Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/58474 holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Kuiper-Slendebroek, B.A.
Title: Rechter over grenzen : de toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht
Date: 2017-12-19

Rechter over Grenzen
De toepassing en interpretatie
van internationaal recht
in het Nederlands privaatrecht

Aan Arie

Aan mijn ouders

Rechter over Grenzen

De toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op dinsdag 19 december 2017
klokke 16.15 uur

door

Bregje Anneloes Slendebroek

geboren te Leiderdorp

in 1985

Promotor:	mr. dr. M.V. Polak
Co-promotor:	mr. dr. J.A. van der Weide

Promotiecommissie:	prof. mr. M.E. Koppenol-Laforce
	prof. mr. S.J. Schaafsma
	prof. mr. N.J. Schrijver
	prof. mr. R.J.B. Schutgens (Radboud Universiteit Nijmegen)
	prof. mr. L. Strikwerda (emeritus Universiteit Tilburg)

Dit onderzoek was mogelijk dankzij financiering van het Alkema-Hilbrands fonds.

Lay-out: AlphaZet prepress, Waddinxveen
Printwerk: Ipskamp Printing

ISBN 978-94-028-0886-5

© 2017 B.A. Kuiper-Slendebroek

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets in deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Het reprorecht wordt niet uitgeoefend.

No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, made available or communicated to the public, in any form or by any means, without the prior permission in writing of the publisher, unless this is expressly permitted by law.

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen IX

1 Inleiding: de nationale (t)rechter van het internationale recht 1
1.1 Aanleiding voor dit onderzoek 1
1.2 Nadere vaststelling van het onderwerp 4
1.2.1 Theoretisch kader: internationaal en constitutioneel recht 4
1.2.2 Aanleiding voor de casestudies 5
1.2.3 Onderzoeksvragen 7
1.2.4 Wijze van onderzoek 8
1.3 Korte weergave casestudies 10
1.3.1 Niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen en sociale mensenrechten 10
1.3.2 Interpretatiemiddelen en het internationaal en eenvormig privaatrecht 10
1.3.3 Internationaal en Europees recht en de rangorde tussen gelijkwaardige rechtsbronnen 11
1.3.4 Ongeschreven volkenrecht en de immuniteit van privaatrechtelijke handelingen 12
1.3.5 Concluderend 13
1.4 Slotopmerkingen 13

Deel I Theorisch kader 15

2 De bronnen van internationaal recht 17
2.1 Inleiding 17
a. Diverse deelnemers 18
b. Uiteenlopende materiële rechtskracht 20
2.2 De internationale bronnen uit artikel 38 IGH-statuut 21
a. Verdragen 22
b. Gewoonterecht 27
c. Algemene rechtsbeginselen 29
d. Jurisprudentie en gezaghebbende literatuur 30
2.3 Andere bronnen van internationaal recht 31
e. Eenzijdige rechtshandelingen 32
f. Besluiten van (organen van) internationale organisaties 33
2.4 Conclusie 35

3 De nationale rechter en de constitutionele trechter 37
3.1 Inleiding 37
3.2 Het internationale recht en de nationale constitutie 39
3.3 Internationale verdragen en besluiten en de voorrang op het nationale recht 48
a. bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (93/94) 48
b. die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden (93/94) 51
c. hebben verbindende kracht (93) 54
d. nadat zij zijn bekendgemaakt (93) 55
e. binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften (94) 56
f. vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met (94) 58
3.4 Conclusie 62

Deel II Casestudies 65

4 Interpretatie en toepassing van verdragen de criteria en alternatieven voor rechtstreekse werking 67
4.1 Inleiding 67
4.1.1 De rechtstreekse werking van verdragsbepalingen 68
4.1.2 Het verdrag: het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten 69
4.1.3 Opzet van dit hoofdstuk 71
4.2 De criteria voor de rechtstreekse werking 71
4.2.1 De Centrale Raad van Beroep: aard en inhoud, casus en context 72
4.2.2 De Hoge Raad: bepaalbaarheid en bewoordingen 75
4.2.3 Het gebruik van analoge verdragsbepalingen 80
4.2.4 Kanttekening: het gebruik van de Memorie van Toelichting 82
4.2.5 Concluderend 83
4.3 Het nationale recht als alternatieve route voor de toepassing van niet rechtstreeks werkende bepalingen 84
4.3.1 Reflexwerking: betekenis toekennen via nationale en internationale bepalingen 84
4.3.2 Minimumnormen: wijziging nationaal recht leidt tot rechtstreekse werking 88
4.4 Conclusie 94

5 Interpretatie en toepassing van verdragen met behulp van interpretatiemiddelen uit het internationale recht 97
5.1 Inleiding 97
5.1.1 Het toepassen van verdragen met behulp van interpretatiemiddelen 98

5.1.2 De verdragen: het CMR-verdrag en het Haags Kinderontvoeringsverdrag 100
5.1.3 Opzet van dit hoofdstuk 105
5.2 De rol van internationale interpretatiemiddelen bij toepassing van het verdrag 106
5.2.1 De toepassing van verdragen met gebruik van verschillende interpretatiemiddelen 106
5.2.2 Ontwikkelingen in de verdragspraktijk met behulp van interpretatiemiddelen 113
5.2.3 Concluderend 118
5.3 Het interpretatiemiddel als rechtsbron: de uitspraak van een verdragscomité 119
5.4 Conclusie 127

6 Interpretatie en toepassing van verdragen waar Europees en internationaal recht samenlopen 129
6.1 Inleiding 129
6.1.1 De samenloop van internationale verdragen en EU-verordeningen 130
6.1.2 Structuur van de Europese Unie 133
6.1.3 Opzet van dit hoofdstuk 136
6.2 Samenloop en toepassing van verdragen en verordeningen in de Europese Unie 137
6.2.1 Doorwerking van een internationaal verdrag met de EU als partij of regelgever 137
6.2.2 Kanttekening: de uitleg van verdragen door het Hof van Justitie 143
6.2.3 Concluderend 145
6.3 Samenloop en toepassing van verdragen en verordeningen in het nationale recht 145
6.3.1 Invloed van de EU-verordening: een nieuwe interpretatie 146
6.3.2 Invloed van de EU-verordening: verandering van het internationale recht 151
6.3.3 Concluderend 154
6.4 Conclusie 155

7 Interpretatie en toepassing van internationaal gewoonterecht aan de hand van de immuniteit van staten en van internationale organisaties 157
7.1 Inleiding 157
7.1.1 Ontwerpverdragen en het internationaal gewoonterecht 158
7.1.2 De immuniteit van staten voor de nationale rechter 160
7.1.3 Opzet van dit hoofdstuk 162
7.2 De rol van nationaal en internationaal recht – de theorie en het belang van praktijk 163

7.3 De algemene regel – de Nederlandse rechter en gewoonterechtelijke staatsimmuniteit 167
7.3.1 De verschuiving van absolute naar relatieve immuniteit 167
7.3.2 Het onderscheid tussen staten en organisaties – gewoonterecht en verdragenrecht 172
7.3.3 Het onderscheid tussen handelingen en motieven – het Nederlandse volkenrecht 174
7.3.4 Concluderend 178
7.4 De uitzonderingen op de algemene regel – immuniteit en rechtsbescherming 178
7.4.1 Schipperen tussen de aard en het motief van de handeling 178
7.4.2 De mensenrechtelijke invloed op de internationale immuniteit van organisaties 186
7.4.3 Concluderend 191
7.5 Conclusie 192

Deel III Synthese 195

8 Conclusie en synthese 197
8.1 Inleiding 197
8.2 De toepassing en interpretatie van internationaal recht door de Nederlandse rechter 198
8.2.1 De toepassing en interpretatie van internationaal recht in de Nederlandse praktijk 199
8.2.2 Verdere suggesties voor de toepassing en interpretatie van internationaal recht 205
8.3 Conclusie 212

Lijst geciteerde literatuur 213

Jurisprudentielijst 221

Samenvatting (NL) 225

Samenvatting (EN) 233

Curriculum vitae 239

Trefwoordenregister 241

Lijst van afkortingen

AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
A-G	Advocaat-Generaal
ANW	Algemene nabestaandenwet
ARRvS	Afdeling Rechtspraak van de Raad van State
art.	artikel(en)
bijv.	bijvoorbeeld
BWKJ	Burgerlijk Wetboek Krant Jaarboek
CA	Centrale Autoriteit
CAN	Clean Air Nederland
CAVV	Commissie van Advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken
CMR	Verdrag voor grensoverschrijdend wegvervoer (Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route)
concl.	conclusie
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DALT	Draft Articles on the Law of Treaties
diss.	dissertatie
DRC	Democratische Republiek Congo
e.a.	en anderen
EB	EB Tijdschrift voor scheidingsrecht
ECE	United Nations Economic Commission for Europe
ECSR	Europees Comité voor Sociale Rechten
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EKOV	Europees Kinderontvoeringsverdrag
EO	Europese Overeenkomst inzake de Immuniteit van Staten
ESA	Europese Ruimtevaartorganisatie (European Space Agency)
ESH	Europees Sociaal Handvest
EU	Europese Unie
e.v.	en volgende
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
HKOV	Haags Kinderontvoeringsverdrag
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
ICC	International Chamber of Commerce
ICJ	International Court of Justice (IGH)
IGH	Internationaal Gerechtshof
ILC	International Law Commission
IPR	Internationaal Privaatrecht
IRU	International Road Transport Union

ISNAR	International Service for National Agricultural Research
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
IVESCR/IVESC	Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
m.nt.	met noot van
Marpol	Internationaal Verdrag ter voorkoming van verontreiniging door schepen (Marine Polution)
MvT	Memorie van Toelichting
NAVO	Noord-Atlantische Verdragsorganisatie
NGO	niet-gouvernementele organisatie
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJK	NJ Kort
nl.	namelijk
NL	Nederland
no.	nummer
nr.	nummer
p.	pagina('s)
para.	paragra(a)f(en)
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
Prg.	Rechterlijke uitspraken en jurisprudentie Praktijkgids
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
RvS	Raad van State
SEEE	Société Européene d'Études et d'Entreprises
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
suppl.	supplement
SVB	Sociale verzekeringsbank
SVK	Stichting Verbiedt de Kruisraketten
T&C	Tekst & Commentaar
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
Trb.	Tractatenblad
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
USSR	Unie der Socialistische Sovjet-Republieken
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
vgl.	vergelijk
VN	Verenigde Naties
vol.	volume
VS	Verenigde Staten van Amerika
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WIISO	Wet interim inhouding salarissen onderwijs
WVDV	Weens Verdrag voor Diplomatiek Verkeer
WVV	Weens Verdragenverdrag (Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht)

1 Inleiding: de nationale (t)rechter van het internationale recht

1.1 Aanleiding voor dit onderzoek

> 'They shall beat their swords into plowshares, and their spears into pruning hooks; nation shall not lift up sword against nation, neither shall they learn war any more.'[1]

Met deze in graniet gegrafeerde tekst tegenover het hoofdkwartier van de Verenigde Naties[2] is de ambitie van wereldvrede uitgesproken. De ambitie van en het vertrouwen in een toekomst vormgegeven door internationale samenwerking komt ook naar voren in de documenten die geleid hebben tot de oprichting van de Verenigde Naties (VN). Tijdens de Tweede Wereldoorlog geven de Amerikaanse President Roosevelt en de Britse Minister-President Churchill een gezamenlijke verklaring af, de zogenoemde *Atlantic Charter*, waarvan het achtste actiepunt luidt:

> 'They believe that all of the nations of the world, for realistic as well as spiritual reasons, must come to the abandonment of the use of force. Since no future peace can be maintained if land, sea or air armaments continue to be employed by nations which threaten, or may threaten, aggression outside of their frontiers, they believe, pending the establishment of a wider and permanent system of general security, that the disarmament of such nations is essential.'

Aan de hand van deze en zeven andere actiepunten[3] wordt in 1945 tijdens de San Francisco Conference het VN-Handvest geschreven en vindt op 24 oktober 1945 de oprichting van de Verenigde Naties plaats, 'a critical step in the creation of a new world order'.[4]

Het duurt nog een aantal decennia voor het internationale recht zich verder ontwikkelt, onder meer doordat de Koude Oorlog de besluitvorming en samenwerking binnen de VN vertraagt.[5] Vanaf de jaren '90 wordt de

---

1 Jesaja 2:4.

2 Deze tekst staat niet op het hoofdkwartier van de Verenigde Naties zelf, maar is in 1975 aangebracht op de muur van het trappenhuis van een appartementencomplex tegenover het VN-hoofdkwartier in het Ralph Bunche-park. Dit park is vernoemd naar de Afrikaans-Amerikaanse wetenschapper, diplomaat en winnaar van de Nobelprijs voor de Vrede Ralph Johnson Bunche, die meewerkte aan de totstandkoming van het VN-handvest.

3 Roosevelt & Churchill, *Atlantic Charter*, 14 augustus 1941, te raadplegen op ssa.gov/history/acharter2.html.

4 Evans 2014, p. 21.

5 Bellamy 2009, p. 16.

internationale gemeenschap een steeds belangrijker samenwerkingsplatform voor uiteenlopende onderwerpen zoals mensenrechten, vrede en veiligheid, maar ook het milieu en klimaat zijn onderwerp van conferenties en verdragen. Op het gebied van het internationaal en eenvormig privaatrecht worden centrale organen opgericht om de uniformiteit te bevorderen van onderwerpen als kinderontvoering, consumentenkoop en wegvervoer. Voor deze samenwerking en besluitvorming wordt gebruik gemaakt van verdragen en resoluties, maar ook andere bronnen geven hieraan vorm, zoals de uitspraken van internationale rechterlijke instanties of de aanbevelingen van verdragscomités op het terrein van de mensenrechten.

De ontwikkeling van het internationale recht heeft ook gezorgd voor veranderingen in het nationale recht. In de Nederlandse Grondwet wordt al sinds de jaren '50 een plek gegeven aan dit internationale recht, welke doorwerking in 1983 voor het laatst wordt aangescherpt. Maar ook daarna ontwikkelt het internationale recht zich verder en ontstaan er verschillende nieuwe vormen van internationale organisaties en rechtsbronnen.[6] De Nederlandse rechter wordt geacht zich uit te spreken over de juiste interpretatie of toepassing van internationaal recht, wat meebrengt dat hij niet alleen kennis moet hebben van (het toepassen van) de nationale doorwerkingsregels, maar ook op de hoogte moet zijn van recente ontwikkelingen in het internationale recht.

Dit onderzoek is gebaseerd op het uitgangspunt dat het internationale recht steeds uitgebreider wordt, en het Nederlandse nationale recht nog steeds de beperking van de artikelen 93 en 94 Grondwet kent. Over de verhouding tussen internationaal en nationaal recht is de afgelopen jaren in Nederland regelmatig gepubliceerd. Een greep uit het aanbod: Brouwer onderzocht de positie van het internationale recht in de Nederlandse rechtssfeer vanuit een rechtshistorisch perspectief door te kijken naar de inhoud en ontwikkeling van de Grondwet van 1814 tot 1990.[7] Thirlway schreef een overzicht van de bronnen van het internationale recht.[8] Fleuren onderzocht in zijn proefschrift de geschiedenis en toepassing van het grondwettelijk begrip 'een ieder verbindende bepaling' uit de artikelen 93 en 94 van de Grondwet[9], terwijl De Wit haar proefschrift richtte op de woorden 'vinden geen toepassing' uit artikel 94 Grondwet.[10] Ferdinandusse onderzocht de doorwerking van internationaal strafrechtelijke verdragen in nationaal recht vanuit het oogpunt van internationaal recht.[11] Daarnaast heeft ook de politiek zich met het onderwerp beziggehouden. Het Nederlandse ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

6 Zie ook: Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 99.
7 Brouwer 1992.
8 Thirlway 2014.
9 Fleuren 2004.
10 De Wit 2012.
11 Ferdinandusse 2006.

gaf opdracht tot een onderzoek naar de ontwikkelingen in de internationale rechtsorde en het Nederlandse constitutionele recht[12] en recentelijk boog de Staatscommissie Grondwet zich over de vraag of de Nederlandse Grondwet nog 'bij de tijd is': de grondrechten beschermend, toegankelijk voor burgers en voldoend aan de eisen voor een zich ontwikkel(en)de verhouding tussen nationaal en internationaal recht.[13] Daarnaast is er in 2012 een voorstel van Rijkswet tot aanpassing van de artikelen 93 en 94 Grondwet aanhangig gemaakt. Daarin wordt ter vergroting van de democratische legitimatie bij het sluiten, wijzigen en opzeggen van verdragen voorgesteld de procedure voor vaststelling van rechtstreekse werking van een ieder verbindende bepalingen te wijzigen: omdat de rechter in de huidige situatie te veel vrijheid heeft bij het bepalen en uitvoeren van deze rechtstreekse werking moet het oordeel van de wetgever over de rechtstreekse werking van verdragen en besluiten definitief zijn.[14] Na advies van de Raad van State[15] is het voorstel gewijzigd en de aandacht verlegd naar artikel 94 Grondwet en het buiten toepassing laten van nationaal recht. Met de voorgestelde wijziging ontbreekt het de rechter aan de bevoegdheid om een bepaalde categorie van wettelijke voorschriften – de formele wetten – te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen.[16] Bij de afsluiting van dit onderzoek is nog geen besluit genomen over dit voorstel. Wel is een hierop aansluitend voorstel aangenomen door de Tweede Kamer, dat de Rijkswet inzake goedkeuring en bekendmaking verdragen zo wijzigt dat de regering bij voorlegging van een verdrag ter goedkeuring aan de Staten-Generaal kan aangeven of dit verdrag bepalingen bevat die rechtstreeks werken zoals bedoeld in artikel 93 Grondwet.[17] Bij afsluiting van dit onderzoek ligt het voorstel ter goedkeuring in de Eerste Kamer.

Het voorgestelde onderzoek valt in de niche van bovenstaande publicaties. Het kijkt vanuit het grondwettelijk begrip 'bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties' en het internationale recht naar het gebruik en de interpretatie van verschillende rechtsbronnen door de Nederlandse rechter. Dit gebeurt aan de hand van een analyse van rechterlijke uitspraken waarin internationaal recht door de rechter wordt geïnterpreteerd en toegepast.

12 Besseling & Wessel 2009.
13 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010.
14 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 359 (R 1986), 2: Voorstel van rijkswet van het lid Taverne houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot aanpassing van de procedure voor vaststelling van rechtstreekse werking van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.
15 *Kemerstukken II* 2013/14, 33 359 (R 1986), 4, 7 december 2012.
16 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 359 (R 1986), 6.
17 *Kamerstukken I* 2015/16, 34 158 (R 2048), A.

1.2 Nadere vaststelling van het onderwerp

Het internationale en het nationale recht spelen zich op verschillende niveaus af, maar komen elkaar ook tegen. Op afspraken waaraan het Koninkrijk der Nederlanden is gebonden kan de Nederlandse burger zich onder bepaalde voorwaarden beroepen. Bestaat er onenigheid over de interpretatie of doorwerking van deze afspraken, dan kan de Nederlandse rechter worden gevraagd hierover een uitspraak te doen. Over dit beroep op internationaal recht en de bevoegdheid van de rechter het internationale recht te interpreteren en toe te passen is nationale wetgeving opgesteld: de artikelen 93 en 94 Grondwet. Deze omvatten echter niet al het internationale recht – enkel de verdragen en besluiten van internationale organisaties – en gelden niet onder alle omstandigheden – alleen na bekendmaking en wanneer de betrokken bepaling 'een ieder verbindend' is. De trechter van deze grondwetsartikelen vormt de aanleiding voor dit onderzoek dat is uitgebouwd naar een beschouwing over de interpretatie en toepassing van het internationale recht in de nationale rechtsorde, en meer specifiek de rol van de rechter in dit proces. In dit onderzoek zijn niet alle gevallen onderzocht waar internationaal en nationaal recht met elkaar interacteren, maar is een aantal veel voorkomende interacties onder de loep genomen. Naar aanleiding van deze interacties is in Hoofdstuk 8 een schematisch overzicht samengesteld als algemene handreiking bij de interpretatie en toepassing van internationaal recht door de nationale rechter.

Dit onderzoek is opgesplitst in een theoretisch en een praktisch deel. In het theoretisch deel is een overzicht gegeven van de verschillende internationale rechtsbronnen en het regime van de Nederlandse Grondwet. In het praktisch deel is de doorwerking van verschillende rechtsbronnen onderzocht via de Nederlandse jurisprudentie.

1.2.1 Theoretisch kader: internationaal en constitutioneel recht

De oudste internationale rechtsbronnen zijn het gewoonterecht en de verdragen. Daarnaast bestaan er verschillende andere internationale bronnen, zo wordt duidelijk uit de niet-limitatieve opsomming[18] van artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof. Er bestaan ook 'uitingen' die de status van rechtsbron (nog) niet hebben maar daarvoor gezien hun inhoud of de rol die zij spelen bij de interpretatie van internationaal recht wel in aanmerking zouden kunnen komen.[19] Artikel 38 IGH-statuut vormt het uitgangspunt voor de beschrijving van internationale (rechts)bronnen en de ontwikkeling daarvan in Hoofdstuk 2. Bij het vaststellen en beschrijven van de verschillende bronnen zal in dit onderzoek geen onderscheid worden gemaakt tussen *hard law* en *soft law*, maar zijn de

18 Cogen 2008, p. 22.
19 Zie ook Gerards 2016.

status en de invloed die de verschillende instrumenten (kunnen) hebben van belang.

Belangrijke trechter in het proces van doorwerking van de internationale bronnen in de Nederlandse rechtsorde zijn de artikelen 93 en 94 Grondwet. Deze artikelen houden in dat 'bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties', waaraan de Nederlandse staat zich heeft verbonden en die 'naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, na hun bekendmaking gelden als recht of plicht waarop rechtstreeks een beroep kan worden gedaan binnen de nationale rechtsorde. Als de internationale regel voldoet aan de gestelde voorwaarden, dan moet de rechter het hiermee conflicterende Nederlandse recht buiten toepassing laten. In overige gevallen moeten internationaalrechtelijke verplichtingen eerst worden omgezet in nationaal recht voordat er door particulieren een beroep op kan worden gedaan bij de rechter of de rechter nationale regels terzijde kan stellen. Deze omzetting is de taak van de wetgever. Een vraag in dit onderzoek is wat het belang en de rol van deze artikelen is en in hoeverre deze artikelen en de toepassing daarvan door de rechter de doorwerking van het internationale recht bevorderen dan wel belemmeren.

Daarnaast zal de doorwerking en interpretatie van het internationale recht in de Nederlandse rechtsorde worden onderzocht, waarvoor jurisprudentie binnen een aantal rechtsgebieden wordt behandeld. Aan de orde komen verschillende internationale rechtsbronnen en internationale interpretatieregels en -interpretatiemiddelen – een verzamelterm voor de verschillende aanvullende en hulpmiddelen die in het internationale recht worden gebruikt. Het onderzoek wordt gedaan door middel van casestudies, die zo uiteenlopend mogelijk zijn gekozen maar tegelijkertijd kenmerkend zijn voor de toepassing van de in de desbetreffende casestudy onderzochte bronnen – de rechtsbron of het interpretatiemiddel – om zo het systeem van doorwerking en interpretatie te kunnen vaststellen. De verschillende bronnen en rechtsgebieden zijn zo goed mogelijk geselecteerd waarbij gelet is op de representativiteit van het rechtsgebied voor het gebruik van een bepaalde bron. Uiteraard is het niet altijd mogelijk een strikte scheiding aan te brengen per rechtsgebied en de daarbij onderzochte internationale bronnen. Wanneer dit bijdraagt aan het te schetsen overzicht of de diepgang van de verschillende onderwerpen, is de doorwerking van een andere bron of doorwerking in een ander rechtsgebied bij het (deel)onderzoek betrokken. Dit wordt toegelicht in paragraaf 1.2.2. In paragraaf 1.3 volgt een korte introductie van de verrichte casestudies. De vier casestudies dienen ook als aanzet voor een vergelijking van andere rechtsgebieden en verder onderzoek.

1.2.2 Aanleiding voor de casestudies

Startpunt voor dit onderzoek vormen de interacties die net buiten de reikwijdte van de artikelen 93 en 94 Grondwet vallen: de toepassing van níet rechtstreeks werkende bepalingen (Hoofdstuk 4). Voor deze casestudy is

gezocht naar een internationaal verdrag dat door Nederland is geratificeerd en bepalingen bevat waarop burgers bij de nationale rechter een beroep doen en waarvan de rechtstreekse werking met het oog op de artikelen 93 en 94 Grondwet niet onomstreden is. Op basis van deze criteria en de hoeveelheid beschikbare rechtspraak is voor het Internationaal Verdrag voor Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) gekozen, een mensenrechtenverdrag. Aan de hand van rechtspraak over verdragsbepalingen uit het IVESCR is een methode blootgelegd voor het vaststellen van de rechtstreekse werking van deze bepalingen én zijn verschillende methodes gevonden die de rechter gebruikt om verdragsbepalingen die naar hun inhoud niet rechtstreeks werken tóch te kunnen toepassen.

Uit het onderzoek naar de methode voor het vaststellen van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen bleek dat het internationale verdrag door de Nederlandse rechter eerst (kort) wordt geïnterpreteerd. De interpretatie en de toepassing van internationaal recht liggen dus dicht bij elkaar. Om beter zicht te krijgen op deze interpretatie is daarom onderzoek gedaan naar de rol van verschillende interpretatieregels en -middelen van internationaal recht, in het bijzonder internationale verdragen (Hoofdstuk 5). Ditmaal ging de voorkeur uit naar een verdrag waarbij de uniforme interpretatie van belang is en waarvoor de rechter verschillende interpretatiemiddelen gebruikt die buiten de artikelen 93 en 94 Grondwet vallen. Het Haags Kinderontvoeringsverdrag (HKOV) bleek een geschikte kandidaat vanwege het grote aantal uitspraken waarbij verdragsinterpretatie aan de orde komt, het bestaan van een internationale database waardoor ook buitenlandse uitspraken toegankelijk zijn en de nieuwsbrief waarin rechters uit verschillende landen – waaronder Nederland – toelichting en uitleg geven over verschillende ontwikkelingen van het verdrag binnen de eigen rechtsorde. Op een later moment in het onderzoek is hieraan de jurisprudentie omtrent het Verdrag voor grensoverschrijdend wegvervoer (CMR-verdrag) toegevoegd. Dit verdrag kent een met het HKOV vergelijkbaar belang van uniforme interpretatie en een vergelijkbare variatie aan interpretatieregels en -middelen, maar bij het CMR-verdrag wordt het internationale element van deze middelen uit (het gewoonterecht van) het Weens Verdragenverdrag (WVV) en artikel 38(1)(d) IGH-statuut uitdrukkelijker genoemd dan bij het HKOV. Door niet één maar beide verdragen te betrekken in de casestudy kon de interpretatie van internationaal en eenvormig privaatrecht aan de hand van internationale interpretatieregels en -middelen in kaart worden gebracht mét gebruiksaanwijzingen uit de Nederlandse rechtspraktijk.

De wisselwerking tussen internationaal publiekrecht en internationaal privaatrecht is verder uitgediept in het hoofdstuk over de interpretatie en toepassing van staatsimmuniteit (Hoofdstuk 7). De staatsimmuniteit is ontstaan in de interactie tussen de vreemde staat en de nationale rechter, en de grootste rol voor de ontwikkeling ervan is dan ook weggelegd voor de nationale (civiele) rechter. Dit gewoonterechtelijke onderwerp is recen-

telijk neergelegd in verschillende verdragen die – ongeacht inwerkingtreding – op hoofdlijnen toegepast worden door de nationale rechter. Door het gebruik van verschillende interpretatiemiddelen en de interactie tussen internationaal gewoonterecht en de nationale rechter is de staatsimmuniteit bij uitstek een onderwerp voor dit onderzoek. Daarnaast wordt bij de interpretatie en toepassing van staatsimmuniteit door de rechter niet altijd eenduidig onderscheid gemaakt tussen de publiekrechtelijke vraag naar bevoegdheid van de rechter op grond van de aard van de handeling en de privaatrechtelijke vraag naar bevoegdheid van de rechter op grond van aanknopingspunten tussen geschil en forumstaat. Zo komt in deze casestudy ook de civielrechtelijk georiënteerde interpretatie en toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter aan de orde.

Het internationale recht wordt in een civielrechtelijke context geïnterpreteerd, maar kent ook invloeden vanuit het recht van de Europese Unie (EU). In de casestudy over het HKOV komt naar voren dat begrippen uit dit internationale verdrag sinds de komst van de EU-variant – de Brussel II-bis Verordening – op een andere wijze worden geïnterpreteerd. Na onderzoek bleken EU-rechtelijke varianten van internationale verdragen veelvuldig voor te komen en bleek de interpretatie van internationaal recht volgens de regelingen van het EU-recht een geaccepteerde werkwijze te zijn – en in sommige gevallen een plicht vanwege de rechtskracht van uitspraken van het Hof van Justitie. Deze werkwijze bij de samenloop van EU-recht en internationaal recht brengt een substantiële wijziging mee in de toepassing van de artikelen 93 en 94 Grondwet en is daarom in een aparte casestudy beschreven (Hoofdstuk 6). Omdat in dit hoofdstuk voortgeborduurd wordt op hetgeen in Hoofdstuk 5 is besproken over het HKOV, zijn deze hoofdstukken na elkaar geplaatst.

De vier casestudies komen samen in Hoofdstuk 8, waar het beeld wordt geschetst van de interpretatie en toepassing van internationaal recht door de nationale rechter.

1.2.3 Onderzoeksvragen

De eerste vraag van dit onderzoek is op welke wijze de Nederlandse rechter de verschillende internationale bronnen interpreteert en toepast. Uitgangspunt is de verplichting van de staat om zich te houden aan internationale afspraken en de daaraan gekoppelde rol die de nationale rechter heeft om het internationale recht te interpreteren en toe te passen. De tweede vraag is hoe de Nederlandse rechter deze rol invult gelet op de trechter van de artikelen 93 en 94 Grondwet: de beperking tot de rechtstreekse werking van 'een ieder verbindende bepalingen uit verdragen en besluiten van internationale organisaties'. De kenmerken van het internationale recht en de werkwijze van de Nederlandse rechter vormen tezamen het juridisch kader voor dit onderzoek, dat twee deelvragen kent. De eerste is welke status en rol verschillende bronnen – documenten, verdragen, uitspraken, etc. – hebben en wat hun ontwikkeling is in het internationale recht (Hoofd-

stuk 2). De tweede vraag is op welke wijze de Nederlandse constitutionele inrichting omgaat met deze verschillende bronnen en hun doorwerking in het Nederlandse recht (Hoofdstuk 3). Met deze theorie en naar aanleiding van de verrichte casestudies (Hoofdstuk 4, 5, 6 en 7) kan de hoofdvraag worden beantwoord op welke wijze de Nederlandse rechter de verschillende internationale bronnen interpreteert en toepast (Hoofdstuk 8). Doel van dit onderzoek is de antwoorden op deze vragen, voortkomend uit een analyse van het nationale recht en de nationale rechtspraak in de casestudies, af te zetten tegen de internationale regels over toepassing en interpretatie en recente ontwikkelingen in het nationale en internationale recht.

