

Toetsing van plaatsing op een sanctielijst na *Kadi II*

Prof. mr. A.A. Franken en prof. mr. P.T.C. van Kampen*

In *Kadi II* heeft het Hof van Justitie vastgehouden aan zijn lijn dat een verordening die uitvoering geeft aan een VN-resolutie geen immuniteit van jurisdictie geniet. De plaatsing van een persoon op een sanctielijst wordt daarom volledig getoetst aan de grondrechten die behoren tot de algemene beginselen van Unierecht. In zijn arrest van 18 juli 2013 heeft het Hof van Justitie richtlijnen voor die toetsing geformuleerd. De toekomstige discussie zal zich vooral toespitsen op de vraag hoe specifiek de uiteenzetting van redenen moet zijn die aan de plaatsing op een sanctielijst ten grondslag ligt en op de vraag hoe met informatie moet worden omgegaan die voor de betrokken persoon of entiteit geheim wordt gehouden.

HvJ EU 18 juli 2013, gevoegde zaken C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P, Europese Commissie e.a./Kadi, n.n.g. (Kadi II)

De lange voorgeschiedenis

Op 17 oktober 2001 werd Kadi door het sanctiecomité van de VN-Veiligheidsraad op de lijst geplaatst van organisaties, entiteiten en personen die worden verondersteld banden te hebben met Al-Qaida en de Taliban.¹ Die resolutie is enkele dagen later door de Europese Unie geïmplementeerd.² Bijna elf jaar is Kadi door de plaatsing op de VN-lijst en op de EU-lijst geconfronteerd met maatregelen die neerkomen op een bevrozing van aan hem gelinkte vermogensbestanddelen. Pas op 5 oktober 2012 werd zijn naam van de VN-lijst gehaald

en kort daarna ook van de EU-lijst. De door Kadi op 18 december 2001 gestarte procedure tot nietigverklaring van de verordeningen, voor zover die hem betroffen, heeft zelfs nog langer geduurd. Daaraan kwam pas na elf jaar en zeven maanden, met het hier te bespreken arrest van 18 juli 2013, een einde. Hier volstaat een kort overzicht van de verschillende etappes in die procedure. In eerste aanleg werd het beroep van Kadi verworpen. In zijn arrest van 21 september 2005 oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg dat de verordening op basis waarvan Kadi op de EU-lijst is geplaatst in beginsel immuniteit van jurisdictie geniet, omdat zij daarmee uitvoering geeft aan een resolutie van de VN-Veiligheidsraad die geen enkele beoordelingsruimte laat. De verhouding tussen de internationale rechtsorde die binnen VN-verband tot stand is gekomen en de EU-rechtsorde zou volgens het Gerecht meebrengen dat de verordening slechts op verenigbaarheid met het *ius cogens* kan worden onderzocht. Hoewel duidelijk was dat Kadi niet de beschikking had over een effectief rechtsmiddel tegen de plaatsing op de lijst, zag het Gerecht daarin geen strijd met het *ius cogens*.³

Tot een fundamenteel andere benadering kwam het Hof van Justitie op 3 september 2008 (*Kadi I*). Het verklaarde de toepasselijke verordening nietig, voor zover zij Kadi betrof. Aan die uitkomst lag de opvatting ten grondslag dat verplichtingen op VN-niveau geen afbreuk kunnen doen aan het beginsel dat alle handelingen van de EU de grondrechten moeten eerbiedigen. Dat in artikel 103 van het VN-Handvest is bepaald dat de verplichtingen van de leden van de VN op basis van het Handvest voorrang hebben op verplichtingen die voortvloeien uit andere internationale overeenkomsten, betekent – aldus het Hof van Justitie – daarom niet dat een Uniehandeling die voortvloeit uit de resolutie van de Veiligheidsraad ook immuniteit van jurisdictie verdient: de rechter dient Uniehandelingen in beginsel volledig te toetsen aan de grondrechten, ook wanneer die handelingen uitvoering geven aan een VN-resolutie. De

* Prof. mr. A.A. (Stijn) Franken is hoogleraar straf(proces)recht aan de Universiteit Utrecht en advocaat te Amsterdam. Prof. mr. P.T.C. (Petra) van Kampen is hoogleraar strafrechtspraktijk aan de Universiteit Utrecht en advocaat te Amsterdam.

1. Die lijst is gebaseerd op Resolutie 1267 en Resolutie 1333 van de VN-Veiligheidsraad. In juni 2011 is in Resolutie 1988 en Resolutie 1989 een splitsing aangebracht tussen een Al-Qaida-lijst (waaronder Kadi viel) en een Taliban-lijst.

2. Verordening (EG) nr. 2062/2001 van 19 oktober 2001, houdende de derde wijziging van Verordening (EG) nr. 467/2001, die nadien is opgevolgd door Verordening (EG) 881/2002 van 27 mei 2002.

