

De Yusuf en Kadi-uitspraken in perspectief. Nieuwe verhoudingen in de interne en externe bevoegdheden van de Europese Unie *

55

R.H. van Ooik en R.A. Wessel**

In de zaken Yusuf en Kadi laat het Gerecht van eerste aanleg zien dat op het terrein van de economische sancties de eenheid van de Unierechtsorde een bijzondere rol speelt waar het gaat om de interne bevoegdheidsafbakening. Tegelijkertijd eigent het Gerecht zich op het externe vlak verreikende bevoegdheden toe met betrekking tot de toetsing van resoluties van de VN- Veiligheidsraad aan hogere internationaal-rechtelijke normen van ius cogens. Wanneer deze bevoegdheden in beroep door het Hof bevestigd worden, heeft dit implicaties voor zowel de verhouding tussen de Unie-pijlers als voor de verhouding tussen Europees recht en VN-recht.

rechten. In dat gedeelte komen achtereenvolgens aan de orde: de humanitaire consequenties van het bevrozen van financiële tegoeden, het recht om vooraf gehoord te worden en het recht op toegang tot de rechter (par. 8 en 9). We sluiten af met de samenkomst van hoofdlijnen (par. 10). Gelet op de grote overlap tussen beide zaken had een voeging voor de hand gelegen. De enigszins uiteenlopende feiten hebben het Gerecht wellicht genoopt tot een aparte behandeling. Wij volgen in dit artikel hoofdzakelijk de structuur van het Yusuf-arrest, dat op onderdelen net wat uitgebreider is dan de Kadi-uitspraak.

SEW-NUMMER 6 • JUNI 2006

1. Inleiding

Het staat nu al vast dat de Yusuf en Kadi-uitspraken van het Gerecht¹ zullen gaan behoren tot de leidende uitspraken op het terrein van de verhouding tussen Unie-/Gemeenschapsrecht en internationaal recht, ook al moet het Hof nog het laatste woord spreken.² De uitspraken bieden een rijkdom aan argumentatie die verdergaat dan de vraag of de Gemeenschap en de Unie gebonden zijn aan resoluties van de VN-Veiligheidsraad, en zijn tevens relevant voor de vraag naar de bescherming van fundamentele rechten in het geval van terrorismebestrijding. Daarnaast komt ook de 'horizontale' afbakening en samenhang van bevoegdheden tussen de EG en de EU aan bod op een wijze die nog niet eerder zo stellig is geweest.

In dit artikel zullen wij de verschillende dimensies van de uitspraken als volgt de revue laten passeren. Na een schets van feitelijk en juridisch kader (par. 2), gaan wij in op de bevoegdheid van de EU inzake het instellen van economische sancties, vooral ook tegen particulieren (par. 3), waarvoor het gebruik van art. 308 EG nodig en mogelijk is (par. 4). Vervolgens kijken wij nader naar de keuze van het rechtsinstrument: was een verordening het juiste instrument? (par. 5). In paragraaf 6 staat de relatie tussen internationaal recht, met name VN-recht, en Europees recht centraal en daarna de relatie tussen *ius cogens* enerzijds en VN- en Europees recht anderzijds (par. 7), als opstap naar waar het eisers om gaat: het toetsen van de bevrozingsverordening aan fundamentele

2. Van Mujaheddin, via Taliban, naar Al-Qaïda

De feiten gaan terug tot 1999. Op 15 oktober 1999 nam de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties resolutie 1267 (1999) aan, waarbij hij met name veroordeelde dat Afghaans grondgebied nog steeds werd gebruikt om terroristen onderdak te verlenen en op te leiden en om terroristische daden voor te bereiden, daarmee zijn overtuiging bevestigende dat de bestrijding van het internationale terrorisme van wezenlijk belang is voor de handhaving van de vrede en de internationale veiligheid, en betreurde dat de Taliban toevlucht blijven verschaffen aan Usama bin Laden en hem evenals zijn bondgenoten blijven toestaan een netwerk van terroristische opleidingskampen vanaf het door hen gecontroleerde grondgebied te leiden, en Afghanistan te gebruiken als uitvalsbasis voor internationale terroristische activiteiten. In paragraaf 2 van deze resolutie verlangde de Veiligheidsraad, dat de Taliban Usama bin Laden

* Citeerwijze: R.H. van Ooik en R.A. Wessel, 'De Yusuf en Kadi-uitspraken in perspectief. Nieuwe verhoudingen in de interne en externe bevoegdheden van de Europese Unie', *SEW* 2006, 55.

** Ronald H. van Ooik is hoofddocent Europees recht aan de Universiteiten van Amsterdam en Utrecht; Ramses A. Wessel is hoogleraar Recht van de Europese Unie en andere internationale organisaties aan de Universiteit Twente.

1 GvEA 21 september 2005 (Tweede kamer, uitgebreid), zaak T-306/01, Ahmed Ali Yusuf en Al Barakaat International Foundation t. Raad en Commissie en zaak T-315/01, Yassin Abdullah Kadi t. Raad en Commissie. Voor een korte annotatie bij het arrest, zie T. Uyen Do, *RDE* 2005 p. 637-641 en N. Lavranos, *ECHR* 2005-11, nr. 106.

2 Zie de hogerberoepzaken C-415/05 P, Yusuf, en C-402/05 P, Kadi, beide nog aanhangig (*PbEG* 2006 C 36/19 resp. *PbEG* 2006 C 48/11).

onverwijld aan de bevoegde autoriteiten zouden uitleveren.

Om de nakoming van deze verplichting tot uitlevering te verzekeren, werd in paragraaf 4 sub b van resolutie 1267 (1999) bepaald dat alle staten, onder meer, de tegoeden en andere financiële middelen moeten bevriezen, verkregen uit goederen toebehorende aan de Taliban of al dan niet rechtstreeks door hen gecontroleerd, dan wel toebehorende aan of gecontroleerd door ondernemingen toebehorende aan of gecontroleerd door de Taliban, zoals aangewezen door het ter uitvoering van paragraaf 6 van deze resolutie ingestelde Sanctiecomité. Ook dienen alle staten erop toe te zien, dat noch de bedoelde tegoeden en andere financiële middelen noch andere aangewezen tegoeden en financiële middelen ter beschikking worden gesteld aan of gebruikt ten behoeve van de Taliban of van enige onderneming toebehorende aan de Taliban of al dan niet rechtstreeks door hen gecontroleerd, hetzij door hun eigen staatsburgers hetzij door andere personen die op hun grondgebied verblijven, behoudens in individuele gevallen en om humanitaire redenen door het Sanctiecomité verleende toestemming.

Kortom, de tijd dat de Amerikanen nog meevochten aan de zijde van de Mujaheddin (waaronder Usama bin Laden), rond 1980, was toen al, in 1999, definitief voorbij.

Resolutie 1267 (1999) was expliciet gerelateerd aan de aanwezigheid van de Taliban in Afghanistan. Om te zorgen dat staten zich zouden houden aan de sanctie-maatregelen, richtte resolutie 1267 (1999) het genoemde (VN-)Sanctiecomité op, dat is samengesteld uit vertegenwoordigers van dezelfde staten die zitting hebben in de Veiligheidsraad, dus inclusief de VS, en met de bevoegdheid tot het samenstellen van lijsten met personen en entiteiten die verdacht werden van betrokkenheid bij het Taliban-regime. Deze bevoegdheid werd ook nadrukkelijk vastgelegd in vervolgresolutie 1333 (2000), maar nu algemener omdat een link met een specifiek regime niet meer nodig was. Op 8 maart 2001 publiceerde dit Sanctiecomité een eerste lijst met verdachte personen en entiteiten.

Zoals gebruikelijk, noopte het aannemen van de VN-sanctieresoluties de EU tot het aannemen van uitvoeringsmaatregelen, met als eerste maatregel een Gemeenschappelijk Standpunt in het kader van het Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid (GBVB). Op 15 november 1999 nam de Raad Gemeenschappelijk Standpunt 1999/727/GBVB aan waarin de beperkende maatregelen van VR-resolutie 1267 (1999) werden overgenomen. Dit GBVB-besluit werd conform art. 60 en 301 EG gevolgd door een verordening van de Raad (337/2000).³ Deze cyclus werd herhaald na het aannemen van VR-resolutie 1333 (2000), op basis waarvan het Sanctiecomité de lijst met verdachte personen en entiteiten kon vaststellen en wijzigen. Het op 26 februari 2001 vastgestelde Gemeenschappelijke Standpunt 2001/154/GBVB werd op 6 maart 2001 gevolgd door Verordening 467/2001.⁴

De argumenten van Yusuf en Kadi zijn gericht op vernietiging van de weer latere vervolgerverordening 881/2002/EG van 27 mei 2002, aangenomen naar aanleiding van Gemeenschappelijk Standpunt 2002/402/GBVB van eveneens 27 mei 2002⁵ dat weer een reactie was op de

nieuwe VR-vervolgresolutie 1390 (2002), aangenomen door de Veiligheidsraad op 16 januari 2002 na de val van het Taliban-regime. Deze resolutie 1390 (2002) voorziet in beperkende maatregelen tegen Usama bin Laden, de leden van de Al-Qaïda-organisatie, de Taliban en andere daarmee verbonden personen, groepen, ondernemingen en entiteiten. In paragraaf 1 en 2 van die resolutie wordt in wezen voorzien in de handhaving van de maatregelen, met name de bevriezing van de tegoeden, die in de eerdere resoluties 1267 (1999) en 1333 (2000) zijn voorgeschreven.