1.2.4 Wijze van onderzoek

Bij het bestuderen van uitspraken is gebruik gemaakt van de jurisprudentie in de databases van Legal Intelligence en rechtspraak.nl voor Nederlandse, Europese en internationale rechtspraak. Omdat in deze databases niet alle rechterlijke uitspraken zijn gepubliceerd, zou dit kunnen leiden tot onvoldoende inzicht in of een beperkt begrip van een bepaald rechtsgebied. Hiermee is rekening gehouden door voorafgaand aan elke casestudy te onderzoeken of voldoende relevante uitspraken beschikbaar zijn om zo op verantwoorde wijze een gemene deler en algemene lijn te kunnen ontdekken waarop de conclusie kan worden gebaseerd. Daarnaast kan uit de selectiecriteria voor publicatie van uitspraken op rechtspraak.nl worden afgeleid dat de meest relevante uitspraken voor dit onderzoek wél beschikbaar zijn. Zo worden alle uitspraken van de hoogste rechtscolleges – de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep – gepubliceerd.[20] Aangezien de meeste conclusies zijn gebaseerd op de uitspraken van deze rechtscolleges, kan er van worden uitgegaan dat geen relevante rechtspraak ontbreekt door gebrek aan publicatie. Daarnaast zijn alle Nederlandse uitspraken aangaande teruggeleidingsverzoeken op grond van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 – onderwerp van de tweede casestudy – gepubliceerd, alsmede alle Nederlandse uitspraken waarin een beroep op het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten en het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind is gehonoreerd of anders dan met standaardformulering is afgewezen. Een beroep op deze verdragen gaat soms gepaard met een beroep op het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten – onderwerp van de eerste casestudy – waardoor ook met betrekking tot de rechtspraak rondom dit verdrag kan worden verwacht dat deze regelmatig is gepubliceerd. Tot slot zijn alle uitspraken gepubliceerd die een rechtsvormend karakter hebben en uitspraken die van bijzonder belang zijn

20 Voor zover de zaak niet kennelijk ongegrond of niet-ontvankelijk is verklaard en/of is afgedaan met een standaardformulering. Zie de selectiecriteria op rechtspraak.nl.

voor bepaalde beroepsgroepen of belangengroeperingen of belangen raken van natuurlijke of rechtspersonen die geen partij waren in het geding. Dit is in het bijzonder het geval wanneer het gaat om mensenrechten, zoals die van het eerdergenoemde Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, maar ook op het gebied van kinderontvoering. Voor de buitenlandse uitspraken in deze laatste categorie is ook gebruik gemaakt van INCADAT, de International Child Abduction Database van de Haagse Conferentie, waarin voor elk artikel van het Haags Kinderontvoeringsverdrag de leidende uitspraken uit verschillende verdragsstaten zijn verzameld en samengevat om de wereldwijde interpretatie van het verdrag zo consistent mogelijk te doen zijn.[21]

Voorafgaand aan de bespreking van de relevant geachte uitspraken is bij elke casestudy een paragraaf gewijd aan de achtergrond van het rechtsgebied en de te bestuderen bronnen. Dit is gedaan voor zover relevant voor het te bestuderen onderwerp en niet zozeer bedoeld als uitputtende informatie over het rechtsgebied of de desbetreffende bron. In de casestudies is met name gekeken naar het gebruik van de verschillende bronnen in de rechtspraak. Aan de inhoud van de uitspraken wordt niet uitgebreid aandacht besteed, tenzij dit relevant is voor het begrip van het brongebruik. Dit is met name het geval in de tweede casestudy over het Haags Kinderontvoeringsverdrag, waarbij de wijziging van bepaalde begripsopvattingen bewijs vormt voor een verandering in brongebruik – van het Haags Kinderontvoeringsverdrag naar de Brussel II-bis Verordening. De casestudies zijn zo veel als mogelijk afgebakend naar rechtsgebied en bron(nen) om een uitvoerig onderzoek te voorkomen – elke casestudy bevat voldoende materiaal voor een zelfstandig promotieonderzoek. Dit neemt niet weg dat de getrokken conclusies ook afkomstig hadden kunnen zijn uit andere rechtsgebieden waar eenzelfde bron wordt gebruikt. Zo komen de methoden die de rechter toepast om uitvoering te geven aan het niet rechtstreeks werkende Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten overeen met de methoden door de rechter toegepast op de uitvoering van het niet rechtstreeks werkende Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind[22] en kent ook het internationaal privaatrecht voorbeelden van deze methoden.[23]

21 incadat.com.
22 De Graaf e.a. 2012.
23 Bijvoorbeeld in HR 30 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0068, *NJ* 1992/189, r.o. 3.3.

1.3 Korte weergave casestudies

1.3.1 Niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen en sociale mensenrechten

De eerste casestudy, opgenomen in Hoofdstuk 4, gaat over de beperkingen van de artikelen 93 en 94 Grondwet wanneer de toepassing hiervan niet tot voorrang van een internationaal mensenrechtenverdrag op nationale wetgeving leidt. Hoe gedraagt de rechter zich ten opzichte van de wetgever en de Grondwet en maakt hij gebruik van bepaalde instrumenten om deze mensenrechten niettemin toch toe te passen? In arbeidsrechtelijke (civiele) zaken komen regelmatig de bepalingen van het Internationaal Verdrag voor Economische, Sociale en Culturele Rechten aan de orde.[24] Het IVESCR is een verdrag behorend tot de *Bill of Rights*, opgesteld door de Verenigde Naties en tot stand gekomen op 16 december 1966. Door Nederland is dit verdrag ondertekend op 25 juli 1969 en geratificeerd op 11 december 1978. Op de naleving van het IVESCR wordt toezicht gehouden door een hiertoe opgericht orgaan: het VN-Comité inzake economische, sociale en culturele rechten. Dit Comité ontvangt de verplichte rapportages van Nederlandse regering aangaande de implementatie van het IVESCR in Nederland en doet naar aanleiding hiervan aanbevelingen. De Nederlandse regering ontkent de rechtstreekse werking van het IVESCR en de Nederlandse wetgever heeft (nog) niet alle bepalingen geïmplementeerd. Omdat het hier sociale grondrechten betreft, kan dit nadelig zijn voor particulieren: het niet-omzetten van het IVESCR in nationale regelgeving belemmert de doorwerking van grondrechten die voortvloeien uit het verdrag en de aanspraak die door particulieren op deze rechten kan worden gedaan. Uit de casestudy in Hoofdstuk 4 kan worden afgeleid dat de rechter zich laat leiden door de wetgever, maar wel verschillende mechanismen – bijvoorbeeld indirecte werking of minimumnormen – heeft ontwikkeld om met inachtneming van de vereisten uit de artikelen 93 en 94 Grondwet gevolg te kunnen geven aan deze niet rechtstreeks werkende internationale verdragsverplichtingen.

1.3.2 Interpretatiemiddelen en het internationaal en eenvormig privaatrecht

De tweede casestudy, weergegeven in Hoofdstuk 5, gaat over het interpreteren van internationaal recht aan de hand van verschillende interpretatiemiddelen. Onderzocht wordt de mate waarin de rechter zich laat leiden door rapportages en aanbevelingen bij een verdrag en in hoeverre de zich ontwikkelende rechtspraktijk – in binnen- en buitenland – doorwerkt in het Nederlandse recht aangezien de rechter hetgeen 'in het volkenrecht erkend'

24 New York, *Trb.* 1969, 100.

is behoort toe te passen. Dit onderzoek vindt plaats aan de hand van twee verdragen. Het ene is het Verdrag betreffende burgerrechtelijke aspecten van internationale kinderontvoering (HKOV) dat in 1980 door de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht is vastgesteld.[25] Op 1 september 1990 is dit verdrag voor Nederland in werking getreden. Voor de toepassing van het HKOV bestaan verschillende interpretatiemiddelen en worden aanbevelingen gedaan door comités die de ontwikkeling(en) van het internationale kinderontvoeringsrecht analyseren en becommentariëren. Al deze bronnen zijn van belang voor een uniforme toepassing van het verdrag: een zaak in Nederland over een kind dat vanuit Marokko naar Nederland wordt ontvoerd, moet idealiter op dezelfde wijze worden beoordeeld als een zaak in de VS over een daarheen ontvoerd Nederlands kind. Het andere verdrag in deze casestudy is het Verdrag voor grensoverschrijdend wegvervoer (CMR-verdrag).[26] De uitleg van dit verdrag geschiedt ook aan de hand van de verschillende interpretatiemiddelen, maar meer dan bij het HKOV wordt in deze zaken uitdrukkelijk verwezen naar de oorsprong van deze middelen: de interpretatieregels uit het internationale recht. Uit de casestudy blijkt dat de Nederlandse rechter veel gebruik maakt van interpretatiemiddelen, en hij – in het verlengde daarvan – aan niet bindende bronnen een steeds zwaarder gewicht toekent, direct of indirect.

1.3.3 Internationaal en Europees recht en de rangorde tussen gelijkwaardige rechtsbronnen

De derde casestudy gaat over een gebied waarin de rechter met name is gebonden aan internationale interpretatieregels, namelijk in geval van botsende verplichtingen. Deze casestudy in Hoofdstuk 6 geeft antwoord op de vraag hoe het Europese recht de doorwerking en interpretatie van het internationale recht beïnvloedt. Onderwerpen van internationale verdragen en andere internationale regelingen leiden vaak tot een richtlijn of verordening binnen de EU. Dit kan zijn omdat de Europese Unie partij is bij een bepaald verdrag – bijvoorbeeld het Kyoto-Protocol bij het VN-Klimaatverdrag dat met betrekking tot de handel in broeikasgasemissierechten is uitgewerkt in Richtlijn 2004/101/EG of het Verdrag van Montreal en Richtlijn 261/2004 die beide gaan over de aansprakelijkheid van de vervoerder bij luchtvervoer van passagiers en goederen – of vanwege de binding van de meeste EU-lidstaten aan een internationale verplichting waarna de Europese Unie probeert het nationale recht van lidstaten te harmoniseren of het om andere redenen nodig acht Europese regels te geven over dit onderwerp – voorbeelden zijn resoluties van de

25 Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, 's-Gravenhage, *Trb.* 1987, 139.

26 *Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route*, Genève, *Trb.* 1957, 84.

VN Veiligheidsraad of de Verordening Brussel II-bis die net als het HKOV regels geeft omtrent kinderontvoering. In de meeste gevallen is door de inhoud van de regelingen zelf of algemene regels van verdragsrecht duidelijk welke regeling voorrang heeft. In bijvoorbeeld zaken die spelen tussen EG-lidstaten onderling, heeft de Brussel II-bis Verordening voorrang boven het HKOV (artikel 60 Verordening). Dit neemt niet weg dat er ook internationaalrechtelijke verplichtingen zijn waaraan de EU-lidstaat Nederland zich als verdragspartij moet houden. De casestudy staat stil bij de wisselwerking tussen Europese regelingen en het internationale recht en de verplichtingen van de lidstaten en verdragspartijen. Hieruit komt naar voren dat door de Nederlandse rechter aan Europese regelgeving een groter belang wordt gehecht dan aan internationale verdragen en dat dit in sommige gevallen leidt tot een verwaarlozing van de internationale verplichtingen van Nederland buiten de EU.

1.3.4 Ongeschreven volkenrecht en de immuniteit van privaatrechtelijke handelingen

De vierde en laatste casestudy gaat over de gewoonterechtelijke staatsimmuniteit, een ongeschreven regel van internationaal recht die met name door de nationale rechter wordt toegepast. Dit onderzoek in Hoofdstuk 7 betreft het gebruik van bronnen van internationaal recht door de Nederlandse rechter en de ontwikkeling die het Nederlandse recht doormaakt in verhouding tot het internationale gewoonterecht. De vraag is welke rol de Nederlandse rechter hierin speelt, welke interpretatiemiddelen hij gebruikt en hoe hij zich daarin verhoudt tot de staat en andere nationale en internationale rechters. De immuniteit van staten is afgeleid van de staatssoevereiniteit en was lange tijd een absoluut recht: een nationale rechter kon de vreemde staat op geen enkele grond ter verantwoording roepen of berechten. Deze absolute immuniteit is met de opkomst van privaatrechtelijke handelingen door staten overgegaan in een relatieve immuniteit: immuniteit voor typische overheidshandelingen. Staatsimmuniteit is bij uitstek een onderwerp van internationaal recht dat in het nationale recht wordt toegepast en ontwikkeld. De Nederlandse rechter moet in deze ontwikkeling meegaan en zijn uitspraken steeds ijken aan het relevante internationale recht. Dit werpt de vraag op uit welke bronnen hij dit recht distilleert en toepast. Dit geldt ook voor het aanverwante terrein van de immuniteit van internationale organisaties. Uit de geanalyseerde rechtspraak blijkt dat de Nederlandse rechter niet altijd de kennis heeft over de huidige stand van het internationale recht en zich door buitenlandse uitspraken niet tot weinig laat informeren om tot een afgewogen oordeel te komen.

1.3.5 Concluderend

Aan de hand van bovenstaande vragen en onderzoeken is in Hoofdstuk 8 een schema opgesteld dat beoogt een bijdrage te leveren aan het overzicht van de doorwerking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde. Er worden op grond van de bevindingen in de casestudies enkele suggesties ter verbetering geopperd met als uitgangspunt te voldoen aan de interpretatie- en toepassingsregels van zowel het nationale als het internationale recht.

1.4 Slotopmerkingen

Gedurende de looptijd van dit onderzoek zijn enkele delen reeds gepubliceerd. Hoofdstuk 4 – de casestudy over niet een ieder verbindende bepalingen – is in licht gewijzigde vorm opgenomen in een bundel van het Burgerlijk Wetboek Krant Jaarboek.[27] Een compilatie van Hoofdstuk 2, 3 en 4 is opgenomen in een verdiepende bijdrage over artikel 94 Grondwet in het juridisch tijdschrift Ars Aequi.[28] Deze publicaties zijn gebaseerd op delen uit dit proefschrift.

Het jurisprudentie- en literatuuronderzoek is afgesloten op 31 december 2016. De casestudies in Hoofdstuk 4 tot en met Hoofdstuk 7 zijn gebaseerd op de jurisprudentie en de literatuur die op deze datum beschikbaar waren. De conclusie in Hoofdstuk 8 is gebaseerd op deze casestudies en geschreven in 2016.

27 Kuiper-Slendebroek 2013.
28 Kuiper-Slendebroek 2016.

Deel I

Theorisch kader

2 De bronnen van internationaal recht

2.1 Inleiding

Op 12 december 1979 neemt de NAVO in reactie op acties van de Sovjet-Unie het besluit om Amerikaanse middellangeafstandsraketten in Europa te plaatsen. Eén van de aangewezen locaties is de Nederlandse vliegbasis Woensdrecht en het kabinet besluit in beginsel tot plaatsing van raketten. Naar aanleiding hiervan vraagt de Stichting Verbiedt de Kruisraketten (SVK) de Rechtbank en in hoger beroep het Gerechtshof Den Haag voor recht te verklaren dat deze plaatsing onrechtmatig is. De Stichting beroept zich hiertoe op het internationale recht zoals vastgelegd in verdragen, gewoonterecht, fundamentele rechtsbeginselen, jurisprudentie en resoluties van de Verenigde Naties. Beide rechterlijke instanties verklaren zich echter onbevoegd een oordeel van de Staten-Generaal te toetsen aan internationaal recht.[1]

SVK voert in cassatie aan dat de Nederlandse rechter wel degelijk aan in verdragen en besluiten neergelegde bepalingen en aan vergelijkbare regels van ongeschreven recht kan toetsen, alsmede dat het hier een dwingende norm van internationaal recht betreft. De Hoge Raad overweegt:

> 'Een regel van volkenrecht die het bezitten van dergelijke wapens met zovele woorden verbiedt heeft SVK niet aangewezen en valt ook niet aan te wijzen. Reeds uit het bestaan van het op 1 juli 1968 gesloten Verdrag inzake de niet-verspreiding van kernwapens (Trb. 1968, 126) valt af te leiden dat ook een ongeschreven volkenrechtelijke regel van dien aard niet kan worden aangenomen. (…) Evenmin kan als juist worden aanvaard de stelling dat het voorhanden hebben van met kernkoppen uitgeruste kruisvluchtwapens als voorbereidingshandeling voor het in tijd van oorlog eventueel inzetten van die wapens onrechtmatig is omdat gebruik van die wapens in strijd is met een of meer regels van internationaal recht. Niet kan worden gezegd dat het huidige volkenrecht elk gebruik van wapens als de onderhavige verbiedt. Dat recht verbiedt wel bepaalde vormen van zulk gebruik, maar in het verdrag [inzake de niet-verspreiding van kernwapens; BAKS] (…) ligt besloten dat de kruisvluchtwapens waarop het betrekking heeft, daartoe niet zouden worden ingezet.'[2]

---

1 Rb. Den Haag 20 mei 1986, ECLI:NL:RBSGR:1986:AM8974; Gerechtshof Den Haag 30 december 1987, 86/842, opgenomen in HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1679, *NJ* 1991/248.

2 HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1679, *NJ* 1991/248, r.o. 3.6-3.7.

De Hoge Raad onderzoekt verschillende internationale bronnen en komt tot de conclusie dat de aangevoerde dwingende norm van internationaal recht niet bestaat. Hij verwerpt het beroep. Deze verschillende internationale bronnen – waaronder de bronnen aangevoerd door de SVK – komen in dit hoofdstuk aan de orde.

Samen met Hoofdstuk 3 vormt dit hoofdstuk het theoretisch kader van dit onderzoek. In dit hoofdstuk wordt een aantal uitgangspunten met betrekking tot het internationale recht en internationale bronnen beschreven. Op deze beschrijving zal in Hoofdstuk 4, 5, 6 en 7 worden teruggegrepen en worden voortgeborduurd voor zover de beschreven bronnen in die hoofdstukken aan de orde komen. Naast de traditionele spelers – staten als soevereine entiteiten – spelen internationale organisaties een steeds grotere rol. Deze verandering in het deelnemersveld heeft ook gevolgen voor de verschillende bronnen: hun aantal en invloed is door bovenstaande ontwikkelingen uitgebreid. Dit is onder andere zichtbaar in de status van jurisprudentie en rechtsleer.[3] Het onderscheid tussen 'hard law' en 'soft law' komt – behalve in deze inleiding – niet nader aan de orde omdat in de casestudies voornamelijk de praktische toepassing – de materiële betekenis – van de verschillende bronnen wordt geanalyseerd en de beschrijving van bronnen in dit hoofdstuk is toegespitst op het gebruik ervan in de casestudies.

Met de term 'bronnen' worden in dit onderzoek zowel de traditionele rechtsbronnen en hulpmiddelen bedoeld, zoals deze zijn neergelegd in artikel 38 van het Statuut voor het Internationaal Gerechtshof – beschreven in paragraaf 2.2 – als de aanvullende middelen uit het Weens Verdragenverdag, en de nieuwe(re) bronnen die worden beschreven in paragraaf 2.3. De term 'rechtsbron' geeft in dit onderzoek een volgens het internationale recht of een in de praktijk bindende bron aan.[4] De term '(interpretatie)-middelen' heeft betrekking op zowel de hulpmiddelen uit artikel 38(1)(d) IGH-statuut als de aanvullende middelen die volgens het Weens Verdragenverdrag van toepassing zijn bij de interpretatie van verdragen.

a. Diverse deelnemers

De belangrijkste spelers op het internationale veld zijn staten, die in het internationale recht optreden als rechtssubjecten met de meest verstrekkende rechtspersoonlijkheid. Staten hebben de bevoegdheid om een claim in te dienen voor internationale rechtbanken, genieten vergaande immuniteit en hebben de bevoegdheid verdragen te sluiten. De criteria om te bepalen of een entiteit een staat is worden bij gebrek aan een internationaal

3 Zie Szazi 2012, p. 68; Cohen 2007; Van Hoof 1983, p. 179-191.

4 In Hoofdstuk 5 wordt hiermee ook de bron aangeduid waaraan door de Nederlandse rechter bindende kracht wordt toegekend.

verdrag veelal ontleend aan artikel 1 van de Montevideo Convention.[5] Voor dit onderzoek wordt met name gekeken naar de rol die staten en hun organen spelen in de totstandkoming en interpretatie van internationaal recht.

Andere belangrijke spelers zijn internationale organisaties. Zij worden opgericht bij verdrag tussen twee of meer staten en hebben daardoor een van staten afgeleide rechtspersoonlijkheid. In de afgelopen decennia zijn internationale organisaties een steeds grotere rol gaan spelen in de internationale rechtsorde.[6] Er bestaan verschillende soorten internationale organisaties, bijvoorbeeld organisaties waarin staten zich hebben verenigd tot een bepaald doel. De Verenigde Naties (VN) bijvoorbeeld, opvolger van de Volkerenbond, is opgericht om het bestaan van vrede en mensenrechten te bevorderen. Een andere intergouvernementele organisatie is de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, opgericht om de regelgeving van internationaal privaatrecht te unificeren.

Ook niet-gouvernementele organisaties (NGOs) spelen een steeds grotere rol in de internationale rechtsorde.[7] Voorbeelden zijn Amnesty International en het Rode Kruis. De juridische status van NGOs wordt voornamelijk bepaald door de wetgeving van het land waar de NGO zich bevindt. Alhoewel er geen internationale organisaties zijn die naast staten ook NGOs toelaten als volwaardig lid, kunnen NGOs wel betrokken worden bij de besluitvorming van een organisatie.[8] Binnen het internationale recht is de rechtsmacht van internationale organisaties in de meeste opzichten beperkter dan die van staten. De besluiten van organen van deze organisaties kunnen desalniettemin invloed hebben op de ontwikkeling en toepassing van het internationale recht.

Tot slot wordt ook aan natuurlijke personen een zekere plaats in het internationale recht toegekend. Lange tijd werd het individu geen enkele zelfstandige rol toegedicht in het internationale recht, maar met de opkomst van mensenrechten en het humanitaire oorlogsrecht zijn er directe rechten en plichten voor individuen gecreëerd.[9] Bepaalde fundamentele rechten – het recht op leven en het recht op vrijheid van foltering – zijn inmiddels onderdeel van het internationale gewoonterecht en een individu kan ook buiten het eigen nationale recht strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor

5 Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, Montevideo 26 december 1933, aangenomen door Noord- en Zuid-Amerikaanse staten om hun onderlinge rechten en plichten vast te leggen. De vereisten zijn: het hebben van een permanente bevolking, een afgebakend grondgebied, een overheid en het kunnen aangaan van internationale relaties. Aan deze opsomming ontbreekt het criterium van de soevereiniteit. Daarnaast kan de wijze waarop een staat is ontstaan van belang zijn: het onwettig gebruik van geweld kan een belemmering vormen. Nollkaemper 2014, p. 63.

6 Dekker & Schrijver 2007, p. 34.

7 Bijv. Charnovitz 2006, p. 348 e.v.

8 Szazi 2012, p. 146-147.

9 McCorquodale 2014, p. 280-282.

ernstige misdrijven op grond van internationaal strafrecht.[10] Daarbuiten blijft de omvang en betekenis van internationale rechtssubjectiviteit van het individu echter beperkt. Meer in het algemeen kan worden beargumenteerd dat de toepassing van internationaal recht nog steeds grotendeels via de staat verloopt omdat deze instemt met verdragen en de doorwerking in de nationale rechtsorde bepaalt.

b. Uiteenlopende materiële rechtskracht

De belangrijkste bronnen van internationaal recht worden in dit hoofdstuk besproken. Wat betreft de invloed en betekenis van verschillende bronnen bestaat er een onderscheid tussen *hard law* en *soft law*. Dit onderscheid kan op verschillende manieren worden benaderd. In de eerste benadering omvat de categorie *hard law* de geijkte en bindende rechtsbronnen, zoals verdragen en gewoonterecht, terwijl onder *soft law* de verschillende niet-juridisch bindende maar wel relevante bronnen worden geschaard, zoals aanbevelingen van de Algemene Vergadering van de VN. Een andere mogelijke verdeling is gebaseerd op het verschil tussen duidelijk in acht te nemen rechtsregels en andere, minder strak omlijnde normen en principes, ook wel samengevat als 'hard law or no law at all'.[11] Een verdrag dat bestaat uit deze niet-juridisch bindende regels of minder strak omlijnde normen en principes behoort dan tot de categorie *soft law*. Met al deze verschillende onderscheidingen is een vaste definitie van *soft law* moeilijk te geven. Er bestaat wel een gemeenschappelijk element:

> 'While the legal effect of these different soft law instruments is not necessarily the same, it is characteristic of all of them that they are carefully negotiated, and often carefully drafted statements, which are in some cases intended to have some normative significance despite their non-binding, non-treaty form. There is at least an element of good faith commitment, and in many cases, a desire to influence state practice and an element of law-making intention and progressive development. In this sense non-binding soft law instruments are not fundamentally different from those multilateral treaties which serve much the same law-making purposes. In this respect they may be both an alternative to and a part of the process of multilateral treaty-making.'[12]

Bronnen die niet tot de categorie *hard law* behoren, kunnen een element zijn in de vorming van nieuw recht of een richtsnoer zijn voor situaties waarin geen bindend recht van toepassing is,[13] en kunnen daarom niet genegeerd worden:

10 Dekker & Schrijver 2007, p. 35-36; Van den Herik 2005, p. 278-279.

11 De verschillende zienswijzen in het onderscheid tussen *hard law* en *soft law* worden door verschillende schrijvers uiteengezet en besproken in het *Leiden Journal of International Law* 2012. Zie ook Boyle 2014, p. 118 e.v.

12 Boyle 1999, p. 902.

13 Boyle 2014, p. 123-124, Shelton 2014, p. 167; Bossuyt & Wouters 2005, p. 138-139.

> '[P]articipants in the international arena must be able to anticipate the action or reactions of other participants. To ignore soft law instruments obviously is to ignore a major force in predicting such future behavior. Soft law may have both a legitimizing and a delegitimizing indirect effect.'[14]

Belangrijke voorbeelden zijn de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en de Dekolonisatieverklaring.[15] Vanwege de wisselende indeling wordt bij het vaststellen en beschrijven van de verschillende bronnen geen uitdrukkelijk onderscheid tussen *hard law* en *soft law* gemaakt, maar is het uitgangspunt de invloed die deze verschillende bronnen (kunnen) hebben op de vorming, uitleg en ontwikkeling van het internationale recht, ook aangeduid met 'materiële rechtskracht'.

2.2 De internationale bronnen uit artikel 38 IGH-statuut

Omwille van het horizontale karakter kent het internationale recht geen normenhiërarchie, behalve voor dwingendrechtelijke *ius cogens*-normen.[16] De regels van het internationale recht kunnen aan verschillende bronnen worden ontleend. Over deze bronnen merkt de regering in reactie op vragen vanuit de Eerste Kamer bij een recente grote Grondwetsherziening op:

> 'Bij een beschouwing over het volkenrecht zijn verschillende onderverdelingen mogelijk. Een globale onderverdeling is die tussen geschreven en ongeschreven volkenrecht. Een andere verdeling is bij voorbeeld te vinden in artikel 38, eerste lid, van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof.'[17]

Deze bekende – maar niet uitputtende – opsomming van bronnen uit artikel 38(1) Statuut van het Internationaal Gerechtshof (IGH-statuut) luidt als volgt:

> 'The Court (…) shall apply:
> a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
> b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
> c. the general principles of law recognized by civilized nations;
> d. (…) judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.'

14 Karl 1988, p. 393.
15 Universal Declaration of Human Rights, Parijs 10 december 1948, General Assembly resolution 217 A, Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, 14 december 1960, General Assembly resolution 1514 (XV).
16 Bossuyt & Wouters 2005, p. 140.
17 *Kamerstukken I* 1980/81, 15 049, 19, p. 3.

Verdragen en gewoonterecht – sub a en b – zijn primaire rechtsbronnen, algemene rechtsbeginselen – sub c – zijn een subsidiaire rechtsbron.[18] Als 'hulpmiddel' – sub d – worden de jurisprudentie en gezaghebbende literatuur of rechtsleer genoemd. Deze verschillende bronnen zullen in deze paragraaf kort worden beschreven.

a. Verdragen

Verdragen vormen een belangrijke bron in de praktijk van het volkenrecht.[19] Een verdrag is een schriftelijke overeenkomst van bindende aard, gesloten onder internationaal publiekrecht tussen twee of meer internationale rechtssubjecten – bijvoorbeeld staten of internationale organisaties.[20] Het voordeel van verdragen boven gewoonterecht ligt in de wijze van totstandkoming, de rechtszekerheid, de gebondenheid van partijen tot het te goeder trouw uitvoeren van een verdrag en de invloed die door partijen kan worden uitgeoefend op de inhoud. Deze invloed begint bij de onderhandelingen over de inhoud en strekking van een verdrag, maar is ook mogelijk door het maken van een voorbehoud.[21] Dit is een schriftelijke verklaring van de staat waarin hij aangeeft aan één of meerdere verdragsbepalingen geen of een gewijzigd rechtsgevolg te geven. Zo maakt Bangladesh een voorbehoud bij het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten ten faveure van het eigen, nationale recht:

> 'The Government of the People's Republic of Bangladesh will apply articles 7 and 8 under the conditions and in conformity with the procedures established in the Constitution and the relevant legislation of Bangladesh.'[22]

Verdragen zijn in beginsel vormvrij en kunnen onderling sterk verschillen. Om te bepalen of een overeenkomst tot stand is gekomen, zijn de gemaakte afspraken en de omstandigheden bij de totstandkoming van belang. Zo kan een nota- of briefwisseling een verdrag tot stand brengen – bijvoorbeeld het verdrag tussen Nederland en het *Iran-United States Claims Tribunal*[23] – *maar ook ondertekende vergadernotulen kunnen een overeenkomst vormen, zo blijkt uit de Qatar-Bahrain case* voor het Internationaal Gerechtshof (IGH):

---

18 Schrijver 2016, p. 114.
19 Bossuyt & Wouters 2005, p. 38; Thirlway 2014, p. 95.
20 Schrijver 2016, p. 110-111; Fleuren, in: *T&C Grondwet* 2015, art. 91 Gw, aant. 2.
21 Artikelen 19-23 WVV.
22 United Nations, *Treaty Series*, UN Doc C.N.781.2001.TREATIES-6 (Depository Notification), 5 oktober 2001, vol. 993, p. 3.
23 Notawisseling houdende een verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het "Iran-United States Claims Tribunal" inzake de tewerkstelling van gezinsleden ter wijziging van de Briefwisseling tussen de Regering van het Koninkrijk der Nederlanden en de President van het "Iran-United States Claims Tribunal" inzake het toekennen van voorrechten en immuniteiten aan het Tribunaal, 's-Gravenhage 6 en 24 september 1990, *Trb*. 2004, 158.