3. GEU 21 september 2005, zaak T-315/01, *Kadi/Raad en Commissie*, Jur. 2005, p. II-03649.

stap naar het oordeel dat de enkele mogelijkheid om via nationale autoriteiten aan het VN-sanctiecomité te verzoeken van de lijst te worden gehaald niet beantwoordt aan een effectief recht op verdediging en aan een effectieve rechterlijke toetsing, is dan niet verrassend.⁴

Het Hof van Justitie droeg in zijn arrest van 3 september 2008 de Raad op binnen drie maanden de vastgestelde schendingen te beëindigen. Binnen die termijn kreeg Kadi een uiteenzetting van de redenen van het VN-sanctiecomité om hem op de lijst te plaatsen. Voor de Commissie was die uiteenzetting voldoende om het voornemen uit te spreken Kadi te handhaven op de EU-lijst. De argumenten die Kadi daar tegenin bracht, leidden 'na grondige overweging' niet tot een andere conclusie van de Commissie.⁵ Kadi verzocht vervolgens opnieuw de verordening, voor zover die hem betrof, nietig te verklaren. Ditmaal kreeg hij gelijk van het Gerecht, dat oordeelde dat zowel het recht op effectieve rechterlijke bescherming als het recht op verdediging is geschonden. Tegen dat oordeel gingen de Raad, het Verenigd Koninkrijk en de Commissie, ondersteund door verschillende lidstaten, in beroep. Dat mondde uit in het arrest van het Hof van Justitie van 18 juli 2013 (*Kadi II*).

In *Kadi II* is ook aandacht besteed aan de initiatieven die de VN-Veiligheidsraad heeft genomen om tot een verbetering van de rechtsbescherming te komen voor degenen die op de Al-Qaida-sanctielijst zijn geplaatst. Een eerste stap was de oprichting van een centraal punt voor de ontvangst van verzoeken tot schrapping.⁶ De tweede stap was de verplichting voor lidstaten die een voorstel tot plaatsing doen om een uiteenzetting van redenen over te leggen met zo veel mogelijk specifieke informatie, waarbij die staat moet vermelden welke delen van de uiteenzetting openbaar kunnen worden gemaakt en ter kennis van de betrokken persoon of entiteit kunnen worden gebracht.⁷ De derde stap is de oprichting van een bureau van de ombudspersoon, die het sanctiecomité bijstaat in de beoordeling van verzoeken tot schrapping.⁸ Een (voorlopig) laatste stap is gezet met een versterking van de positie van de ombudspersoon, wier aanbeveling tot schrapping in beginsel wordt gevolgd, tenzij het sanctiecomité of de Veiligheidsraad binnen zestig dagen besluit dat de plaatsing op de lijst wordt gehandhaafd.⁹

De verhouding tussen de VN- Veiligheidsraad en de EU

Kadi I riep gemengde gevoelens op. Vanuit het perspectief van de rechtsbescherming van de op de Al-Qaida-lijst geplaatste personen was dit arrest onmiskenbaar een grote stap vooruit. Het resulteerde bovendien in een verbetering van de rechtsbescherming op VN-niveau, onder meer door de hiervoor genoemde instelling van een ombudspersoon. Er was evenwel ook kritiek op de lijn die in *Kadi I* is uitgezet. De benadering van het Hof van Justitie zou duiden op een exceptionalistische houding van de Unie in de internationale arena,¹⁰ die de autoriteit van de VN-Veiligheidsraad – en daarmee uiteindelijk ook van de internationale rechtsorde – zou aantasten.¹¹ Bovendien zouden de lidstaten van de EU door *Kadi I* in een onmogelijke positie zijn gebracht, omdat zij zowel aan VN-verplichtingen als aan EU-recht zijn gebonden.¹²

Het Hof van Justitie heeft zich in *Kadi II* door die tegenwerpingen niet laten overtuigen. De herhaalde opvatting van de Raad dat voor de toepasselijke verordening immuniteit van jurisdictie moet worden erkend, is door het Hof van Justitie in enkele korte overwegingen (66-68) van tafel geveegd. Het handhaaft daarmee zijn eerdere oordeel dat elke Uniehandeling, ook die uitvoering geeft aan op VN-niveau vastgestelde maatregelen, door een rechter kan worden getoetst aan de door de Unie gewaarborgde grondrechten. Het Hof van Justitie spreekt in dit verband van een constitutionele garantie. De stellige bewoordingen die het Hof van Justitie in deze overwegingen heeft gekozen, doen vermoeden dat het van een voorbehoud in dit opzicht niet wil weten. Vóór de uitspraak van 18 juli 2013 is wel gesuggereerd dat het Hof van Justitie in *Kadi I* de mogelijkheid heeft opengelaten dat de rechterlijke toetsing aan grondrechten op EU-niveau een tijdelijke oplossing is, namelijk zo lang op VN-niveau onvoldoende rechtsbescherming wordt geboden aan degenen die door plaatsing op een sanctielijst worden getroffen. Met verwijzing naar jurisprudentie van het Duitse Bundesverfassungsgericht en het Straatsburgse Hof is die optie als de *Solange*- respectievelijk *Bosphorus*-benadering aangeduid.¹³ Een dergelijk voorbehoud valt in *Kadi II* evenwel niet te lezen. Dat neemt niet weg dat een hoger niveau van rechtsbescherming op VN-niveau vanzelfsprekend van invloed is op de vraag die in Unieverband moet worden beantwoord, namelijk of de verordening die rechtstreeks voortvloeit uit een VN-resolutie in overeenstemming is