3. Mogen economische sancties gericht zijn tot individuen of zelfs tot EU-lidstaten?

Sinds het Verdrag van Maastricht beschikt de EG-pijler over twee expliciete rechtsgrondslagen voor het nemen en uitvoeren van economische sancties, namelijk art. 301 EG en het specifiekere – want tot kapitaal- en betalingsverkeer beperkte – art. 60 EG. Onder beide verdragsbepalingen beslist de Raad met een gekwalificeerde meerderheid van stemmen, op voorstel van de Commissie. Deze twee rechtsgrondslagen zien uitsluitend op het, door de EG, onderbreken of beperken van economische relaties met *derde landen*. In casu waren de sancties evenwel gericht tegen particulieren, zowel van terrorisme verdachte burgers als daarvan verdachte particuliere groeperingen en entiteiten. Zoals hierboven gezegd, was de achterliggende VR-resolutie 1390 (2002) namelijk niet meer specifiek gerelateerd aan het Taliban-regime. Alvorens de lastige vraag te beantwoorden of de EG daartoe wel over een bevoegdheid beschikt, wijst het Gerecht eerst op de rechtsbasis van de eerdere Verordening 467/2001/EG die wel was gericht tegen het Taliban-regime toen dat nog aan de macht was in Afghanistan. Hierover stelt het Gerecht (in r.o. 108-124) dat deze verordening terecht op art. 60 en 301 EG was gebaseerd, ook al was deze mede gericht op bevriezing van tegoeden van particulieren zoals Usama Bin Laden. Deze particulieren werden namelijk getroffen in hun hoedanigheid van ‘agent’ van, of tenminste ‘verbonden met’, het Taliban-regime. Volgens het Gerecht verzet niets in de bewoordingen van art. 60 en 301 EG zich tegen de vaststelling van beperkende maatregelen die personen of organisaties rechtstreeks raken, ongeacht of zij al dan niet in de Gemeenschap zijn gevestigd, voorzover die maatregelen daadwerkelijk beogen de economische betrekkingen met een of meerdere derde landen geheel of gedeeltelijk te beperken. De in casu betrokken maatregelen vielen onder de zogeheten ‘intelligente sancties’ (*smart sanctions*), die in de loop van de jaren negentig in de praktijk van de VN zijn verschenen. Net zoals de

3 PbEG 1999 L 294/1 resp. PbEG 2000 L 43/1.

4 PbEG 2001 L 57/1 resp. PbEG 2001 L 67/1. Algemeen over deze wijze van implementeren van VN-sancties door de EU onder tweede en eerste pijler, zie R.A. Wessel, *The European Union's Foreign and Security Policy. A Legal Institutional Perspective*, Den Haag: Kluwer Law International, 1999, p. 175-178 en P. Eeckhout, *External Relations of the European Union*, OUP 2004, p. 424 e.v.

5 PbEG 2002 L 139, p. 9 resp. p. 4.

economische en financiële sancties de *leiders* van een derde land specifiek mogen treffen, in plaats van dat land als zodanig, dus inclusief de ‘gewone’ bevolking, moeten zij ook kunnen gelden, in de visie van het Gerecht, ‘voor de personen en entiteiten die met die leiders *verbonden* zijn, dan wel direct of indirect door hen worden gecontroleerd, zulks ongeacht waar zij zich bevinden’.

Wat de woonplaats en nationaliteit van die leiders en andere apparatsjiks betreft: het Gerecht stelt, ons inziens terecht, dat art. 60 EG en 301 EG geen doeltreffend middel zouden bieden om druk uit te oefenen op leiders die invloed hebben op de politiek van een derde land, indien de Gemeenschap niet op basis van die verdragsbepalingen maatregelen kon treffen tegen particulieren die niet hun woonplaats hebben in het betrokken derde land (Afghanistan) maar toch voldoende verbonden zijn met het regime waartegen de sancties zijn gericht. Ook is irrelevant dat een aantal van die personen onderdanen van een lidstaat (Zweden) blijken te zijn,⁶ omdat financiële sancties zich niet enkel tot de onderdanen van het betrokken derde land (Afghanen) kunnen beperken, willen zij in een kader van vrij verkeer van kapitaal doeltreffend zijn.

Lastiger is vervolgens de vraag naar de bevoegdheid van de EG/EU om economische sancties *tegen particulieren* te nemen, zoals het bevriezen van hun financiële goederen. De aangevochten Verordening 881/2002/EG was, zoals gezegd, niet langer gerelateerd aan het grondgebied van een bepaalde derde staat, maar had meer in het algemeen tot doel het internationaal terrorisme te bestrijden. Bijgevolg was deze verordening gericht tegen burgers en particuliere (terroristische) organisaties, genoemd in een bijlage bij de verordening, waaronder Usama bin Laden na de val van het Taliban-regime, en tegen het Al-Qaida-terreurnetwerk. De Raad had daarom art. 308 EG toegevoegd aan art. 60 en 301 EG; volgens eisers gaf echter ook deze driedubbele rechtsbasis geen voldoende bevoegdheid voor vaststelling van de aangevallen Verordening 881/2002/EG, dus voor maatregelen inzake het bevriezen van goederen van particulieren.

In een aantal belangwekkende en interessante overwegingen bepaalt het Gerecht echter dat, hoewel iedere rechtsbasis *afzonderlijk* inderdaad geen bevoegdheid geeft financiële goederen van particulieren te bevriezen, de drie rechtsgrondslagen *tezamen* wel deze bevoegdheid aan de Gemeenschap geven. Art. 60 en 301 EG afzonderlijk zijn niet voldoende omdat zij zich niet tot particulieren richten (r.o. 129-133). Art. 308 EG alleen lukt ook niet, want deze rechtsgrondslag is gericht op verwezenlijking van EG-doelstellingen, terwijl de strijd tegen het internationale terrorisme een EU-doelstelling is, want met zoveel woorden genoemd in art. 11 EU (inzake het GBVB), en niet bij de opsomming van doelstellingen en activiteiten van de Gemeenschap in art. 2 en 3 EG (r.o. 137). Maar dan komt het: art. 60 en 301 EG zijn zeer bijzondere rechtsgrondslagen omdat zijzelf al, vanaf het Verdrag van Maastricht, een ‘brug’ slaan tussen pijlers 1 en 2 (r.o. 159) – in de bijzondere context van art. 60 en 301 EG, is het gebruik van de *aanvullende* rechtsgrondslag van art. 308 EG, uit het oogpunt van het in art. 3 EU geformuleerde vereiste van samenhang inzake extern EU-optreden, naar de mening van het Gerecht, gerechtvaardigd, indien die twee bepalingen de EG niet de

noodzakelijke handelingsbevoegdheid geeft op het gebied van economische en financiële sancties, teneinde het door de Unie en zijn lidstaten uit hoofde van het GBVB nagestreefde doel te verwezenlijken (r.o. 160).

Een fascinerende redenering van het Gerecht, een soort van ‘1+1=3 redenering’ in de woorden van Prechal,⁷ maar één die ons inziens wel juridisch verdedigbaar is aangezien de twee rechtsgrondslagen zo nadrukkelijk pijlers 1 en 2 met elkaar verbinden. Dit is vooral zichtbaar in art. 301 EG: ‘Ingeval een gemeenschappelijk standpunt of een gemeenschappelijk optreden dat volgens de bepalingen van het Verdrag betreffende de Europese Unie die betrekking hebben op het *gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid*, is vastgesteld, meebrengt dat de Gemeenschap moet optreden om de economische betrekkingen met één of meer derde landen te onderbreken of geheel of gedeeltelijk te beperken, neemt de Raad de nodige urgente maatregelen.’ Waarna vervolgens art. 60 EG via art. 301 EG aan de GBVB-pijler wordt gekoppeld: ‘Indien in gevallen als bedoeld in artikel 301, een optreden van de Gemeenschap nodig wordt geacht, kan de Raad volgens de procedure van artikel 301 ten aanzien van de betrokken derde landen de nodige urgente maatregelen betreffende het kapitaalverkeer en het betalingsverkeer nemen.’ Wij erkennen echter dat hier ook heel goed anders over gedacht kan worden, vooral omdat de pijlers hun grondslag in verschillende verdragen vinden. Ook blijft met de brug van GBVB- naar EG-territoir de beperking tot ‘derde landen’ bestaan (in art. 60 en 301 EG) die niet zomaar kan worden weggepoetst en uitgebeid tot particulieren, ongeacht hun woonplaats en nationaliteit, door toevoeging van art. 308 EG. In beide zaken wordt in hoger beroep deze bevoegdheidskwestie dan ook uitdrukkelijk aan het Hof voorgelegd.

In ieder geval vormt voor diegenen die sinds het Verdrag van Maastricht gewezen hebben op de, steeds groeiende, eenheid van de Unierechtsorde,⁸ de argumentatie van het Gerecht een bevestiging van het idee dat de bevoegdheden van de Unie in alledrie de pijlers nauw met elkaar samenhangen. In r.o. 159-167 stelt het Gerecht met zoveel woorden dat het feit dat de Unie bepaalde doelstellingen heeft, impliceert dat de Gemeenschap op het terrein van economische sancties aanvullend gebruik kan maken van art. 308 EG. De artikelen hangen immers sterk met elkaar samen en, zoals het Gerecht in r.o. 161 stelt, ‘is (...) het optreden van de Gemeenschap dus in werkelijkheid een optreden van de Unie’.

Het Gerecht wijst daarbij op het enkelvoudige institutionele kader van de Unie (art. 3 EU) en de noodzakelijke

6 Ook al zal het niet gaan om de ‘stereotype blonde, blauwogige Scandinaviër’, vgl. R.A. Wessel, *The Invasion by International Organizations. De toenemende samenhang tussen de mondiale, Europese en nationale rechtsorde*, 2006, p. 6 (oratie UT: <http://www.bbt.utwente.nl/ces/research/otherpublicationsincluding/oratiwessel.pdf>).

7 S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie* (oratie UU), ELP 2006, p. 31.

8 Zie bijv. D. Curtin & I. Dekker, ‘The EU as a ‘layered’ international organization: institutional unity in disguise’, in: P. Craig & G. de Búrca, *The Evolution of EU Law*, OUP 1999, p. 83 en R.A. Wessel, ‘The inside looking out: consistency and delimitation in EU external relations’, *CML Rev.* 2000, p. 1135.

samenhang van haar gehele externe optreden. In dit geval is het voor het uitvoeren van het GBVB nodig dat er communautaire maatregelen op grond van art. 60, 301 en 308 EG worden genomen; zonder die maatregelen zou de Unie niet in staat zijn de GBVB-doelstellingen te bereiken. In casu behoort de strijd tegen het internationale terrorisme en de financiering daarvan ontegenzeggelijk tot de doelstellingen van de Unie in het kader van het GBVB, zelfs wanneer die strijd niet specifiek betrekking heeft op derde landen of hun leiders (r.o. 167). Zo wordt dus de beperking tot derde staten in art. 60 EG en in art. 301 EG opgeheven, en uitgebreid tot particulieren, door een brug te slaan naar doelstellingen uit een andere Unie-pijler. Het moge duidelijk zijn dat er hier sprake is van een zeer expliciete stap in de erkenning van de eenheid van de Unie-rechtsorde.

