikel 235 EG-Verdrag valt oordeelt het Hof:

Ondanks die kenmerken kan echter de mogelijkheid om een beroep wegens ongerechtvaardigde verrijking tegen de Gemeenschap in te stellen de justitiabele niet worden geweigerd op grond dat het EG-Verdrag niet uitdrukkelijk in een rechtsmiddel voor een dergelijke actie voorziet. Een uitlegging van de artikelen 235 EG en 288, tweede alinea, EG die deze mogelijkheid uitsluit, zou leiden tot een resultaat dat in strijd is met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming zoals dat is erkend door de rechtspraak van het Hof en opnieuw is bevestigd in artikel 47 van het op 7 december 2000 te Nice vastgestelde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PB C 364, blz. 1) (zie arresten van 13 maart 2007, *Unibet*, C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punt 37, en 3 september 2008, *Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie*, C-402/05 P en C-415/05 P, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 335).

Indien er inderdaad een normenhiërarchie bestaat in het primaire EG-recht, rijst de vraag welke normen precies kunnen worden beschouwd als ‘constitutionele beginselen’ die het Hof van Justitie boven de overige bepalingen van primair recht plaatst. Daaronder vallen dus in ieder geval de communautaire grondrechten. Maar vallen er ook nog andere normen onder? Bijvoorbeeld de bepalingen inzake het EU-burgerschap waarover het Hof van Justitie bij herhaling heeft verklaard dat het EU-burgerschap de primaire status van de onderdanen van de lidstaten dient te zijn.³¹ Een tweede vraag is welke consequenties de kwalificatie van een norm als constitutioneel beginsel heeft. Betekent dat dat een dergelijke norm kan worden ingeroepen om bepalingen van primair EG-recht aan te vechten? Kan bijvoorbeeld met een beroep op de communautaire grondrechten de geldigheid van het Protocol betreffende de toepassing van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie op Polen en het

²⁹ HvJ EG 25 juli 2002, zaal C-50/00 P (*UPA/Raad*).

³⁰ HvJ EG 16 december 2008, zaak C-47/07 P (*Masdar/Commissie*).

³¹ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 15 maart 2005, zaak C-209/03 (*Bidar*).

Verenigd Koninkrijk bij het Verdrag van Lissabon worden aangevochten? Over het antwoord op dergelijke vragen valt nu nog slechts te speculeren. Wel is duidelijk dat het Hof van Justitie met de *Kadi*-uitspraak de deur naar constitutionele toetsing van het primaire EG-recht heeft open gezet.

4. Conclusies en aanbevelingen

- In *Kadi* oordeelt het Hof van Justitie dat het bevoegd is om de EG-uitvoering van VN-Resolutie 1267 te toetsen aan de communautaire grondrechten.
- Volgens het Hof zijn bij de EG-uitvoering van Resolutie 1267 de rechten van verdediging, in het bijzonder het recht om te worden gehoord en het recht op een effectieve rechterlijke controle, geschonden.
- Dit oordeel resulteert in een spanningsveld tussen de verplichting uitvoering te geven aan VN-Resolutie 1267 en de vanuit communautair perspectief aan deze uitvoering te stellen eisen.
- Voor de mensenrechtelijke problemen rond plaatsing op de VN-terrorismelijst moet uiteindelijk een oplossing worden gevonden op VN-niveau.
- Zolang een dergelijke oplossing niet is gevonden, dient er voor worden gezorgd dat bij de uitvoering van VN-Resolutie 1267 op EU-niveau de communautaire grondrechten in acht worden genomen.
- De *Kadi*-uitspraak noodzaakt tot aanpassing van de EG-bevriezingsverordening ter uitvoering van VN-Resolutie 1267. Het is wenselijk dat bij de inrichting van de nieuwe procedure voor de EG-uitvoering zoveel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij de procedure voor plaatsing op de EU-terrorismelijst ter uitvoering van VN-Resolutie 1373.
- Ook bij de EG-uitvoering van andere financiële VN-sanctieregimes moet rekening worden gehouden met de *Kadi*-uitspraak.
- De *Kadi*-uitspraak impliceert dat niet kan worden uitgesloten dat in een bepaald concreet geval geen EG-uitvoering kan worden gegeven aan VN-verplichtingen, althans niet op een wijze die voor het Hof van Justitie aanvaardbaar is. In dat geval verschuift de vraag naar de verhouding tussen het VN-recht en het EU-recht naar de individuele EU-lidstaten. Het is duidelijk dat dit een onwenselijke situatie is, die moet worden voorkomen door op EU-niveau te zoeken naar oplossingen.
- Het is vooralsnog niet mogelijk dat een Nederlandse rechter de uit het VN-Handvest voortvloeiende verplichtingen toetst aan de Nederlandse grondwet.

Bij het opstellen van deze notitie waren betrokken:

Prof. dr. N.M. Blokker (BZ, DJZ/IR), mr. M.K. Bulterman (secr. ICER, BZ), mr. J. Dreessen (JUS), mr. H. Klok (BZK)

De voorbereidende werkzaamheden aan deze notitie zijn afgerond op 21 januari 2009. Op eventuele ontwikkelingen na die datum wordt in de notitie niet ingegaan.