4. HvJ EG 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, *Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie*, *Jur.* 2008, p. I-06351 (*Kadi I*). Zie daarover onder meer C.R.J.J. Rijken, 'Het Hof als hoeder van de fundamentele rechten in de zaak Kadi en Al Barakaat', *NTER* 2009/4, p. 140-146.

5. Verordening (EG) nr. 1190/2008 van 28 november 2008, tot 101^e wijziging van Verordening (EG) nr. 881/2002.

6. Resolutie 1730 van 19 december 2006.

7. Resolutie 1735 van 22 december 2006 en Resolutie 1822 van 30 juni 2008.

8. Resolutie 1904 van 17 december 2009.

9. Resolutie 1989 van 17 juni 2011.

10. Rijken 2009.

11. Zie bijvoorbeeld G. de Búrca, 'The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi*', *Harvard International Law Journal* 2010, vol. 51, nr. 1, p. 1-49.

12. Zie bijvoorbeeld A. Cuyvers, 'The *Kadi II* Judgment of the General Court: The ECJ's Predicament and the Consequences for Member States', *European Constitutional Law Review* 2011, p. 481-510.

13. Zie bijvoorbeeld J. Kokott en C. Sobotta, 'The *Kadi* Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?', *EJIL* 2012, vol. 23, nr. 4, p. 1015-1024.

met het recht van verdediging en het recht van een effectieve rechterlijke toetsing. Daarop komen wij hierna terug.

Van een klinkende overwinning van het rechtsbeschermingsperspectief is intussen geen sprake. Reeds de vaststelling dat niet de uitkomst van een bijna twaalf jaar lopende procedure ertoe heeft geleid dat Kadi van de Al-Qaida-lijst werd gehaald, dwingt in dat verband tot relativering. Het is het VN-sanctiecomité geweest dat, op advies van de ombudspersoon, tot schrapping is overgegaan. Van den Herik heeft erop gewezen dat die ombudspersoon uitsluitend een rol heeft in de beoordeling van verzoeken tot schrapping van de Al-Qaida-lijst in VN-verband. Volgens haar herbergt het resolute oordeel van het Hof van Justitie het gevaar in zich dat weinig animo zal bestaan om het mandaat van de ombudspersoon uit te breiden naar andere sanctieregimes op VN-niveau, waarin nog minder rechtsbescherming wordt geboden.¹⁴ Dat risico bestaat inderdaad. Een optimistischer visie is ook denkbaar, indien wordt onderkend dat op VN-niveau na *Kadi I* toch mondjesmaat verbeteringen zijn aangebracht in het systeem van rechtsbescherming. In die zin kan *Kadi II* een nieuwe stimulans zijn om daaraan verder te werken.¹⁵

Belangrijker dan die moeilijk te voorspellen toekomst is wat ons betreft dat het Hof van Justitie terecht aan constitutionele uitgangspunten, waarin de rechter een belangrijke toetsende taak heeft en bescherming van grondrechten voorop staat, meer waarde heeft toegekend dan aan de opportuniteit van zijn oordeel in termen van internationale politiek. De stelling dat *Kadi I* en *Kadi II* de internationale orde ondermijnen doordat deze uitspraken aanzetten tot een aantasting van het gezag van de Verenigde Naties, miskent naar ons oordeel dat het Hof van Justitie in feite slechts op Europees niveau heeft gedaan wat de Verenigde Naties op internationaal niveau hebben nagelaten: invulling geven aan de notie van een rechtsorde, die geen immuniteit toekent aan besluiten die vergaande consequenties kunnen hebben voor betrokken personen.

Het Hof van Justitie staat in die afwijzing van immuniteit niet alleen. Het EHRM heeft in 2012 eveneens geoordeeld dat een effectief rechtsmiddel moet bestaan voor degenen die op een sanctielijst zijn geplaatst.¹⁶ Hoewel het een andere weg heeft bewandeld dan het

Hof van Justitie in *Kadi I* en in *Kadi II*,¹⁷ heeft ook het EHRM expliciet duidelijk gemaakt dat de plaatsing op een sanctielijst onderwerp moet kunnen zijn van een rechterlijke toetsing. Als die mogelijkheid binnen het VN-verband niet wordt geboden, dan moet de betrokkene dus bij de nationale of Europese rechter terecht kunnen.