De volgende vraag die dan rijst, is of ook economische en financiële sancties van de EU/EG tegen een eigen *EU-lidstaat* mogelijk zijn, ex de GBVB-pijler (politiek besluit) en vervolgens ex art. 60, 301 en 308 EG (economische uitvoering). Immers, 'derde landen' mag van het Gerecht blijkbaar ook als 'particulieren', zelfs ongeacht nationaliteit en woonplaats, worden gelezen; waarom zouden we dan het begrip 'derde landen' niet kunnen lezen als ook 'tweede staten' omvattende, als tenminste art. 308 EG aan de toverdrank wordt toegevoegd? Denk (fictief) aan Polen dat een Al-Qaïda-trainingskamp opent, aan Griekenland dat een Hamas-studiecentrum tolereert, of aan Nederland dat de PKK niet daadwerkelijk verbiedt. Het zou dan niet uitmaken tegenover *wie* de economische sancties worden getroffen, derde land (art. 60 en 301), EU-lidstaat (art. 60, 301 en 308) of particulieren (art. 60, 301 en 308).

In lijn met de redenering van het Gerecht in Yusuf en Kadi lijkt ons een dergelijke bevoegdheid sancties tegen lidstaten te nemen heel wel denkbaar en verdedigbaar – hoewel het 'buitenlands' in de term GBVB het Gerecht of Hof ooit nog eens tot de andere conclusie zal kunnen doen besluiten. Dat deze sanctiemaatregelen ook daadwerkelijk door de EU/EG zullen worden genomen, is echter zeer onwaarschijnlijk omdat in de Raad van Ministers unanimitieit is vereist, zowel voor het politieke GBVB-besluit (art. 23 EU) als voor het EG-uitvoeringsbesluit (vanwege de noodzakelijke toevoeging van art. 308 EG aan art. 60 en 301 EG).⁹ En dan zullen Polen, Griekenland respectievelijk Nederland zich in de Raad wel verzetten en zeggen dat de situatie echt niet zo extreem ligt, en zij het internationale terrorisme zeker niet ondersteunen.

Buiten de sfeer van economische (inclusief financiële) sancties, kan de redenering dat art. 308 EG kan worden gebruikt om *Unie*-doelstellingen te verwezenlijken, ons inziens, echter niet worden gebruikt. Er moet een link met de materie van art. 60 en/of 301 EG kunnen worden gemaakt, dus met het onderwerp 'economische sancties'. Deze rechtsgrondslagen zijn namelijk, in de woorden van het Gerecht, 'zeer bijzondere bepalingen van het EG-Verdrag', omdat zij – zoals besproken – uitdrukkelijk zien op de mogelijkheid dat een optreden van de Gemeenschap noodzakelijk kan blijken te zijn om één van de doelstellingen van de Unie te verwezenlijken.

4. Het gebruik van art. 308 EG

Inzake het gebruik van deze rechtsgrondslag door de Raad, stelt het Gerecht dat aan de eerste voorwaarde voor gebruik ervan is voldaan, namelijk de afwezigheid van een *lex specialis*, in dit geval een EG-basis die expliciet over economische sancties tegen particulieren gaat (r.o. 136). Daarom wordt art. 308 EG ook wel aangeduid als de rechtsgrondslag voor 'onvoorziene gevallen', of als de 'restbevoegdheid' van de Gemeenschap. Het Gerecht gaat vervolgens uitgebreid in op de tweede voorwaarde voor art. 308-gebruik, namelijk dat doel en inhoud van de secundaire maatregel '*in verband*' gebracht moeten kunnen worden met de *doelstellingen* van de EG, zoals geformuleerd in art. 2 en 3 EG. Hier volgt het Gerecht, ons inziens terecht, nauwkeuriger de tekst van art. 308 EG dan het Hof deed in zijn EVRM-advies; daar werd het voldoende geacht dat de te nemen maatregel viel binnen 'het algemene kader dat gevormd wordt door het geheel van de bepalingen van het Verdrag', hoewel het Hof vervolgens toevoegde 'en in het bijzonder die waarin de taken en het optreden van de Gemeenschap worden omschreven'.¹⁰ De eis dat het EG-optreden noodzakelijk moet zijn 'in het kader van de gemeenschappelijke markt', dat ook als een voorwaarde voor art. 308-gebruik kan worden gelezen, en in de richting van een maatregel van economische aard wijst, komt in de uitspraken van Hof en Gerecht niet voor.¹¹

Volgens de Raad was de bestreden Verordening 881/2002/EG inderdaad gericht op verwezenlijking van EG-doelstellingen, want in de bestreden verordening werd gezegd dat het onderwerp 'binnen de werkingssfeer van het Verdrag' viel en dat, 'met name ter voorkoming van concurrentiedistorsies', communautaire wetgeving noodzakelijk was. Door het Gerecht wordt deze motivering, ons inziens terecht, als 'bijzonder laconiek' gekwalificeerd (r.o. 138).¹² Dat het bevrozen van tegoeden binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag zou vallen, is volgens het Gerecht 'een onbewezen uitgangspunt', en hoe dan ook kan daardoor geen van de art. 2 en 3 EG-doelstellingen worden verwezenlijkt. Inzake het voorkomen van concurrentiedistorsies was het idee van de Raad, blijkbaar, dat zonder de verordening de ene lidstaat de tegoeden van een persoon zou kunnen bevriezen, de andere lidstaat de tegoeden van diezelfde persoon niet, hetgeen tot concurrentievervalsing op de interne markt

9 Zogenoemde Titaandioxide-problemen (zaak C-300/89, Commissie t. Raad, *Jur.* 1991, p. I-2867) kunnen niet ontstaan omdat co-decisie niet in art. 60, 301 en 308 EG voorkomt.

10 Advies 2/94, *Jur.* 1996, p. I-1759, r.o. 30.

11 In de Europese Grondwet is deze eis geschrapt; zie de 'flexibiliteitsclausule' van art. I-18: 'Indien een optreden van de Unie in het kader van de beleidsgebieden van deel III nodig blijkt om een van de doelstellingen van de Grondwet te verwezenlijken zonder dat de Grondwet in de daartoe vereiste bevoegdheden voorziet, stelt de Raad van Ministers, op voorstel van de Europese Commissie en na goedkeuring door het Europees Parlement, met eenparigheid van stemmen passende maatregelen vast.'

12 Vooral bij gebruik van art. 308 – en ook art. 95 – is de motivatie inzake de gekozen rechtsbasis vaak zeer beknopt en/of zeer algemeen. Zie R.H. van Ooik, *De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie*, Kluwer 1999, p. 442-443.

zou kunnen leiden. Althans zoiets, maar de redenering is inderdaad, zoals het Gerecht aangeeft, te ver gezocht en ook onjuist: personen en entiteiten op de terroristenlijst zijn geen ondernemingen in de zin van de EG-mededingingsregels,¹³ en ook legt de Raad niet uit hoe de mededinging tussen de ondernemingen ongunstig kan worden beïnvloed door de toepassing van de beperkende maatregelen.

Hier trekt het Gerecht een interessante parallel met de *Tabaksreclame*-uitspraak van het Hof, waar deze voor het gebruik van art. 95 EG (interne markt) als rechtsbasis – kort gezegd – een enigszins serieuze belemmering van het vrij verkeer en/of een merkbare mededingingsverstoring eiste.¹⁴ Evenzo, indien de loutere vaststelling van een risico van verschillen (dispariteiten) tussen nationale regelingen en van het abstracte risico van daaruit voortvloeiende belemmeringen van het vrije verkeer van kapitaal of mededingingsverstoringen, volstond ter rechtvaardiging van de keuze van art. 308 EG (jo. art. 3 lid 1 sub c en g EG) als rechtsgrondslag van de bestreden verordening, dan zouden niet alleen de bepalingen over de aanpassing van de wetgevingen hun nuttig effect verliezen, maar zou ook het rechterlijk toezicht op de eerbiediging van de rechtsgrondslag zijn doeltreffendheid kunnen verliezen. De gemeenschapsrechter zou de hem bij art. 220 EG opgedragen taak van ‘het verzekeren van de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van het Verdrag’ dan niet langer kunnen vervullen.

Dit deel van de Yusuf/Kadi-uitspraken past daarmee in de recente rechtspraak van Hof en Gerecht waarin zij toch wat strenger zijn als het gaat om het bestaan en gebruik van bevoegdheden tot bindende regelgeving door de EG, en daarom niet zomaar iedere rechtsbasis accepteren. Dat moeten de instellingen redelijk serieus motiveren, maar vervolgens gaan Hof en Gerecht toch wel weer mee met die Raad, EP en Commissie.¹⁵

5. Het juiste rechtsinstrument?

Een volgende vraag betreft die naar het gekozen instrument. De eisers hadden aangevoerd dat het bestreden besluit in werkelijkheid geen *verordening* was, maar een bundel individuele *beschikkingen*.¹⁶ De getroffen werden namelijk met naam, toenaam en adres in een bijlage bij de (vermeend onechte) verordening genoemd, welke EG-lijst weer stuk voor stuk overeenkomt met de terroristenlijst van het VN-Sanctiecomité. Wij laten de voor de hand liggende vragen met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens van verdachten hier maar buiten beschouwing. Volgens vaste rechtspraak is het kenmerkende onderscheid tussen de twee rechtsinstrumenten de *algemene strekking*: de beschikking wordt gebruikt indien de kring van degenen voor wie zij is bestemd, beperkt is; de verordening, die in de eerste plaats een normatief karakter draagt, geldt voor objectief bepaalde situaties en heeft op algemene en abstracte wijze rechtsgevolgen voor de betrokken categorieën van personen.¹⁷ De toepassing van deze rechtspraak op de bestreden verordening (881/2002) is volgens het Gerecht vrij logisch en simpel maar naar onze mening toch opmerkelijk: in casu heeft de verordening volgens het

Gerecht ‘ontegenzeggelijk een algemene strekking’ omdat het *eenieder wordt verboden* tegoeden of economische middelen ter beschikking van bepaalde, met name genoemde, personen te stellen. Dat die personen, *waartegen* die sancties genomen moeten worden, in bijlage I bij die verordening met naam en toenaam worden genoemd, doet aan het algemene karakter van de bestreden handeling niet af. Wel worden zij daardoor ‘rechtstreeks en individueel geraakt’ in de zin van art. 230 vierde alinea EG.