> 'The Court would observe, in the first place, that international agreements may take a number of forms and be given a diversity of names.(…) Furthermore, as the Court said, in a case concerning a joint communiqué, "it knows of no rule of international law which might preclude a joint communiqué from constituting an international agreement to submit a dispute to arbitration or judicial settlement" *(Aegean Sea Continental Shelf; Judgment. I.C.J. Reports 1978*, p. 39, para. 96). In order to ascertain whether an agreement of that kind has been concluded, "the Court must have regard above all to its actual terms and to the particular circumstances in which it was drawn up" (…) [T]he Minutes are not a simple record of a meeting, (…) [t]hey enumerate the commitments to which the Parties have consented. They thus create rights and obligations in international law for the Parties. (…) The two Ministers signed a text recording commitments accepted by their Governments, some of which were to be given immediate application. (…) The Court concludes that the Minutes of 25 December 1990, like the exchanges of letters of December 1987, constitute an international agreement creating rights and obligations for the Parties.'[24]

Op geschreven overeenkomsten tussen staten is het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht[25] (WVV) van toepassing voor zover in de desbetreffende overeenkomst niet anders is bepaald. Het WVV is voorbereid door de *International Law Commission* en grotendeels een codificatie van gewoonterecht. Voor verdragen gesloten vóór inwerkingtreding van het WVV, geldt dit gewoonterecht onverkort:

> 'Onverminderd de toepassing van de in dit Verdrag vastgelegde regels waaraan verdragen krachtens het volkenrecht los van dit Verdrag zouden zijn onderworpen, is dit Verdrag slechts van toepassing op verdragen gesloten door Staten na zijn inwerkingtreding voor die Staten.'[26]

Het WVV kent regels over de totstandkoming van en binding aan verdragen. Zo bevat artikel 26 het beginsel *pacta sunt servanda*: partijen zijn verplicht de met het verdrag aangegane verplichtingen na te komen.[27] Aan de andere kant kan een verdrag voor de staat die geen partij is zonder diens uitdrukkelijke instemming geen verplichtingen of rechten scheppen volgens de regel *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.[28] Ook voor het geval dat staten zich verbinden aan verschillende verdragen die met elkaar conflicteren, geeft het WVV enkele regels om dit conflict op te lossen.[29]

---

24 IGH 1 juli 1994, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*, para. 23-30.

25 Vienna Convention on the Law of Treaties, Wenen 23 mei 1969, *Trb*. 1972, 51. Op verdragen waarbij internationale organisaties partij zijn, is het Verdrag inzake het verdragenrecht tussen staten en internationale organisaties van toepassing, Wenen 21 maart 1986, *Trb*. 1987, 136. Dit verdrag, dat nog niet in werking is getreden, is gebaseerd op het WVV en bevat grotendeels dezelfde (gewoonterechtelijke) voorschriften.

26 Artikel 4 WVV. De Nederlandse tekst van het verdrag is overigens een vertaling, geen authentieke tekst. De Chinese, Engelse, Franse, Russische en Spaanse teksten zijn gelijkelijk authentiek (artikel 85 WVV).

27 Artikel 26 WVV.

28 Artikelen 34-37 WVV.

29 Artikel 30 WVV. Niet alle verdragsconflicten kunnen met deze regels worden opgelost, zoals ook in Hoofdstuk 6 zal blijken.

Inwerkingtreding van een verdrag gebeurt op het moment door partijen overeengekomen, bijvoorbeeld een datum of na de zoveelste ondertekening:

> 'Dit Verdrag treedt in werking op de dertigste dag na de datum van nederlegging van de vijfendertigste akte van bekrachtiging of toetreding.'[30]

Aan deze inwerkingtreding gaan enkele handelingen vooraf waardoor partijen ook gebonden worden aan de afspraken uit het verdrag. In beginsel ontstaat volkenrechtelijke binding door de ondertekening van het verdrag door een vertegenwoordiger van de staat,[31] dus al vóórdat dit verdrag in werking treedt.[32] Al na ondertekening wordt van partijen verwacht dat zij geen handelingen verrichten die ingaan tegen doel en voorwerp van het verdrag.[33] Wanneer het verdrag een bekrachtiging of ratificatie volgens nationale goedkeuringsprocedures voorschrijft – bijvoorbeeld parlementaire goedkeuring of een referendum – ontstaat de binding niet door ondertekening maar door deze ratificatie. Wanneer het verdrag niet voorziet in een ratificatie maar dit nationaalrechtelijk wel gewenst is, kan een staat bij ondertekening van het verdrag een voorbehoud maken om ruimte te scheppen voor deze nationale goedkeuringsprocedure.[34] De volkenrechtelijke binding aan het verdrag ontstaat dan na de verkregen goedkeuring waarmee het gemaakte voorbehoud vervalt.

Het WVV bevat ook gewoonterechtelijke regels over de interpretatie van verdragen die stroken met het gewoonterecht. Artikel 31(1) luidt:

> 'Een verdrag moet te goeder trouw worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van het Verdrag in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het Verdrag.'[35]

De interpretatie begint volgens het WVV met een tekstuele benadering waarbij de 'gewone betekenis' van de verdragstermen voorop staat. Deze termen kunnen ook worden bezien 'in hun context en in het licht van het voorwerp en doel van het toe te passen verdrag' zodat deze worden verwezenlijkt bij de interpretatie van het verdrag. Daarnaast zijn de

30 Artikel 84(1) WVV.

31 Artikelen 7 en 12 WVV: de regeringsleider en de minister van Buitenlandse Zaken worden alleen al op grond van hun functies geacht vertegenwoordiger van een staat te zijn. Ook bij overschrijding van de hen door het nationale recht gegeven bevoegdheden ontstaat binding aan het verdrag na ondertekening omdat een staat zich op grond van de artikel 27 WVV (en het op deze specifieke situatie van toepassing zijnde artikel 46 WVV) niet mag beroepen op het nationale recht om het niet ten uitvoer leggen van een verdrag te rechtvaardigen.

32 Boogaard 2013, p. 31.

33 Artikel 18 WVV.

34 Artikel 23(2) WVV.

35 'A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.'

intenties van verdragspartijen van belang en wat zij voor ogen hadden bij het opstellen van het verdrag. Hierbij kan rekening worden gehouden met een document dat is overeengekomen of opgesteld bij het sluiten van het verdrag,[36] of een overeenstemming of gebruik dat ná de verdragssluiting ontstaat:

> 'a) iedere later tot stand gekomen overeenstemming tussen de partijen met betrekking tot de uitlegging van het verdrag of de toepassing van zijn bepalingen; b) ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de partijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan; c) iedere ter zake dienende regel van het volkenrecht die op de betrekkingen tussen de partijen kan worden toegepast.'[37]

Met name het 'later gebruik in de toepassing van het verdrag', de *subsequent practice* uit artikel 31(3)(b) WVV is een belangrijk element bij het bepalen van de betekenis van een verdrag. Hieruit kan immers het gemeenschappelijke inzicht van partijen over de betekenis van het verdrag worden afgeleid.[38] Voor de kwalificatie van dit 'later gebruik' is in de literatuur en de rechtspraak een aantal voorwaarden vastgesteld:

> 'Above all *intentionality* is required (…): to qualify as practice a conduct must be linked to the acting party's belief that its conduct reflected a position taken on the interpretation of the treaty. Furthermore, commentators agree that in addition to intentionality some degree of *consistency* is required. (…) Finally practice must be conduct *in the application of the treaty*. (…) The commentaries to the DALT [the Draft Articles on the Law of Treaties; BAKS] state that all the parties to a treaty, not just some of them, must act in such a way as to evidence their agreement on the interpretation. However, the commentaries stress that this does not mean that all of the parties must actually *engage* in the practice – simply that any non-engaging party must *acquiesce* in the practice.'[39]

De *subsequent practice* is een consistente praktijk van staten met de intentie het verdrag te goeder trouw te interpreteren. Daarnaast hangt het bestaan van een *subsequent practice* niet af van het gebruik van een enkele staat, maar moeten alle staten die partij zijn bij het verdrag instemmen met – of 'zich neerleggen bij' – dit gebruik als interpretatie van het verdrag.[40]

Dat de praktijk van staten als verdragspartijen wordt meegenomen in de vaststelling van *subsequent practice* is evident. Het IGH beschouwt echter ook de handelingen van internationale organisaties en hun organen als *subsequent practice* van een verdrag tussen staten. In de *Certain Expenses case* gaat het om de vraag welke bevoegdheden de Algemene Vergadering heeft

---

36 Artikel 31(2) WVV.

37 Artikel 31(3) WVV. 'a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

38 Yearbook of the International Law Commission 1966, p. 221-222, para. 15.

39 Arato 2010, p. 459-460.

40 Zie ook: Yearbook of the International Law Commission 1966, p. 222, para. 15.

volgens het Handvest van de VN. Het IGH betrekt in zijn opinie de *subsequent practice* van de Veiligheidsraad, de Algemene Vergadering en een betrokken werkgroep.[41] In het *Nuclear Weapons advice* overweegt het IGH met betrekking tot *subsequent practice*:

> 'the very nature of the organization created, the objectives which have been assigned to it by its founders, the imperatives associated with the effective performance of its functions, as well as its own practice, are all elements which may deserve special attention when the time comes to interpret these constituent treaties.'[42]

Discussie bestaat over de vraag of dit ingaat tegen het algemene beginsel van internationaal recht dat verplichtingen alleen kunnen ontstaan na uitdrukkelijk of impliciet instemmen van staten die partij zijn bij het verdrag.[43] Onduidelijk is of de *subsequent practice* door organen van internationale organisaties opgevat kan worden als uitwerking van de impliciete instemming van partijen of dat deze alleen gebruikt kan worden in zaken waar de *practice* van organen de overeenstemming van partijen weergeeft of waar andere manieren van interpretatie onvoldoende zijn.[44] Wel duidelijk is dat *subsequent practice* door organen van internationale organisaties een indicatie kan zijn voor het bestaan van gewoonterecht.[45]

Artikel 32 WVV noemt als 'aanvullende middelen van uitlegging' met name de documenten die de voorbereidende werkzaamheden – de *travaux préparatoires* – en de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten weergeven.[46] Deze documenten kunnen worden gebruikt wanneer de interpretatie op basis van artikel 31 WVV dubbelzinnig of onredelijk is. Ook de jurisprudentie en gezaghebbende literatuur of rechtsleer uit artikel 38(1)(d) IGH-statuut zijn hulpmiddelen bij de interpretatie van verdragen. Tot slot geeft artikel 33 WVV aan dat bij een interpretatie de geautoriseerde talen van een verdrag gelijke rechtskracht hebben.

In beginsel kunnen staten hun eigen doorwerkingsmethode bepalen: een internationaal verdrag heeft effect in het nationale recht overeenkomstig nationale regels. Hierbij moet wel rekening worden gehouden met artikel 27 WVV:

> 'Een partij mag zich niet beroepen op de bepalingen van zijn nationale recht om het niet ten uitvoer leggen van een verdrag te rechtvaardigen.'

---

41 IGH 20 juli 1962, *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter (Advisory Opinion)*. Zie Higgins 1965, p. 118-119.

42 IGH 8 juli 1996, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Advisory Opinion)*, para. 19.

43 Zie voor een uiteenzetting: Nolte 2013, in het bijzonder hoofdstuk 2: Crema 2013, p. 13-28.

44 Zie voor een uiteenzetting van beide standpunten: Akande 2014, p. 264.

45 Higgins 1965, p. 119.

46 Artikel 32 WVV. De term 'travaux préparatoires' is afkomstig uit de authentieke Franse tekst van het WVV en wordt in de Nederlandse jurisprudentie gebruikt ter aanduiding van de voorbereidende werkzaamheden bij een verdrag.

Het nationale recht mag niet in de weg staan aan de uitvoering van verdragsbepalingen.

De internationale interpretatieregels van het WVV zijn ook van toepassing in de Nederlandse rechtsorde: het zou 'onwenselijk' zijn wanneer de nationale rechter een internationaal verdrag niet interpreteert in lijn met de betekenis die dat verdrag in de internationale rechtsorde heeft.[47] Daarnaast gebruikt de Hoge Raad de interpretatieregels van het WVV analoog voor de uitleg van internationale verplichtingen voortvloeiend uit het besluit van een volkenrechtelijke organisatie.[48]

b. Gewoonterecht

Gewoonterecht is de oudste bron van internationaal recht.[49] Het is de enige rechtsbron die van een verdrag kan afwijken. Al sinds het eind van de 19e eeuw wordt getracht het gewoonterecht te codificeren, zoals gebeurd is met het humanitair oorlogsrecht.[50] Met dit doel is in 1947 de *International Law Commission* (ILC) opgericht door de Algemene Vergadering van de VN. Onder andere over het verdragenrecht, de staatsaansprakelijkheid, de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen en het strafrechtelijk volkenrecht heeft de ILC ontwerpverdragen geschreven. Doel van codificaties is onduidelijkheden weg te nemen, zoals de reikwijdte van een ongeschreven rechtsregel. Het voordeel van verdragen boven gewoonterecht is het bestaan van duidelijk geformuleerde, geschreven rechtsregels. Daarnaast is duidelijk welke staten zich hebben verbonden aan het verdrag en welke niet. Wanneer veel staten zich aan een verdrag verbinden kan dit een indicatie zijn van een gewoonterechtelijke praktijk en kan een niet-verdragspartij toch gebonden zijn aan het verdrag.[51] Het nadeel van codificatie van gewoonterecht is het creëren van een 'factor van conservatisme en juridisch immobilisme'[52] die de ontwikkeling van het gewoonterecht juist in de weg kan staan.[53]

Het IGH geeft in de *North Sea Continental Shelf Cases* aan hoe gewoonterecht kan worden vastgesteld:

> '[A]n indispensable requirement would be that within the period in question, short though it may be, State practice, including that of States whose interests are specifically affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; – and should moreover have occurred in such a way as to show a general

47 Nollkaemper 2014, p. 192.
48 HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8351, *NJ* 2013/411, r.o. 3.7.2 (*Iraanse studenten*).
49 Bossuyt & Wouters 2005, p. 104.
50 Neergelegd in de vier Geneefse Conventies van 1864 (*Trb*. 1954, 189), 1868 (*Trb*. 1954, 190), 1929 (*Trb*. 1954, 191) en 1929 (*Trb*. 1954, 192).
51 Schrijver 2016, p. 114, noemt als voorbeeld het VN-Zeerechtverdrag. De VS zijn geen partij maar zijn wel aan het merendeel van de bepalingen gebonden.
52 Bossuyt & Wouters 2005, p. 117.
53 Baxter 1968.

> recognition that a rule of law or legal obligation is involved. (…) [I]n order to achieve this result, two conditions must be fulfilled. Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation.'[54]

Voor het vormen van een gewoonterechtelijke regel zijn zowel een objectief als een subjectief element vereist. Het objectieve element is de statenpraktijk, *usus*, die omvangrijk en uniform moet zijn.[55] Alleen handelingen van organen die bevoegdheden hebben volgens het internationale recht kunnen ten grondslag liggen aan de vorming van gewoonterecht.[56] Grote inconsequenties in de praktijk staan de vorming van gewoonterecht in de weg, kleine inconsequenties niet:

> 'The Court does not consider that, for a rule to be established as customary, the corresponding practice must be in absolutely rigorous conformity with the rule. In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule.'[57]

Zelfs een kort tijdverloop kan voldoende zijn voor de vorming van gewoonterecht, mits erkenning van de regel duidelijk is:

> 'Although the passage of only a short period of time is not necessarily, or of itself, a bar to the formation of a new rule of customary international law (…), an indispensable requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform (...);- and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved.'[58]

Onder handelingen die het bewijs van statenpraktijk leveren, vallen de handelingen van staatsorganen, zoals diplomatieke briefwisselingen, interne wetten en gerechtelijke beslissingen, alsook handelingen tussen organen, zoals verdragen, en de praktijk van internationale organisaties.[59]

---

54 IGH 20 februari 1969, *North Sea Continental Shelf* (*Bondsrepubliek Duitsland/Denemarken en Bondsrepubliek Duitsland/Nederland*), para. 74 en 77.

55 IGH 20 februari 1969, *North Sea Continental Shelf* (*Bondsrepubliek Duitsland/Denemarken en Bondsrepubliek Duitsland/Nederland*), para. 74.

56 Bossuyt & Wouters 2005, p. 107.

57 IGH 27 juni 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America),* para. 186.

58 IGH 20 februari 1969, *North Sea Continental Shelf* (*Bondsrepubliek Duitsland/Denemarken en Bondsrepubliek Duitsland/Nederland*), para. 74.

59 Bossuyt & Wouters 2005, p. 107-108; Schrijver 2016, p. 112.

Het subjectieve element voor het bestaan van gewoonterecht is de *opinio juris*:

> 'evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule requiring it'.[60]

De intentie en overtuiging van staten dat de praktijk een verplichtend karakter heeft moet blijken uit de aard van de handelingen of de wijze waarop deze worden uitgevoerd. De *usus* en *opinio juris* tezamen maken een anders simpele gewoonte tot bindend internationaal gewoonterecht.

c. Algemene rechtsbeginselen

De subsidiaire rechtsbron 'algemene rechtsbeginselen' in de opsomming van artikel 38 IGH-statuut had als doel de mogelijke leemten in het internationale recht – en daarmee de kans dat de rechter geen uitspraak kon doen bij gebrek aan een bestaande rechtsregel, *non liquet* – te ondervangen.[61] Het zijn algemene richtinggevende principes waar een beroep op kan worden gedaan wanneer geen rechtsregel uit verdrag of gewoonte voorhanden is.[62] Voorbeelden zijn het beginsel dat niemand rechter kan zijn in eigen zaak – *nemo debet esse judex in propria sua causa* – en het beginsel van de proportionaliteit. Een ander voorbeeld is de 'billijkheid' uit artikel 38(2) IGH-statuut, e*x aequo et bono* – in het Engels *from equity and conscience*:

> 'This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.'

De billijkheid omvat het door de rechter toepassen van beginselen van rechtvaardigheid en redelijkheid, afhankelijk van de omstandigheden van het geval en met inachtneming van het positieve recht. De internationale rechter is terughoudend met het toepassen hiervan en zoekt zijn toevlucht vooral in de algemene rechtsbeginselen en rechtsleer.[63] In het kader van de ontwikkelingen in het internationale milieurecht komt de billijkheid wel meermalen ter sprake, bijvoorbeeld in het raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering, waar de billijkheid onder de beginselen van het verdrag wordt geschaard:

> 'The Parties should protect the climate system for the benefit of present and future generations of humankind, on the basis of equity and in accordance with their common but differentiated responsibilities and respective capabilities.'[64]

---

60 IGH 20 februari 1969, *North Sea Continental Shelf* (*Bondsrepubliek Duitsland/Denemarken en Bondsrepubliek Duitsland/Nederland*), para. 77.

61 Bossuyt & Wouters 2005, p. 115; Cogen 2008, p. 30.

62 Bossuyt & Wouters 2005, p. 119.

63 Onder andere in IGH 20 februari 1969, *North Sea Continental Shelf*; IGH 5 februari 1970, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*.

64 Artikel 3(1) United Nations Framework Convention on Climate Change, 1992.

Boyle benadrukt dat dit beginsel, ondanks het niet-bindende karakter, juridisch gezien zeker niet irrelevant is.[65] Cogen concludeert dat deze ontwikkeling in het milieurecht ertoe heeft geleid dat de billijkheid steeds meer als een algemeen beginsel van internationaal recht wordt aanvaard.[66]

Er zijn volgens de literatuur drie categorieën algemene rechtsbeginselen te onderscheiden. De eerste categorie wordt gevormd door de beginselen die gemeenschappelijk zijn in de meeste nationale rechtsstelsels.[67] Voorbeelden zijn de ongerechtvaardigde verrijking en eerbied voor verworven rechten. De tweede categorie wordt gevormd door de beginselen die ontstaan binnen het internationale recht. Voorbeelden zijn te vinden in de *Corfu Channel case*, waar het IGH de beginselen 'freedom of maritime communication' en 'every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States' als 'general and well recognized' beschouwt.[68] De derde categorie wordt gevormd door de beginselen die in beide rechtssystemen, nationaal en internationaal, toegepast worden.[69] Voorbeeld zijn de beginselen *pacta sunt servanda*, respect voor 'basic human rights'[70] en de goede trouw. Deze laatste wordt door het Hof genoemd in de *Nuclear Tests case*:

> 'One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international CO-operation, in particular in an age when this CO-operation in many fields is becoming increasingly essential.'[71]

Deze derde categorie kan vervolgens worden opgedeeld in twee afzonderlijke categorieën: beginselen die inherent zijn aan het concept 'recht' – bijvoorbeeld het beginsel van de goede trouw – en beginselen die worden ontleend aan algemene concepties van rechtvaardigheid en menselijkheid – bijvoorbeeld het respect voor 'basic human rights'.[72]

d. Jurisprudentie en gezaghebbende literatuur

Jurisprudentie en gezaghebbende literatuur – of rechtsleer – worden in artikel 38(1)(d) IGH-statuut 'subsidiary means' genoemd: het zijn geen primaire rechtsbronnen maar hulpmiddelen bij het vaststellen,

65 Boyle 2014, p. 126-127.
66 Cogen 2008, p. 35-36.
67 Zie ook het Rome Statuut van het Internationaal Strafhof, 1998, artikel 21 (1)(c): 'general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world'.
68 IGH 9 april 1949, *Corfu Channel case*, para. 2.
69 Cogen 2008, p. 30; Thirlway 2014, p. 104-105: Thirlway maakt geen onderscheid naar categorieën maar benoemt twee mogelijke interpretaties van beginselen die bedoeld worden in artikel 38(1)(c) IGH-statuut: de eerste interpretatie bestaat uit beginselen van de eerste categorie, de tweede interpretatie bestaat uit beginselen van de tweede en derde categorie.
70 Mossler 1981, p. 524-525.
71 IGH 20 december 1974, *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)*, para. 49.
72 Nollkaemper 2014, p. 150-151.

becommentariëren, uitleggen en eventueel bekritiseren van bestaand recht.[73] In die hoedanigheid dragen ze bij aan de ontwikkeling van het internationale recht. Daarnaast kan nationale jurisprudentie als bron een bewijs zijn van statenpraktijk en zo bijdragen aan de vorming van gewoonterecht,[74] zoals het IGH overwoog in de *Arrest Warrant case* over de reikwijdte van de immuniteit van staatshoofden en ministers van buitenlandse zaken:

> 'The Court has carefully examined State practice, including national legislation and those few decisions of national higher courts, such as the House of Lords or the French Court of Cassation. It has been unable to deduce from this practice that there exists under customary international law any form of exception to the rule according immunity from criminal jurisdiction and inviolability to incumbent Ministers for Foreign Affairs, where they are suspected of having committed war crimes or crimes against humanity.'[75]

Onder jurisprudentie wordt in artikel 38(1)(d) IGH-statuut nationale en internationale jurisprudentie begrepen. De jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof, opvolger van het Permanente Hof van Internationale Justitie, geniet een bevoorrechte plaats aangezien het IGH de hoogste internationale rechtsinstantie is met een permanent karakter en algemene bevoegdheid.[76] Naast het IGH bestaan er verschillende regionale en internationale gerechten, zoals het Europees Hof van Justitie en het Internationaal Strafhof. Samen met de rechtsleer vormen nationale en internationale jurisprudentie hulpmiddelen voor het interpreteren en vaststellen van internationaal recht.

2.3 Andere bronnen van internationaal recht

Er bestaat ook een groot aantal internationale bronnen die niet in artikel 38 IGH-statuut zijn opgenomen omdat hiermee ten tijde van het opstellen van het IGH-statuut nog geen rekening werd gehouden. Handboeken en rechtspraak vermelden dezelfde aanvullende of 'quasi' bronnen: eenzijdige rechtshandelingen en besluiten van internationale organisaties. Ook deze opsomming is niet uitputtend maar geeft een indicatie. Sommige van deze bronnen zijn geen rechtsbron op zichzelf, maar kunnen wel van invloed zijn op het internationale dan wel het nationale recht en de toepassing ervan of kunnen zich ontwikkelen tot internationaal gewoonterecht. Wat hierna volgt is een overzicht van deze overige bronnen.

---

73 Bossuyt & Wouters 2005, p. 122-125.

74 Roberts 2011, p. 62; Bossuyt & Wouters 2005, p. 109; Thirlway 2014, p. 124-125.

75 IGH 14 februari 2002, *Case concerning the Arrest Warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Beldium)*, para. 58.

76 Zie onder andere artikel 92 VN-Handvest en artikel 1 IGH-statuut.

e. Eenzijdige rechtshandelingen

Staten kunnen zich door middel van eenzijdige rechtshandelingen verplichten tot of onttrekken aan afspraken. Zes typen rechtshandelingen kunnen worden onderscheiden: de erkenning, de berusting, de kennisgeving, het protest, het verzaken en de toezegging.[77]

De meest voorkomende rechtshandeling is de erkenning, 'recognition', waarmee een staat door middel van een actieve handeling bepaalde feiten of afspraken vaststelt waaraan hij gehouden kan worden. Dit in tegenstelling tot de berusting, 'acquiescence', waarbij een staat een bepaalde situatie of regel stilzwijgend, zonder uitdrukkelijke handeling, aanvaardt. Met de kennisgeving, 'notification', maakt een staat een feit of toestand officieel bekend. Een voorbeeld is te vinden in de *Kasikili/Sedudu Island case*, waar onenigheid bestond over de ligging van een grens tussen Botswana en Namibië. Het IGH achtte daarin een gezamenlijk communiqué van de twee staten verbindend.[78] Een ander bekend voorbeeld is het protest, gekoppeld aan de 'persistent objector': een staat kan door uitdrukkelijk protest voorkomen dat bepaalde gedragingen of afspraken, bijvoorbeeld een verdragsbepaling of gewoonterecht, voor hem juridische betekenis krijgen. Op deze verdragsbepaling of dit gewoonterecht kan dan tegenover deze staat geen beroep worden gedaan. Het verzaken, 'renunciation', is een handeling waarmee een staat uitdrukkelijk afstand doet van een recht, bevoegdheid of aanspraak. Tot slot de toezegging, 'promise', waarmee de staat zich tegenover een ander rechtssubject verbindt een handeling te doen of na te laten. Het bekendste voorbeeld hiervan vormde aanleiding tot de *Nuclear Tests case*. In deze zaak bij het IGH ging het om de vraag of Frankrijk gebonden is aan toezeggingen door de president dat geen bovengrondse kernproeven zullen worden uitgevoerd in de Stille Oceaan.[79] Het IGH geeft een algemene regel:

> 'It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations (…) When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking.'[80]

Eenzijdige rechtshandelingen kunnen staten binden op grond van de intentie van de staat, de inhoud van de regel en de omstandigheden van het geval. Tot bovenstaande beslissing van het IGH was de plek van eenzijdige rechtshandelingen in het internationale recht nog enigszins onzeker. Het IGH erkent in deze zaak dat 'not all unilateral acts imply obligation', maar oordeelt op grond van de feiten dat Frankrijk de intentie had om zich te binden aan de gedane uitspraken.

77 Wouters 2007, p. 109-110; Bossuyt & Wouters 2005, p. 130; Nollkaemper 2014, p. 153.
78 IGH 13 december 1999, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, para. 103.
79 IGH 20 december 1974, *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)*, para. 20-49.
80 IGH 20 december 1974, *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)*, para. 43.

Eenzijdige rechtshandelingen kunnen ook door internationale organisaties worden verricht. Deze handelingen worden steeds belangrijker als bron van internationaal recht en worden besproken in de volgende paragraaf.[81]

f. Besluiten van (organen van) internationale organisaties

Internationale organisaties spelen een steeds grotere rol in de totstandkoming van verdragen en de vorming van gewoonterechtelijke regels.[82] Hun optreden kan bijdragen aan de ontwikkeling van algemene rechtsbeginselen of gewoonterechtelijke praktijk.[83] Daarnaast kunnen internationale organisaties ook bepaalde eenzijdige rechtshandelingen verrichten, veelal in de vorm van resoluties of besluiten. Wanneer staten bevoegdheden hebben toegekend aan en lid zijn van deze organisaties geven hun besluiten de internationale publieke belangen en de wil van lidstaten weer. Er bestaan voor de lidstaten bindende besluiten en niet-bindende besluiten – ook wel 'aanbevelingen' genoemd. Bindende besluiten fungeren als internationale rechtsbron, maar ook niet-bindende besluiten kunnen juridisch relevant zijn en bijdragen aan de vorming van gewoonterecht.

De verbindendheid van besluiten verschilt per orgaan en per onderwerp. De Algemene Vergadering, primair orgaan van de VN, heeft bijvoorbeeld andere bevoegdheden dan de VN Veiligheidsraad, eveneens primair orgaan van de VN. Krachtens artikel 25 van het VN Handvest hebben partijen zich verbonden 'to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter'. Dit neemt niet weg dat deze verbindendheid afhangt van de tekst en de omstandigheden. Het IGH benoemt verschillende voorwaarden in de *South West Africa case*:

> 'The language of a resolution of the Security Council should be carefully analysed before a conclusion can be made as to its binding effect. In view of the nature of the powers under Article 25, the question whether they have been in fact exercised is to be determined in each case, having regard to the terms of the resolution to be interpreted, the discussions leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council.'[84]

Over de reikwijdte van besluiten van de Algemene Vergadering spreekt het IGH zich in dezelfde zaak uit:

> '[R]esolutions (...) are not binding, but only recommendatory in character. The persuasive force of Assembly resolutions can indeed be very considerable, – but this is a different thing. It operates on the political not the legal level: it does not make these resolutions binding in law.'[85]

81 Zie o.a.: Bossuyt & Wouters 2005, p. 132.
82 Wouters 2007, p. 111; Bossuyt & Wouters 2005, p. 132.
83 Schrijver 2016, p. 118.
84 IGH 18 juli 1966, *South West Africa, Second Phase*, para. 114.
85 IGH 18 juli 1966, *South West Africa, Second Phase*, para. 98.