Volledige toetsing aan grondrechten volgens het Hof van Justitie

Na *Kadi I* heeft de voorzitter van het VN-sanctiecomité een uiteenzetting van redenen medegedeeld aan de permanente vertegenwoordiger van Frankrijk. In die uiteenzetting van een enkele pagina worden vijf argumenten voor plaatsing van Kadi op de sanctielijst genoemd. Voor een goed begrip van het oordeel van het Hof van Justitie citeren wij drie van de vijf argumenten (*Kadi II*, punt 28):

‘[Kadi] heeft erkend dat hij trustee-oprichter is van de stichting Muwafaq en de activiteiten daarvan heeft geleid. De stichting Muwafaq trad oorspronkelijk op onder de vlag van Makhtab Al-Khidamat/Al Kifah (...), een door Abdullah Azzam en Usama Bin Laden (...) opgerichte organisatie (...) en de voorloper van Al-Qa’ida (...). Nadat Makhtab Al-Khidamat/Al Kifah begin juni 2001 was opgeheven en was opgegaan in Al-Qa’ida, sloot een aantal niet-gouvernementele organisaties die voorheen een band hadden met Makhtab Al-Khidamat/Al Kifah, met inbegrip van de stichting Muwafaq, zich eveneens bij Al-Qa’ida aan.’

En:

‘In 1995 verklaarde de leider van Al-Gama’at Al-Islamiya, Talud Fuad Kassem, dat de stichting Muwafaq een moedjahedienbataljon in Bosnië-Herzegovina logistiek en financieel had gesteund. Midden jaren 90 was de stichting Muwafaq betrokken bij het verlenen van financiële steun aan terroristische activiteiten van die moedjahedien, en bij de wapenhandel tussen Albanië en Bosnië-Herzegovina. Deze activiteiten waren deels door Bin Laden gefinancierd.’

En:

17. Zie daarover uitgebreid E. de Wet, 'From *Kadi* to *Nada*: judicial techniques favoring human rights over United Nations Security Council sanctions', 12 *Chinese JIL* 2013, p. 1-24. Zie ook HR 14 december 2012, *NJ* 2013/411, m.nt. E.A. Alkema, waarin zowel naar *Kadi I* als naar *Nada/Zwitsersland* wordt verwezen om tot het oordeel te komen dat de uitvoering die op nationaal niveau in de Sanctieregeling Iran is gegeven aan een Resolutie van de VN-Veiligheidsraad onderwerp kan zijn van rechterlijke toetsing.

14. L. van den Herik, 'Het Post-Kadi Tijdperk. Over hoe een progressieve benadering vooruitgang kan smoren', *Ars Aequi* 2013, p. 811-820.

15. In die zin begrijpen wij A. Schild, 'Rechtsbescherming bij plaatsing op een VN-terrorisielijst', *NJB* 2013, p. 1197-1200.

16. EHRM 20 september 2012, *Nada/Zwitsersland*, EHRC 2012, 217, m.nt. I.H. Scheltema. Opgemerkt moet worden dat het Straatsburgse Hof in onder meer EHRM 5 mei 2007, *Behrami en Behrami/Frankrijk*, een andere koers leek te varen. Dat punt laten wij hier liggen. Zie daarover P. De Sena en M.C. Vitucci, 'The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values', *EJIL* 2009, vol. 20, nr. 1, p. 193-228 en de discussie tussen De Sena, Vitucci, De Búrca, Nollkaemper en Canor in *EJIL* 2009, vol. 20, nr. 3, p. 853-896.

‘Daarnaast bezat [Kadi] verschillende ondernemingen in Albanië die gelden naar extremisten sluisden of extremisten in dienst hadden in functies waarin zij de financiën van de ondernemingen beheerden. Bin Laden verschafte het werkkapitaal voor vier of vijf van [Kadi’s] ondernemingen in Albanië.’

Kadi is van de uiteenzetting in kennis gesteld, welke ook op de website van het sanctiecomité gepubliceerd. Binnen een maand reageerde Kadi daarop. Hij wees erop dat de beweringen in de uiteenzetting vaag en algemeen waren en betwistte gemotiveerd de door het sanctiecomité genoemde redenen. In dat verband deed hij onder meer een beroep op het feit dat strafprocedures tegen hem in een drietal landen (Zwitserland, Turkije, Albanië) op verdenking van betrokkenheid bij terroristische organisaties en financiële misdrijven op niets waren uitgelopen.

Nadat de Commissie naar eigen zeggen ‘na grondige overweging’ de plaatsing op de sanctielijst handhaafde en Kadi vervolgens opnieuw verzocht de verordening, voor zover die op hem betrekking had, nietig te verklaren, kreeg hij van het Gerecht gelijk. Aan dat oordeel lagen in hoofdzaak drie argumenten ten grondslag: (1) het recht tot verdediging is door de Commissie slechts in de meest formele en oppervlakkige zin geëerbiedigd, omdat de Commissie zich in feite strikt gebonden acht aan de vaststellingen van het sanctiecomité en niet echt heeft geprobeerd het door Kadi overgelegde materiaal te weerleggen; (2) ondanks diens uitdrukkelijke verzoek heeft de Commissie de toegang tot het bewijs aan Kadi geweigerd, zonder daartoe Kadi’s belangen af te wegen tegen de noodzaak om de vertrouwelijke aard van die informatie te waarborgen; en (3) de weinige stukjes informatie en de onnauwkeurige beweringen in de uiteenzetting van redenen, zijn duidelijk ontoereikend om Kadi in staat te stellen zich tegen de beschuldigingen effectief te verweren.