Bij de vraag ‘verordening of beschikking?’ gaat het, in casu, dus om degenen die sancties moeten treffen, hetgeen een verbod erga omnes is volgens art. 11 van de verordening (dat de territoriale werkingsfeer aangeeft, zoals het grondgebied van de Gemeenschap, met inbegrip van haar luchtruim, aan boord van vliegtuigen of vaartuigen die onder de rechtsbevoegdheid van een lidstaat vallen, etc.), niet om degenen tegen wie de sancties zijn gericht. De eisers zouden aldus het begrip *adressant* van een handeling verwarren met het begrip *voorwerp* van die handeling (r.o. 187). Art. 249 EG ziet slechts op de adressant, waar het bepaalt dat de verordening een algemene strekking heeft, terwijl de beschikking enkel verbindend is voor degenen tot wie zij is gericht. Daarentegen is het voorwerp van een EG-besluit een irrelevant criterium om te bepalen of een handeling een verordening of een beschikking is.

Het Gerecht tracht dit onderscheid in de Yusuf-uitspraak te verduidelijken met een voorbeeld (in r.o. 188): een EG-handeling waarvan het voorwerp bestaat in de bevrozing van de tegoeden van de plegers van terroristische daden, als algemene en abstracte categorie beschouwd, is een beschikking indien deze handeling *gericht is tot een of meerdere met name genoemde personen*, bijvoorbeeld enkele bij naam genoemde banken in de EU-lidstaten (zo voegen

13 ‘Elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd’, zie bijv. zaak C-41/90, *Höfner*, *Jur.* 1991, p. I-1979, r.o. 21.

14 Zaak C-376/98, Duitsland t. Parlement en Raad (*Tabaksreclame I*), *Jur.* 2000, p. I-8419. Daarover bijv. T.K. Herve, ‘Community and National Competence in Health after *Tobacco Advertising*’, *CML Rev.* 2001, p. 1421-1446; F. Amtenbrink & J.F. Appeldoorn, ‘Is er leven na het *Tabaksreclame* arrest?’, *SEW* 2001, p. 413; K.J.M. Mortelmans & R.H. van Ooik, ‘Het Europese verbod op tabaksreclame: verbetering van de interne markt of bescherming van de volksgezondheid?’, *AAe* 2001, p. 114-130.

15 Zie bijv. de recente zaken *Alliance* (daarover Vandamme in *SEW* 2006, 26); advies 1/03, van 7 februari 2006 (punt 124: ‘In deze context zij eraan herinnerd dat de Gemeenschap geen andere dan de haar toegekende bevoegdheden heeft en dat het bestaan van een bevoegdheid die in het Verdrag niet eens uitdrukkelijk is voorzien en exclusief is, derhalve moet worden gebaseerd op de gevolgtrekkingen uit een concreet onderzoek van de verhouding tussen het beoogde akkoord en het geldende gemeenschapsrecht, waaruit blijkt dat het sluiten van een dergelijk akkoord de gemeenschapregels kan aantasten’); en zie ook de Yusuf/Kadi-uitspraken zelf, waar het gebruik van art. 308 EG toch wordt geaccepteerd (hierboven, par. 3, reeds besproken).

16 Vgl. gevoegde zaken 41/70-44/70, *International Fruit e.a. t. Commissie*, *Jur.* 1971, p. 411.

17 Zie bijv. zaak 6/68, *Zuckerfabrik Watenstedt t. Raad*, *Jur.* 1968, p. 570; zaak C-298/89, *Gibraltar t. Raad*, *Jur.* 1993, p. I-3605; en zaak C-41/99 P, *Sadam Zuccherifici e.a. t. Raad*, *Jur.* 2001, p. I-4239, r.o. 24. Daarover bijv. P. Craig & G. de Búrca, *EU Law*, New York: Oxford University Press 2003, p. 487-504 (derde druk); R. Greaves, ‘The Nature and Binding Effect of Decisions under Article 189 EC’, *ELR* 1996, p. 3-16.

wij toe). Omgekeerd is een EG-handeling waarvan het voorwerp bestaat in de bevrozing van de tegoeden van een of meerdere met name genoemde personen, wél een verordening indien deze zich op algemene en abstracte wijze richt tot *alle personen die de betrokken tegoeden in materiële zin in bezit kunnen hebben*. Dat is in casu het geval, want wie moeten bevrozen staan in algemene termen opgeschreven in de verordening (alle banken in de EU, niet sommige bij name genoemde banken). De eisers worden volgens het Gerecht niettemin 'rechtstreeks en individueel' geraakt, zodat de ontvankelijkheid van de art. 230-beroepen in deze zaak niet speelde. De conclusie moet dan zijn dat, in de visie van het Gerecht, sprake is van een 'Extramet-verordening': het blijft een 'echte' verordening vanwege de abstractheid van degenen die moeten bevrozen, ook al worden bepaalde individuen – namelijk de lijstterroristen – door die maatregel van algemene strekking rechtstreeks en individueel geraakt, zodat *voor hen* de bestreden maatregel, toch, het karakter heeft van een beschikking.¹⁸

Al met al een juridisch oordeel van het Gerecht, waar ook anders over gedacht kan worden, ook al wordt dat door het Gerecht gepresenteerd als het wegnemen van 'verwarring' aan de zijde van (advocaten van) eisers. En wij weten natuurlijk ook wel dat je politiek getinte meningen gewoon moet verpakken als het neutraal onderwijzen van onwetende mensen – Zarathustra deed dat al.¹⁹

6. De verhouding tussen VN-recht en Europees recht

Meer nog dan om de vragen naar de rechtsbasis en de rechtsinstrumenten, zullen de Yusuf en Kadi-arresten de geschiedenis ingaan als de uitspraken waarin het Gerecht duidelijke standpunten inneemt met betrekking tot de verhouding tussen Unie-/Gemeenschapsrecht en internationaal recht, met name VN-recht. In deze vraagstukken komt ook duidelijk de gelaagdheid van het internationale systeem naar voren. Nu de beide Somalische Zweden op nationaal niveau niet echt terecht konden, omdat er immers sprake was van een door Zweden te volgen Raadsverordening, proberen zij het op Europees niveau. Zij zijn van mening dat de betreffende verordening een inbreuk maakt op hun fundamentele rechten (zie ov. 190-191, en verder hierna).

Het Gerecht kijkt echter in eerste instantie, bij wijze van 'inleidende opmerkingen', naar het verband tussen de 'in het kader van de Verenigde Naties tot stand gekomen internationale rechtsorde' en de nationale en communautaire rechtsorde, om zo de omvang van zijn bevoegdheid tot toetsing van de VN-maatregelen (van Veiligheidsraad, en met name van het VN-Sanctiecomité) te kunnen bepalen. Het stelt dan de *voorrang* van VN-recht vast in de volgende bewoordingen: 'Vastgesteld moet worden dat vanuit het oogpunt van het volkenrecht de verplichtingen van de Leden van de VN krachtens het Handvest van de Verenigde Naties ontegenzeggelijk voorrang hebben boven andere verplichtingen van nationaal recht of internationaal verdragenrecht, voor degenen daarvan die lid zijn van de Raad van Europa ook boven hun verplichtingen krachtens het EVRM, en voor

degenen daarvan die ook lid zijn van de Gemeenschap ook boven hun verplichtingen krachtens het EG-Verdrag' (r.o. 231).

In r.o. 232-240 wijst het Gerecht vervolgens op de internationale (gewoonterechtelijke) regel dat bepalingen van nationaal recht (of het recht van een internationale organisatie) niet mogen worden ingeroepen om het niet ten uitvoer leggen van een verdrag te rechtvaardigen. Daarnaast is de voorrang van het VN-Handvest expliciet geregeld ten gunste van dat Handvest in zijn art. 103: 'In geval van strijdigheid tussen de verplichtingen van de Leden van de Verenigde Naties krachtens dit Handvest en hun verplichtingen krachtens andere internationale overeenkomsten, hebben hun verplichtingen krachtens dit Handvest voorrang.' Die voorrang strekt zich volgens het Gerecht uit tot de besluiten in een resolutie van de VN-Veiligheidsraad, wat als 'secundair VN-recht' zou kunnen worden aangeduid. Het EG-Verdrag houdt daarnaast in art. 307 EG rekening met vóór 1958 gesloten verdragen, en ook het huidige art. 297 EG is in het leven geroepen teneinde de voorrangsregel na te kunnen leven. Duidelijk is dus in ieder geval dat de EG-lidstaten gebonden zijn aan de verplichtingen op grond van het VN-Handvest en dat zij zelfs de *verplichting* hebben een bepaling van gemeenschapsrecht, zelfs van *primaire* EG-recht – althans in de visie van het Gerecht – buiten toepassing te laten als deze in de weg staat aan de juiste nakoming van verplichtingen op grond van het VN-Handvest.