De besluiten van de Algemene Vergadering ziet het IGH in deze zaak als aanbevelingen en dus niet bindend. Twintig jaar later aanvaardt het IGH in de Nicaragua-zaak dat het bestaan van een besluit van de Algemene Vergadering wel een element kan zijn in het bewijs van het bestaan van een regel van internationaal gewoonterecht.[86] Daarnaast kan in het door staten onderschrijven van dergelijke besluiten een acceptatie van de geldigheid van de regels besloten liggen. Ook in het *Nuclear Weapons advice* wijdt het IGH hier enkele woorden aan:

> 'General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*.'[87]

Organen van internationale organisaties stellen ook verklaringen op die richtlijnen bevatten voor toekomstig beleid op een bepaald gebied. Voorbeelden hiervan zijn de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, door de Algemene Vergadering VN opgesteld in 1948, en de Verklaring over het Milieu, opgesteld naar aanleiding van de VN Conferentie over de bescherming van het milieu in 1972 in Stockholm.[88] Dit zijn veelal politieke verklaringen die juridische richtlijnen bevatten die de verhoudingen tussen de deelnemende staten kunnen beïnvloeden.[89]

Daarnaast bestaan er ook organen van internationale organisaties die met een bepaald doel en in overeenstemming met een verdrag zijn opgericht waarbij staten partij zijn, maar waarin staten geen zitting hebben.[90] Een voorbeeld zijn organen die toezicht houden op een bepaald verdrag of een onderwerp uitwerken dat de organisatie van belang acht. Bijvoorbeeld bij het Verdrag tegen Foltering:

> 'There shall be established a Committee against Torture (…) consist[ing] of ten experts of high moral standing and recognized competence'.[91]

Leden van dergelijke comités zijn meestal onafhankelijke experts op een bepaald gebied die aanbevelingen kunnen doen aan staten of aan organen waarvan staten wèl lid zijn:

---

86 IGH 27 juni 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, para. 188.

87 IGH 8 juli 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, para. 70.

88 UN Stockholm Conference on the Human Environment, Final Documents from the Conference, adopted June 16, 1972: Declaration of Principles.

89 Cogen 2008, p. 39.

90 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting over de verhouding en inbedding van deze *universal judicial organs* in internationale organisaties: Schermers & Blokker 2011, p. 439-447.

91 Artikel 17 Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke en onterende behandeling of bestraffing, New York 10 december 1984, *Trb.* 2005, 243.

> 'The Committee (…) may make suggestions and general recommendations based on the examination of the reports and information received from the States Parties. Such suggestions and general recommendations shall be reported to the General Assembly together with comments, if any, from States Parties.'[92]

Deze aanbevelingen kunnen een visie op de reikwijdte of betekenis van een verdrag of onderwerp weergeven die van belang is voor de handelingen en naleving van het verdrag door staten. Aanbevelingen zijn dus geen rechtsbron, maar zij kunnen wel materiële rechtskracht hebben, bijvoorbeeld wanneer het gebruik van aanbevelingen bij de interpretatie of toepassing van een verdrag leidt tot een bindende regel.[93]

De aanvaarding van bindende besluiten van organen van internationale organisaties als rechtsbron is niet zonder kritiek. Deze bestaat vooral hierin dat besluiten die bindend worden door goedkeuring door een meerderheid van staten binnen de organisatie – hetzij door stemming dan wel door consensus – niet verbindend zouden moeten zijn voor de overige staten.[94] Desalniettemin kunnen dergelijke niet-bindende besluiten wel richtinggevend zijn en een signaalfunctie hebben ten aanzien van ontwikkelingen in het internationale (gewoonte)recht.[95]

2.4 Conclusie

De internationale gemeenschap is in beweging. Naast staten, de originele spelers, staan ook internationale organisaties op het veld. Alhoewel de spelregels niet zijn veranderd – staten worden alleen door hun instemming gebonden – is er wel het een en ander gewijzigd in de opstelling.

De internationale rechtsbronnen – het verdrag, het gewoonterecht, algemene rechtsbeginselen, eenzijdige rechtshandelingen en bindende besluiten van internationale organisaties – worden bijgestaan door jurisprudentie, rechtsleer, *travaux préparatoires* en niet-bindende besluiten van internationale organisaties. De juridische status van laatstgenoemde categorie 'hulpmiddelen' is niet gelijk aan die van de rechtsbronnen, maar het zijn middelen voor het vaststellen, becommentariëren, interpreteren en eventueel bekritiseren van het bestaande recht. Zo zijn ook deze middelen van belang voor de totstandkoming en ontwikkeling van bindend internationaal recht.

92 Artikel 9(2) Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, New York 7 maart 1966, *Trb.* 1966, 237.
93 Wouters 2007, p. 117-118.
94 Zie onder meer: Cogen 2008, p. 39; Bossuyt & 2005, p. 132; Nollkaemper 2014, p. 145-146.
95 Zie o.a.: Cohen 2007, p. 88-89.

De geldigheid van (de bronnen van) het internationale recht in de nationale rechtsorde hangt primair af van de doorwerkingsregels van het nationale recht. Hanteert een staat het monistisch systeem, dan is het internationale recht automatisch van toepassing in de nationale rechtsorde. Gaat een staat uit van het dualistisch systeem, dan moet internationaal recht in nationale wetgeving worden omgezet voordat het van toepassing kan zijn. De toepassing van het internationale recht in Nederland wordt uiteengezet in Hoofdstuk 3.

3 De nationale rechter en de constitutionele trechter

3.1 Inleiding

Een paar jaar na inwerkingtreding van de Grondwet van 1983 wordt het Gerechtshof Den Haag in hoger beroep gevraagd de gedragingen van de Nederlandse staat te toetsen, namelijk het voorgenomen verdrag met de Verenigde Staten van Amerika tot plaatsing van kruisraketten in Nederland. Volgens appellanten staan de artikelen 94 en 120 Grondwet er niet aan in de weg dat de rechter verdragen waarbij de staat partij is toetst aan dwingende normen van geschreven of ongeschreven recht. Het hof is een andere mening toegedaan:

> 'Gelezen in het licht van hun geschiedenis houden die artikelen in, onder meer, dat de rechter een verdrag niet mag toetsen aan de Grondwet, andere wetten of ongeschreven nationaal recht, noch aan andere verdragen waarbij de Staat partij is of aan besluiten van volkenrechtelijke organisaties, ook niet voorzover die andere verdragen of die besluiten 'een ieder verbindende bepalingen' in de zin van art. 94 Gr.w – bepalingen betreffende grondrechten niet uitgezonderd – bevatten (waarbij opmerking verdient dat in art. 94 onder 'wettelijke voorschriften' slechts zijn te verstaan: nationaalrechtelijke voorschriften), noch aan ongeschreven volkenrecht.'[1]

De Hoge Raad sluit toetsing van verdragen door de Nederlandse rechter aan andere verdragen en internationale normen niet uit[2] maar overweegt:

> 'Noch de door het hof bedoelde bepalingen van de Grondwet, noch enige andere regel van (nationaal) Nederlands recht staan eraan in de weg dat de Nederlandse rechter onderzoekt of een door het parlement al dan niet uitdrukkelijk goedgekeurd verdrag strijdig is met andere verdragen of andere volkenrechtelijke normen. Met name kan, bij gebreke van een duidelijke wettelijke bepaling dienaangaande, niet worden aanvaard dat het enkele feit dat voor een bepaalde gedraging van de Staat de verdragsvorm is gekozen dan wel dat de Staat zich tot die gedraging bij verdrag heeft verplicht, de rechter zou beletten te beoordelen of de Staat door die gedraging inbreuk maakt op een volkenrechtelijke norm waaraan burgers rechtstreeks rechten kunnen ontlenen, en aldus jegens hen onrechtmatig handelt.'[3]

---

1 Gerechtshof Den Haag 30 december 1987, 86/842, opgenomen in HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1679, *NJ* 1991/248, r.o. 11.

2 Van Maanen & De Lange 2005, p. 118.

3 HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1679, *NJ* 1991/248, r.o. 3.4. Zie ook: Mus 2006, p. 111.

Naast het toetsen van internationaal recht, toetst de Nederlandse rechter ook het nationale recht. Hij moet hierbij rekening houden met de kaders van de nationale constitutionele bepalingen die in dit hoofdstuk aan de orde komen.

Tezamen met Hoofdstuk 2 vormt dit hoofdstuk het theoretisch kader van dit onderzoek. In dit hoofdstuk wordt de constitutionele structuur van de Nederlandse rechtsorde uiteengezet. Op deze uiteenzetting zal in (de inleiding van) Hoofdstuk 4, 5, 6 en 7 worden teruggegrepen en worden voortgeborduurd voor zover de hier beschreven constitutionele bepalingen in deze hoofdstukken een rol spelen. De verhouding tussen de rechter en overheid is geregeld in de constitutie, onder andere in de hiervoor genoemde grondwetsartikelen. Dit onderzoek en de bespreking van de constitutionele structuur in dit hoofdstuk raakt aan het leerstuk van de machtenscheiding tussen wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht. Omwille van de omvang wordt het voor dit onderzoek benodigde kader geschetst maar op dit leerstuk zelf zal niet uitputtend worden ingegaan.

Internationale rechtsbronnen binden internationale spelers, zoals staten, maar bevatten dikwijls ook rechten voor de particulieren in deze staten. Om in het nationale recht een beroep op deze rechten te kunnen doen is van belang dat internationale bronnen van toepassing zijn binnen de nationale rechtsorde. Elke staat heeft een resultaatsverplichting om ook binnen de nationale rechtsorde de internationaal bindende afspraken na te komen, maar hoe dit vorm wordt gegeven is overgelaten aan de staat zelf. Het is daarom het nationale recht van elke staat dat bepaalt op welke wijze aan internationale verplichtingen wordt voldaan. Er zijn grofweg twee wijzen te onderscheiden.[4] Ten eerste het monistische systeem waarbij de internationale en nationale rechtsorde als één worden gezien: internationaal recht is automatisch van toepassing in de nationale rechtsorde. Ten tweede het dualistisch systeem, waarbij de internationale en nationale rechtsorde twee naast elkaar bestaande systemen zijn: internationaal recht moet expliciet – bijvoorbeeld door middel van wetgeving – worden opgenomen in de nationale rechtsorde om in die rechtsorde te kunnen worden toegepast.[5]

Nederland kent een gematigd monistisch systeem.[6] Monistisch, omdat internationaal recht in beginsel rechtstreeks van toepassing is in de nationale rechtsorde, dus zonder omzetting in nationale wetgeving. Gematigd, vanwege het bekendmakingsvereiste uit artikel 93 Grondwet.[7] De Nederlandse rechter kan vervolgens alleen 'een ieder verbindend' internationaal recht rechtstreeks toepassen en onder bepaalde voorwaarden

4 Alhoewel discussie bestaat over de vraag of dit onderscheid nog wel gemaakt moet worden, gezien het kleiner worden van de kloof tussen internationaal en nationaal recht. Zie hierover: Nijman & Nollkaemper 2007; Von Bogdandy 2008.

5 Zie voor een uitgebreidere weergave met voorbeelden van verschillende systemen en staten: Van Dijk, 2016, p. 125-137.

6 Dit berust op jurisprudentie, HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 371 (*grenstractaat Aken*); Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2012, p. 170-171.

7 Besselink 2007, p. 64-67.

besluiten een algemeen verbindend voorschrift opzij te zetten wanneer deze met een dergelijke regel van internationaal recht in strijd is. In paragraaf 3.2 wordt het Nederlandse constitutionele systeem op de belangrijkste punten beschreven voor zover dit de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde aangaat. Belangrijke trechter in het proces van doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde zijn de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Omdat deze artikelen een belangrijke bouwsteen zijn voor dit proefschrift, zal hun achtergrond, ontwikkeling en betekenis uitgebreider worden besproken in paragraaf 3.3.

3.2 Het internationale recht en de nationale constitutie

De constitutionele regels over de doorwerking van internationaal recht staan grotendeels in hoofdstuk 5 van de Grondwet, getiteld 'wetgeving en bestuur'. Dit Grondwetshoofdstuk bevat bepalingen over de totstandkomingsprocedure – bijvoorbeeld de artikelen 91 en 95 over de totstandkoming van internationale verplichtingen – en artikelen van materieel recht – bijvoorbeeld de artikelen 93 en 94 over de voorrang van internationale bepalingen.[8] De grondwetsartikelen aangaande doorwerking van internationaal recht en overige nationale wetgeving over de relatie tussen de internationale en nationale rechtsorde worden in deze paragraaf kort uiteengezet en toegelicht.

Voor de Nederlandse overheid is de ontwikkeling van het internationale recht een belangrijke taak, zo blijkt uit artikel 90 van de Grondwet:

> 'De regering bevordert de ontwikkeling van de internationale rechtsorde.'

Dit artikel, dat geldt als 'een expliciete zorgplicht op het vlak van de internationale rechtsorde',[9] brengt mede tot uitdrukking dat de nationale belangen indien nodig ondergeschikt moeten zijn aan de belangen van de internationale gemeenschap.[10]

Wat internationale rechtsbronnen – in het bijzonder verdragen – betreft, zijn er op grond van het internationale recht verschillende verplichtingen waaraan de staat zich in zijn nationale rechtsorde dient te houden.[11] Het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht[12] (WVV) – grotendeels een codificatie van internationaal gewoonterechtelijke regels betreffende het aangaan, inwerkingtreden en opzeggen van verdragen – verplicht staten om

8 Vierdag 1995, p. 117. De artikelen 93 en 94 Grondwet zijn in de Grondwet van 1953 respectievelijk de artikelen 66 en 65, in de versies van 1956 en 1972 respectievelijk de artikelen 65 en 66.

9 Vlemminx 2015 (Nederlandrechtsstaat.nl).

10 Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 90 Gw, aant. 1.

11 Zie ook Hoofdstuk 2.

12 Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht, Wenen 23 mei 1969, *Trb*. 1972, 51. Zie ook Hoofdstuk 2.

niet in strijd te handelen met het onderwerp en doel van een bestaand of toekomstig verdrag.[13] Op grond van artikel 26 WVV dienen partijen de aangegane verplichtingen te goeder trouw uit te voeren, ook vóórdat het verdrag in werking treedt. Artikel 27 WVV bepaalt vervolgens:

> 'A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.'

Nationale regels mogen niet aan de uitvoering van internationaal verdragsrecht in de weg staan. Geeft de regering als orgaan van de staat geen gehoor aan internationaal verdragsrecht, dan heeft dit ook volgens nationaal recht consequenties:

> 'Weigert de regering verdragsrecht toe te passen, dan maakt zij zich in beginsel schuldig aan een onrechtmatige daad, ongeacht of het om ieder of niet-ieder verbindend verdragsrecht gaat. Zij kan hiervoor niet alleen internationaal, maar ook nationaal ter verantwoording worden geroepen.'[14]

De monistische insteek van het Nederlandse rechtsstelsel heeft tot gevolg dat niet alleen het verdragsrecht, maar àl het internationaal recht dat de Nederlandse staat bindt behoort tot het objectieve recht.[15] De rechtskracht van bijvoorbeeld internationaal gewoonterecht en verdragen is automatisch en geldt indien en zodra deze internationaalrechtelijk gezien bindend zijn voor Nederland.[16] Het internationale recht heeft gelding in het nationale rechtsstelsel.[17] Dat dit ook geldt voor ongeschreven recht blijkt uit het standpunt van de Nederlandse regering in de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer ter voorbereiding van de grondwetsherziening van 1983:

> 'Het ongeschreven internationale recht kan binnen de Nederlandse rechtsorde direct worden toegepast, voor zover dit recht zich voor directe toepassing leent. Vervolgens komt (…) de vraag [aan de orde] of het ongeschreven internationale recht dient te prevaleren boven het Nederlandse gecodificeerde recht. Uitgaande van het standpunt dat een nationale staat in beginsel het geldende internationale recht, inclusief ongeschreven recht, in acht moet nemen, beantwoorden wij deze vraag bevestigend.'[18]

Voor de Nederlandse overheidsorganen maakt daarom de door de artikelen 93 en 94 Grondwet bepaalde speciale positie van rechtstreeks werkend internationaal recht uit verdragen of bepalingen van internationale organisaties geen verschil: ook niet rechtstreeks werkende bepalingen waaraan de staat is gebonden maken deel uit van de nationale rechtsorde.

---

13 Artikel 18 WVV.
14 Brouwer 1992, p. 271.
15 Mus 2006, p. 17; Besselink 2007, p. 63.
16 Fleuren 2004, p. 19; Besselink & Wessel 2009, p. 42. Zie hierover ook: Mus 2006, p. 17.
17 In Tekst & Commentaar wordt gesproken van 'hogere rang', maar daar bestaat wel enige discussie over, zie Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2012, p. 339-341.
18 *Kamerstukken I*, 1980/81, 15 049 (R1100), 19, p. 1.

Elk met 'overheids- of openbaar gezag bekleed ambt' moet internationaal recht toepassen en uitvoeren wanneer dit recht zich daarvoor leent.[19] Uit de presumptie dat een staat wordt vermoed zijn volkenrechtelijke verplichtingen te willen nakomen, volgt het beginsel dat een norm van nationaal recht nooit zó mag worden uitgelegd of toegepast dat deze een volkenrechtelijke verplichting door de staat schendt.[20] Deze regel geldt zowel voor bestuur als rechter, zowel voor geschreven als ongeschreven recht.[21] Wel is van belang dat het oordeel over de verenigbaarheid van het ongeschreven internationaal recht met geschreven Nederlands recht toekomt aan de wetgever en dat dit oordeel niet mag worden getoetst door de rechter:[22]

> 'Ter wille van de duidelijkheid voegen wij hieraan toe, dat in Nederland het oordeel over de verenigbaarheid van geschreven Nederlands recht en ongeschreven internationaal recht toekomt aan de wetgever. In dit opzicht is in de Nederlandse Grondwet wezenlijk, dat (…) de grondwettelijke toetsingsopdracht aan de Nederlandse rechter beperkt is tot toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale organisaties.'[23]

Het in acht nemen van internationaal recht, ook in de uitlegging en toepassing daarvan, geldt dus zowel voor de rechter als voor het bestuur,[24] ten aanzien van zowel verdragsrecht als ongeschreven recht. Dit is door de regering al benoemd toen begin 20e eeuw artikel 13a Wet Algemene Bepalingen[25] werd opgetekend. Dit artikel luidt:

> 'De regtsmagt van den regter en de uitvoerbaarheid van regterlijke vonnissen en van authentieke akten worden beperkt door de uitzonderingen in het volkenregt erkend.'

De invoering van dit artikel was het gevolg van een rechtbankvonnis[26] waarin het Duitse Rijk bij verstek werd veroordeeld om aan de Nederlander De Booy een schadevergoeding te betalen omdat het Duitse Rijk 'door haar troepen opzettelijk en wederrechtelijk zijn met steenkolen beladen lichterschip *De Booy II*, heeft in den grond doen schieten, waardoor hij groote schade leed en nog lijdt'[27] en diende om herhaling van een dergelijk vonnis te voorkomen:

---

19 Brouwer 1992, p. 270-271; Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 93 Gw, aant. 6.
20 Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 93 Gw, aant. 6.
21 Mus 2006, p. 17.
22 De wetgever onderschrijft hiermee het Nyugat-arrest, dat is uiteengezet in paragraaf 3.3 onder sub e.
23 *Kamerstukken I*, 1980/81, 15 049 (R 1100), 19, p. 2.
24 Mus 2006, p. 17
25 *Stb*. 1917, 303.
26 Rb. Rotterdam 25 september 1916, *NJ* 1917/13.
27 *Handelingen II* 1916/17, 346, 2 (ontwerp van wet) en 3 (Memorie van Toelichting).

> 'Uit de redactie van het vonnis der rechtbank te Rotterdam schijnt te moeten worden afgeleid, dat die rechtbank bij haar uitspraak het volkenrecht geheel buiten beschouwing heeft gelaten. Dit zal, wanneer de wet uitdrukkelijk bepaalt, dat des rechters rechtsmacht beperkt wordt door de uitzonderingen, in het volkenrecht erkend, voortaan niet licht meer geschieden.'[28]

In de verdere bespreking van overwegingen en bezwaren bij de opname van artikel 13a in de Wet algemene bepalingen, wordt overwogen:

> 'Ten slotte werd tegen de voorgestelde bepaling, in haar beide onderdeelen, nog de bedenking aangevoerd, dat zij, de kracht van het volkenrecht voor ons nationaal recht ten aanzien van een enkel punt (de rechtsmacht van den rechter en de uitvoerbaarheid van vonnissen) vaststellende, aanleiding zou kunnen geven tot de opvatting, dat voor andere onderwerpen het volkenrecht te onzent geen rechtskracht heeft en de rechter dus daarmede geen rekening heeft te houden. Dit ware echter in strijd met het standpunt, waarop ook de meerderheid der Staatscommissie zich heeft gesteld, "dat de beginselen van het volkenrecht, ook zonder dat daarmede in de nationale wet uitdrukkelijk is rekening gehouden, invloed uitoefenen op het burgerlijk recht", een standpunt, dat aan de hier aan het woord zijnde leden alleszins juist voorkwam.'[29]

Niet alleen ten aanzien van vraagstukken omtrent jurisdictie en executie – kortweg immuniteit – dient de rechter het internationale recht te betrekken, maar bij alle onderwerpen ten aanzien waarvan normen of beginselen van internationaal recht bestaan.

De ruimhartige doorwerking die het Nederlandse staatsrecht aan internationaal recht verleent – met name de invloed van rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen en besluiten op de beleidsvrijheid van de Nederlandse wetgever – is niet onomstreden.[30] Ook de in 2009 ingestelde Staatscommissie Grondwet heeft zich over dit aspect gebogen en zich in het bijzonder gericht op de botsing tussen internationale bepalingen en fundamentele constitutionele beginselen:

> 'De Staatscommissie is unaniem van oordeel dat in de eerste plaats op internationaal niveau moet worden bevorderd dat internationale rechtsregels in overeenstemming zijn met fundamentele regels en beginselen. Het behoort tot de taak van de regering om bij verdragsonderhandelingen en in de besluitvormingsprocedures van internationale organen in samenwerking met andere landen te bevorderen dat fundamentele constitutionele regels en beginselen worden gerespecteerd. De Staten-Generaal hebben de taak bij de goedkeuring van verdragen en bij de controle op het handelen van de ministers aandacht te schenken aan de vraag of deze beginselen in acht zijn genomen. Zij zouden bij twijfel over de verenigbaarheid van een verdrag met fundamentele constitutionele beginselen geen goedkeuring moeten verlenen.'[31]

---

28 *Kamerstukken II* 1916/17, 346, 5, p. 8.

29 *Kamerstukken II* 1916/17, 346, 5, p. 8.

30 Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 2006/07, 29 861, 11 (motie-Visser) en recentelijk: *Kamerstukken II* 2011/12, 33 358, 2 (voorstel van Rijkswet-Taverne) en de bronnen aangedragen door Leenknegt 2014 (Nederlandrechtsstaat.nl).

31 Rapport Staatscommissie Grondwet, 2010, p. 127.

Het kabinet is in zijn reactie op het advies van de Staatscommissie Grondwet eenzelfde mening toegedaan.[32] Het ondertekenen van een verdrag – een bevoegdheid die gezien de systematiek van de Grondwet aan de regering toekomt[33] – is het moment waarop nieuwe verplichtingen richting de internationale gemeenschap worden aangegaan. Het oordeel of deze nieuwe verplichtingen in overeenstemming zijn met fundamentele regels en beginselen van het nationale recht komt in eerste instantie de wetgever – regering en Staten-Generaal – toe.

Na goedkeuring is het de taak van de wetgever ervoor te zorgen dat internationale verdragen ook nationaal ten uitvoer kunnen worden gelegd. Hiervoor is nodig dat hij beoordeelt of een verdrag rechtstreeks kan werken, dan wel of nationale wetgeving moet worden aangenomen ter uitvoering van het verdrag, dan wel of bestaande nationale wetgeving moet worden gewijzigd om deze in overeenstemming te brengen met het verdrag.[34] De taak van de Staten-Generaal begint bij artikel 91 Grondwet:

> '1. Het Koninkrijk wordt niet aan verdragen gebonden en deze worden niet opgezegd zonder voorafgaande goedkeuring van de Staten-Generaal. De wet bepaalt de gevallen waarin geen goedkeuring is vereist.
> 2. De wet bepaalt de wijze waarop de goedkeuring wordt verleend en kan voorzien in stilzwijgende goedkeuring.
> 3. Indien een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet dan wel tot zodanig afwijken noodzaken, kunnen de kamers de goedkeuring alleen verlenen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.'

Het eerste lid stelt de eis van goedkeuring door de Staten-Generaal bij het meest wezenlijke onderdeel: de binding van het Koninkrijk aan het verdrag.[35] Deze terminologie sluit aan bij het Weens Verdragenverdrag.[36] Alhoewel ondertekening van een verdrag leidt tot bepaalde verplichtingen,[37] is het meestal de ratificatie waardoor de staat wordt gebonden aan het verdrag. Het goedkeuringsrecht van de Staten-Generaal is in beginsel wel beperkt, aangezien geen recht van amendement of initiatief ten aanzien van de inhoud kan worden uitgeoefend maar een verdrag alleen kan worden goedgekeurd of verworpen.[38] Voor de wijze van parlementaire goedkeuring – stilzwijgend of uitdrukkelijk – bestaat geen criterium,[39] bijvoorbeeld

32 *Kamerstukken II* 2011/12, 31 570, 20, p. 10.
33 Vierdag 1995, p. 27; Sondaal 1986, p. 119.
34 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 049 (R 1100), 10, p. 10.
35 Sondaal 1986, p. 134.
36 Artikel 2 Weens Verdragenverdrag. Zie hierover ook: Brouwer 1992, p. 254.
37 Zoals het zich onthouden van handelingen die tegen doel en strekking van het verdrag ingaan, artikel 18 WVV. Zie voor meer Hoofdstuk 2.
38 Sondaal 1986, p. 134.
39 Besselink & Wessel 2009, p. 43.

of een verdrag 'een ieder verbindende bepalingen' bevat.[40] Dit betekent dat verplichtingen aan particulieren kunnen worden opgelegd en aan hen rechten kunnen worden toegekend zonder dat hiervoor uitdrukkelijke parlementaire goedkeuring bestaat.[41] De regering stelt dat het in deze gevallen gezien de mogelijk ingrijpende gevolgen niet de bedoeling is tot stilzwijgende goedkeuring over te gaan.[42] Ook kan het parlement alsnog om instemming vragen. Doet het parlement dit niet, dan staat deze mogelijkheid van stilzwijgende goedkeuring op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel.[43] Een recent door de Tweede Kamer aangenomen voorstel tot wijziging van Rijkswet biedt wel de mogelijkheid voor de regering om zich uitdrukkelijk uit te spreken over het bestaan van een ieder verbindende bepalingen in een verdrag voorafgaand aan goedkeuring door de Staten-Generaal, met als doel de rechter meer houvast te geven bij de interpretatie van dit verdrag:

> 'Bij de voorlegging van een verdrag ter goedkeuring als bedoeld in het eerste lid wordt aangegeven of het verdrag naar het oordeel van de regering bepalingen bevat die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden en, indien dit het geval is, welke bepalingen het betreft.'[44]

Bij de afsluiting van dit onderzoek ligt dit wetsvoorstel in de Eerste Kamer ter behandeling.

Een ander geval waarin geen parlementaire controle wordt uitgeoefend op een besluit van de regering dat gevolgen kan hebben voor particulieren, is wanneer de regering besluit om géén partij te worden bij een verdrag.[45] Ook voor een dergelijk besluit is geen parlementaire toestemming nodig.

'De wet' waarover in artikel 91(1) Grondwet gesproken wordt, is de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen[46] waarin nadere regels staan opgenomen over de wijze waarop en de termijnen waarbinnen

40 Zie ook: Van Rossum & Spijkers 2016. Volgens auteurs zou het stellen van dit criterium in de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen – waarover hierna meer – een alternatief kunnen zijn voor het voorstel van Rijkswet tot aanpassing van artikel 93 en 94 Grondwet (Taverne) doordat het parlement een actievere rol krijgt toebedeeld rond het thema 'rechtstreekse werking'.

41 Een voorbeeld is het Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging van de Wereldgezondheidsorganisatie (*Trb.* 2005, 72, Genève 21 mei 2003), dat stilzwijgend is goedgekeurd. In 2014 concludeerde de Hoge Raad dat artikel 8 lid 2 van dit verdrag – effectieve bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook in bepaalde ruimtes – rechtstreeks werkt (ECLI:NL:HR:2014:2928, waarover meer in Hoofdstuk 4).

42 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 049 (R 1100), 7, p. 8.

43 Besselink & Wessel 2009, p. 44-45.

44 *Kamerstukken I* 2015/16, 34 158 (R 2048), A.

45 Sondaal 1986, p. 138.

46 Rijkswet van 7 juli 1994, *Stb*. 542, houdende regeling betreffende de goedkeuring en bekendmaking van verdragen en de bekendmaking van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, laatstelijk gewijzigd 7 juli 2010, *Stb*. 329.

goedkeuring kan worden verleend en of deze is vereist.[47] De Rijkswet is tevens een uitwerking van artikel 95 Grondwet:

> 'De wet geeft regels omtrent de bekendmaking van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.'[48]

Op grond van artikel 91 Grondwet kan niet alleen de sluiting van verdragen maar ook de totstandkoming van besluiten van internationale organisaties door de Staten-Generaal worden gecontroleerd, mits deze het karakter van een verdrag hebben.[49] Het gezamenlijk element is de wilsovereenstemming van partijen om aan deze regels te worden gebonden:

> '[B]esluiten van volkenrechtelijke organisaties, die volkenrechtelijke rechten en plichten belichamen voor de staten die er aan gebonden zullen zijn, [hebben] het karakter van een verdrag, indien en zolang een individuele staat door het verrichten of achterwege laten van een nadere rechtshandeling de mogelijkheid heeft te verhinderen dat het besluit, hetzij voor hemzelf, hetzij voor alle betrokken staten, verbindend wordt. De verbindendheid berust dan immers op wilsovereenstemming. (…) Hiervan moet onderscheiden worden het geval dat een orgaan van een volkenrechtelijke organisatie slechts kan besluiten met eenparigheid van stemmen en elke betrokken staat derhalve de mogelijkheid heeft te verhinderen dat er een besluit tot stand komt. In zodanig geval heeft een besluit volgens de regering geen verdragskarakter. Zodra het besluit is vastgesteld, kan een staat immers niet meer voorkomen dat hij eraan gebonden wordt.'[50]

In het laatste geval – wanneer niet kan worden teruggekomen van een besluit – moet voorafgaand aan de besluitvorming nagedacht worden over toestemming en betrokkenheid van de Staten-Generaal. Hiervoor is volgens de Staatscommissie Grondwet geen grondwetswijziging nodig – het huidige constitutionele kader, met name artikel 95 en de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, biedt hiertoe voldoende mogelijkheden. Wel moet de betrokkenheid van Staten-Generaal bij het besluitvormingsprocedure worden 'geïntensiveerd'.[51]

Dit advies tot intensivering geldt ook voor de overdracht van wetgevende bevoegdheden aan internationale organisaties, mogelijk gemaakt door artikel 92 Grondwet in samenhang met artikel 91 Grondwet:

---

47 Bijvoorbeeld in de artikelen 3, 5 en 7 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Artikel 3: De goedkeuring wordt uitdrukkelijk of stilzwijgend verleend. Artikel 5(1): De stilzwijgende goedkeuring is verleend, indien niet binnen dertig dagen na een daartoe strekkende overlegging van een verdrag aan de Staten-Generaal door of namens een van de kamers of door ten minste een vijfde van het grondwettelijk aantal leden van een van de kamers de wens te kennen wordt gegeven, dat het verdrag aan de uitdrukkelijke goedkeuring zal worden onderworpen. Artikel 7: Tenzij een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet of tot zodanig afwijken noodzaken, is de goedkeuring niet vereist: [verschillende gevallen in sub a-f].