In zijn conclusie voor *Kadi II* stelde advocaat-generaal Bot een aanzienlijk beperktere toetsing voor dan die van het Gerecht. Zijns inziens zou de toetsing zich dienen te beperken tot de vraag of aan de formele vereisten voor plaatsing op de lijst is voldaan. Over de inhoudelijke gronden tot plaatsing zou dan niet kunnen worden geklaagd. Ten aanzien van die materiële eisen zou het vertrouwen moeten bestaan dat het sanctiecomité zijn beslissing op deugdelijke gronden heeft genomen.¹⁸

In zijn arrest van 18 juli 2013 komt het Hof van Justitie tot een veel verdergaande toetsing dan zijn advocaat-generaal voorstelde en corrigeert het tegelijkertijd het Gerecht op een aantal onderdelen. Het zet daartoe eerst de kaders van de door hem voorgestane toetsing uiteen. Met verwijzing naar artikel 41 lid 2 van het Handvest van grondrechten van de Unie (hierna: Handvest) stelt het dat tot het recht van verdediging zowel het recht om te worden gehoord als het recht op toegang tot stukken behoort (punt 99). Het recht op effectieve rechterlijke bescherming, dat in artikel 47 van het Handvest is ver-

woord, vereist – aldus het Hof van Justitie – dat de belanghebbende kennis kan nemen van de gronden waarop het tegen hem genomen besluit is gebaseerd (punt 100). Die rechten zijn evenwel niet absoluut. De uitoefening daarvan kan worden beperkt volgens artikel 52 lid 1 van het Handvest, voor zover de kern van het grondrecht overeind blijft staan, die beperking noodzakelijk is en zij beantwoordt aan de eisen van de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang (punt 101). Daarnaast moet volgens het Hof van Justitie steeds worden gekeken naar de specifieke omstandigheden van het geval, waarbij de vraag of een grondrecht is geschonden moet worden beantwoord tegen de achtergrond van de aard van de betrokken handeling, de context van de vaststelling daarvan en de rechtsregels die de materie beheersen (punt 102).

Tegen de achtergrond van dat kader stelt het Hof van Justitie vast dat de plaatsing door het VN-sanctiecomité op een lijst niet automatisch betekent dat die persoon ook op de EU-lijst terecht behoort te komen. Daarover moet de bevoegde autoriteit van de Unie een aparte beslissing nemen. De door het sanctiecomité verstrekte informatie in de uiteenzetting van redenen vormt in die afweging een belangrijke factor, maar de gegrondheid daarvan zal zorgvuldig en onpartijdig moeten worden onderzocht in het licht van de door de betrokken persoon gemaakte opmerkingen en de daarbij gevoegde informatie (punt 114). Tijdens dat onderzoek kan aanleiding bestaan het sanctiecomité in te schakelen en via dit comité de medewerking te vragen van het lid van de Verenigde Naties dat de plaatsing op de VN-lijst heeft voorgesteld. In een ‘klimaat van dienstige samenwerking’ zou dat lid kunnen worden gevraagd om nadere informatie of bewijzen (punten 103-115). De Unierechter moet op zijn beurt, mede in het licht van de vereiste motivering van de plaatsingsbeslissing, beoordelen of de aangevoerde redenen voldoende individueel, specifiek en concreet zijn (punten 116 en 118). Daarnaast dient de rechter na te gaan of het besluit een voldoende solide feitelijke grondslag heeft. Ten aanzien van dat laatste element preciseert het Hof van Justitie zijn oordeel als volgt (punt 119):

‘Dat betekent dat de feiten die zijn aangevoerd in de uiteenzetting van redenen waarop dat besluit steunt (...), worden gecontroleerd, zodat de rechterlijke toetsing niet enkel een beoordeling van de abstracte waarschijnlijkheid van de aangevoerde redenen inhoudt, maar zich uitstrekt tot de vraag of die redenen, of ten minste een daarvan die op zich toereikend wordt geacht om als grondslag te dienen voor dat besluit, zijn gestaafd.’

Waar nodig, zal de Unierechter dan ook aan de bevoegde autoriteit van de Unie moeten vragen om nadere informatie en bewijzen (punt 120). Het is niet nodig dat al het bewijsmateriaal wordt overgelegd, maar het zal in elk geval voldoende moeten zijn om de in de uiteenzetting aangevoerde redenen te staven. Voldoet de bevoegde autoriteit daar niet aan, of kan deze daar niet aan vol-

18. Over die conclusie Schild 2013.

doen omdat het lid van de VN of het sanctiecomité geen medewerking verleent, dan zal de rechter zijn oordeel slechts kunnen baseren op de beschikbare informatie. Als aan de hand daarvan niet kan worden vastgesteld of een reden gegrond is, dan zal hij deze moeten afwijzen als grondslag voor het plaatsingsbesluit. Een reden die niet kan worden bewezen, kan derhalve niet bijdragen aan de motivering van het plaatsingsbesluit. Als wel nadere informatie of bewijs wordt verstrekt, dan moet de Unierechter nagaan of de aangevoerde feiten materieel juist zijn (punten 120-124).