Of het Hof het Gerecht op dit punt zal volgen, is ons inziens maar zeer de vraag: volgens de bekende Foto-Frost-rechtspraak²⁰ is het uitsluitend het Hof van Justitie zelf dat over de ongeldigheid van EG-regelgeving beslist, niet nationale rechters noch nationale bestuurlijke instanties. De geldigheid van primair recht (het EG-Verdrag) staat al helemaal niet ter discussie.²¹ En het 'buiten toepassing laten' van primair of secundair EG-recht door lidstaten, wegens (vermeende) strijd met VN-recht, komt toch neer op een dergelijke ongeldig verklaring. Het lijkt ons ook beter dat steeds het Hof van Justitie eerst officieel beslist of er inderdaad wel strijd tussen VN- en EG-recht bestaat – anders dreigt chaos en misbruik door nationale instanties die van onwelgevallig gemeenschapsrecht af willen komen.

Het bovenstaande zegt echter nog niets over de verplichtingen van de Europese Gemeenschap, als internationale organisatie, *zelf*. Het Gerecht bevestigt, op basis

18 Over die wat lastig te begrijpen rechtspraak, zie bijv. A. Albers-Llorens, *Private parties in European Community law: challenging Community measures*, Oxford: Clarendon Press 1996, 245 p.; A. Arnulf, 'Challenging EC Anti-dumping Regulations: The Problem of Admissibility', *ECLR* 1992, 73; W. Cremer, 'Nichtigheidsklagen einzelner gegen Rechtsakte der Gemeinschaft: Klagegegenstand und Klagebefugnis nach Art. 173 EGV', *EWS* 1999, 48.

19 In het Yusuf-hoger beroep wordt deze kwestie evenwel nadrukkelijk aan het Hof voorgelegd: 'Het Gerecht heeft zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat verordening (EG) nr. 881/2002 voldoet aan de in artikel 249 EG gestelde voorwaarde inzake de algemene strekking.'

20 Zaak 314/85, *Foto Frost*, *Jur.* 1987, p. 4199; *SEW* 1988, p. 638 (m.nt. R.H. Lauwaars).

21 Zie recent bijv. het Nevedi-arrest (HvJ) EG 6 december 2005, gevoegde zaken C-453/03, *ABNA*, C-11/04, *Fratelli Martini*, C-12/04, *Ferrari Mangimi* en C-194/04, *Nevedi t. productschap Diervoeder*, *SEW* 2006, 46, p. 209 (m.nt. T.A.J.A. Vandamme).

van eerdere uitspraken, dat de Gemeenschap als zodanig niet rechtstreeks gebonden is aan het VN-Handvest en dat zij dus ook niet een rechtstreekse verplichting heeft om resoluties van de Veiligheidsraad overeenkomstig art. 25 van dat Handvest te aanvaarden en uit te voeren. De Gemeenschap is immers geen lid van de VN, zij is geen adressant van de VN-resoluties, en ook geen opvolger in de rechten en plichten van haar lidstaten in de zin van het internationaal publiekrecht. Desalniettemin concludeert het GvEA dat 'de Gemeenschap gebonden moet worden geacht door de uit het Handvest van de Verenigde Naties voortvloeiende verplichtingen, gelijk haar lidstaten, zulks ingevolge het oprichtingsverdrag van de Gemeenschap' (r.o. 243). De argumenten zijn dat de lidstaten bij sluiting van het EEG-Verdrag gebonden waren aan het Handvest; dat de Gemeenschap volgens vaste jurisprudentie haar bevoegdheden moet uitoefenen in overeenstemming met het volkenrecht;²² en dat de lidstaten door het overdragen van die bevoegdheden aan de Gemeenschap te kennen hebben gegeven haar te binden 'aan de krachtens het Handvest door hen aangegane verplichtingen' (r.o. 250). Vervolgens kan het Gerecht dan ook stellen: 'Derhalve blijkt dat voorzover de Gemeenschap krachtens het EG-Verdrag voorheen door de lidstaten uitgeoefende bevoegdheden ter zake van de toepassing van het Handvest van de Verenigde Naties op zich heeft genomen, de bepalingen van dit Handvest de Gemeenschap verbinden' (r.o. 253).

Kortom, de EG is niet aan het VN-recht gebonden via het internationaal publiekrecht, maar via het *eigen* oprichtingsverdrag. Via het EG-Verdrag heeft de Gemeenschap immers een aantal bevoegdheden van de lidstaten overgenomen. De VN-binding is als het ware 'meeverhuisd'. Anders zou de argumentatie namelijk luiden dat het mogelijk is om onder de verplichtingen van het VN-Handvest uit te komen, door met een aantal staten een internationale organisatie op te richten en daar vervolgens bepaalde bevoegdheden aan over te dragen. Een dergelijke argumentatie staat niet alleen haaks op art. 103 VN-Handvest en de interpretatie die daaraan door het Internationaal Gerechtshof in bijvoorbeeld de Nicaragua-zaak (uit 1984) is gegeven,²³ maar – inderdaad – ook op het EG- en EU-Verdrag zelf, die op verschillende punten nadrukkelijk beogen te voorkomen dat de Gemeenschap/Unie de nakoming van VN-recht door lidstaten belemmert (zie de preambule en art. 307 EG, en de GBVB-doelstellingen in art. 11 en 19 EU). Wij kunnen ons goed in deze redenering vinden, hoewel het jammer is dat het Gerecht geen overwegingen wijdt aan de vraag of naast de Gemeenschap ook de Unie gebonden is aan het VN-recht. Zoals deze zaken laten zien, geldt immers ook voor het GBVB dat er bevoegdheden door de Unie namens de lidstaten worden uitgeoefend, waardoor de argumentatie evenzeer voor de Unie van belang lijkt, en naar onze mening ook zou moeten zijn.

Blijft over de vraag of het Gerecht zich uit kan spreken over de rechtmatigheid van Veiligheidsraadresoluties of, op basis daarvan, door het Sanctiecomité vastgestelde lijsten met personen en entiteiten. Wij zijn het eens met het Gerecht dat de EG-instellingen niet rechtstreeks de inhoud van de betrokken resoluties kunnen wijzigen, en ook niet een mechanisme kunnen invoeren dat tot een dergelijke wijziging kan leiden. Een vernietiging van de

EG-verordening op basis van de door de eisers genoemde argumenten, zou volgens het Gerecht neerkomen op de vaststelling dat de betrokken resoluties van de Veiligheidsraad *zelf*, fundamentele rechten schenden. Er bestaat volgens het Gerecht evenwel geen grond op basis waarvan het de wettigheid van die, krachtens hoofdstuk VII van het Handvest genomen, besluiten kan toetsen aan de bescherming van de fundamentele rechten, zoals deze in de communautaire rechtsorde worden erkend.

De conclusie die het Gerecht dan ten aanzien van dit punt stelt, lijkt ons in overeenstemming met de voorrang van het VN-Handvest en de daarop gebaseerde VR-resoluties: 'Derhalve moet ervan worden uitgegaan dat de betrokken resoluties van de Veiligheidsraad in beginsel ontsnappen aan de rechterlijke controle van het Gerecht, en dat dit niet bevoegd is, ook al zij het incidenteel, de rechtmatigheid daarvan uit het oogpunt van het gemeenschapsrecht te onderzoeken. Het Gerecht is integendeel verplicht dit recht zoveel mogelijk in overeenstemming met de verplichtingen van de lidstaten uit hoofde van het Handvest van de Verenigde Naties uit te leggen en toe te passen' (r.o. 276). Op de bijzondere betekenis van de woorden 'in beginsel' komen wij hieronder (par. 7) nog terug. De belangrijkste conclusie op dit moment is dat de onbevoegdheid van het Gerecht vanwege de voorrang van VN-recht en de noodzaak van VN-conforme uitleg van Europees recht in maar één richting wijst: de tegoeden van lijstterroristen moeten bevroren worden, omdat de VN dat opdraagt, of we dat in de EU nu leuk vinden of niet.

Hierover wordt echter ook anders gedacht en er wordt gesteld dat het Gerecht de verordening had kunnen en moeten toetsen aan het *primaire Gemeenschapsrecht*, inclusief aan fundamentele rechten als algemene beginselen van dat primaire Gemeenschapsrecht. Bij bevonden strijd had het Gerecht de Bevriezingsverordening dan moeten vernietigen, zonder acht te slaan op het feit dat die verordening een gebonden uitvoering van VN-recht vormt.²⁴ Ook in het hoger beroep in de Yusuf-zaak wordt deze stelling nadrukkelijk verdedigd: 'Het Gerecht heeft zijn onderzoek of verzoekers' fundamentele rechten door verordening (EG) nr. 881/2002 zijn geschonden, ten onrechte enkel beperkt tot de vraag of de resolutie van de Veiligheidsraad verenigbaar is met de hogere regels van volkenrecht die deel uitmaken van het *ius cogens*. Het Gerecht heeft niet onderzocht of de verordening *volgens gemeenschapsrecht* geldig was, dan wel of de resolutie van de Veiligheidsraad overeenkomstig het gemeenschapsrecht en de nationale wetten ten uitvoer is gelegd.'²⁵

22 Vgl. bijv. zaak C-286/90, *Poulsen en Diva Navigation*, *Jur.* 1992, p.1-6019, ov. 9; en zaak C-162/96, *Racke*, *Jur.* 1998, p. 1-3655, r.o. 45.

23 Arrest van 26 november 1984, Militaire en paramilitaire activiteiten in en tegen Nicaragua (Nicaragua tegen Verenigde Staten van Amerika), *Recueil des arrêts* 1984, p. 392, punt 107. Volgens het IGH zijn alle regionale, bilaterale en zelfs multilaterale overeenkomsten, die partijen kunnen hebben gesloten, steeds onderworpen aan art. 103 VN-Handvest.

24 Zie bijv. N. Lavranos, 'The Interface between European and National Procedural Law: UN Sanctions and Judicial Review', in: D. Obradovic & N. Lavranos, *Interface between EU Law and National Law*, ELP 2006, n.n.g.

25 *PbEG* 2006 C 48/11 (cursivering: RvO en RW).