48 Artikel 95 Grondwet.

49 Sondaal 1986, p. 134.

50 Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 91 Gw, aant. 2.

51 Rapport Staatscommissie Grondwet, 2010, p. 113-114.

> 'Met inachtneming, zo nodig, van het bepaalde in artikel 91, derde lid, kunnen bij of krachtens verdrag aan volkenrechtelijke organisaties bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak worden opgedragen.'

Dit artikel is in de Grondwet van 1953 opgenomen mede met het oog op de toenmalige Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal en codificeerde de toen al bestaande praktijk van overdracht van bevoegdheden aan internationale organisaties en hun organen, zoals bijvoorbeeld aan de VN-Veiligheidsraad en het Internationaal Gerechtshof.[52] De mogelijkheid voor het Koninkrijk om diens verbondenheid aan besluiten met het karakter van een verdrag te beïnvloeden is niet aan de orde bij besluiten van internationale organisaties. Ook is, in tegenstelling tot de situatie bij verdragen en besluiten met het karakter van een verdrag,[53] bij de totstandkoming van besluiten van internationale organisaties geen parlementaire instemming vereist wanneer deze besluiten rechtstreeks werken:

> 'Een besluit van zo'n organisatie is geen rechtshandeling van staten; van parlementaire goedkeuring kan dan ook geen sprake zijn.'[54]

Uitzondering zijn de gevallen waar door de staat een voorbehoud is gemaakt bij het oprichtings- of toetredingsverdrag van een internationale organisatie over de voorafgaande parlementaire goedkeuring van besluiten.

De artikelen 90 en 91 Grondwet gaan met name over de relatie tussen regering en Staten-Generaal en het internationale recht. Er zijn nog twee elementen bij de interactie tussen internationaal recht en de nationale rechtsorde, namelijk de voorrang van het internationale recht op nationale wet- en regelgeving en de mogelijkheid om als particulier een beroep te doen op dit internationale recht ten overstaan van de nationale rechter.[55] Deze elementen komen naar voren in de artikelen 93 en 94 van de Nederlandse Grondwet:

> 'Artikel 93: Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.'[56]

> 'Artikel 94: Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.'[57]

52 Van Emmerik 2008, p. 148. Zie ook: *Kamerstukken II* 2004/04, 30 025 (R 1783), 3, p. 17.
53 Uit Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 91 Gw, aant. 2.
54 Herziening Grondwet, advies Raad van State en nader rapport, *Kamerstukken II* 2007/08, 31570, 3, p. 23.
55 Zie ook: Vierdag 1995, p. 116.
56 Artikel 93 Grondwet.
57 Artikel 94 Grondwet.,

Ondanks plaatsing in het vijfde hoofdstuk van de Grondwet, getiteld 'wetgeving en bestuur', zijn de artikelen 93 en 94 gericht tot de rechter.[58] In dit onderzoek ligt een focus op deze twee artikelen, die daarom in paragraaf 3.3 uitgebreider worden besproken.

Tot slot is in deze uiteenzetting van het constitutionele systeem artikel 120 Grondwet van belang, voorheen onderdeel van het huidige artikel 91 Grondwet:

> 'De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.'

Dit artikel is in hoofdstuk 6 van de Grondwet geplaatst, dat als titel 'Rechtspraak' heeft. Uit de grondwetsgeschiedenis blijkt echter dat dit artikel niet alleen geldt voor de rechter, maar ook voor bestuurlijke organen.[59] Elke toetsing, van welke hogere regel dan ook, door de rechter aan de Grondwet is uitgesloten, zo oordeelde de Hoge Raad in het Harmonisatiewet-arrest.[60] Dit betekent dat niet de rechter, maar de wetgever bepaalt of de inhoud van een wet in formele zin met de Grondwet overeenstemt.

Artikel 120 Grondwet verbiedt de rechter materiële en formele toetsing van de wet aan hogere regels en ongeschreven recht,[61] afgezien van uitzonderingen zoals artikel 94 Grondwet.[62] Dit artikel geeft de Nederlandse rechter de opdracht om wettelijke bepalingen buiten toepassing te laten wanneer de toepassing niet verenigbaar is met 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties'.[63] Hoe de rechter vervolgens omgaat met het opvullen van de lacune die het buiten toepassing laten van wettelijke bepalingen met zich brengt en de verhouding tussen taken van wetgever en rechter wordt in de volgende paragraaf uiteengezet.

---

58 Brouwer 1992, p. 269; *Kamerstukken II* 2007/08, 29 861, 19; Besselink & Wessel 2009, p. 48; Vlemminx & Meuwese 2013b (Nederlandrechtsstaat.nl).

59 Bovend'Eert, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 120 Gw, aant. 1 met een verwijzing naar *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, 3, p. 20 (MvT).

60 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469, r.o. 3 (*Harmonisatiewet*).

61 Ook dit volgt uit het Harmonisatiewet-arrest: HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469, r.o. 3.

62 Er bestaat nóg een uitzondering: de toetsing aan het supranationale EU-recht, Bovend'Eert, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 120 Gw, aant. 1.

63 Bax 2000 (Nederlandrechtsstaat.nl); Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 94 Gw, aant. 1.

3.3 Internationale verdragen en besluiten en de voorrang op het nationale recht

Internationale rechtsbronnen zijn op grond van ongeschreven constitutioneel recht van toepassing in de nationale rechtsorde wanneer zij bindend zijn voor het Koninkrijk.[64] Bovendien moet de Nederlandse rechter, wanneer verdragen en besluiten van internationale organisaties 'een ieder verbindende kracht' hebben, deze rechtsbronnen voorrang verlenen boven formeel nationaal recht wanneer de toepassing van dit nationale recht niet met deze rechtsbronnen verenigbaar is.[65] Deze constructie is bij de grondwetswijziging van 1953 opgenomen in de Grondwet, verder uitgewerkt in de Grondwet van 1956 en sinds 1983 opgenomen in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.[66] Vanwege deze constructie wordt het Nederlandse systeem als 'gematigd monistisch' bestempeld. Voor elk van de verschillende elementen van deze artikelen wordt in dit overzicht stilgestaan bij hun betekenis en geschiedenis. Voor de volgorde is zoveel mogelijk de inhoud van de artikelen aangehouden, tussen haakjes staat in welk(e) artikel(en) de besproken terminologie voorkomt. De toepassing van deze artikelen in de praktijk zal worden uiteengezet in Hoofdstuk 4.

a. bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties (93/94)

Aan bepalingen uit twee van de bestaande internationale rechtsbronnen, namelijk verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, wordt via de artikelen 93 en 94 van de Grondwet een bijzondere werking toegekend. Bij de herziening van de Grondwet in 1983 veroorzaakte de aan artikel 93 toegevoegde termen 'bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties'[67] enige verwarring omdat hiermee de status van ándere internationaalrechtelijke bronnen dan verdragen en besluiten in de nationale rechtsorde onduidelijk werd. Alle internationale bronnen zijn immers van toepassing in de nationale rechtsorde. De regering nam deze verwarring weg, door te stellen dat hiermee 'niet bedoeld is dat alleen rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen verbindende kracht hebben'[68] In de artikelen 93 en 94 van de Grondwet is voor wat betreft de rechtstreekse toepassing door de rechter het verschil in voorrang voor 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten' aangebracht om een conflict tussen

64 Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 93 Gw, aant. 1.
65 Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 94 Gw, aant. 1. Brouwer 1992, p. 269-270.
66 Sondaal 1986, p. 114; in de Grondwet van 1953 waren de artikelen 93 en 94 opgenomen als respectievelijk de artikelen 66 en 65, in de versies van 1956 en 1972 als respectievelijk de artikelen 65 en 66.
67 Artikel 93 verving artikel 66 uit de Grondwet van 1956, dat met 'bepalingen van overeenkomsten' een bredere reikwijdte kende.
68 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 049 (R 1100), 7, p. 17.

rechter en wetgever te voorkomen en de verhouding tussen internationaal en nationaal recht en de verhouding rechter en wetgever te reguleren:

> 'Naar ons oordeel is een primaat van volkenrecht boven nationale wettelijke voorschriften alleen wenselijk zoals deze geregeld is in het stelsel krachtens de huidige Grondwet (…), te weten een voorrang uitsluitend van regels neergelegd in in werking getreden verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Ware het anders, dan zouden grondwettelijke bevoegdheden van regering en parlement kunnen worden gefrustreerd.'[69]

De term 'overeenkomsten' uit de Grondwet van 1956 werd bij de Grondwetsherziening in 1983 vervangen door de term 'verdragen'. Volgens de Nederlandse regering was dit wenselijk om aan te sluiten bij de internationale betekenis van het begrip verdrag.[70] Wat precies een 'verdrag' is, moet dan ook aan de hand van het internationale recht worden vastgesteld en sluit aan op de internationaalrechtelijke praktijk:[71]

> 'Onder verdragen worden in de huidige praktijk verstaan alle overeenkomsten welke volgens volkenrechtelijke criteria voor de Staat verbindend zijn, ongeacht de vorm.'[72]

De juiste betekenis van de term 'verdrag' moet dus niet in het nationale, maar in het internationale recht gezocht worden.[73] Voor het toepassen van verdragsbepalingen is niet vereist dat deze zijn goedgekeurd door de Staten-Generaal, maar dat dit verdrag volkenrechtelijk bindend is voor het Koninkrijk.[74] Na bekendmaking zijn alle verdragsbepalingen die een ieder kunnen verbinden rechtstreeks toepasbaar.

Met het 'besluit van een volkenrechtelijke organisatie' wordt in de Grondwet bedoeld:

> 'een Nederland *juridisch bindende* eenzijdige rechtshandeling van een internationale organisatie die beheerst wordt door het volkenrecht.'[75]

De internationale organisatie moet bevoegd zijn tot het nemen van bindende besluiten. Artikel 92 Grondwet vermeldt de wijze waarop een organisatie deze bevoegdheid verkrijgt.[76] Of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie rechtstreeks bindend is voor particulieren, is in eerste instantie afhankelijk van de bevoegdheid die door de Staten-Generaal aan de organisatie is toegekend en te bepalen aan de hand van bewoordingen en

---

69 *Kamerstukken II* 1977/78, 15 049 (R 1100), 4, p. 33.
70 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 049 (R 1100), 7, p. 6.
71 Eerder geciteerd in paragraaf 3.2.1.
72 *Kamerstukken II* 1977/78, 15 049 (R 1100), 3, p. 6. Zie ook: *Kamerstukken II* 1979/80, 15 049 (R 1100), 7, p. 6.
73 Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 91 Gw, aant. 2: 'Een volkenrechtelijk verdrag is een wilsovereenstemming tussen twee of meer volkenrechtssubjecten, die gericht is op het doen ontstaan, wijzigen of tenietgaan van rechten en/of verplichtingen welke beheerst worden door het internationale recht.'
74 Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 93 Gw, aant. 2.
75 Besselink & Wessel 2009, p. 63.
76 Uitgebreid beschreven in paragraaf 3.2.

totstandkomingsgeschiedenis van het oprichtingsverdrag. Zo wordt de verbondenheid aan VN-Veiligheidsraadresoluties door de Hoge Raad teruggeleid naar de bevoegdheden opgenomen in het VN-Handvest:

> 'Ingevolge art. 94 Grondwet vinden binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Resolutie 1737 is gebaseerd op Hoofdstuk VII van het Handvest VN en is daarom bindend voor de Leden van de VN.'[77]

Het onderscheid tussen bindende en niet-bindende besluiten van internationale organisaties[78] neemt niet weg dat de rechter voor de interpretatie en toepassing van internationaal recht regelmatig gebruik maakt van niet-bindende besluiten, aanbevelingen en uitspraken van verdragscomités en deze zo een zekere rechtskracht verleent.[79]

Bij de toepassing van de artikelen 93 en 94 Grondwet wordt geen onderscheid gemaakt tussen besluiten van een supranationale organisatie – door partijen heeft overdracht van wetgevende bevoegdheden plaatsgevonden – of een intergouvernementele organisatie – door partijen kan invloed worden uitgeoefend op besluitvorming:

> 'Of er sprake is van een *verdrag* of een *besluit van een volkenrechtelijke organisatie*, is daardoor niet zozeer een kwestie van wilsovereenstemming maar afhankelijk van de vraag of men handelt in de hoedanigheid van gevolmachtigd vertegenwoordiger van een soevereine staat alleen (dus in orgaanfunctie van de soevereine staat krachtens het algemene volkenrecht) zoals bij verdragsluiting het geval is, of in de hoedanigheid van lid (zetelhouder) van een orgaan van een internationale organisatie onder internationaal publiekrecht, zoals het geval is bij besluiten van volkenrechtelijke organisaties.'[80]

Het interim-rapport van de Staatscommissie tot herziening van de Grondwet uit 1950 spreekt van besluiten van 'internationale organen'.[81] De Grondwetscommissie 1951 meent dat het beter is te spreken van '"organisaties" die op haar beurt "organen" hebben.'[82] De Nederlandse regering volgt de Grondwetscommissie en stelt voor niet te spreken van 'organen', maar van 'het ruimere begrip "organisaties".'[83] De term 'volkenrechtelijke organisaties' omvat dus ook (zelfstandige) organen. Evenals aan internationale organisaties

---

77 HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8351, *NJ* 2013/411, r.o. 3.6.1. Met Resolutie 1737 legde de Veiligheidsraad sancties op tegen Iran naar aanleiding van zijn atoomprogramma.

78 Voor meer hierover: zie Hoofdstuk 2.

79 Hierover meer in de casestudy in Hoofdstuk 5. Zie ook: Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 93 Gw, aant. 2.

80 Besselink & Wessel 2009, p. 65.

81 Interim-rapport van de staatscommissie tot herziening van de Grondwet, ingesteld bij Koninklijk besluit van 17 april 1950, no. 25, Commissie-Van Schaik, staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1951, p. 17-9.

82 indrapport van de commissie nopens de samenwerking tussen regering en Staten-Generaal inzake het buitenlands beleid, 9 juli 1951, Commissie-Eijsinga, p. 24.

83 *Kamerstukken II* 1951/52, 2374, 3, p. 8 (MvT).

kunnen door de staat aan elk internationaal orgaan regelgevende, bestuurlijke en rechtsprekende bevoegdheden worden opgedragen, waaronder de bevoegdheid tot het nemen van besluiten 'die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden'.[84]

b. die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden (93/94)

De term 'verbinden' in de artikelen 93 en 94 Grondwet houdt in dat de bewuste bepalingen rechtskracht hebben.[85] Met de term 'een ieder' – in een eerder voorstel 'de burgers'[86] – worden particulieren bedoeld: private personen inclusief rechtspersonen.[87] Overheid en overheidsorganen vallen hier niet onder. Ook bepalingen die louter aan één persoon of bepaalde groep van personen zijn gericht, vallen onder de noemer 'een ieder'. Bepalingen die 'naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden' zijn dus bepalingen die naar hun inhoud rechtskracht of rechtsgevolg hebben voor particulieren. Volgens de Staatscommissie Grondwet 2010 doelt dit op bepalingen die door de rechter als objectieve norm toepasbaar zijn.[88]

Het onderscheid tussen wel en niet een ieder verbindende bepalingen werd met de Grondwet van 1956 ingevoerd om de rechter bij deze toepassing te ondersteunen als 'aanknopingspunt voor de toetsingsopdracht' waarmee de rechter binnen bepaalde grenzen vrij kon bewegen. Bij de herziening van de Grondwet in 1983 werd opgemerkt:

> 'Het is daarbij zeer wel mogelijk dat er in de nationale jurisprudentie een verschuiving plaatsvindt in de richting van een ruimere betekenis van het begrip "een ieder verbindende bepalingen". Wij achten het juist dat de grondwettelijke formulering hiervoor ruimte laat. Op deze wijze behoeft ook geen breuk te ontstaan met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen aangaande het begrip "rechtstreekse werking". Wel geeft de betreffende grondwetsbepaling een zekere grens aan wat betreft de toetsingsopdracht aan de nationale rechter. Geen toetsingsopdracht aan de rechter wordt gegeven ten aanzien van verdragsbepalingen welke bestemd zijn om alleen de overheid te binden in haar betrekkingen tot andere staten.'[89]

Bij de besprekingen over de grondwetsherziening van 1983, was het de uitdrukkelijke wens van de regering om de woorden 'welke naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden' te handhaven. Benadrukt werd dit waarborgkarakter, dat inhoudt dat:

> 'de strekking van die bepaling niet zozeer [is] een norm te geven, "waaraan getoetst zou kunnen worden, of een verdrag ieder bindt", zoals de memorie van toelichting stelt, doch om vast te stellen, dat verdragsbepalingen, die materieel (naar hun inhoud) algemeen

84 Zie hierover onder andere Fleuren 2004, p. 158-159.
85 Fleuren 2004, p. 224.
86 Fleuren 2004, p. 224.
87 Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 93 Gw, aant. 3.
88 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 134.
89 *Kamerstukken I* 1980/81, 15 049, 19, 3. Zie ook: Besselink & Wessel 2009, p. 40; Brouwer 1992, p. 284-5.

> verbindend kunnen zijn, die kwaliteit ook werkelijk bezitten, wanneer is voldaan aan een aantal voorwaarden met betrekking tot hun bekendmaking.' [90]

Door dit onderscheid wordt de implementatie van niet een ieder verbindende internationale bepalingen een primaire taak van wetgever en uitvoerende macht, terwijl de toepassing van een ieder verbindende bepalingen veeleer een taak van de rechter is.[91] Alhoewel de opvatting van wetgever of regering kan worden meegenomen in het kwalificeren van internationale bepalingen,[92] is deze opvatting niet bindend en behoort het eindoordeel toe aan de rechter.[93] In de discussie over de grondwetswijziging van 1983 verwoordt de minister van Buitenlandse Zaken deze relatie tussen rechter en wetgever als volgt:

> 'De soms onvermijdelijke vaagheid van verdragsbepalingen kan ertoe leiden dat de Regering uitvoeringswetgeving noodzakelijk acht, juist om ongewenst geachte vaagheden in verdragsbepalingen te verduidelijken. Daarbij blijft overeind dat het in ons constitutionele systeem de rechter is die uitmaakt of een verdragsbepaling een rechtstreekse werking heeft.'[94]

Alleen op het internationale niveau, bijvoorbeeld door een interpretatieve verklaring af te leggen bij de ratificatie van een verdrag, kan de regering op deze toepassing inspelen. Is een verdrag of besluit eenmaal in werking getreden en bekendgemaakt, dan is het aan de rechter om in een concreet geval te bepalen of een verdragsbepaling rechtstreeks werkt. Des te sneller de rechter aanneemt dat een bepaling rechtstreeks werkt, des te groter wordt zijn rol ten opzichte van wetgever en uitvoerende macht.[95] Daarnaast geeft deze rol hem de mogelijkheid hieraan naar eigen inzicht invulling te geven en gevolgen te verbinden. Deze bevoegdheidsregel en het uitspraakgebod worden besproken onder *f*.

Bij de wetgever ligt de vraag of een implementatie in nationale wettelijke voorschriften nodig is om aan de internationale bepaling het benodigde effect te kunnen geven:

> 'De vaststelling van wettelijke voorschriften kan noodzakelijk zijn omdat de bepaling de verdragsstaten met zoveel woorden opdraagt een nader aangeduide regeling in hun wetgeving op te nemen of omdat de bepaling zo globaal is geformuleerd dat zij in de nationale rechtsorde (gelet op constitutionele principes als machtenscheiding, rechtszekerheid en legaliteitsbeginsel) zonder de vaststelling van wettelijke voorschriften in het geheel niet kan worden verwezenlijkt.'[96]

---

90 *Kamerstukken II* 1977/78, 15 049 (R 1100), 4, p. 17-18. Zie ook: *Kamerstukken II* 1977/78, 15 049 (R 1100), 3, p. 11; *Kamerstukken II* 1978/79, 15 049 (R 1100), 7, p. 17.

91 Besselink & Wessel 2009, p. 50.

92 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2012, p. 173.

93 *Kamerstukken II* 2007/08, 15 049, 19, p. 3; Fleuren 2004, p. 68, 143; Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 93 Gw, aant. 4.

94 *Handelingen II* 1979/80, p. 4441.

95 Besselink & Wessel 2009, p. 51.

96 Fleuren, in: T&C Grondwet 2015, art. 93 Gw, aant. 4.

De term 'naar haar inhoud' lijkt beperkter dan in werkelijkheid blijkt.[97] Onder andere de tekst of totstandkomingsgeschiedenis van het verdrag kunnen volgens het Weens Verdragenverdrag worden gebruikt als leidraad bij het bepalen van de inhoud van een verdragsbepaling.[98]

Wanneer verdragspartijen hierover geen uitspraak hebben gedaan, is volgens de regering de aard van de bepaling doorslaggevend.[99] Hiervoor kunnen de volgende criteria worden gehanteerd:

> 'Of een bepaling van een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie geldt als een ieder verbindend wordt (dus) in laatste instantie bepaald door de rechter. Een rechter zal dan moeten nagaan of een dergelijke bepaling kan worden tegengeworpen aan of worden ingeroepen door een justitiabele. Dit hangt af van de inhoud van de bepaling, in het bijzonder van de vraag of de bepaling (a) plichten oplegt, of rechten toekent aan justitiabelen alsmede (b) onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door een rechter te worden toegepast. Bepalingen die bij hun uitvoering beleidsvrijheid laten aan staten, zijn derhalve niet een ieder verbindend'[100]

Aangenomen mag worden dat de rechter hierbij

> 'in aanmerking neemt wat het verdrag bepaalt ten aanzien van de vraag op welke wijze de verdragsluitende partijen aan het verdrag gevolg zullen geven.'[101]

Ondanks deze criteria was er in de Nederlandse rechtspraktijk lange tijd geen consistente benadering voor het vaststellen van de 'een ieder verbindendheid' van bepalingen van verdragen en besluiten.[102] Fleuren onderscheidt hiervoor twee mogelijke benaderingen, namelijk de contextuele en de dichotome benadering. Wanneer de omstandigheden van het geval bepalend zijn voor de een ieder verbindendheid is sprake van een contextuele benadering en wanneer de een ieder verbindendheid inherent wordt geacht aan de bepaling zelf is sprake van een dichotome benadering.[103] Volgens hem heeft het gebruik van de dichotome benadering de voorkeur gezien de formulering van artikel 93 Grondwet die twee categorieën hanteert: bepalingen die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden en bepalingen die dit niet doen.[104]

---

97 Fleuren 2004, p. 230-1.

98 Zie ook: Sondaal 1986, p. 115.

99 De regering wordt op dit punt geciteerd in: HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, *NJ* 1986/688, r.o. 3.2 (*Spoorwegstaking*).

100 *Kamerstukken II* 2007/08, 29 861, 19, p. 4.

101 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 049 (R 1100), 7, p. 18.

102 Hierover meer in Hoofdstuk 4. Voor de verschillende benaderingen, zie: Sondaal 1986, p. 115-116; Vlemminx & Meuwese 2013b (Nederlandrechtsstaat.nl). Wel duidelijk was dat formele bepalingen die onder andere gaan over inwerkingtreding en beëindiging van een verdrag per definitie níet behoren tot de 'een ieder verbindende bepalingen van het verdrag', Fleuren, in: T&C Grondwet 2015, art. 93 Gw, aant. 4.

103 Fleuren 2004, p. 68-69, 240 e.v., 362 e.v.

104 Fleuren 2004, p. 68.

In plaats van de term 'een ieder verbindend' komen de termen 'rechtstreeks werkend' en 'self-executing' regelmatig voor in de Nederlandse (rechts)praktijk.[105] Dit laatste, uit de Verenigde Staten overgewaaide begrip is synoniem voor 'rechtstreeks werkend', waarmee de bepalingen worden bedoeld die een ieder kunnen verbinden.[106] Om de betekenis van de artikelen 93 en 94 Grondwet te verduidelijken stelt de staatscommissie Grondwet voor om in plaats van 'ieder verbindend' de term 'rechtstreeks werkend' te verstaan en te gebruiken. Volgens de staatscommissie is een aanpassing met name gewenst omdat de huidige taalkundige betekenis niet overeenkomt met de juridische betekenis:

> 'In veel gevallen creëert de betreffende verdragsbepaling aanspraken of rechten voor de burger, en geen verplichtingen. Bovendien bedoelt het begrip 'een ieder verbindend' verdragsbepalingen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties gericht op één of enkele personen niet uit te sluiten, maar dat is taalkundig wel het geval. Ook loopt de betekenis van het begrip 'een ieder verbindende bepaling' in de praktijk parallel aan de betekenis van het begrip 'rechtstreekse werking' in het Europees recht en in het recht van andere Europese landen. Tot slot bezigt de rechtspraak tegenwoordig de termen 'een ieder verbindend' en 'rechtstreeks werkend' als synoniemen.'[107]

Het criterium van de rechtstreekse werking komt in beide Grondwetsartikelen voor met variaties op de term 'een ieder verbindend'.[108] Onder *f* wordt uitgelegd dat deze term in artikel 94 Grondwet duidelijk maakt dat de rechter niet de vrije hand heeft in het buiten toepassing stellen van nationaal recht, maar enigszins terughoudend moet optreden.[109]

c. hebben verbindende kracht (93)

Het rechtsgevolg van de vaststelling dat een internationaalrechtelijke bepaling rechtstreeks werkt, is dat deze bepaling rechten en/of plichten met zich brengt voor particulieren.[110] Hierin zijn drie categorieën rechtsverhoudingen te onderscheiden, te weten een particulier jegens de overheid, de overheid jegens een particulier of de ene particulier jegens de andere particulier.[111] In de casestudies zullen deze verschillende categorieën aan de orde komen.

105 En dit zijn nog de meest gebruikte termen. Ook gebruikt worden onder andere: 'zelfwerkende', direct bindende' en 'direct toepasselijke' bepalingen. Zie voor een uitgebreide opsomming: De Rouw 1975, p. 79.

106 Fleuren 2004, p. 45-61. Zie deze pagina's voor een uitgebreide beschrijving van het ontstaan en de betekenis van het begrip 'self-executing'.

107 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 131.

108 Hierna zal steeds worden gesproken van 'rechtstreeks werkend' wanneer het 'een ieder verbindend' betreft.

109 Vlemminx & Meuwese 2013b (Nederlandrechtsstaat.nl).

110 Fleuren 2004, p. 229.

111 Fleuren 2004, p. 321 e.v.

Bij de grondwetsherziening van 1983 is het woord 'deze' in de eerdere zin 'hebben deze verbindende kracht' uit taalkundige overwegingen geschrapt.[112] Met de zinsnede 'hebben verbindende kracht' wordt de rechtstreekse werking van de aan de orde zijnde internationaalrechtelijke bepalingen bedoeld. Volgens de Nederlandse regering en de Raad van State was het van belang dat de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen jegens particulieren in de Grondwet zou worden verankerd. Dit is immers

> 'een belangrijk beginsel van Nederlands constitutioneel recht dat in verschillende andere landen niet wordt aanvaard.'[113]

Hiermee wordt tegelijk erkend dat particulieren volkenrechtelijke rechtssubjecten zijn: een volkenrechtelijke handeling kan particulieren binden. Een internationaalrechtelijke bepaling kan, afhankelijk van de inhoud, door de burger aan de overheid of aan een andere burger worden tegengeworpen.

d. nadat zij zijn bekendgemaakt (93)

Alhoewel de bekendmaking een voorwaarde is voor de rechtstreekse werking van internationale bepalingen, staat bekendmaking los van de internationaalrechtelijke werking van een verdrag of besluit. Bekendmaking breidt deze werking slechts uit tot rechtstreekse werking van de rechten en plichten uit een verdrag of besluit voor particulieren in Nederland.[114] De functie van deze bekendmaking is dan ook de rechtszekerheid voor particulieren.[115] Dit is bij het ontwerp van de Grondwet in 1983 ook benadrukt door de Nederlandse regering:

> '[V]erdragsbepalingen die materieel (naar haar inhoud) algemeen verbindend kunnen zijn, [bezitten] die verbindendheid ook werkelijk, wanneer is voldaan aan de voorwaarden van bekendmaking. (…) Deze bepaling (…) houdt voor de burgers de waarborg in, dat de een ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten hen eerst daadwerkelijk verbinden nadat deze bepalingen zijn bekendgemaakt op door de wet voorgeschreven wijze.'[116]

De 'door de wet voorgeschreven wijze' is vervat in de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.[117] Deze wet regelt de manier waarop verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties worden

---

112 *Kamerstukken II* 1977/78, 15 049 (R 1100), 3, p. 10. De verwarring die bij de grondwetsherziening van 1983 mede door het ontbreken van 'deze' ontstond over de betekenis van artikel 93 voor de doorwerking van internationaal recht is onder 3.3.2 sub *a* uiteengezet.

113 *Kamerstukken II* 1977/78, 15 049 (R 1100), 4, p. 18, 21.

114 Overigens kunnen de internationaalrechtelijke bepalingen ook met terugwerkende kracht verbindend zijn, indien verdragspartijen aan deze bepalingen terugwerkende kracht toekennen: Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 93 Gw, aant. 5.

115 Brouwer 1992, p. 263. Zie ook: Sondaal 1986, p. 115; Vlemminx & Meuwese 2013a (Nederlandrechtsstaat.nl).

116 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 049 (R 1100), 7, p. 17. Zie ook: Sondaal 1986, p. 114.

117 Rijkswet van 7 juli 1994, *Stb*. 542, houdende regeling betreffende de goedkeuring en bekendmaking van verdragen en de bekendmaking van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, laatstelijk gewijzigd 7 juli 2010, *Stb*. 329.

bekendgemaakt. Naast algemene bekendmaking door publicatie in het Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden,[118] kan worden voldaan aan het vereiste van 'bekendmaking' wanneer een verdrag of besluit door de Minister van Buitenlandse Zaken ter kennisgeving is voorgelegd aan de direct betrokkenen.[119] Deze uitzondering bestaat bijvoorbeeld in het geval van geheime of vertrouwelijke besluiten of verdragen waarvan 'wijdere publikatie bezwaarlijk kan zijn'.[120] Wanneer deze besluiten of verdragen zich richten tot een identificeerbare groep van personen kunnen ze na bekendmaking aan die groep wel rechtstreekse werking hebben.[121] Tot slot kan een in het Tractatenblad gepubliceerd verdrag in een andere wijze van bekendmaking voorzien.[122] Voorbeeld zijn verordeningen, richtlijnen en beschikkingen van de Europese Unie die worden bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie.[123]

Hoewel de rechter bepaalt of een verdrag of besluit rechtstreeks werkt, heeft de wetgever een extra troef in handen. Verdragen en besluiten die niet worden bekendgemaakt, kunnen volgens artikel 93 Grondwet niet rechtstreeks werken. Wanneer de regering besluit een bepaald verdrag of besluit niet bekend te maken omdat deze naar haar mening niet rechtstreeks werkt is, heeft zij daarin het laatste woord. Zonder bekendmaking kan de rechter deze bepalingen immers niet rechtstreeks toepassen.