Ten aanzien van geheim te houden informatie is de koers van het Hof van Justitie in nogal abstracte overwegingen geformuleerd. Het onderkent dat dwingende overwegingen die betrekking hebben op de veiligheid van de Unie of haar lidstaten of het onderhouden van internationale betrekkingen zich ertegen kunnen verzetten dat bepaald bewijs aan de betrokken persoon wordt medegedeeld. Dan moet de Unierechter volgens punt 125:

‘zodanige technieken (...) hanteren dat gerechtvaardigde overwegingen van zekerheid omtrent de aard en de bronnen van de inlichtingen die bij de vaststelling van de betrokken handeling in aanmerking zijn genomen, kunnen worden verzoend met de noodzaak om de justitiabele voldoende procedurele bescherming te bieden, zoals het recht om te worden gehoord en het beginsel van hoor en wederhoor (...).’

120

Dat brengt mee dat de rechter moet nagaan of de aangevoerde argumenten voor afscherming van informatie gegrond zijn. Als hij oordeelt dat dit niet het geval is, dan zal de bevoegde autoriteit van de Unie de gelegenheid moeten krijgen die informatie alsnog mede te delen aan de betrokkene. Blijft die mededeling achterwege, dan wordt de plaatsing slechts beoordeeld op basis van de elementen die wel aan de betrokkene kenbaar zijn gemaakt (punten 126-127). Is geheimhouding gerechtvaardigd, dan moet ‘op passende wijze’ een evenwicht worden gezocht tussen – kort gezegd – het recht op effectieve rechterlijke bescherming en het recht op verweer enerzijds en de veiligheidsbelangen of het belang van goede internationale betrekkingen anderzijds (punt 128). Zo’n passend evenwicht kan bijvoorbeeld worden gevonden in een samenvatting van de informatie en bewijzen. Het is hoe dan ook zaak dat de Unierechter bij de bewijswaarde van afgeschermd informatie rekening houdt met de vaststelling dat de betrokken persoon zich daartegen niet kan verdedigen (punt 129), terwijl het Hof van Justitie nog eens duidelijk maakt dat nietigverklaring van het besluit achterwege blijft indien ten minste één reden voldoende nauwkeurig en concreet is en toereikende feitelijke grondslag heeft (punt 130). Alleen op deze wijze acht het Hof van Justitie een effectieve rechterlijke bescherming te bereiken, ook omdat het de aanpassingen in de procedures op VN-niveau in dat verband van onvoldoende gewicht acht (punten 133-134).

Vervolgens past het Hof van Justitie deze overwegingen toe op het concrete geschil. Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, zijn het recht van verdediging en het recht van effectieve rechterlijke bescherming niet reeds geschonden omdat de Commissie aan Kadi en de Unierechter geen toegang heeft verleend tot de informatie of het bewijs waarover het sanctiecomité of de betrokken lidstaat van de Verenigde Naties wel beschikt. In een dergelijk geval moet, zoals het Hof van Justitie dat in zijn kader uiteen heeft gezet, de rechter zijn oordeel baseren op het materiaal dat wel beschikbaar is. Als daaruit niet de materiële gegrondheid van de redenen kan worden afgeleid, dan kan het bestreden besluit niet op die redenen worden gebaseerd (punten 137-139).

Ten onrechte heeft het Gerecht bovendien, aldus het oordeel van het Hof van Justitie, alle redenen voor de plaatsing van Kadi op de sanctielijst als te vaag en te onnauwkeurig beoordeeld. Alleen voor de laatste reden, die hiervoor is geciteerd, geldt dat deze onvoldoende nauwkeurig en concreet is omdat die geen aanwijzing bevat over de identiteit van de betrokken ondernemingen, het tijdstip van de vermeende gedragingen en de identiteit van de ‘extremisten’ die door dat optreden zouden zijn begunstigd (punt 141). De andere redenen – dus ook de eerste twee redenen die hiervoor zijn geciteerd – voldoen naar het oordeel van het Hof van Justitie wel aan de vastgestelde standaard. Ten aanzien van de eerste reden geldt dat het voldoende nauwkeurig en concreet de betrokken entiteit identificeert (de stichting Muwafaq) en Kadi’s rol daarin weergeeft, alsook de vermeende band tussen die stichting enerzijds en Bin Laden en Al Qaida anderzijds (punt 143), terwijl ten aanzien van de tweede hiervoor geciteerde reden geldt dat deze is gebaseerd op de verklaring van de genoemde Talud Fuad Kassem, voldoende duidelijk maakt om welke handelingen het gaat, wanneer deze zouden zijn verricht en wat de vermeende band met de activiteiten van Bin Laden is (punten 146-147).