In ieder geval zal het Gerecht zelf in de overige, nog aanhangige, vergelijkbare *first wave*-zaken niet veel anders beslissen dan in de twee voorhoedeearresten Yusuf en Kadi.²⁶ Bij een 'kan'-bepaling in de betrokken VR-resoluties (in de trant van: 'lidstaten van de VN kunnen beslissen dat de financiële tegoeden van personen en entiteiten genoemd op bijgevoegde lijst, bevroren worden'), had het Gerecht al veel meer ruimte voor een eigen oordeel gehad. En in de komende *second wave*-zaken, die over 'niet-VN-lijst-wel-EU-lijst-terroristen' gaan, zoals Sison en Al Aqsa, bestaat al helemaal vrijheid voor een eigen Gerecht-/Hofoordeel, zonder beperking van de ruimte van het rechtmatigheidonderzoek door directieven (of suggesties) vanuit New York.²⁷

7. Toetsing aan *ius cogens*

Het strakke uitgangspunt dat het Gerecht niet bevoegd is, 'ook al zij het *incidenteel*', om de rechtmatigheid van Veiligheidsraadresoluties te toetsen (r.o. 276), verlaat het echter al in de volgende rechtsoverweging. Daar stelt het Gerecht namelijk opeens dat het wél bevoegd is om *incidenteel* de rechtmatigheid van de betrokken resoluties van de Veiligheidsraad te toetsen aan het *ius cogens*, dat wordt verstaan als 'een internationaal publiekrechtelijke rechtsorde die geldt voor alle internationale rechtssubjecten, waaronder de organen van de Verenigde Naties, en waarvan niet kan worden afgeweken' (r.o. 277). Het Gerecht hanteert hier een brede omschrijving van *ius cogens*, die verder lijkt te gaan dan de, in de internationaal-rechtelijke literatuur gewoonlijk genoemde voorbeelden, zoals het verbod van slavernij, piraterij, handel in kinderen en vrouwen, genocide en rassendiscriminatie.²⁸ Het *ius cogens* is dwingend recht, waarvan niet mag worden afgeweken en is daarmee dus 'meer' dan gewoonrecht. In het geval van *ius cogens* is geen enkele derogatie toegestaan, die niet al opgenomen is in het desbetreffende normenstelsel. Wij kunnen ons goed vinden in deze benadering door het Gerecht van het *ius cogens* als een structuuronderdeel van de internationale rechtsorde, waar het tegenover het regelende recht staat waarvan wel kan worden afgeweken (het zogenoemde *ius dispositivium*).

Tegelijkertijd gaat het natuurlijk in concrete gevallen om de vraag wat er nu precies onder het dwingend recht valt. De opvattingen van het Gerecht hierover komen hieronder aan de orde. Op dit punt is van belang te constateren dat het Gerecht zich niet bevoegd acht om de rechtmatigheid van VR-resoluties te toetsen aan de fundamentele rechten zoals we die kennen in het Gemeenschapsrecht (dat immers van een lagere rangorde is), maar wel om die resoluties te toetsen aan het veel abstractere *ius cogens*. Wij zouden graag de gezichten zien van de leden van de Veiligheidsraad op het moment dat het Gerecht zou vaststellen dat een resolutie of een daarop gebaseerd uitvoeringsbesluit *nietig* is vanwege strijd met *ius cogens* – want dit is de consequentie die het verdragenrecht geeft in art. 53 Weens Verdragenverdrag, hoewel deze regel verdragen betreft en geen besluiten – of zelfs alleen buiten toepassing verklaard wordt in de EG. Uiteraard is éénieder vrij om te constateren dat er sprake is van *ius cogens*, maar het is opvallend dat een gerechtelijke (sub)

instelling van een gespecialiseerde regionale organisatie zich bevoegd acht om besluiten van een andere, mondiale organisatie waarvan de voorrang expliciet wordt bevestigd, te toetsen aan dwingende normen van internationaal publiekrecht, omdat die van een nog hogere rang zijn dan de VN-normen, namelijk de allerhoogste rang in het internationale publiekrecht bezitten.

Anderzijds is het uiteraard niet erg waarschijnlijk dat het Gerecht, ondanks zijn aangemeten *bevoegdheid*, ook daadwerkelijk zo ver zal durven gaan om VN-maatregelen nietig te verklaren, wegens daadwerkelijke *strijd* met *ius cogens*. Net zoals het Hof van Justitie zegt dat het bevoegd is te toetsen of de Europese wetgever zich aan fundamentele rechten heeft gehouden – maar om dan vervolgens nooit eens te beslissen dat een richtlijn of verordening ook daadwerkelijk in strijd is met die mensenrechten, als ongeschreven beginselen van (primaire) Gemeenschapsrecht. Een wel vaker door rechters toegepaste tactiek om uit een onmogelijke situatie te geraken. Duidelijk is in ieder geval dat bij het Gerecht weinig meer over is van de koudwatervrees ten aanzien van het noemen en bespreken van het volkenrecht, wat het Hof van Justitie in vroeger tijden wel verweten is.

8. Toetsing aan fundamentele rechten: menselijke waardigheid en het recht gehoord te worden

Om te beoordelen of er sprake is van een schending van het *ius cogens*, gaat het Gerecht vervolgens over tot een toetsing van de feiten aan de fundamentele rechten van de mens zoals die door eisers zijn opgeworpen. Ten eerste de stelling dat – vrij vertaald – door bevrozing van geldtegoeden, eisers min of meer langzaam zouden verhongeren, hetgeen een inbreuk op hun recht op *menselijke waardigheid* zou betekenen. Het Gerecht lijkt dit fundamentele recht inderdaad als onderdeel van *ius cogens* te zien, maar beslist – niet verrassend – dat er in casu geen sprake is van een schending. Zowel de VN- als de EU-maatregel bevatten namelijk een uitzondering om in de primaire levensbehoeften te kunnen voorzien. De nationale autoriteiten kunnen op verzoek van de belanghebbenden, en behoudens uitdrukkelijk bezwaar van het Sanctiecomité, de bevrozing van de tegoeden niet van toepassing verklaren op de tegoeden die noodzakelijk zijn

²⁶ Deze overige zaken, waar betrokkenen dus op de EU-lijst en de VN-lijst staan, zijn onder meer: zaak T-318/01, Othman t. Raad en Commissie, *PbEG* 2002 C 68/13; zaak T-253/02, Chafiq Ayadi t. Raad en Commissie, *PbEG* 2002 C 289/25 en zaak T-49/04, Faraj Hassan t. Raad en Commissie, *PbEG* 2004 C 94/52.

²⁷ De 'autonome' zaken die aanhangig zijn voor het Gerecht zijn bijv.: zaak T-228/02, Organisation des Modjahedines du Peuple d'Iran t. Raad, *PbEG* 2002 C 247/20; zaak T-47/03, Sison t. Raad, *PbEG* 2003 C 101/41; zaak T-327/03, Al Aqsa t. Raad, *PbEG* 2003 C 289/30 en zaak T-253/04, Zubeyir Aydar e.a. t. Raad, *PbEG* 2004 C 262/28. Zaak T-299/04, Selmani t. Raad en Commissie, is niet-ontvankelijk volgens Beschikking GvEA van 18 november 2005. En enkele *second wave*-zaken voor het HvJ EG: zaak C-354/04 P, Gestoras Pro Amnistia e.a. t. Raad, *PbEG* 2004 C 251/9; zaak C-355/04 P, SEGI e.a. t. Raad, *PbEG* 2004 C 251/10; zaak C-229/05 P, Ocalan/PKK en Vanly/KNK t. Raad, *PbEG* 2005 C 243/2 en zaak C-266/05 P, Sison t. Raad, *PbEG* 2005 C 243/4.

²⁸ Zie ook A. de Hoogh in *Stcr.* 21 oktober 2005, p. 2 ('Toetsing aan 'jus cogens' roept vragen op').

ter dekking van basisuitgaven, zoals betalingen voor voedsel, huur, geneeskundige behandelingen, belastingen of openbare voorzieningen. Bovendien kunnen de tegoeden die noodzakelijk zijn ter dekking van een andere 'buitengewone uitgave', worden vrijgegeven door middel van een uitdrukkelijke toestemming van het Sanctiecomité (r.o. 290).

Wat betreft de gestelde schending van de 'rechten van de verdediging', dit betekent concreter het niet horen van betrokkenen, voorafgaande aan hun plaatsing op de VN- en EU-terroristenlijst. Het Gerecht laat hier in het midden of dit recht wel tot het *ius cogens* behoort, waarschijnlijk omdat het toch al van oordeel was dat het hoorrecht niet geschonden was.

Wat betreft het recht om door het VN-Sanctiecomité te worden gehoord vóór hun plaatsing op de VN-lijst, bevatten de betrokken VN-resoluties niet een dergelijk recht. Geen enkele onder het internationaal publiekrecht vallende dwingende norm lijkt, volgens het Gerecht, echter te verlangen dat belanghebbenden vooraf worden gehoord wanneer de VN-Veiligheidsraad, handelend krachtens hoofdstuk VII van het Handvest van de Verenigde Naties, via zijn Sanctiecomité besluit dat de tegoeden moeten worden bevroren. Ook zou het horen van de verzoekers vóór hun plaatsing op die lijst de doeltreffendheid van de sancties in gevaar kunnen brengen omdat een maatregel als bevroering van tegoeden naar zijn aard een verrassingseffect moet kunnen hebben en onmiddellijk kunnen worden toegepast. Belanghebbende particulieren kunnen zich echter wel *indirect*, via hun staat, tot het VN-Sanctiecomité wenden om zo hun naam te laten doorhalen op de lijst, dan wel een vrijstelling van de bevroering van de tegoeden te verkrijgen. Particuliere belanghebbenden zijn daarmee echter afhankelijk van de *diplomatieke bescherming* die staten bereid zijn aan hun onderdanen te verlenen. Deze beperking van het recht om rechtstreeks en persoonlijk te worden gehoord, is volgens het Gerecht echter 'niet ontoelaatbaar' uit het oogpunt van *ius cogens*.