Indirect kan een niet bekendgemaakte en daarmee niet rechtstreeks werkende internationale bepaling alsnog gevolg hebben voor particulieren, bijvoorbeeld wanneer een gemeente niet bekend gemaakte internationaalrechtelijke verplichtingen in een algemeen plaatselijke verordening opneemt.[124] Aan deze nationale interpretatie van het niet rechtstreeks werkend internationaal recht zijn particulieren dan gebonden behoudens strijd met hoger Nederlands recht.

e. binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften (94)

Werkt een bepaling van een verdrag of besluit rechtstreeks, dan kan het gevolg zijn dat nationale wetgeving wordt gepasseerd door deze internationale regel. Hierbij is niet relevant of het wettelijk voorschrift ouder of jonger is dan de internationale bepaling. Aan de rechter komt deze beoordeling toe.

In het Nyugat-arrest uit 1959 heeft de Hoge Raad bepaald dat de rechter het óngeschreven volkenrecht geen voorrang heeft boven nationale wettelijke voorschriften op grond van artikel 94 Grondwet:

118 Artikel 16 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.
119 Artikel 20(1) Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.
120 *Kamerstukken II* 1978/79, 15 049 (R 1100), 7, p. 13; Sondaal 1986, p. 213-214.
121 Sondaal 1986, p. 214.
122 Artikel 20(2) Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen..
123 Artikel 279 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.
124 Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 27 juni 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AA7335.

> 'dat toch blijkens de geschiedenis van art. 66 (nieuw) [het huidig artikel 94 Grondwet, BAKS] met dit artikel bepaaldelijk bedoeld is den strijd te beslechten over de vraag, in hoeverre de Nederlandse rechter het Nederlands recht op strijd met het internationale recht mag toetsen, en deze toetsing uitdrukkelijk heeft willen beperken tot de gevallen van de in dat artikel vermelde zelfwerkende bepalingen van overeenkomsten.'[125]

De in artikel 94 Grondwet neergelegde toets van nationale wetgeving door de Nederlandse rechter geldt alleen de een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van internationale organisaties. Bij de grondwetsherziening van 1983 is dit punt nog aan de orde geweest maar heeft niet tot aanpassing van de toetsingsopdracht geleid.[126]

Tot de 'geldende wettelijke voorschriften' behoren wettelijke regelingen van nationale origine, ongeacht of deze voor het hele Koninkrijk of bijvoorbeeld slechts voor een gemeente gelden.[127] Hieronder vallen ook de Grondwet en het Statuut voor het Koninkrijk. De rechter mag dus volgens artikel 120 van de Grondwet op nationaalrechtelijke gronden geen formele wetgeving buiten toepassing laten, maar op grond van artikel 94 Grondwet moet dit in verhouding tot rechtstreeks werkend internationaal recht wel. Dit buiten toepassing laten kan privaatrechtelijke rechtsgevolgen met zich brengen, zoals het op grond van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek vaststellen van een onrechtmatige daad die is begaan door de overheid.[128] Dit wordt verder besproken onder *f*.

Naast de toets van wettelijke voorschriften aan verdragen, kan de Nederlandse rechter verdragen toetsen aan ongeschreven gewoonterecht, met name dwingend gewoonterecht.[129] Daarnaast wordt internationaal gewoonterecht door de rechter uitgelegd en toegepast, zoals op het gebied van de staatsimmuniteit.[130] Lagere regels dan de formele wet kunnen volgens de Hoge Raad door de rechter worden getoetst aan het ongeschreven recht en de algemene rechtsbeginselen.[131] Volgens een meerderheid van de Staatscommissie Grondwet volgt uit deze ontwikkelingen en uit de openheid van het Nederlandse recht ten opzichte van het internationale recht in het algemeen dat lagere regels dan de formele wet ook aan internationaal gewoonterecht getoetst moeten kunnen worden; zij stelt hiertoe aanpassing van de toetsing op grond van artikel 94 Grondwet voor.[132] De toetsing van deze lagere regels aan dwingende internationale gewoonterechtelijke bepalingen – het *ius cogens* – wordt in elk geval aanbevolen.

---

125 HR 6 maart 1959, *NJ* 1962/2 (*Nyugat II*)
126 *Kamerstukken II* 1977/78, 15 049 (R 1100), nrs. 1-4, p. 12-14. Zie ook de uiteenzetting in paragraaf 3.2.
127 Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 94 Gw, aant. 1.
128 Hof Den Haag 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3791, r.o. 3.4, *JB* 2013/13, m.nt. R.J.B. Schutgens.
129 HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1679, *NJ* 1991/248, r.o. 3.4.
130 Hierover uitgebreid in Hoofdstuk 7.
131 HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, *NJ* 1987/251, r.o. 6.1 (*Landbouwvliegers*); Rapport Staatscommissie Grondwet, 2010, p. 133.
132 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 133.

f. vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met (94)
Artikel 94 Grondwet bevat zowel een bevoegdheidsregel als een uitspraakgebod:[133] de rechter toetst of nationaal recht verenigbaar is met 'een ieder verbindende bepalingen' en moet aan de onverenigbaarheid de consequentie verbinden dat dit nationale recht geen toepassing vindt.[134] Dit uitspraakgebod is na de rechtstreekse toepassing van internationale bepalingen het tweede rechtsgevolg van de vaststelling dat een bepaling rechtstreeks werkt. Het maakt hierbij niet uit of het om een strafrechtelijke, bestuursrechtelijke of civiele zaak gaat.[135]

Op grond van artikel 94 Grondwet heeft rechtstreeks werkend internationaal recht voorrang boven de Grondwet, het Statuut, wetgeving in formele zin en lagere wetgeving. De machtenscheidingskwestie tussen wetgever en rechter die in 1848 met de opname van artikel 120 in de Grondwet leek te zijn beslecht, wordt door artikel 94 Grondwet weer actueel.[136] Alhoewel de regering haar standpunt kan geven over de rechtstreekse werking van internationale verdragen en besluiten, is het aan de rechter om te bepalen of een bepaling rechtstreeks kan werken en wat in dit geval het gevolg voor nationale wetgeving is.[137]

Om te bepalen of een toepassing van nationale wetgeving onverenigbaar is met 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen of van besluiten van internationale organisaties', kan de rechter een concrete toetsing hanteren waarbij in het concrete geval wordt bekeken of de toepassing van nationale regels verenigbaar is met het internationale recht – is dit niet het geval, dan is het desbetreffende voorschrift dus niet in zijn geheel of te allen tijde onverbindend, maar wordt enkel in het specifieke geval ten gunste van de internationale bepaling niet toegepast. Dit neemt niet weg dat het eenmaal buiten toepassing laten van de nationale regel impliceert dat dit oordeel ook in toekomstige gelijkluidende gevallen zal worden gegeven. De rechter kan ook de abstracte toetsing hanteren waarbij wordt bezien of de inhoud van het nationale wettelijk voorschrift als zodanig in overeenstemming is met de internationale bepaling.[138] Is dit niet het geval, dan verklaart de rechter het nationale wettelijk voorschrift onverbindend wegens strijd met een hogere norm. Op de vraag bij de voorbereiding van de grondwetswijziging van 1983 of met de tekst van artikel 94 Grondwet zowel een abstracte toetsing van de nationale wetsregel als toetsing van de concrete uitwerking op de rechtzoekende kan worden beoogd, antwoordt de regering dat beide het geval is:

133 Vlemminx & Meuwese 2013b (Nederlandrechtsstaat.nl).
134 De Wit 2012, p. 300.
135 Fleuren 2004, p. 323.
136 Vlemminx & Meuwese 2013b (Nederlandrechtsstaat.nl).
137 Hierop zou de mogelijke wijziging van artikel 3 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen enige invloed kunnen hebben, maar de mate waarin is nog niet bekend.
138 Besselink & Wessel 2009, p. 51.

> '[W]ij zijn van oordeel dat juist de gebruikte formulering duidelijk laat uitkomen dat de grondwetgever niet slechts de nationale wetsregel zelf, maar evenzeer de uitwerking ervan op de rechtzoekende getoetst wil zien bij de beoordeling van de vraag of de nationale bepaling moet wijken voor de bepalingen van het internationale recht.'[139]

Het gebeurt echter niet vaak dat een rechter een nationaal wettelijk voorschrift buiten toepassing laat of onverbindend verklaard wegens strijd met een internationale bepaling.[140] De Staatscommissie Grondwet vindt hiervoor een verklaring in de overeenstemming tussen verdragen en geldende voorschriften die al bij het tot stand komen van de verdragen wordt gezocht en het feit dat veel internationale bepalingen niet rechtstreeks werken.[141] Ook gaat de rechter er van uit dat de wetgever de internationale verplichting zo goed als mogelijk heeft willen nakomen en probeert hij internationaal en nationaal recht bij elkaar te brengen in plaats van laatstgenoemde buiten werking te stellen.[142] Daarnaast zal een rechter zoveel mogelijk proberen nationale wetten uit te leggen in het licht van het internationale recht, om daarmee een botsing en buitenwerkingstelling te voorkomen.[143] Dit is in lijn met de uit het *pacta sunt servanda* van artikel 26 WVV af te leiden verwachting dat de staat aan zijn internationaalrechtelijke verplichtingen wil voldoen. Tot slot kan de rechter vooruitlopen op de beoordeling van de toepassing van een verdrag door een daartoe aangestelde internationale toezichthouder. Dit doet hij ten eerste door nationale wetgeving in lijn met internationale verplichtingen uit te leggen en ten tweede door het oordeel 'niet in overeenstemming met' te vermijden omdat dit de internationale toezichthouder aanleiding kan geven de zaak nader te onderzoeken en daarmee de nationale wetgever buitenspel wordt gezet.

Wanneer de rechter wél oordeelt dat het nationale recht buiten toepassing gelaten moet worden, ontstaat er veelal een lacune in de nationale wetgeving die moet worden ingevuld. In het ideale geval past de internationale bepaling naadloos in het nationale stelsel en leidt de toepassing tot een bevredigend resultaat. Vaker echter voldoet deze niet en heeft de rechter de keuze uit drie mogelijke oplossingen. De rechter kan met een volkenrechtsconforme uitleg het wettelijk voorschrift aanpassen, hij kan door zelfstandige rechtsvorming voorzien in de ontstane lacune, of hij laat de rechtsvorming over aan de wetgever omdat hij zichzelf daartoe niet bevoegd acht.[144] Deze laatste oplossing wordt enkel gevolgd wanneer 'rechtspolitieke overwegingen ontleend aan de machtenscheiding de rechter van rechtsvorming weerhouden'.[145] Deze overwegingen zijn van tweeërlei aard: er zijn verschillende alternatieven terwijl de keuze niet vanzelfsprekend of zonder

139 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 049 (R 1100), nr. 7, p. 19.
140 Besselink & Wessel 2009, p. 52.
141 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 126.
142 Fleuren 2010.
143 Fleuren & De Wit 2012.
144 Besselink 2007, p. 73.
145 Besselink 2007, p. 73; Fleuren 2004, p. 65, 349-351.

controverse is, óf de wetgever is bezig met wetgeving die een einde aan de strijdigheid maakt, waardoor rechterlijke interventie deze werkzaamheden zou doorkruisen.[146] Dit is verschillende malen in de jurisprudentie aan de orde geweest,[147] onder andere in het Arbeidskostenforfait-arrest.[148] Het Gerechtshof Leeuwarden stelt na constatering van strijdigheid tussen nationaal belastingrecht en het rechtstreeks werkende beginsel van gelijke behandeling uit artikel 26 van het Internationaal Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten een bedrag vast waarop belanghebbende volgens hem recht heeft. Een enkel buiten werking stellen van de nationale bepaling had volgens het Hof niet tot een bevredigende oplossing voor belanghebbende geleid. In cassatie overweegt de Hoge Raad:

> 'Dat doet de vraag rijzen of de rechter de effectieve rechtsbescherming kan bieden door op andere wijze in het door de regeling veroorzaakte rechtstekort te voorzien dan wel of hij zulks *vooralsnog* [cursivering: BAKS] aan de wetgever dient over te laten. In zodanige situaties dienen, met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, twee belangen tegen elkaar afgewogen te worden. Voor het zelf in het rechtstekort voorzien pleit dat de rechter daardoor aan de belanghebbende direct een effectieve bescherming kan bieden, maar ertegen pleit dat in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past.'[149]

Artikel 94 voorziet blijkbaar niet alleen in de bevoegdheid tot het buiten toepassing laten van strijdige nationale wetgeving, maar ook in het bieden van een effectieve rechtsbescherming aan de belanghebbende door de rechter. Het vervullen van deze taak moet worden afgewogen tegen de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen. Dit suggereert een afweging in het concrete geval. De Hoge Raad gaat hierop verder in:

> 'Deze afweging zal in het algemeen ertoe leiden dat de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze *vooralsnog* [cursivering: BAKS] aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de in 3.14 bedoelde staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied. Niet uitgesloten is echter dat de afweging anders moet uitvallen ingeval de wetgever ermee bekend is dat een bepaalde wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling in de zin van voormelde verdragsbepalingen leidt, maar nalaat zelf een regeling te treffen die de discriminatie opheft.'[150]

146 Besselink 2007, p. 73.
147 Voor een uitgebreide opsomming en korte behandeling van deze arresten, zie Fleuren 2004, p. 351-362.
148 HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, *NJ* 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*).
149 HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, *NJ* 2000/170, r.o. 3.14, (*Arbeidskostenforfait*).
150 HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, *NJ* 2000/170, r.o. 3.15 (*Arbeidskostenforfait*).

De Hoge Raad overweegt dat wanneer de rechter beschikt over voldoende aanknopingspunten in de wet om de wil van de wetgever te achterhalen, zoals de beginselen en overwegingen die hebben geleid tot het bestaande overheidsbeleid, hij op grond daarvan een oplossing voor het voorliggende geval kan bieden. Wanneer verschillende oplossingen mogelijk zijn, dient de rechter de te maken keuze bij voorkeur over te laten aan de wetgever.

Op deze algemene regel bestaan volgens de Hoge Raad twee uitzonderingen. De eerste is het geval waarin de wetgever bekend is met de strijdigheid maar nalaat om een regeling te treffen om deze strijdigheid op te heffen. In een dergelijk geval is het niet uitgesloten dat de afweging voor de te maken keuze anders moet uitvallen.[151] De tweede uitzondering is te lezen in het woord 'vooralsnog', dat in beide geciteerde rechtsoverwegingen voorkomt. Het is de taak van de wetgever om in het 'door de regeling veroorzaakte rechtstekort te voorzien'. De Hoge Raad suggereert met het woord 'vooralsnog' dat er een termijn bestaat voor het door de wetgever vaststellen van deze voorziening. In beide rechtsoverwegingen acht hij zichzelf aanstonds – wanneer de wetgever bekend is met de strijdigheid maar nalaat deze op te heffen – of na het verlopen van een bepaalde termijn bevoegd om te voorzien in een oplossing voor een ontstane strijdigheid tussen het internationale en het nationale recht, maar kan het opportuun zijn om de actie van de wetgever af te wachten.[152] Om zijn woorden kracht bij te zetten voegt de Hoge Raad aan het eind van zijn oordeel nog toe:

> 'Gewezen zij echter op de in 3.15 bedoelde mogelijkheid dat de afweging terzake in de toekomst anders moet uitvallen. De Hoge Raad gaat ervan uit dat de regering met de nodige spoed een wetsontwerp zal indienen dat recht doet aan de op de Nederlandse Staat rustende verdragsverplichtingen op dit punt.'[153]

Met deze 'ongemeen expliciete dreiging met rechtsvorming als een soort sanctie op een welbewust niet voldoen aan een conformeringsplicht door de wetgever'[154] lijkt de Hoge Raad zich te gedragen als een beschermer van de particulieren wanneer hij de huidige invulling van nationale wetgeving door de wetgever niet conform het internationale recht acht.[155]

Wanneer de rechter tot het oordeel komt dat nationale wetgeving buiten toepassing moet blijven vanwege onverenigbaarheid met het internationale recht, kan dit leiden tot de vaststelling van onrechtmatig handelen van de staat. Dit wordt door de Hoge Raad overwogen in een recent arrest over de niet-tijdige implementatie van een EU-richtlijn waarin de onrechtmatigheid

---

151 Fleuren, in: *T&C Grondwet 2015*, art. 94 Gw, aant. 4.

152 Zie ook: Fleuren 2004, p. 360-361.

153 HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, *NJ* 2000/170, r.o. 3.18 (*Arbeidskostenforfait*).

154 Boogaard 2013, p. 110.

155 Dit zogenoemde wetgevingsbevel heeft een plaats in de discussie over de rechtsvormende bevoegdheid van de rechter en de machtenscheiding – de staatsrechtelijke verdeling van bevoegdheden en taken tussen wetgevende macht, uitvoerende macht en rechtsprekende macht. Op deze discussie ga ik omwille van de omvang niet verder in.

van gedragingen van de Nederlandse staat wordt vastgesteld. Omdat de eiser tot cassatie zich onder andere beroept op de artikelen 93 en 94 Grondwet, gaat de Hoge Raad op deze artikelen en de relatie tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad nader in:

> 'Is wetgeving in formele zin in strijd met zulke bepalingen [van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale volkenrechtelijke organisaties], dan heeft dat niet alleen tot gevolg dat de desbetreffende wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar ook dat het uitvaardigen en handhaven van die wetgeving onrechtmatig is en daarom op grond van art. 6:162 BW de Staat verplicht tot betaling van schadevergoeding, mits aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is voldaan. Dat in dat geval aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bestaat, strookt met de aan de art. 93 en 94 Grondwet ten grondslag liggende gedachte dat de daar genoemde bepalingen zoveel mogelijk in de nationale rechtsorde tot gelding moeten komen, zonder dat de wetgever daarin afzonderlijk behoeft te voorzien. Daarmee wordt verzekerd dat de rechtstoepassing in Nederland in overeenstemming is met die bepalingen, tot welk resultaat de Staat zich heeft verplicht door zich te binden aan de in deze artikelen genoemde verdragen en besluiten. (…) [Het hiervoor overwogene geldt] ook bij strijd met rechtstreeks werkend Unierecht'[156]

Het doel van de artikelen 93 en 94 Grondwet is om internationale afspraken zonder tussenkomst van de wetgever in het nationale recht tot gelding te laten komen. De staat heeft de vrijheid zich te verbinden aan internationale verplichtingen. Wanneer hij zich vervolgens niet aan deze verplichtingen houdt en 'een ieder' benadeelt, komt deze benadeling voor zijn rekening.[157]

3.4 Conclusie

Internationale rechtsbronnen zijn op grond van ongeschreven constitutioneel recht van toepassing in de nationale rechtsorde wanneer zij bindend zijn voor het Koninkrijk der Nederlanden. De implementatie van internationale bepalingen is een primaire taak van de wetgever, terwijl de toepassing van 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van internationale organisaties' veeleer een taak van de rechter is. De wetgever beoordeelt of nationale wetgeving in overeenstemming is met een verdrag of besluit, dan wel of nationale wetgeving moet worden aangenomen of gewijzigd ter uitvoering hiervan. Nationale wetgeving mag de uitvoering van internationaal recht immers niet belemmeren. Wanneer verdragen en besluiten van internationale organisaties 'een ieder verbindende kracht' hebben, moet de Nederlandse rechter volgens de artikelen 93 en 94 Grondwet deze rechtsbronnen voorrang verlenen boven nationale algemeen verbindende voorschriften. Vanwege deze constructie wordt het Nederlandse systeem als 'gematigd monistisch' bestempeld.

156 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, r.o. 3.4.2-3.4.3.
157 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, r.o. 3.4.2.

In de artikelen 93 en 94 Grondwet zijn verschillende bevoegdheden en gevolgen neergelegd. De rechter heeft de opdracht om vast te stellen dat internationale bepalingen rechtstreeks werken, als gevolg waarvan particulieren een beroep kunnen doen op de in deze internationale bepalingen neergelegde rechten en plichten. Een andere bevoegdheid is het toetsen van de verenigbaarheid van het nationale recht met deze 'een ieder verbindende bepalingen'. Komt de rechter tot het oordeel dat het nationale recht en deze bepalingen niet verenigbaar zijn, dan moet hij hieraan de consequentie verbinden dat het nationale recht geen toepassing vindt.

Het komt niet vaak voor dat een rechter op deze manier nationaal recht buiten toepassing laat; hij gaat er van uit dat de staat zijn internationale verplichting heeft willen nakomen of probeert het nationale recht uit te leggen in het licht van het internationale recht. Wanneer de rechter nationaal recht wél buiten toepassing laat, kan dit leiden tot een lacune in de nationale wetgeving met betrekking tot de voorliggende casus. De invulling van die lacune moet worden afgewogen tegen de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen tussen rechter en wetgever. Hierop bestaan twee uit zonderingen: wanneer de wetgever bekend is met de strijdigheid maar nalaat deze strijdigheid op te heffen en wanneer er een termijn is verstreken waarin de wetgever een voorziening had kunnen treffen. In beide gevallen kan de rechter zichzelf bevoegd achten om te voorzien in een oplossing voor de ontstane strijdigheid tussen het internationale en het nationale recht.

De artikelen 93 en 94 Grondwet beogen niet alleen de uit internationale afspraken voortvloeiende rechten voor 'een ieder' te laten gelden in het nationale recht zonder tussenkomst van de wetgever, maar voorzien ook in een effectieve rechtsbescherming. Wanneer de rechter tot het oordeel komt dat gedragingen van de staat niet conform het internationale recht zijn, kan dit leiden tot de vaststelling van een onrechtmatige daad begaan door de Nederlandse staat. De staat heeft in beginsel de vrijheid zich te binden aan internationale verplichtingen maar moet zich vervolgens wel aan deze vrijwillig aangegane verplichtingen houden, ook in de nationale context.

Deel II

Casestudies

4 Interpretatie en toepassing van verdragen de criteria en alternatieven voor rechtstreekse werking

4.1 Inleiding

Op 11 maart 1979 treedt het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) in werking voor Nederland. In datzelfde jaar wordt in Valkenburg een bezwaarschrift ingediend tegen een eerder besluit op grond van de plaatselijke Woonruimteverordening die vrouwelijke inwoners niet de mogelijkheid biedt zich voor een woning in te schrijven. Tegen het besluit dat dit bezwaarschrift ongegrond is wordt door de verzoekster beroep ingesteld bij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State (ARRvS).[1] Anticiperend op de uitwerking van het Verdrag voert de ARRvS artikel 11 IVESCR – het recht op een adequate levensstandaard – aan in haar overwegingen en geeft het oordeel dat de plaatselijke verordening met onder andere dit artikel in strijd is.

Het gemak waarmee de Nederlandse rechter een artikel uit het IVESCR toepast zal echter geen gewoonte blijken. Amper een jaar later oordeelt de Hoge Raad dat hetzelfde verdrag geen subjectieve rechten bevat waarop particulieren een beroep kunnen doen maar slechts de overheid verplicht om deze rechten door middel van wetgeving en beleidsmaatregelen te realiseren.[2] Na inwerkingtreding van de herziene Grondwet in 1983 onderbouwt de Hoge Raad deze overweging door het benoemen van de relevante wetgeving.[3] Bepalingen uit het IVESCR zijn volgens hem

> 'geen een ieder verbindende bepaling (…) in de zin van artikel 94 Grondwet waarop de burgers rechtstreeks een beroep kunnen doen voor de nationale rechter.'[4]

Het oordeel dat de artikelen uit het IVESCR niet rechtstreeks werken blijft in de Nederlandse rechtspraak de boventoon voeren.

---

1 ARRvS (vz.) 10 mei 1979, ECLI:NL:RVS:1979:AM4636.

2 HR (strafkamer) 15 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC3950, *NJ* 1980/266.

3 Artikel 66 van de Grondwet van 1956 luidt: 'De overeenkomsten verbinden een ieder voor zover zij zijn bekend gemaakt'. In het tweede Nyugat-arrest (HR 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2) bepaalt de Hoge Raad dat dit artikel betekent dat de rechter het Nederlands recht onder andere niet mag toetsen aan niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Dit stond model voor de artikelen 93 en 94 van de Grondwet van 1983. De rechtsregel bestond dus al vòòr opname in de Grondwet. Zie ook: Fleuren 2004, p. 27-31.

4 HR (strafkamer) 6 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB9594, *NJ* 1984/557.

Dit hoofdstuk gaat over het verdrag als bron van internationaal recht en de Nederlandse kwalificatie van 'niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen', oftewel de rechtstreekse werking. Uitgangspunt is de vraag hoe de nationale rechter vaststelt welke bepaling rechtstreeks werkt en welke niet. Vervolgens wordt aan de hand van de nationale rechtspraak gekeken naar de methoden die de rechter gebruikt om betekenis toe te kennen aan de categorie 'niet een ieder verbindende verdragsbepalingen'.

Hierna volgt een korte inleiding op het onderwerp aan de hand van het grondwettelijke begrip 'een ieder verbindend', het IVESCR en de opzet van dit hoofdstuk.

4.1.1 De rechtstreekse werking van verdragsbepalingen

Een verdrag legt afspraken tussen staten vast.[5] Volgens het beginsel *pacta sunt servanda* – artikel 26 Weens Verdragenverdrag[6] – verbinden staten zich door ondertekening van een verdrag tot nakoming van de hierin opgenomen afspraken. Een internationaal gesloten verdrag werkt door in de nationale rechtsorde volgens de daarvoor in het nationale recht gestelde regels. In Nederland wordt deze doorwerking beheerst door de Grondwet – met name de artikelen 91, 93, 94 en 120 – en de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Artikel 93 Grondwet geeft de rechtstreekse werking aan van bepaalde internationale rechtsbronnen:

> 'Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.'

In artikel 94 Grondwet is de term 'een ieder verbindende bepalingen' het criterium om aan deze rechtsbronnen voorrang op nationale wettelijke voorschriften te geven:

> 'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.'

De een ieder verbindendheid van internationale bepalingen wordt bij botsing met nationale wet- en regelgeving door de Nederlandse rechter vastgesteld. Particulieren kunnen dan een rechtstreeks beroep doen op deze verdragsbepalingen en de rechter past deze toe. Het door de rechter en in de literatuur gebruikte synoniem 'rechtstreekse werking' zal in dit hoofdstuk worden gebruikt voor de term 'een ieder verbindend' uit de artikelen 93 en 94 Grondwet.[7]

---

5 Ook kunnen verdragen worden gesloten tussen staten en internationale organisaties of tussen internationale organisaties onderling.

6 *Trb*. 1972, 51.

7 Zie ook: Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 130-131.

Gegeven het onderscheid – er bestaan bepalingen die rechtstreeks werken en dus ook bepalingen die dit niet doen – rijst de vraag waarop dit onderscheid berust: hoe beoordeelt de Nederlandse rechter of er sprake is van een rechtstreeks werkende bepaling en hoe gaat hij om met bepalingen die hij niet rechtstreekse werkend acht. Als invalshoek voor deze case-study wordt gebruik gemaakt van de Nederlandse rechtspraak over het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten. In de zaken over het IVESCR wordt door de rechter vaak teruggegrepen op in eerdere zaken aangenomen criteria voor het vaststellen van de rechtstreekse werking van internationale bepalingen. Daarom komen in dit hoofdstuk ook zaken over andere internationale verdragen en besluiten aan de orde wanneer de rechter daarin een algemene richtlijn geeft voor het vaststellen van rechtstreeks werkende bepalingen welke ook kan worden toegepast op het IVESCR.

4.1.2 Het verdrag: het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten

Het IVESCR bevat sociale grondrechten gericht op de bescherming van (groepen van) particulieren. Daarom is doorwerking binnen de nationale rechtsorde van groot belang. De Nederlandse staat is partij bij dit verdrag en daarmee verantwoordelijk voor deze doorwerking. Hierbij spelen onder anderen de wetgever en de rechter een rol. Overigens gaat dit hoofdstuk niet over de verdeling van taken tussen rechter en wetgever of (het morele belang van) de doorwerking van sociale grondrechten in het algemeen of het IVESCR in het bijzonder. Het IVESCR wordt slechts als aanleiding gebruikt voor een analyse van de werking van niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen in het Nederlandse recht.

Het IVESCR behoort tot de zogenoemde *International Bill of Rights*.[8] Het is opgesteld door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties en aangenomen op 19 december 1966.[9] Nederland heeft het Verdrag op 25 juli 1969 ondertekend en op 11 december 1978 geratificeerd. Het is tegelijk met het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) op 11 maart 1979 in werking getreden. Bij het IVESCR zijn door Nederland – behalve voor artikel 8 lid 1(d) betreffende het onthouden van stakingsrecht aan ambtenaren op de Nederlandse Antillen – geen voorbehouden gemaakt.[10] Dit betekent dat Nederland zich door ondertekening heeft gebonden aan alle bepalingen van dit verdrag.

8 De *International Bill of Rights* bestaat naast het IVESCR uit de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (10 december 1948) en het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten.

9 *Trb*. 1972, 51.

10 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, 3, p. 60 (MvT).

In de aanloop naar de ratificatie heeft de Nederlandse regering overwogen – gebaseerd op jurisprudentie van de Hoge Raad[11] – dat bepalingen van het IVESCR in het algemeen geen rechtstreekse werking hebben. Dit wordt gerelateerd aan de aard, inhoud en bewoordingen van het verdrag:

> '[A]ard en inhoud (…), alsmede de formulering van de artikelen, wijzen uit dat het verdrag is afgestemd op geleidelijke en toenemende verwezenlijking door middel van wetgeving en andere uitvoeringsmaatregelen.'[12]

Deze overweging impliceert dat de toepassing van het IVESCR in handen ligt van de wetgever: door het ontwikkelen van wetgeving zal aan de verdragsbepalingen uitvoering in de nationale rechtsorde worden gegeven. Hierbij moet rekening worden gehouden met het bepaalde in artikel 27 Weens Verdragenverdrag (WVV): het nationale recht mag niet in de weg staan aan de tenuitvoerlegging van (bepalingen van) verdragen. Dit verdragsartikel weerklinkt ook in de reactie van de Nederlandse regering op de voorbehouden van de regering van Bangladesh ten aanzien van de bepalingen 2, 3, 7 en 8 van het IVESCR in verband met hun beperktere nationale wetgeving:

> 'The Government of the Kingdom of the Netherlands considers that such reservations which seek to limit the responsibilities of the reserving State under the Covenant by invoking national law, may raise doubts as to the commitment of this State to the object and purpose of the Covenant and, moreover, contribute to undermining the basis of international treaty law. It is in the common interest of States that treaties to which they have chosen to become parties should be respected, as to object and purpose by all parties.'[13]

Deze reactie wekt verwachtingen ten aanzien van de doorwerking van bepalingen uit het IVESCR in Nederlandse wetgeving. Toch wordt bij de Nederlandse rechter regelmatig een rechtstreeks beroep gedaan op het IVESCR met het argument dat nationale wetgeving de rechtstreekse werking van rechten uit dit verdrag belemmert of onjuist interpreteert. Wanneer een dergelijk beroep wordt beoordeeld, leiden de uitspraken in deze zaken tot een inzicht in de werkwijze van de Nederlandse rechter met betrekking tot het vaststellen van de rechtstreekse werking van internationale bepalingen en de toepassing van niet rechtstreeks werkende bepalingen.