De onderbouwing van de vier redenen, hoewel die voldoende precies en nauwkeurig zijn, is echter onvoldoende. Omdat Kadi de aantijgingen gemotiveerd heeft weersproken en daarvoor ook bewijsmateriaal heeft aangedragen en van de zijde van de Commissie geen bewijs of informatie is verstrekt die maakt dat kan worden vastgesteld dat – kort gezegd – Kadi betrokken is geweest bij het internationale terrorisme – en Al-Qaida en Bin Laden in het bijzonder – is, aldus het Hof van Justitie, geen grond aanwezig om op het niveau van de Unie beperkende maatregelen tegen hem vast te stellen (punten 151-162).¹⁹ Daarom wordt het beroep tegen de beslissing van het Gerecht afgewezen.

19. Ten aanzien van één reden, die in de hoofdtekst niet is geciteerd, merkt het Hof van Justitie in overweging 156 op dat die mogelijk voor de initiële plaatsing van Kadi in 2002 op de lijst volstond, maar dat zij in 2008 geen grond meer kon vormen voor handhaving van Kadi op de lijst. De handelingen waarop die reden zag, vonden plaats in 1992 en het tijdsverloop is volgens het Hof van Justitie dan ook van dien aard dat beperkende maatregelen daarop niet meer kunnen worden gebaseerd.

De te voeren discussie

Het arrest van het Hof van Justitie maakt duidelijk dat de rechterlijke beoordeling van de plaatsing op een sanctielijst zich beperkt tot een toetsing van het besluit aan de grondrechten (punt 67). In dat verband wordt van de rechter verwacht dat hij zowel de procedure tot plaatsing beoordeelt als, waar mogelijk, de materiële juistheid vaststelt van de relevante feiten. In het kader van de procedurele toetsing moet de rechter nagaan of in de procedure die aan plaatsing voorafgaat aan de betrokken persoon de redenen voor plaatsing zijn medegedeeld en hem de mogelijkheid is geboden zijn standpunt naar behoren kenbaar te maken en dient de rechter voorts te onderzoeken of de plaatsingsbeslissing – gelet op artikel 296 VWEU – voldoende is gemotiveerd en dus de ‘individuele, specifieke en concrete redenen’ voor plaatsing benoemt (punten 111-118). Om tot een oordeel te komen over de materiële juistheid van de aangevoerde redenen zal de rechter de door de bevoegde autoriteit van de Unie verstrekte informatie en bewijzen moeten beoordelen aan de hand van de omstandigheden van het geval en in het licht van de daarover door de betrokken persoon gemaakte opmerkingen en het in die reactie overgelegde materiaal (punt 24).

Het arrest geeft op onderdelen een nadere invulling van de bij de toetsing aan te leggen maatstaven.

Een vergelijking tussen de verschillende redenen die aan de plaatsing van Kadi op die lijst ten grondslag zijn gelegd, laat bijvoorbeeld zien dat met algemene aanduidingen als ‘ondernemingen’ en ‘extremisten’ in elk geval niet kan worden volstaan: de plaatsing moet zijn gebaseerd op specifieke – en daarmee toetsbare – gegevens. Met het oog op een effectieve verdediging lijkt ons dat oordeel op zichzelf zowel voor de hand liggend als juist te zijn. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat aanduidingen als ‘midden jaren 90’, ‘terroristische activiteiten’ en ‘de wapenhandel tussen Albanië en Bosnië-Herzegovina’ – die figureren in de tweede reden die hiervoor is geciteerd – door het Hof van Justitie als voldoende specifiek zijn aangemerkt, hoewel ook dergelijke passages nogal algemeen en abstract zijn. De grens tussen voldoende en onvoldoende specifiek is dus niet haarscherp te trekken. Een casuïstische beoordeling is in dat verband daarom onvermijdelijk.

Begrip kan worden opgebracht voor zowel het standpunt dat plaatsing op de lijst kan worden gerechtvaardigd indien ten minste een van de redenen voldoende nauwkeurig en concreet is en daarvoor voldoende bewijsmateriaal beschikbaar is als het oordeel dat (daarom) niet al het relevante materiaal behoeft te worden overgelegd. Het Hof van Justitie verwijst in dat verband naar de preventieve aard van de maatregelen (punt 130) en naar het ‘juiste evenwicht’ tussen de handhaving van de internationale vrede en veiligheid enerzijds en de bescherming van de vrijheden en grondrechten van de betrokken persoon anderzijds (punt 131). Dat tweede argument lijkt doorslaggevend te zijn geweest voor het oordeel dat nietigverklaring van de plaatsing op de sanc-

tielijst achterwege blijft als een van de redenen voldoende specifiek en toereikend onderbouwd is, ook als andere redenen dat niet zijn.