De mogelijkheid voor verzoekers om naar behoren hun opmerkingen kenbaar te maken is dus zonder meer uitgesloten op VN-niveau. Echter, omdat het in casu om een conservatoire maatregel gaat, die de beschikbaarheid van verzoekers' tegoeden beperkt (maar niet onteigent), is het Gerecht van oordeel dat de eerbiediging van de fundamentele rechten van de belanghebbenden niet verlangt dat de tegen hen in aanmerking genomen feiten en bewijzen aan hen worden meegedeeld. De Veiligheidsraad of zijn Sanctiecomité mocht van mening zijn dat redenen betreffende 'de veiligheid van de internationale gemeenschap' zich daartegen verzetten. Inderdaad kan men zich voorstellen dat veel van het effect van de maatregelen teniet gaat wanneer betrokkenen van te voren worden gewaarschuwd dat hun tegoeden zullen worden bevroren. Yusuf en Kadi zouden waarschijnlijk nog snel even gaan pinnen.

Wat betreft het horen op *EU-niveau*: de bestreden verordening is niet uitsluitend normatief van aard omdat, hoewel die verordening op alle betrokken marktdeelnemers van toepassing is, zij verzoekers toch 'rechtstreeks en individueel' raakt. Volgens vaste rechtspraak vereist de eerbiediging van de rechten van de verdediging

dan, dat iedere persoon aan wie een sanctie kan worden opgelegd, in staat wordt gesteld naar behoren zijn standpunt kenbaar te maken over de elementen die tegen hem in aanmerking zijn genomen om de sanctie op te leggen.²⁹ Maar ook hier erkent het Gerecht vervolgens een beperking omdat er VN-recht op gebonden wijze wordt uitgevoerd: de EG-instellingen waren in casu verplicht tot omzetting in de communautaire rechtsorde van de resoluties van de Veiligheidsraad en de besluiten van het Sanctiecomité, die hen in de fase van de concrete uitvoering daarvan niet de mogelijkheid lieten te voorzien in een communautair mechanisme tot onderzoek of herziening van de individuele situaties, aangezien zowel de inhoud van de betrokken maatregelen als de herzieningsmechanismen volledig tot de bevoegdheid van de Veiligheidsraad en zijn Sanctiecomité behoorden. Daarom beschikten de EG-instellingen niet over enige onderzoeksbevoegdheid, waren zij niet in staat de door de Veiligheidsraad en het Sanctiecomité in aanmerking genomen feiten te controleren, hadden zij geen beoordelingsmarge met betrekking tot die feiten en geen beoordelingsvrijheid met betrekking tot de vraag of de vaststelling van sancties ten aanzien van verzoekers wenselijk was. Het gemeenschapsrechtelijke beginsel van het recht om te worden gehoord, kan daarom volgens het Gerecht geen toepassing vinden, in omstandigheden waarin het horen van de belanghebbende de instelling in geen geval kan nopen haar standpunt te herzien. De gemeenschapsinstellingen waren dus niet verplicht verzoekers vóór de vaststelling van de bestreden verordening te horen.

Hoewel deze conclusie past binnen de argumentatielijn die het Gerecht volgt, komt hiermee wel duidelijk de relativiteit van de beginselen van Gemeenschapsrecht naar voren, veroorzaakt door de externe VN-druk, die in het interne gemeenschapsrecht zoveel hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van de communautaire rechtsorde.

9. Toetsing aan fundamentele rechten: toegang tot de rechter

Ten aanzien van de gestelde schending van het recht op een effectief beroep in rechte, maakt het Gerecht onderscheid tussen de drie niveaus (VN, EU, nationaal). Over de rechtsbescherming op *VN-niveau* kunnen we kort zijn. Hoewel het Gerecht wijst op het feit dat het Sanctiecomité voorziet in een procedure om personen en entiteiten die onterecht op een lijst staan, te verwijderen, is er hier natuurlijk geen sprake van een procedure die rechtstatelijke uitgangspunten kent die in mensenrechtenverdragen gesteld worden aan een eerlijk proces. Het Gerecht wijst op het feit dat twee andere Somalische Zweden wel op verzoek van Zweden van de lijst zijn gehaald en lijkt daarmee te impliceren dat het systeem werkt. Benadrukt moet echter worden – en dat doet het

²⁹ Bijv. HvJ EG 29 juni 1994, zaak C-135/92, Fiskano t. Commissie, *Jur.* p. I-2885, r.o. 39 en 40; HvJ EG 24 oktober 1996, zaak C-32/95 P, Commissie t. Lisrestal e.a., *Jur.* p. I-5373, r.o. 21 en HvJ EG 21 september 2000, zaak C-462/98 P, Mediocurso t. Commissie, *Jur.* p. I-7183, r.o. 36.

Gerecht zelf ook door de 'delisting' procedure uitgebreid te beschrijven in r.o. 311 – dat het verwijderen van een persoon of entiteit van de lijst gebeurt op instigatie van een staat, maar met de mogelijkheid van alle leden van het Sanctiecomité (dus de vijftien VR-leden, inclusief de Verenigde Staten) om geen gehoor te geven aan dit verzoek. Hoewel de 'slimme sancties' dus gericht zijn op individuen, verloopt de rechtsbescherming via de staat waarvan het betreffende individu een onderdaan is. Zweden blijkt wat dat betreft een actieve partner in de strijd om rechtsbescherming, maar wat zou er gebeuren wanneer een Tsjetsjeen een beroep zou doen op de Russische Federatie om op te komen voor zijn belangen? En hoe zou het gaan met een Bask of een IRA-lid?

Het is opvallend dat het Gerecht (in r.o. 340) terecht maar vrij droogjes constateert dat verzoekers 'over geen enkele mogelijkheid van beroep in rechte beschikken, daar de Veiligheidsraad het niet wenselijk heeft geacht om een onafhankelijke internationale rechterlijke instantie in te stellen die ermee belast is om zowel rechtens en feitelijk te beslissen op beroepen tegen de individuele besluiten van het sanctiecomité'. Volgens het Gerecht is dit echter een leemte in de rechterlijke bescherming van verzoekers die niet in strijd is met het *ius cogens*; het recht op toegang tot de rechter is namelijk *niet absoluut*. Dit blijkt volgens het Gerecht uit zowel art. 8 Universele verklaring van de rechten van de mens, als art. 14 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (BuPo-Verdrag uit 1966). Van dit recht kan worden afgeweken in geval van uitzonderlijke algemene noodtoestand, maar ook buiten deze uitzonderlijke omstandigheden moeten bepaalde beperkingen worden geacht in dit recht besloten te liggen, zoals de beperkingen waarvan de gemeenschap der naties in het algemeen erkent dat zij voortvloeien uit de leer van de *immunité van de staten*.³⁰ In casu is de beperking van verzoekers' recht van toegang tot de rechter als gevolg van de immunité van jurisdictie volgens het Gerecht gerechtvaardigd.

Vervolgens de rechtsbescherming op *EU-niveau*. Deze vorm van rechtsbescherming is veel belangrijker dan op VN-niveau en wordt via het beroep tot nietigverklaring van art. 230 EG geboden. Het Gerecht kan de wettigheid van de bestreden verordening volledig toetsen met betrekking tot de naleving door de gemeenschapsinstellingen van de bevoegdheidsregels alsmede van de formele wettigheidsregels en van de wezenlijke voorschriften die voor hun optreden gelden. Het Gerecht controleert ook de wettigheid van de bestreden verordening in het licht van de resoluties van de Veiligheidsraad, waaraan die verordening uitvoering dient te geven, met name vanuit het oogpunt van de formele en materiële geschiktheid, de innerlijke samenhang en de evenredigheid van de verordening ten opzichte van de resoluties. Daarmee komt de eerder vastgestelde hiërarchie tussen VN-recht en EU-recht niet in gevaar. Ook heeft het Gerecht zich, eerder in de arresten, bevoegd verklaard om de wettigheid van de bestreden verordening en indirect de wettigheid van de betrokken resoluties van de Veiligheidsraad te toetsen aan de hogere normen van het volkenrecht die tot het *ius cogens* behoren, met name de dwingende normen die strekken tot de universele bescherming van de rechten van de mens.

Iets anders is echter de toetsing aan communautaire beginselen. In de door het Gerecht gevolgde argumentatielijn kan het niet anders concluderen dan dat het niet bevoegd is om indirect te controleren of de betrokken resoluties van de Veiligheidsraad zelf verenigbaar zijn met de fundamentele rechten, zoals zij door de communautaire rechtsorde worden beschermd. Daarmee zou de eerder vastgestelde hiërarchie tussen VN-recht en EU-recht immers wel in gevaar komen. Het Gerecht acht zich evenmin bevoegd om te controleren of er geen sprake is van een onjuiste beoordeling van de *feiten en bewijzen* die de Veiligheidsraad in aanmerking heeft genomen tot staving van de door hem getroffen maatregelen, en evenmin om indirect de wenselijkheid en de evenredigheid van die maatregelen te controleren. Een dergelijke controle kan immers niet worden uitgeoefend zonder inbreuk te maken op de bevoegdheid van de Veiligheidsraad krachtens hoofdstuk VII van het VN-Handvest om uit te maken of sprake is van een bedreiging voor de internationale vrede en veiligheid (art. 39 Hv) en welke maatregelen passend zijn om daaraan het hoofd te bieden (ex art. 40-42 Hv). De vraag of een persoon of een organisatie een bedreiging voor de internationale vrede en veiligheid vormt, evenals de vraag welke maatregelen dan moeten worden genomen, houdt vooral een politieke beoordeling en waardeoordeel in, waarvoor in beginsel enkel de autoriteit bevoegd is die door de internationale gemeenschap in de eerste plaats met de verantwoordelijkheid voor de handhaving van de internationale vrede en veiligheid is belast.