Het IVESCR wordt vaak in combinatie met andere mensenrechtendocumenten aangehaald. Voorbeeld zijn het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind en het Europees Sociaal Handvest.

---

11 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, 3, p. 12.

12 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, 3, p. 13.

13 United Nations, *Treaty Series*, UN Doc C.N.781.2001.TREATIES-6 (Depository Notification), 5 oktober 2001, vol. 993, p. 20.

4.1.3 Opzet van dit hoofdstuk

Een groot aantal uitspraken waarin het IVESCR wordt aangehaald of een rol speelt wordt in de volgende paragrafen besproken. De focus ligt op de overwegingen van de verschillende rechtscolleges. Daaruit zijn conclusies te trekken over de methode voor het bepalen van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen door de Nederlandse rechter en de betekenis die wordt toegekend aan niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen.

De Nederlandse rechter gebruikt onder andere de bewoordingen van de bepaling en de context van het geval. De eerste rechtszaken na inwerkingtreding van het IVESCR doen zich voor bij de Centrale Raad van Beroep, later worden er ook zaken behandeld door de Hoge Raad. Deze volgorde wordt ook aangehouden in de casestudy: eerst zal de werkwijze van de Centrale Raad van Beroep worden belicht (paragraaf 4.2.1) en daarna de werkwijze van de Hoge Raad (paragraaf 4.2.2).

Dat een verdragsbepaling niet rechtstreeks werkt, neemt niet weg dat aan deze bepaling alsnog een zekere invloed kan worden toegekend. Er zijn twee methoden te onderscheiden die in paragraaf 4.3 worden uitgewerkt. De eerste methode is doorwerking via de toepassing en uitleg van nationale en een ieder verbindende internationale bepalingen. De tweede methode is het gebruik van de norm uit niet rechtstreeks werkende bepalingen als minimumnorm waaraan de wijziging van nationale wet- en regelgeving moet worden getoetst. De algemene criteria voor vaststelling van rechtstreekse werking en overige methoden van doorwerking worden samengebracht in de conclusie in paragraaf 4.4. In Hoofdstuk 8 worden deze bevindingen gebruikt om een algemene handleiding te formuleren voor het gebruik van internationale rechtsbronnen door de Nederlandse rechter.

4.2 De criteria voor de rechtstreekse werking

De criteria voor het bepalen van de rechtstreekse werking van de verschillende IVESCR-bepalingen worden na inwerkingtreding van dit verdrag voor het eerst geformuleerd in de bestuursrechtspraak.[14] De Centrale Raad van Beroep acht de aard en inhoud van de bepaling en de casus en context van belang. Hij laat hierbij ruimte voor mogelijke rechtstreekse werking van IVESCR-bepalingen. Ook de Hoge Raad spreekt zich een aantal keer uit over deze werking. Hij oordeelt in straf- en civiele zaken echter vrijwel steeds dat het IVESCR niet rechtstreeks werkt gezien diens adressering aan staten en de verplichting van de overheid om gevolg te geven aan de in dit verdrag vervatte grondrechten.[15] Deze verwijzing naar de rol van de wetgever wordt

14 Zie ook Jakobs 1985, p. 18.

15 Onder andere in HR (strafkamer) 15 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC3950, *NJ* 1980/266, HR 17 oktober 1980, ECLI:NL:HR:1980:AD6554, *NJ* 1981/141 en HR (strafkamer) 6 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB9594, *NJ* 1984/557.

door de rechter al snel uitgebreid met andere criteria voor het bepalen van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen.

4.2.1 De Centrale Raad van Beroep: aard en inhoud, casus en context

In 1984 speelt een zaak tussen het bestuur van het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam en diens werknemers over de inhouding van salarissen als gevolg van de Wet interim inhouding salarissen onderwijs (WIISO), terwijl in andere Amsterdamse ziekenhuizen vergelijkbare functies volgens landelijke regelingen hogere salarissen kennen. Deze inhoudingen worden in eerste aanleg door het Ambtenarengerecht nietig verklaard wegens schending van rechtstreeks werkende bepalingen uit het IVESCR.[16] In 1986 wordt in hoger beroep anders geoordeeld. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) haalt het in de Memorie van Toelichting bij de goedkeuringswet weergegeven uitgangspunt van de regering aan dat de materiële bepalingen van het IVESCR in het algemeen geen rechtstreekse werking hebben.[17] De CRvB vindt het echter te ver gaan om aan een bepaling als artikel 7(a)(i) IVESCR nooit rechtstreekse werking toe te kennen.[18] Volgens hem

> 'behoeft het niet bij voorbaat uitgesloten te worden geacht dat zich situaties voordoen waarin genoemde verdragsbepaling zich naar haar aard voor rechtstreekse toepassing en dus voor rechtstreekse rechterlijke toetsing leent.'[19]

Gezien het 'stadium van de rechtsontwikkeling' geeft de CRvB geen algemene benadering voor het bepalen van de rechtstreekse toepassing van (artikel 7(a)(i) van) het IVESCR. De rechtstreekse toepassing is volgens hem afhankelijk van de aard van de bepaling, de aard van de inbreuk en de omstandigheden van het geval. Voor dit laatste acht hij van belang in hoeverre 'sprake is van een wezenlijke dan wel slechts van een perifere aantasting van het verdragsartikel', of het gaat om het handhaven van een nog steeds bestaande ongelijkheid of het ongedaan maken van een reeds bestaande gelijkheid en hoe de 'maatschappelijke en juridische context' waarbinnen het verdragsartikel moet functioneren, gestructureerd is.[20]

---

16 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, *NJCMbulletin* 1984, p. 245-252 m.nt. A.W. Heringa.

17 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, 3, p. 12-13 (MvT).

18 Artikel 7(a)(i) IVESCR: De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht van een ieder op billijke en gunstige arbeidsvoorwaarden, die in het bijzonder het volgende waarborgen:
(a) Een beloning die alle werknemers als minimum het volgende verschaft:
(i) Een billijk loon en gelijke beloning voor werk van gelijke waarde zonder onderscheid van welke aard ook; in het bijzonder dienen aan vrouwen arbeidsvoorwaarden te worden gewaarborgd die niet onderdoen voor die welke op mannen van toepassing zijn, met gelijke beloning voor gelijk werk.

19 CRvB 3 juli 1986, ECLI:NL:CRVB:1986:AM9384.

20 CRvB 3 juli 1986, ECLI:NL:CRVB:1986:AM9384.

De CRvB vindt de feitelijke gegevens in deze zaak onvoldoende voor het doen van een uitspraak en besluit dat nadere inlichtingen ingewonnen moeten worden. In 1989 wordt de zaak met een college bestaande uit twee dezelfde rechters en één nieuwe rechter voortgezet. De CRvB preciseert de door hem in 1986 gedane uitspraak:

> 'De vraag naar de rechtstreekse werking dient ingevolge de art. 93 en 94 Grondwet te worden beantwoord aan de hand van de verdragsbepalingen zelve. Naar 's Raads oordeel is ten aanzien van het IVESCR van belang, dat de rechtstreekse werking van enige bepaling van het IVESCR een volstrekte uitzondering is op het algemene karakter van dit verdrag.'[21]

De rechtstreekse werking van IVESCR-bepalingen is volgens de CRvB een 'volstrekte uitzondering' waarvan alleen sprake is wanneer

> 'niet alleen de desbetreffende verdragsbepaling naar haar aard en inhoud en door een toereikende duidelijkheid en toegespitstheid zich voor rechtstreekse werking leent, maar wanneer tevens de casus waarop en de context waarin toepassing van die verdragsbepaling wordt gevraagd voldoende gestructureerd en geconcretiseerd is om een dergelijke rechtstreekse en afdwingbare toepassing verantwoord te doen zijn.'[22]

In de tijd die verstrijkt tussen beide uitspraken lijkt een verandering van standpunt te hebben plaatsgevonden.[23] Gaat de CRvB er in 1986 nog van uit dat het mogelijk is dat verdragsbepalingen rechtstreeks toegepast worden, in 1989 formuleert hij zwaardere criteria voor deze rechtstreekse werking en ook de voorwaardelijkheid die daaraan gesteld wordt is opvallend. De ruime norm die de CRvB in 1986 hanteert met betrekking tot sociale grondrechten – rechtstreekse werking moet mogelijk zijn – wordt in 1989 beperkt tot een uitzondering wanneer zowel aard en inhoud van het verdrag als de casus en context van het voorliggende geval zich voor toepassing lenen. De CRvB sluit hiermee de openstaande deur tot op een kleine kier waar het gaat om de rechtstreekse werking van bepalingen uit het IVESCR.

In deze uiteenzetting van criteria die de rechter vaststelt voor het bepalen van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen is een uitleg van het criterium 'context' van belang vanwege de verschillende wijzen waarop dit criterium wordt gebruikt. Fleuren onderscheidt twee verschillende werkwijzen waarop de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen wordt gebaseerd.[24] De eerste is de abstracte of dichotome benadering waarbij de verbindendheid inherent is aan de uitleg van de bepaling: onafhankelijk van de casus waarin de bepaling wordt ingeroepen is deze hetzij rechtstreeks werkend, hetzij niet rechtstreeks werkend. De tekst van artikel 93 Grondwet

---

21 CRvB 16 februari 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AN0328, *AB* 1989/164, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

22 CRvB 16 februari 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AN0328, *AB* 1989/164, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

23 Zie ook de noot van F.M.C. Vlemminx bij CRvB 22 april 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AN5375, *JB* 1997/158.

24 Fleuren 2004, o.a. p. 68-69, 410.

werkt dit in de hand: er zijn bepalingen die naar hun inhoud een ieder verbinden, en overige bepalingen.[25] De tweede is een concrete of contextuele benadering waarbij verschillende factoren in het concrete geval de rechtstreekse werking bepalen: gelet op het voorgelegde geval, de bevoegdheden van de rechter, de casus en de relevante wet- en regelgeving heeft de rechter de mogelijkheid een bepaling rechtstreeks toe te passen. Dezelfde bepaling kan dus in het ene geval rechtstreeks werken en in het andere geval niet. De contextuele benadering kan als doel hebben de effectiviteit van sociale mensenrechten te vergroten.[26] Beide benaderingen worden in de rechtspraak gebruikt.

Minder gebruikelijk is de variant die de CRvB gebruikt in zijn uitspraak in 1989: door middel van de context van het geval wordt de rechtstreekse werking van de verdragsbepaling gebaseerd op de mogelijkheid van toepassing. Het belang van een onderscheid tussen de vraag naar toepassing van een verdragsbepaling en de vraag naar de rechtstreekse werking ervan wordt door deze werkwijze duidelijk. In de bovenstaande zaak uit 1989 voegt de CRvB een extra element toe aan de in 1986 vastgestelde contextuele benadering: rechtstreekse werking kan niet snel worden aangenomen wanneer de ongelijkheid niet door één en dezelfde instantie kan worden ongedaan gemaakt:

> 'Het vorenstaande brengt reeds dadelijk mede, dat een bevoegd gezag moet kunnen worden aangewezen dat voor de ongelijkheid verantwoordelijk is en tot herstel daarvan competent. Mede in verband hiermede kan rechtstreekse werking niet licht worden aanvaard in een situatie waarin de vergeleken gevallen niet onder hetzelfde bevoegde gezag ressorteren.'[27]

De CRvB gebruikt de omstandigheden van het geval om de rechtstreekse werking van een bepaling uit het IVESCR vast te stellen. Het ontbreken van 'hetzelfde bevoegde gezag' acht de CRvB bepalend voor de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling. De praktische aspecten omtrent het opheffen van een verdragsschending zouden echter geen rol moeten spelen bij het vaststellen van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling.[28] Dit wordt door Hennekens beaamd in zijn noot bij de zaak uit 1989: de redenering van de CRvB acht hij 'niet relevant'.[29] Ook volgens de Hoge Raad dient de vraag of een bepaling rechtstreeks werkt te worden gevonden 'aan de hand van het desbetreffende verdrag of de inhoud van de verdragsbepaling zelf'.[30]

---

25 Fleuren 2004, p. 68.
26 Fleuren 2004, o.a. p. 69, 420-421.
27 CRvB 16 februari 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AN0328.
28 Zie ook artikel 27 Weens Verdragenverdrag: de nationale situatie mag geen belemmering zijn voor het uitvoeren van verdragen.
29 CRvB 16 februari 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AN0328, *AB* 1989/164, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.
30 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0655, *NJ* 2009/540.

Na deze eerste zaak wordt in de rechtspraak van de CRvB een constantere lijn zichtbaar wat betreft de criteria voor de vaststelling van rechtstreekse werking. Meestal volstaat hij met enkel een verwijzing naar de vaststelling van het ontbreken van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling in een eerdere uitspraak.[31] Over het algemeen beoordeelt de CRvB de rechtstreekse werking van bepalingen uit het IVESCR aan de hand van de inhoud van de artikelen 93 en 94 Grondwet, de bewoordingen en strekking van de internationale bepalingen en onderschrijft hij in zijn uitspraken nadrukkelijk het standpunt van de regering bij de goedkeuringswet, verwoord in de Memorie van Toelichting.[32] Een voorbeeld uit een willekeurige zaak:

> 'Zoals de Raad reeds eerder heeft geoordeeld, onder meer in zijn uitspraak van 25 mei 2004, LJN: AP0561, met betrekking tot de artikelen 11 en 12 van het IVESCR, kunnen deze bepalingen niet worden aangemerkt als een ieder verbindende bepalingen als bedoeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Gelet op de bewoordingen en strekking van deze bepalingen is daarin veeleer sprake van algemeen geformuleerde sociale doelstellingen, tot het nastreven en verwezenlijken waarvan in hun regelgeving de verdragsstaten zich hebben verbonden, dan van een door die verdragsstaten erkend recht, waarop burgers zich in hun nationale rechtsorde zonder meer kunnen beroepen. In dit verband verdient vermelding dat in de Memorie van Toelichting bij de wet tot goedkeuring van het IVESCR (Bijl. Hand. II 1975-1976 13 932, nr. 3) is opgemerkt dat de bepalingen van dit verdrag 'in het algemeen' geen rechtstreekse werking zullen hebben.'[33]

De bewoordingen en strekking, vaak gekoppeld aan de Memorie van Toelichting, zijn nog steeds de criteria voor het bepalen van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling. Meestal leidt het toetsen aan deze criteria tot het oordeel dat de bepaling niet rechtstreeks werkt.[34] De uitzonderingen hierop worden behandeld in paragraaf 4.3, maar eerst wordt in de volgende paragraaf stilgestaan bij de nuance op deze criteria in de rechtspraak van de Hoge Raad.

4.2.2 De Hoge Raad: bepaalbaarheid en bewoordingen

Net als de Centrale Raad van Beroep legt ook de Hoge Raad nadruk op de bewoordingen van internationale bepalingen voor het beoordelen van de rechtstreekse werking, bijvoorbeeld in het harmonisatiewetarrest uit 1989 over artikel 13 IVESCR, het recht op onderwijs:

---

31 Zie de CRvB-uitspraak van 8 juli 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT9102.

32 Zie bijvoorbeeld de CRvB-uitspraken van 29 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2889; 11 juni 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI9325; 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8776; 11 oktober 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB5687; 25 mei 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AP0561.

33 CRvB 1 november 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU5600.

34 Bijvoorbeeld: CRvB 6 juli 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AK3372; Rb. Den Haag 7 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AY1710; RvS 22 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7882, *JV* 2007/96; HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, *NJ* 2011/354, r.o. 3.3.3 (*Clara Wichmann/Staat*).

> 'Dat het hier niet om een ieder verbindende bepalingen gaat, blijkt reeds uit hun bewoordingen: art. 13 lid 2 zegt onder c dat het hoger onderwijs 'door middel van alle passende maatregelen en in het bijzonder door geleidelijke invoering van kosteloos onderwijs' 'toegankelijk dient te worden gemaakt', terwijl onder e, voor zover hier van belang, wordt gezegd dat 'een passend stelsel van studiebeurzen in het leven dient te worden geroepen'. Bovendien gaat het hier om bepalingen die betrekking hebben op door de overheid jegens burgers te verrichten prestaties; dergelijke bepalingen kunnen in het algemeen bezwaarlijk zonder nadere uitwerking in de rechtsorde functioneren, zodat rechtstreekse werking niet voor de hand ligt.'[35]

Uit de verdragsbepaling blijkt volgens de Hoge Raad dat eerst een passende uitwerking in nationale wetgeving moet plaatsvinden vóórdat de Nederlandse rechter deze bepaling kan toepassen. Daarnaast is het inrichten van het onderwijsstelsel een taak voor de overheid, niet voor de rechter. Ook verwijst de Hoge Raad in het harmonisatiewetarrest naar de Memorie van Toelichting (m.v.t.):

> 'Tenslotte kan in dit verband worden gewezen op de m.v.t. bij de Wet tot goedkeuring van het IVESC waar is opgemerkt dat de bepalingen van dit verdrag 'in het algemeen' geen rechtstreekse werking zullen hebben (Bijl. Hand. II 1975-1976, 13932, nr. 3, p. 12/13); niet valt in te zien waarom te dezen een uitzondering op deze algemene regel zou moeten worden gemaakt.'[36]

De bewoordingen van de bepaling duiden op het nemen van maatregelen, wat behoort tot de taak van de overheid het Nederlandse onderwijssysteem in te richten. Daarnaast kijkt de Hoge Raad naar de opmerkingen van de regering in de Memorie van Toelichting dat bepalingen uit het IVESCR geen rechtstreekse werking hebben. Om deze twee redenen wordt artikel 13 IVESCR niet een ieder verbindend geacht.

Een jaar later, in 1990, herhaalt de Hoge Raad het criterium van de bewoordingen en beroept zich op de inhoud en de strekking van de bepaling om daarmee de rechtstreekse werking van artikel 7(a)(i) IVESCR te ontkennen. Dit doet hij in een zaak tussen het NWO en diens werknemer over de korting van salarissen op grond van de WIISO:

> 'In de eerste plaats is hier de inhoud van deze bepaling van belang. Daarin wordt geheel in het algemeen zonder enige andere uitwerking – afgezien van het hier niet aan de orde zijnde vervolg betreffende gelijke beloning van mannen en vrouwen – gesproken over het waarborgen van "billijk loon" en over een gelijke beloning van werk van "gelijke waarde"; een dergelijke algemene formulering kan op een zo omvangrijk terrein als het onderhavige bezwaarlijk in de rechtsorde functioneren zonder nadere uitwerking, zodat rechtstreekse werking niet voor de hand ligt.'[37]

35 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469, r.o. 5.3, (*Harmonisatiewet*).
36 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469, r.o. 5.3 (*Harmonisatiewet*).
37 HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1098, *NJ* 1992/636, r.o. 3.2.

Voor het afwijzen van rechtstreekse werking van de bepaling is het van belang dat deze gericht is tot de staat en dat het de wetgever is die zorg draagt voor uitwerking van deze verdragsbepaling. De Hoge Raad beroept zich voor deze opvatting wederom op de Memorie van Toelichting bij de goedkeuringswet.[38]

Volgens de Hoge Raad speelt naast de inhoud en adressering ook de geschiedenis van de totstandkoming van het verdrag een rol. In een arrest uit 1986 over het stakingsrecht van medewerkers van de Nederlandse Spoorwegen redeneert hij over de rechtstreekse werking van een ander verdrag, het Europees Sociaal Handvest:

> 'Of de verdragsluitende Staten al dan niet hebben beoogd (…) directe werking toe te kennen, is niet van belang nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Verdrag valt af te leiden dat zij zijn overeengekomen dat (…) die werking niet mag worden toegekend. Bij deze stand van zaken is naar Nederlands recht enkel de inhoud van de bepaling zelf beslissend: verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?'[39]

Dit arrest en deze criteria worden door de Hoge Raad jarenlang gebruikt als de standaard wanneer het gaat om het vaststellen van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling. Zoals in 2011, wanneer de rechtstreekse werking van bepalingen uit het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (Vrouwenverdrag) aan de orde komt in een zaak tussen de Nederlandse staat en de Stichting Clara Wichmann, belangenbehartiger voor de maatschappelijke en juridische positie van vrouwen. Deze zaak gaat over het intrekken van de regeling die vrouwelijke zelfstandigen recht geeft op een uitkering bij zwangerschap en bevalling. De Stichting voert aan dat de staat handelt in strijd met artikel 11(2)(b) Vrouwenverdrag – het recht op zwangerschapsverlof met behoud van loon. De Hoge Raad herhaalt 25 jaar na dato in grote lijnen de tekst uit het Spoorwegstakingsarrest:

> 'Nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Vrouwenverdrag valt af te leiden dat de verdragsluitende Staten zijn overeengekomen dat aan art. 11 lid 2, onder b, geen rechtstreekse werking mag worden toegekend, is voor het antwoord op de vraag of die verdragsbepaling rechtstreekse werking heeft, de inhoud van de bepaling beslissend: verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren. Van belang is of een bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door de rechter te worden toegepast.'[40]

38 HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1098, r.o. 3.2, *NJ* 1992/636, m.nt. E.A. Alkema.
39 HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, *NJ* 1986/688, r.o. 3.2 (*Spoorwegstaking*).
40 HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, *NJ* 2011/354, r.o. 3.3.3 (*Clara Wichmann/Staat*).

De Hoge Raad gaat eerst na of de verdragsluitende staten zijn overeengekomen dat de verdragsbepaling níet rechtstreeks werkt. Dit moet te vinden zijn in tekst en geschiedenis van de totstandkoming van het verdrag.[41] Daarna wordt gekeken naar de inhoud van de bepaling, geformuleerd in de vorm van de twee samenhangende deelvragen uit het Spoorwegstakingsarrest:[42] beslissend is of de bepaling de Nederlandse wetgever verplicht tot het treffen van een nationale regeling met een bepaalde inhoud of strekking, of dat deze bepaling van dien aard is dat zij in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren. De Hoge Raad voegt aan deze vragen toe dat de uitkomst van de vraag of de bepaling zonder meer als objectief recht kan functioneren ervan afhangt of deze 'onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is'.[43] De CRvB noemde dit in 1989 de 'toereikende duidelijkheid en toegespitstheid' van de verdragsbepaling.[44]

De inhoud en adressering hebben een vaste plaats in de IVESCR-rechtspraak, zij het vaak in verkorte vorm waardoor de twee deelvragen in nauwe samenhang worden gesteld. Dit is het geval wanneer verschillende belangenbehartigers van studenten ageren tegen de Wet langstudeerders bij de Rechtbank Den Haag. Zij doen onder andere een beroep op artikel 13 IVESCR, het recht op onderwijs en vrije schoolkeuze. De rechtbank overweegt:

> 'De rechtbank ziet voorts evenmin grond om af te wijken van vaste rechtspraak betreffende het door ISO c.s. ingeroepen artikel 13 IVESCR. Uit deze rechtspraak volgt dat dit artikel geen eenieder verbindende bepaling als bedoeld in artikel 94 van de Grondwet betreft, nu artikel 13 IVESCR slechts verplichtingen oplegt aan de verdragssluitende staten en zich, gezien de bewoordingen, aard en strekking, niet leent voor rechtstreekse toepassing.'[45]

In deze zaak wordt de redenering gevolgd dat wanneer inhoud en strekking van een verdragsbepaling verplichtingen oplegt aan de staat, deze verdragsbepaling door de rechter niet rechtstreeks kan worden toegepast.

In 2014 verduidelijkt de Hoge Raad deze route in een uitspraak tussen de Nederlandse staat en de Nederlandse Nietrokersvereniging CAN over de vrijstelling van het rookverbod voor kleine cafés. Hierbij komt artikel 8(2) Kaderverdrag Wereldgezondheidsorganisatie[46] aan de orde, dat luidt:

---

41 Fleuren 2004, p. 259: 'Normaliter is er geen aanleiding te veronderstellen dat de verdragspartijen zijn overeengekomen dat aan de bepaling geen een ieder verbindende kracht mag worden toegekend.'

42 Zie ook de noot van Philipsen bij HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, *AB* 2015/21, para. 4.

43 Zie ook de noot van Philipsen bij HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, *AB* 2015/21, para. 5.

44 CRvB 16 februari 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AN0328, *AB* 1989/164, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.

45 Rb. Den Haag 11 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX0977, r.o. 5.11.

46 *Trb*. 2003, 127.

> 'Each Party shall adopt and implement in areas of existing national jurisdiction as determined by national law and actively promote at other jurisdictional levels the adoption and implementation of effective legislative, executive, administrative and/or other measures, providing for protection from exposure to tobacco smoke in indoor workplaces, public transport, indoor public places and, as appropriate, other public places.'

Volgens het hof is de inhoud van de bepaling voldoende duidelijk en daarom rechtstreeks werkend. De door de Nederlandse Tabakswet gestelde uitzondering voor kleine cafés is hiermee in strijd. In cassatie wordt door de staat opgekomen tegen de redenering van het hof en aangevoerd dat artikel 8(2) Kaderverdrag onvoldoende duidelijk is en ongeschikt om rechtstreeks door de rechter te worden toegepast. De Hoge Raad zet in reactie hierop heel duidelijk de stappen voor het vaststellen van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet uiteen:

> 'De vraag in hoeverre een verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt in de zin van de art. 93 en 94 Gw, dient te worden beantwoord door uitleg daarvan. Die uitleg moet plaatsvinden aan de hand van de maatstaven van de art. 31-33 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (…) Indien noch uit de tekst, noch uit de totstandkomingsgeschiedenis volgt dat geen rechtstreekse werking van de verdragsbepaling is beoogd, is de inhoud van die bepaling beslissend. Het gaat erom of deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast (vgl. HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, NJ 2011/354). Indien het op grond van een verdragsbepaling in de nationale rechtsorde te bewerkstelligen resultaat onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig is omschreven, belet de enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft. Of van die werking sprake is, hangt af van het antwoord op de vraag of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen, als objectief recht kan functioneren. Anders dan de Staat betoogt, betekent het enkele bestaan van keuze- of beleidsvrijheid dus niet dat geen sprake kan zijn van rechtstreekse werking.'[47]

De twee deelvragen voor het bepalen van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling blijven dezelfde, namelijk de bedoeling van verdragsluitende partijen en de inhoud en strekking van de bepaling. Echter, de Hoge Raad behandelt de strekking van de bepaling niet langer als een tweesprong van gescheiden wegen: óf gericht aan de staat en dus niet rechtstreeks werkend óf voldoende nauwkeurig omschreven en dus rechtstreeks werkend. De Hoge Raad stelt vast dat deze twee wegen kunnen samengaan: de opdracht aan de staat en daarmee de wetgever om nationale wetgeving aan te nemen met een bepaald doel neemt niet weg dat een bepaling nog steeds onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is omschreven om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast Dit hangt hij op aan een contextuele benadering: de rechtstreekse werking hangt ook af van de context, de omstandigheden van het geval waarin deze

47 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, r.o. 3.5.1-3.5.3, *NJ* 2015/12, m.nt. E.A.A. Alkema.

bepaling wordt ingeroepen en kan worden toegepast.[48] Dit betekent dat een bepaling voor haar rechtstreekse werking niet afhankelijk is van het antwoord op de vraag of daarin een taak is weggelegd voor de wetgever, maar van de omstandigheden van het geval. Deze concrete benadering werd al door de CRvB toegepast in 1986.[49]

4.2.3 Het gebruik van analoge verdragsbepalingen

Naast de genoemde criteria komt het voor dat de rechter de rechtstreekse werking van bepalingen uit het IVESCR relateert aan gelijkluidende bepalingen uit andere, rechtstreeks werkende verdragen.

Het Ambtenarengerecht te Amsterdam verwijst in zijn uitspraak in 1984[50] naar de Nederlandse Memorie van Toelichting bij de wet tot goedkeuring van het IVESCR en het IVBPR, waarin de volgende overweging is opgenomen:

> 'Het zou immers weinig aannemelijk zijn indien bepaalde artikelen uit het Europese Verdrag *wel* en analoge, soms vrijwel identieke, artikelen uit het onderhavige verdrag **niet** als een ieder verbindende bepalingen zouden moeten worden aangemerkt.'[51]

Hiermee wordt gedoeld op bepalingen uit het EVRM en daarmee overeenstemmende bepalingen van het IVBPR. Anders dan voor deze bepalingen uit het IVBPR zijn volgens de Nederlandse regering voor de verwezenlijking van het IVESCR veelal uitvoeringsmaatregelen vereist.[52] Desalniettemin komt de algemene regel 'gelijke bepalingen, gelijke werking' hier duidelijk naar voren.

Andersom geredeneerd is eenzelfde werkwijze te vinden in het eerder besproken arrest van de Hoge Raad uit 1990. De Hoge Raad komt aan de hand van de inhoud en bewoordingen van de verdragsbepaling en de Memorie van Toelichting tot de conclusie dat artikel 7(a)(i) IVESCR niet rechtstreeks werkt. Daarnaast refereert hij aan het Europees Sociaal Handvest[53] (ESH), dat in lid 3 van artikel 4 een gelijksoortige bepaling kent als artikel 7(a)(i) IVESCR.[54] Het ESH erkent het recht van mannelijke en vrouwelijke werknemers op gelijke beloning voor arbeid van gelijke waarde, maar bevat geen algemene erkenning van gelijke beloning voor gelijke arbeid zoals wel is opgenomen in artikel 7(a)(i) IVESCR. Mede gezien

48 Zie ook Schutgens 2015, p. 309.
49 Zie voor een vergelijkbare werkwijze: CRvB 3 juli 1986, ECLI:NL:CRVB:1986:AM9384.
50 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, m.nt. A.W. Heringa, *NJCMbulletin* 1984, p. 245-252. De uiteindelijke vaststelling van de een ieder verbindendheid van de verdragsbepaling is door het gerecht op een andere wijze beargumenteerd. Dit wordt besproken in paragraaf 6.
51 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, 3, p. 13 (MvT).
52 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 932, 3, p. 13 (MvT).
53 Eerste versie: *Trb*. 1962, 3.
54 HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1098, *NJ* 1992/636, r.o. 3.2.

het feit dat de waarborg uit het IVESCR verder strekt dan hetgeen neergelegd is in een soortgelijk artikel uit het ESH is het volgens de Hoge Raad aannemelijk dat de waarborg uit het IVESCR niet meer omvat dan 'een doelstelling waarnaar gestreefd dient te worden'.[55] De Hoge Raad haalt een bijna identieke, rechtstreeks werkende verdragsbepaling aan en gebruikt deze als maatstaf voor de werking van een bepaling uit het IVESCR.