Het Hof van Justitie legt ten aanzien van de bewijsvoering – naar ons oordeel: terecht – de bal via de Commissie bij het VN-sanctiecomité en bij de lidstaat die de plaatsing op de VN-lijst heeft bewerkstelligd. Het is, zoals in punt 121 wordt gesteld, aan de autoriteiten om in geval van betwisting aan te tonen dat de redenen gegrond zijn en niet aan de betrokken persoon om het negatieve bewijs te leveren voor de ongegrondheid van die redenen. Het Hof van Justitie is daarin rechtlijnig. Als bij gemotiveerde betwisting van de uiteenzetting van redenen geen bewijsmateriaal wordt ingebracht dat de gegrondheid van een van die redenen aantoonde, dan zal – zoals in deze casus – de gemotiveerde betwisting de doorslag geven en de plaatsing op de EU-lijst worden vernietigd. Voor een nadere afweging is dan geen plaats. Het Hof van Justitie heeft in deze zaak geen oordeel behoeven uit te spreken over de concrete omgang met bewijsmateriaal dat geheim moet blijven. Het heeft in punt 125 duidelijk gemaakt dat die geheimhouding in elk geval niet aan de Unierechter kan worden tegengeworpen. Als de plaatsing op de lijst slechts kan worden onderbouwd aan de hand van materiaal dat ook voor hem geheim blijft, zal de vernietiging van de plaatsing op de EU-lijst onvermijdelijk zijn. Of die dreigende consequentie voldoende is om – in een wereld waarin openbaarmaking van informatie van inlichtingen- en veiligheidsdiensten allerm minst vanzelfsprekend is – te bereiken dat in elk geval de Europese rechter wordt geïnformeerd, moet worden afgewacht. Tegelijkertijd is de benadering van het Hof van Justitie niet geheel zonder problemen. Zij kan immers meebrengen dat de rechter wel, maar de betrokken persoon niet op de hoogte wordt gesteld van geheime informatie. Die inbreuk op het beginsel van interne openbaarheid kan de legitimiteit van het rechterlijk oordeel aantasten.

Daar komt bij dat het Hof van Justitie slechts in algemene lijnen uiteen heeft gezet hoe de rechter een passend evenwicht moet vinden tussen de grondrechten van de betrokken persoon enerzijds en de belangen die zich tegen openbaarmaking verzetten anderzijds. Meer dan de optie van een samenvatting wordt niet genoemd – waarbij onduidelijk is hoe een samenvatting tot het bedoelde evenwicht kan leiden. Ook de herhaalde verwijzing naar zijn uitspraak in de zaak ZZ biedt weinig aanknopingspunten voor een nadere invulling van de vereiste evenwichtskunst, omdat – aldus De Bree – daarin wel veel woorden worden gewijd aan de uiteenlopende belangen, maar slechts weinig factoren worden benoemd die relevant kunnen zijn voor de als *balancing act* beschreven werkwijze.²⁰

Het zou ook al te mooi zijn geweest als in *Kadi II* een duidelijk antwoord was geformuleerd op alle vragen die in verband met de beoordeling van een plaatsing op de

20. Vgl. R. de Bree, ‘Een analyse van het arrest ZZ (HvJ EU 4 juni 2013, zaak C-300/11) en de moeizame verhouding tussen geheime procesvoering en het recht op een eerlijk proces’, *NTER* 2013/10, p. 333-338.

sanctielijst kunnen rijzen. Het Hof van Justitie is al een heel eind gekomen. De toekomstige discussie zal zich vooral moeten richten op de onderdelen die nog niet door de scherpe criteria zijn ingekaderd. Dan gaat het in de eerste plaats om het onderscheid tussen voldoende en onvoldoende specifieke redenen voor plaatsing op de sanctielijst. Een casuïstische benadering van dat vraagstuk is, zoals hiervoor is opgemerkt, onvermijdelijk. In de tweede plaats zal nader moeten worden nagedacht over de omgang met vertrouwelijke informatie en over de in dat verband te bereiken verzoening tussen belangen die met elkaar op gespannen voet staan. Dat is een notoir lastig vraagstuk, waarvoor binnen de Unie geen eenduidige oplossing bestaat. Sterker nog: alleen al in Nederland wordt het vraagstuk op verschillende wijzen – afhankelijk van het rechtsgebied – benaderd.²¹ Een nauwkeurige inventarisatie van alle modaliteiten die in de lidstaten zijn bedacht om tot een adequate benadering van het probleem te komen, is daarom de eerste stap die moet worden gezet. Aan de hand daarvan kan vervolgens het normatieve oordeel worden uitgesproken welke oplossing wel en welke niet aanvaardbaar is. Uiteindelijk zal ook het Hof van Justitie zich daarover moeten uitlaten.

21. Zie De Bree 2013 voor het bestuursrecht en het vreemdelingenrecht en bijvoorbeeld P. van Kampen en D. Hein, 'Strijd om stukken: de Wet processtukken', *NJB* 2012, p. 72-78 voor het strafprocesrecht.