Toch blijft de uitspraak op dit onderdeel op twee gedachten hinken: vanwege de structuurkenmerken van het internationale systeem kan er niet getoetst worden. Tegelijkertijd maakt het Gerecht wel een afweging tussen de publieke belangen die met dit systeem samenhangen en de private belangen van Yusuf en Kadi. Het Gerecht stelt namelijk dat in de onderhavige omstandigheden het belang van de verzoekers dat hun zaak ten gronde door een rechter wordt onderzocht, niet zo groot is dat het zwaarder weegt dan het wezenlijke algemene belang bij de handhaving van de internationale vrede en veiligheid met betrekking tot een bedreiging die door de Veiligheidsraad duidelijk is vastgesteld overeenkomstig de bepalingen van het Handvest van de Verenigde Naties. Ook wijst het Gerecht op de tijdelijkheid van de maatregelen: zij voorzien in een mechanisme voor heronderzoek van de wenselijkheid van de handhaving van die maatregelen na twaalf tot maximaal achttien maanden. De vraag is natuurlijk of dit werkelijk relevant is. Als er daadwerkelijk sprake zou zijn van een inbreuk op *beginselen* van Gemeenschapsrecht, dan zou de duur van die inbreuk niet terzake doen. Daarnaast blijft het vanuit politiek oogpunt uiteraard een probleem dat de herziening in handen blijft van een Veiligheidsraad, waarvan

³⁰ Vgl. in dit verband de uitspraak van het EVRM-hof (arresten Prins Hans-Adam II van Liechtenstein tegen Duitsland van 12 juli 2001, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-VIII, punten 52, 55, 59 en 68, en McElhinney tegen Ierland van 21 november 2001, *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI, in het bijzonder punten 34-37) en van de internationale organisaties (zie in dit verband EHRM 18 februari 1999, Waite en Kennedy tegen Duitsland, *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-I, punten 63 en 68-73).

één van de permanente leden een groot belang heeft bij het zo ruim mogelijk handhaven van de sanctie maatregelen.

Tot slot wijst het Gerecht op de mogelijkheid van rechtsbescherming op *nationaal* niveau. Belanghebbenden kunnen op grond van nationaal recht, zelfs rechtstreeks op grond van de bestreden verordening, alsmede op grond van de relevante resoluties van de Veiligheidsraad, waaraan die verordening uitvoering geeft, een beroep in rechte instellen bij de nationale rechter tegen een eventuele onterechte weigering van de bevoegde nationale autoriteit om hun geval voor herziening aan het Sanctiecomité voor te leggen.³¹ Zoals gezegd zijn in casu verzoekers, via de Zweedse regering, door het Sanctiecomité gehoord en dit was zo effectief dat twee van de aanvankelijke verzoekers, Aden en Ali, doorgehaald werden op de lijst van personen wier tegoeden zijn bevroren.

Wat het Gerecht hier echter niet noemt, is de vraag naar nationale rechtsbescherming indien de lidstaat niet, zoals Zweden, meewerkt: dan wil betrokkene de mogelijkheid hebben om via de nationale rechter de rechtmatigheid van de EG-uitvoeringsverordening aan te vallen. Vanwege de genoemde Foto-Frost-rechtspraak, zal dit een art. 234-geldigheidsvraag moeten worden. Maar dan zal het Hof, naar onze mening, zeer waarschijnlijk tot geldigheid van die verordening besluiten, om dezelfde redenen als het Gerecht in deze directe art. 230-zaken Kadi en Yusuf doet. Het probleem blijft nu eenmaal dat de EU op gebonden wijze uitvoering geeft aan hoger VN-recht, zonder precies te weten waarom het VN-Sanctiecomité iemand bijplaatste. In de woorden van de Nederlandse rechter in de Yusuf/Kadi-zaken: 'De kernvraag, wat kun je eigenlijk als rechter in dat type zaken, waarin de *fact-finding* zich onttrekt aan je waarneming, nog bieden aan rechtsbescherming, is een vraag die niet alleen op het niveau van de Europese gerechten zou moeten spelen, en, waarvoor ook een zekere sensibeleiteit zou kunnen bestaan op het nationale niveau.'³² Er kunnen uiteindelijk nationale rechters zijn die een eigen afweging maken tussen de internationale verplichtingen en bijvoorbeeld de bescherming van de nationale grondrechten. Wat dat betreft zou het interessant geweest zijn als het niet om Zweden, maar om Duitsers ging en uiteindelijk het Bundesverfassungsgericht een afweging zou moeten maken.

10. Afsluiting

De betreffende uitspraken van het Gerecht zijn fascinerend en teleurstellend tegelijkertijd. De fascinatie kan voortkomen uit het feit dat het Gerecht zowel over de horizontale (interne EU) als over de verticale (de relatie met de lidstaten en de internationale rechtsorde) afbakening van bevoegdheden uitspraken doet die niet eerder zo stellig zijn geweest. Waar het de verhouding tussen de Unie-pijlers betreft, is het opvallend dat het Gerecht het pijlloverstijgende sanctieregime als een eenheid beschouwt, waardoor de EG bevoegdheden kan uitoefenen om de EU in staat te stellen haar doelstellingen te bereiken. Hoewel we zeker na de ondertekening van het Constitutioneel Verdrag wellicht al wat gewend waren aan

het vervagen van de pijlgerenzen, zijn zowel het Gerecht als het Hof tot nu toe zeer terughoudend geweest in het zich bemoeien met GBVB-aangelegenheden.³³ De fascinatie kan ook voortkomen uit de nauwkeurige en wellicht wat overmoedige wijze waarop het Gerecht de relatie tussen de EG en het internationaal recht vaststelt. Een gerechtelijk orgaan dat zich de bevoegdheid aanmeet om besluiten van 's werelds belangrijkste organisatie – met een orgaan waarin het machtigste land ter wereld een dominante rol speelt – nietig te verklaren, of wellicht in ieder geval buiten toepassing te stellen, dwingt respect af. Tegelijkertijd is er de teleurstelling. Was het Gerecht echt niet in de gelegenheid om de overduidelijke leemte in de rechtsbescherming – die nota bene door het Gerecht zelf expliciet erkend wordt – te vullen? Het blijft wellicht wat onbevredigend dat het lot van EU-burgers af kan hangen van de grillen van de leden van het VN-Sanctiecomité, zonder dat dit comité enige openheid van zaken geeft over zijn beweegredenen en zonder dat er een mogelijkheid van beroep openstaat. Deze zaken zijn een schoolvoorbeeld van de toenemende samenhang tussen de nationale, Europese en mondiale rechtsorde.³⁴ Vanuit het gezichtspunt van de verzoekers pakt deze samenhang hier echter desastreus uit. Op geen enkel niveau kunnen zij hun recht halen, omdat zowel het nationale als het Europese niveau verwijst naar de voorrang van het (niet-discretionaire) VN-recht. Op het mondiale (VN-)niveau ontbreekt het echter aan een procedure die recht doet aan de uitgangspunten met betrekking tot een eerlijk proces zoals we die nationaal en Europees gewend zijn.

In het debat over deze zaken wordt wel de vraag gesteld of een andere uitspraak door de Luxemburgse rechters mogelijk was geweest. In dat verband is de mening van hun Straatsburgse collega's in het Mensenrechtenhof wellicht niet zonder belang. In de recente Bosphorus-zaak³⁵ stelde het Hof voor de rechten van de mens immers dat het bij het beoordelen van het gedrag van staten op basis van internationale verplichtingen van belang is of de organisatie die de betreffende bindende besluiten nam, in staat is om een rechtsbeschermingsniveau te bieden dat op eenzelfde niveau staat als dat van het EVRM. In Bosphorus concludeerde het Mensenrechtenhof dat dat wat de EG betreft het geval is. In het in dit artikel besproken geval mocht Zweden dus vertrouwen op de Luxemburgse rechtsbescherming. Duidelijk is echter dat Luxemburg niet kan vertrouwen op een effectieve rechtsbescherming in New York. Dit wordt ook door het Gerecht erkend, hoewel er niet de consequentie aan verbonden wordt dat een toetsing van onderdelen van de verordening aan de eigen communautaire uitgangspunten rond de bescherming van fundamentele rechten dan voor de hand ligt. Men kan zich voorstellen dat het

31 Vgl. beschikking president Gerecht van 15 mei 2003, zaak T-47/03 R, Sison t. Raad, *Jur.* p. II-2047, ov. 39.

32 A.W.H. Meij, 'Toenemende complexiteit van het Europese recht', *Rechtstreeks* 2006, nr. 1, p. 34-35.

33 Het wachten is wat dat betreft ook op de ECOWAS-zaak, momenteel aanhangig bij het Hof, waarin de Commissie de rechtsgrondslag van een binnen het GBVB genomen besluit bestrijdt.

34 Zie ook R.A. Wessel, *The Invasion by International Organizations. De toenemende samenhang tussen de mondiale, Europese en nationale rechtsorde*, 2006, met name p. 1-10, *op.cit.*

35 Bosphorus Airline t. Ireland, Appl. nr. 45036/98, 20 juni 2005.

Gerecht niet wil doen wat het wellicht nationale constitutionele hoven (met name het Bundesverfassungsgericht) verwijt, namelijk alleen de rechtsbescherming uit handen geven als er een goed alternatief is op internationaal niveau. Wij delen de mening van het Gerecht dat respect voor de internationale rechtsorde van fundamenteel belang is voor een goede werking van die orde. De vraag blijft echter wat te doen wanneer diezelfde internationale rechtsorde zich nog niet zodanig ontwikkeld heeft dat deze zich niet richt tegen de eigen fundamentele uitgangspunten, zoals het respect voor het individu.

In deze discussie worden procedurele en inhoudelijke rechtsbescherming echter gemakkelijk verward. Strikt genomen kan men immers volhouden dat Luxemburg een meer dan volwaardige rechtsbescherming heeft

geboden. Procedureel is toegang verschaft aan individuen in een procedure tot nietigverklaring van een verordening; inhoudelijk is het Gerecht daar zelfs zo ver in gegaan dat het de VR-resoluties aan de hoogste internationaal-rechtelijke normen heeft willen toetsen. Dat de uitkomst daarvan niet in overeenstemming is met de wens van de verzoekers is niet ongebruikelijk. Het hoger beroep in beide zaken biedt in ieder geval het Hof van Justitie de mogelijkheid om zich hierover nader uit te laten. En dat was – naar verluidt – ook een van de belangrijkste redenen voor het Gerecht om zich althans *bevoegd* te verklaren om, ook al is dit onder strikte voorwaarden, te onderzoeken of die internationale rechtsorde zich niet richt tegen de eigen fundamentele uitgangspunten.