Het vaststellen van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen via analoge, rechtstreeks werkende bepalingen lijkt een voor de hand liggende methode. Wanneer het gaat om rechtsregels die overeenkomen met de regels uit verdrag A, welke al geïmplementeerd zijn door de wetgever of waaraan reeds rechtstreekse werking is toegekend, versnelt en vergemakkelijkt dit de doorwerking van gelijkluidende regels uit verdrag B, omdat dan geen strijd ontstaat met reeds bestaande wetgeving. Tegelijkertijd kan deze werkwijze de rechter ook op het verkeerde been zetten. Het arrest van de Hoge Raad is hier een voorbeeld van. In casu beperkt (mede) het ESH de rechtstreekse werking van bepalingen uit het IVESCR: omdat het ESH een beperktere inhoud heeft, wordt aan de ruimere bepaling van het IVESCR geen rechtstreekse werking toegekend.[56] Het ene verdrag kan het andere echter niet zonder meer uitsluiten of beperken. Een dergelijk verschil tussen verdragsbepalingen kan heel goed de intentie van verdragspartijen zijn geweest. Er kan ook sprake zijn van voortschrijdend inzicht. Een inhoudelijk verschil is dan de intentie van verdragspartijen en dit verschil zou dan geen belemmering mogen vormen voor de toepassing van een verdrag. Het is daarom van belang dat de rechter de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen ook op zichzelf staand beoordeelt, en niet alleen in vergelijking met een ander verdrag.

In het arrest van de Hoge Raad uit 1990 is de vergelijking tussen het ESH en het IVESCR niet doorslaggevend. Het is slechts een van de vier redenen om het IVESCR als niet rechtstreeks werkend te beschouwen. Opvallend is dat de Hoge Raad deze werkwijze niet nogmaals gebruikt. De overwegingen uit dit arrest worden door hem in 2004 geciteerd – eveneens in een zaak over gelijke behandeling – voor wat betreft inhoud, bewoordingen en Memorie van Toelichting, waarna de conclusie wordt getrokken dat het IVESCR geen rechtstreekse werking heeft maar een doelstelling is waarnaar moet worden gestreefd.[57] De passage over het ESH wordt niet geciteerd. Ook in andere uitspraken komt de analoge redenering niet meer voor. Blijkbaar overtuigt deze werkwijze ook de Hoge Raad niet.

55 HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1098, *NJ* 1992/636, r.o. 3.2.
56 E.A. Alkema in zijn noot bij HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1098, *NJ* 1992/636.
57 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, r.o. 2.8, *NJ* 2008/536, m.nt. E. Verhulp.

4.2.4 Kanttekening: het gebruik van de Memorie van Toelichting

In bovenstaande zaken is de Memorie van Toelichting bij de goedkeuringswet een door de rechter veelgebruikt hulpmiddel voor een inzicht in de strekking van bepalingen uit het IVESCR. Alhoewel – naast andere bronnen – de opinie van de regering een goede bron kan zijn bij de toepassing van een verdrag, behoeft het gebruik van de Memorie van Toelichting voor de uitleg van het IVESCR enige nuancering.

Het IVESCR is een multilateraal verdrag: er zijn meerdere staten partij bij het verdrag. Het standpunt van de Nederlandse regering, zoals weergegeven in de Memorie van Toelichting, is daarom niet zonder meer bepalend voor de vaststelling van de bedoeling van álle verdragsluitende partijen. Dat de opvattingen van een nationale regering kunnen botsen met die van de verdragsluitende partijen wordt duidelijk door de gespreksverslagen en aanbevelingen van het Economisch en Sociaal Comité. Dit comité is door de verdragspartijen ingesteld om de naleving van het IVESCR te beoordelen. Illustratief is het volgende citaat:

> 'Mr. Sadi said he disagreed with the Netherlands Government's view that the provisions of the Covenant did not directly give rise to legal obligations and asked whether the Netherlands Government was prepared to give consideration to this view. (…) Mr. Pillay, noting that the Dutch section of the International Commission of Jurists considered that the Covenant was only marginally, if at all, taken into consideration in the legislative and policy-making process at the national level, asked how, if that was so, the Netherlands Government could be said to be complying with its obligations under the Covenant. (…) Mr. van Rijssen (Netherlands) said that, (…) (i)n his country's system, the question of the effectiveness of steps taken to discharge an obligation was considered a matter for Parliament rather than for the judiciary. Of course, if the State failed to discharge its obligation altogether, an individual who believed that his or her human rights had been violated as a result could bring the matter before the courts. (…) Mr Sadi, pointing out that articles 1, 3 and certain others of the two International Covenants[58] were identical, urged the Netherlands Government to reconsider its position.'[59]

Het nationale systeem van de artikelen 93 en 94 Grondwet wordt door de Nederlandse vertegenwoordiger aangedragen als verklaring voor de marginale toepassing van het IVESCR in het Nederlandse recht: de regering is verantwoordelijk voor de doorwerking van verdragsbepalingen, niet de rechter. De opmerking van Sadi maakt duidelijk dat deze redenering niet overtuigt. De structuur van het nationale recht belemmert hier de uitvoering van een internationale verplichting. Daarnaast wordt door het Comité het IVESCR op één lijn gesteld met het IVBPR, hetgeen in de Memorie van Toelichting niet wordt erkend wat betreft de rechtstreekse werking. De Nederlandse regering wordt door het Comité aangespoord haar verantwoordelijkheid te nemen en zo snel mogelijk gevolg te geven aan bepalingen uit het IVESCR:

---

58 The two International Covenants: het IVBPR en het IVESCR.

59 UN Doc. E/C.12/1998/SR.13, 7 mei 1998, para. 10-28.

> '(T)he Committee considers that, at a minimum, certain provisions of the Covenant are potentially able to be directly applied both in law and in policy. It therefore cannot accept the assertion by the representative of the State party that "for essentially technical reasons the Covenant … is not directly applicable".'[60]

Na een soortgelijke bijeenkomst in 2010 herhaalt het Comité zijn bezorgdheid:

> 'Given the fact that the State party follows a monist system, whereby international treaties are directly applicable, the Committee reiterates its concern that some provisions of the Covenant are not self executing and enforceable in the State party and that they have not been admitted by courts to substantiate legal claims relating to economic, social and cultural rights.'[61]

Het gegeven dat de Nederlandse regering in haar Memorie van Toelichting niet per se het standpunt van de opstellers van het Verdrag verwoordt – althans niet het standpunt dat het verdragscomité leidend acht – maakt dat een rechterlijke beslissing louter aan de hand van de bedoeling van het verdrag zoals dit door de Nederlandse regering is verwoord in de Memorie van Toelichting, niet altijd in lijn met het verdrag en de bedoeling van verdragspartijen behoeft te zijn.

4.2.5 Concluderend

In de arresten en uitspraken na de inwerkingtreding van het IVESCR komt de rechter meestal tot de conclusie dat bepalingen uit het IVESCR niet rechtstreeks werken[62] Dit baseert hij op de totstandkomingsgeschiedenis van het verdrag en de inhoud en strekking van de desbetreffende verdragsbepaling. In deze gevallen leggen de bepalingen uit het IVESCR veelal verplichtingen op aan de staat en lenen zij zich daarom niet voor rechtstreekse toepassing door de rechter. In 2014 heft de Hoge Raad met behoud van deze criteria de tweesprong op tussen enerzijds de verplichting aan de staat en anderzijds de eis van inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig voor rechtstreekse toepassing. Hij gebruikt hierbij de context van de voorliggende casus als criterium voor de rechtstreekse toepassing van de verdragsbepaling.

60 UN Doc. E/C.12/1/Add.25, 16 juni 1998, para. 11.
61 UN Doc. E/C.12/NDL/CO/4-5, 9 december 2010, para. 6.
62 Zie onder meer: CRvB 17 december 1991, ECLI:NL:CRVB:1991:AK9520; Rb. Den Haag 7 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:AY1710; RvS 22 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7882; CRvB 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8789; Rb. Amsterdam 3 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9532.

4.3 Het nationale recht als alternatieve route voor de toepassing van niet rechtstreeks werkende bepalingen

Alhoewel de rechter in de afgelopen jaren vaak tot de conclusie komt dat IVESCR-bepalingen niet rechtstreeks werkend zijn, komt hiermee de invloed van deze bepalingen niet ten einde. In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan twee methoden die de Nederlandse rechter gebruikt om aan niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen een zekere betekenis toe te kennen: de reflexwerking en de test van de minimumnorm.

4.3.1 Reflexwerking: betekenis toekennen via nationale en internationale bepalingen

In 1993 wordt bij de Hoge Raad door ongehuwde vrouwelijke leerkrachten opgekomen tegen de regeling dat gehuwde mannelijke leerkrachten meer betaald krijgen vanwege zogenoemde onderhoudsverplichtingen. Verweerders zijn het Schoolbestuur en het Eilandgebied Curaçao. Door eiseressen worden bepalingen uit twee verschillende verdragen los van elkaar als cassatiemiddel aangevoerd: ten eerste artikel 2(2) in verband met artikel 7 IVESCR en ten tweede artikel 26 van het IVBPR.[63] Zowel artikel 7 IVESCR als artikel 26 IVBPR hebben betrekking op het gelijkheidsbeginsel. Advocaat-Generaal Koopmans acht toetsing aan het rechtstreeks werkende artikel 26 IVBPR voldoende; het beroep op het IVESCR hoeft wat hem betreft niet te worden behandeld, aangezien dit verdrag geen rechtstreekse werking heeft.[64] De Hoge Raad behandelt het beroep op het IVESCR echter wel en komt tot de volgende conclusie:

> '[Artikel 7 IVESCR mist] rechtstreekse werking (…) maar de waarborg van een gelijke beloning voor gelijke arbeid in het IVESC is wel een doelstelling waarnaar gestreefd dient te worden. Hiermee zou niet stroken om al te snel aan te nemen dat voor een beloningsverschil (…) een redelijke en objectieve rechtvaardiging voorhanden is.'[65]

De Hoge Raad erkent allereerst de algemene opvatting dat artikel 7 IVESCR niet rechtstreeks werkt. Zijn daaropvolgende conclusie luidt dat de waarborg uit het artikel wel een na te streven doelstelling is. Waar een 'doelstelling' in eerdere arresten een extra argument was voor niet rechtstreekse werking, weerklinkt in dit arrest in het woord 'maar' een oproep om de verdragsbepaling vanwege deze doelstelling wel van betekenis te achten. De Hoge Raad voegt de daad bij het woord en past de waarborg van artikel 7 IVESCR toe in de beoordeling van de criteria 'redelijke en objectieve

63 HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955, *NJ* 1995/259. Ook de ArRvS oordeelde eerder al dat bepalingen uit het IVBPR en IVESCR in combinatie met elkaar tot bescherming van bepaalde rechten leiden. Bijvoorbeeld ArRvS 10 mei 1979, ECLI:NL:RVS:1979:AM4636.

64 HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955, *NJ* 1995/259, A-G para. 14.

65 HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955, *NJ* 1995/259, r.o. 3.4.

rechtvaardiging' die horen bij het beoordelen van een schending van artikel 26 IVBPR.[66] Op deze manier geeft de Hoge Raad aan het niet rechtstreeks werkende artikel 7 IVESCR betekenis via het wel rechtstreeks werkende artikel 26 IVBPR.[67]

In deze zaak wordt artikel 26 IVBPR – hoewel op zichzelf staand en niet in combinatie met het IVESCR – expliciet als cassatiemiddel aangedragen. Dit kan een verklaring zijn voor een combinatiebeoordeling van deze twee verdragen door de Hoge Raad. Dat dit echter geen voorwaarde is blijkt duidelijk uit latere rechtspraak. In 2000 buigt de Hoge Raad zich over een zaak aangaande discriminatie.[68] Bij het hof hebben appellanten zich beroepen op onder andere artikel 26 IVBPR en de artikelen 2 en 6 IVESCR. Volgens het hof

> 'is de wijze van toetsing aan de genoemde bepalingen in beginsel dezelfde. Discriminatie is aanwezig indien personen verschillend worden behandeld die (…) in relevant gelijke posities verkeren, terwijl voor het verschil in behandeling geen objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat.'[69]

Volgens plaatsvervangend Procureur-Generaal Mok heeft het Hof hiermee de juiste maatstaf aangelegd. De plaatsvervangend Procureur-Generaal acht het argument dat een verdrag geen rechtstreekse werking heeft op zichzelf niet doorslaggevend, omdat:

> '[a]an verdragen zonder rechtstreekse werking wel betekenis kan toekomen bij de uitleg en toepassing van bepalingen uit verdragen die wel rechtstreekse werking hebben.'[70]

De Hoge Raad beaamt deze methode, die overeenkomt met hetgeen hij overwoog in de Curaçaose uitspraak uit 1993: bepalingen uit een verdrag die als niet rechtstreeks werkend worden beschouwd, kunnen betekenis krijgen via verdragsbepalingen die wel rechtstreeks werken.[71] Jaren later overweegt de rechtbank Rotterdam heel concreet:

> 'De artikelen 11 van het IVESCR en 31 van het ESH kunnen niet worden aangemerkt als een ieder verbindende bepaling als bedoeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Dit neemt niet weg dat genoemde artikelen in voorkomende gevallen een rol kunnen spelen bij de uitleg van het EVRM.'[72]

---

66 Deze criteria zijn vastgesteld door de Human Rights Committee in een uitspraak van 9 april 1987, m.nt. T. Zwart, *NJCMbulletin* 1987, p. 377-391, paragraaf 13.

67 Zie ook: noot van A.W. Heringa, HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955, *NJCMbulletin* 1993, p. 694-699.

68 HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8448,*NJ* 2001/376.

69 HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8448,*NJ* 2001/376, r.o. 3.11-3.12.

70 HR 24 november 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA8448, para. 3.3.5.2.

71 HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8448,*NJ* 2001/376, r.o. 4.3.

72 Rb. Rotterdam 12 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6769, r.o. 5.

Eenzelfde werking via het EVRM wordt door de rechtbank Amsterdam aanvaard en in één adem uitgebreid naar de niet-bindende uitspraak van een comité bij een verdrag – een categorie die verder wordt uitgewerkt in Hoofdstuk 5. In deze uitspraak over de bed-bad-brood-regeling voor illegale asielzoekers en de weging van het niet-bindende oordeel van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) schaart de rechtbank zich achter een eerdere uitspraak van de Centrale Raad van Beroep en oordeelt:

> 'De voorzitter van de Raad heeft in de uitspraken in voorlopige voorziening van 17 december 2014 (…) overwogen dat de artikelen 13 en 31 van het ESH niet kunnen worden beschouwd als een ieder verbindende bepalingen als bedoeld in artikel 94 van de Grondwet. Ook zijn beslissingen van het ECSR (…) niet rechtstreeks bindend voor de (verdrags)partij(en). Dit betekent niet zonder meer dat zij zonder betekenis zijn voor de nationale rechter om in een concreet geval tot oordeelsvorming te komen. Evenmin kan worden uitgesloten dat deze beslissingen dienen te worden betrokken bij de rechtsvinding bij de toepassing van de artikelen 3 en 8 van het EVRM.'[73]

In zijn proefschrift noemt Heringa de indirecte werking van niet rechtstreeks werkende bepalingen de 'reflexwerking'.[74] Hij verstaat hieronder

> 'de werking van een niet rechtstreeks toepasbare verdragsbepaling, die langs de achterdeur zijn werking binnen de omheining van ons nationale recht doet gevoelen.'[75]

Wanneer Heringa het arrest van de Hoge Raad in 1993 annoteert, klinkt daarin opluchting door over de opening die deze uitspraak biedt om effect te geven aan niet rechtstreeks werkende bepalingen van internationaal recht.[76] Hij vraagt zich dan nog wel af of de Hoge Raad deze interpretatiemethode 'slechts' kan toepassen tussen verdragen onderling of ook bij nationale regelgeving.

De opmaat voor het antwoord op deze vraag komt een jaar later in de zaak van werkgever Agfa tegen werknemer Schoolderman. De Hoge Raad kan zich vinden in het oordeel van de rechtbank Arnhem, die voor het bepalen van de verplichtingen van goed werkgeverschap in aanmerking neemt:

> 'het algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat'.[77]

---

73 Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2651, r.o. 8.
74 Heringa 1989.
75 Heringa 1989, p. 260-261.
76 HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955, *NJCMbulletin* 1993, p. 694-699, m.nt. A.W. Heringa, p. 698.
77 HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, *NJ* 1994/704, r.o. 3.5 (*Agfa/Schoolderman*).

De rechtbank overweegt hierbij dat:

> 'in het rechtsbewustzijn het algemeen beginsel leeft dat werknemers recht hebben op een billijke beloning, hetgeen onder meer meebrengt dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze gehonoreerd dient te worden, behoudens een objectieve rechtvaardigingsgrond. Dit beginsel heeft ook in het geschreven recht erkenning gevonden, zowel in algemene zin als toegespitst op de verhouding tussen mannen en vrouwen. Verwezen kan worden naar onder meer (…) art. 7, aanhef en onder a, sub (i) van het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.'[78]

In navolging van het Agfa/Schoolderman-arrest wordt door de Hoge Raad het belang van artikel 7 IVESCR voor de invulling van nationale rechtsbeginselen verder uitgewerkt wanneer tegen KLM wordt geprocedeerd door Parallel Entry namens piloten van KLM-Cityhopper die aanspraak willen maken op dezelfde arbeidsvoorwaarden als KLM-piloten.[79] De vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid kan de Hoge Raad maar op één manier beantwoorden:

> 'In het onderhavige geval kan de vraag of sprake is van een ongeoorloofd onderscheid dan ook slechts worden beantwoord aan de hand van de eisen van goed werkgeverschap op de voet van art. 7:611 BW'.[80]

Voor de invulling van deze eisen neemt hij mede het Agfa/Schoolderman-criterium van gelijke beloning in aanmerking waaraan, naast de andere omstandigheden van het geval

> 'gelet op het feit dat het ook steun vindt in verdragsbepalingen als art. 26 IVBPR en art. 7 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (…) een zwaar gewicht kan worden toegekend.'[81]

Deze uitspraak van de Hoge Raad wordt door verschillende instanties herhaald.[82] Via de eis van goed werkgeverschap kent de Hoge Raad een zekere betekenis toe aan het niet rechtstreeks werkende artikel 7 IVESCR. Deze indirecte werking via artikel 7:611 BW is geen incidenteel geval. De indirecte werking van niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen

78 HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, *NJ* 1994/704, r.o. 5.4 (*Agfa/Schoolderman*).
79 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, *NJ* 2008/536, (*Parallel Entry/KLM*).
80 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, *NJ* 2008/536, r.o. 3.3 (*Parallel Entry/KLM*).
81 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, *NJ* 2008/536, r.o. 3.3 (*Parallel Entry/KLM*).
82 Bijvoorbeeld: Hof Den Haag (Handelskamer) 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:BI3564; Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen (Curaçao) 30 maart 2010, ECLI:NL:OGEANA:2010:BM0322.

– in dit geval sociale grondrechten – in het privaatrecht is bijvoorbeeld ook mogelijk via artikel 3:12 Burgerlijk Wetboek:[83]

> 'Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.'[84]

Dit artikel brengt volgens de Hoge Raad 'dezelfde normen tot uitdrukking' als artikel 7:611 BW aangaande goed werkgeverschap.[85] Door de Hoge Raad is in het KLM-arrest aangenomen dat het beginsel van gelijke beloning voor gelijk werk een dergelijk algemeen rechtsbeginsel is. Door de verwijzing in het arrest naar het IVESCR kan de conclusie worden getrokken dat ook aan nationale rechtsbeginselen invulling kan worden gegeven door het gebruik en de interpretatie van internationale verdragsbepalingen. Dit is de eerste methode: er wordt een zekere betekenis toegekend aan niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen langs de weg van het interpreteren van internationale en nationale bepalingen.

4.3.2 Minimumnormen: wijziging nationaal recht leidt tot rechtstreekse werking

Een tweede methode komt naar voren wanneer een nationale bepaling invulling geeft aan een norm uit een verdragsbepaling en deze nationale bepaling wordt gewijzigd. De rechter kent dan betekenis toe aan de aan deze nationale bepaling ten grondslag liggende norm uit de niet rechtstreeks werkende verdragsbepaling. Een inbreuk op internationale bepalingen kan het gevolg zijn van het handelen van de wetgever: de bestaande waarborgen worden ongedaan gemaakt of beperkt door het invoeren van nieuwe wet- en regelgeving. De hier te bespreken methode komt daarom met name voor in zaken tegen overheidsorganen en andere verticale verhoudingen.

Het Ambtenarengerecht te Amsterdam is het eerste college dat deze methode toepast en op grond hiervan zelfs een bepaling uit het IVESCR als rechtstreeks werkend beschouwt.[86] In 1984 spreekt het Ambtenarengerecht

---

83 Zie ook: HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, *NJ* 1994/704, r.o. 3.6 (*Agfa/Schoolderman*); de noot van E. Verhulp bij HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, *NJ* 2008/536 (*Parallel Entry/KLM*); Heerma van Voss 2007, p. 118.

84 Het gebruik door de Hoge Raad van artikel 3:12 BW heeft geleid tot de vraag wat onder deze 'algemeen erkende rechtsbeginselen' moet worden verstaan. Dit heeft geleid tot een interessante en omvangrijke discussie waar in dit hoofdstuk geen aandacht aan wordt besteed. Het gebruik van 'algemene rechtsbeginselen' en de (indirecte) doorwerking van verdragsbepalingen is hier van belang, niet de precieze inhoud van het begrip.

85 HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, *NJ* 1994/704, r.o. 3.5 (*Agfa/Schoolderman*).

86 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, *NJCMbulletin* 1984, p. 245-252. Deze zaak is gedeeltelijk besproken in paragraaf 4.2.1, waar bleek dat het eindoordeel van het ambtenarengerecht niet door de Centrale Raad van Beroep werd overgenomen.

zich uit in een zaak tussen het bestuur van het Academisch Ziekenhuis van de Universiteit van Amsterdam en diens werknemers over de inhouding van salarissen ingevolge de WIISO, terwijl in andere Amsterdamse ziekenhuizen vergelijkbare functies volgens landelijke regelingen hogere salarissen kennen. Voor het beoordelen van de rechtstreekse werking van het gelijkheidsbeginsel uit artikel 7(a)(i) IVESCR oordeelt het Ambtenarengerecht dat het voor de hand ligt om in ieder geval rechtstreekse werking toe te kennen aan bepalingen van internationale overeenkomsten voor zover hun strekking overeenkomt met wat in de nationale rechtsorde al is gewaarborgd.[87] Het hangt er daarbij van af of het gaat om het handhaven van een nog steeds bestaande ongelijkheid of het ongedaan maken van een reeds bestaande gelijkheid en of deze ingreep volgens het Verdrag toelaatbaar is.[88] Deze regel wordt in onderhavige zaak ook toegepast. Het Ambtenarengerecht oordeelt dat de inbreuk op de 'bestaande gelijkheid' in het nationale recht niet op objectieve en redelijke gronden kan worden gerechtvaardigd. Het WIISO wordt daarmee een schending van de rechtstreeks werkende verdragsbepaling geacht en moet buiten toepassing worden gelaten.

Een decennium later toetst de CRvB wél rechtstreeks aan de norm van een verdragsbepaling zonder aandacht te besteden aan de vraag of deze bepaling rechtstreeks werkt.[89] In een zaak over een ingetrokken uitkering ingevolge de (nieuwe) Toeslagenwet laat de CRvB in het midden of bepalingen uit het IVESCR, al dan niet ingeroepen door de eiser, 'een ieder kunnen verbinden' volgens de artikelen 93 en 94 Grondwet. Om tot een oordeel te komen draagt hij zelf de invalshoek van artikel 2(1) IVESCR aan:

> 'De Raad zal in het midden laten of op regelgeving als thans in geding niet veeleer van toepassing is artikel 9 van het IVESCR (…). De Raad zal voorts in het midden laten of genoemd artikel 11 lid 1 behoort tot die in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet bedoelde bepalingen, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden. Van eisers zijde is veel nadruk gelegd op het in artikel 11 lid 1 genoemde recht op 'steeds betere levensomstandigheden'. Naar 's Raads oordeel moeten deze woorden echter mede in verband worden gelezen met de in artikel 2 lid 1 IVESCR genoemde een Staat 'ter beschikking staande hulpbronnen'. In de Memorie van Toelichting van de goedkeuringswet van het IVESCR (…) wordt met betrekking tot genoemd artikel 2 lid 1 onder meer opgemerkt dat hoewel het IVESCR destijds is opgesteld vanuit een optiek en een toekomstverwachting die met een mogelijke stilstand of afname in economische groei en ook met een eventuele teruggang in het genot van de onderhavige rechten nauwelijks rekening hield, dit artikellid door de verwijzing naar de 'ter beschikking staande hulpbronnen' toch ook als een richtsnoer gold in tijden van gelijkblijvende of dalende algemene welvaart.'[90]

87 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, *NJCMbulletin* 1984, p. 245-252.
88 Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, *NJCMbulletin* 1984, p. 245-252.
89 CRvB 31 maart 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB5602.
90 CRvB 31 maart 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB5602.

Het recht op steeds betere levensomstandigheden, in verband met de 'ter beschikking staande hulpbronnen' waarvan de staat gebruik moet maken volgens artikel 2(1) IVESCR,[91] geldt volgens de CRvB als richtsnoer wanneer het gaat om het toepassen van bepalingen uit het IVESCR.[92] Door gebruik van dit richtsnoer komt de CRvB tot de conclusie dat de nationale bepaling niet in strijd is met artikel 11 IVESCR:

> 'de door eiser in het kader van gedaagdes beslissing bestreden bepalingen bij of krachtens de Toeslagenwet [hadden] nu juist de strekking om – met name ook bij teruglopende omstandigheden – een toereikende minimum-standaard te garanderen.' [93]

De CRvB slaat de vraag naar rechtstreekse werking over en beoordeelt of de in artikel 2(1) IVESCR opgenomen norm door de staat is geschonden.

In 1997 gaat een gehandicapte vrouw bij de CRvB in beroep tegen een besluit tot het verlagen van de taxikostenvergoeding, waartoe zij aanvoert dat deze in strijd is met de artikelen 9, 11 en 15 IVESCR. Wederom oordeelt de CRvB niet over de rechtstreekse werking van de aangedragen bepalingen:

> 'De Raad laat thans in het midden of genoemde verdragsbepalingen behoren tot de in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet bedoelde bepalingen, die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden of, met andere woorden, rechtstreekse werking hebben.'[94]

Dit weerhoudt de CRvB er niet van het karakter van deze verdragsbepalingen te bespreken en deze te koppelen aan bovenstaande uitspraak:

> 'De Raad merkt over deze bepalingen niettemin op dat deze naar zijn oordeel niet het karakter van zogeheten standstillbepalingen hebben. In zijn uitspraak van 31 maart 1995 (…) heeft de Raad reeds overwogen dat het in artikel 11, eerste lid, van het IVESCR neergelegde recht op steeds betere levensomstandigheden moet worden gelezen mede in verband met de, in artikel 2, eerste lid, van dat verdrag genoemde, aan de Staat ter beschikking staande hulpbronnen. Mits een toereikende minimumstandaard wordt gewaarborgd, kan de wetgever de vrijheid niet worden ontzegd om tot verlaging van sociale zekerheidsprestaties over te gaan als de economische omstandigheden daartoe aanleiding geven.'[95]

---

91 Artikel 2 lid 1 IVESCR: Iedere Staat die partij is bij dit Verdrag verbindt zich maatregelen te nemen, zowel zelfstandig als binnen het kader van de internationale hulp en samenwerking, met name op economisch en technisch gebied, en met volledige gebruikmaking van de hem ter beschikking staande hulpbronnen, ten einde met alle passende middelen, inzonderheid de invoering van wettelijke maatregelen, tot een algehele verwezenlijking van de in dit Verdrag erkende rechten te komen.

92 CRvB 31 maart 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB5602, *JB* 1995/161, m.nt. A.W. Heringa.

93 CRvB 31 maart 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB5602, *JB* 1995/161, m.nt. A.W. Heringa.

94 CRvB 22 april 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AN5375.

95 CRvB 22 april 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AN5375.

De CRvB benoemt nogmaals de relatie tussen de artikelen 11 en 2 IVESCR en komt wederom tot de conclusie dat de staat bij teruglopende economische omstandigheden de sociale zekerheidsprestaties mag verlagen maar tegelijkertijd verplicht is een toereikende minimumstandaard te waarborgen.

In deze twee zaken komt de CRvB op basis van het karakter van het verdrag tot de conclusie dat de norm van de ingeroepen verdragsbepalingen niet geschonden is. Over de manier waarop dit gebeurt zijn de meningen verdeeld. Heringa juicht deze ontwikkeling toe[96] en ook Vlemminx vindt de directe IVESCR-conforme interpretatie 'een stapje vooruit'.[97] Pennings acht de vraag naar de rechtstreekse werking echter van het grootste belang en geeft er de voorkeur aan dat de CRvB deze expliciet behandelt.[98] Het kan zijn dat de CRvB de vraag naar rechtstreekse werking niet relevant acht omdat in casu de verdragsbepalingen niet zijn geschonden.

Vanuit een andere route – namelijk ná de vraag naar rechtstreekse werking – wijdt ook de Hoge Raad enige woorden aan de minimumstandaard. Hij lijkt de toepassing hiervan te ondersteunen in het Rookverbod-arrest, welk arrest vanwege de uiteenzetting van de criteria voor het vaststellen van rechtstreekse werking uitgebreid staat beschreven in paragraaf 4.2.2. De Nietrokersvereniging CAN komt op tegen een Koninklijk Besluit uit 2011 waarin voor kleine cafés een uitzondering gemaakt wordt op het rookverbod. Dit besluit wijzigt een Besluit uit 2008 betreffende een gelijkluidend rookverbod zonder deze uitzondering. CAN vordert een verklaring voor recht dat de staat hiermee onrechtmatig heeft gehandeld en legt aan deze vordering onder andere artikel 8 lid 2 van het WHO-Kaderverdrag[99] ten grondslag. De Nederlandse staat bestrijdt in cassatie dat het Kaderverdrag rechtstreekse werking heeft: de norm uit artikel 8 is onvoldoende nauwkeurig omschreven en laat het aan verdragspartijen over om te bepalen welke maatregelen moeten worden genomen.

Het Gerechtshof Den Haag overweegt dat de omstandigheid dat een verdragsnorm nog in nationale wetgeving moet worden omgezet niet zonder meer betekent dat daaraan geen rechtstreekse werking toekomt. Hiervan kan sprake zijn wanneer de verdragsnorm 'op duidelijke en onvoorwaardelijke wijze het met die nationale wetgeving te bereiken resultaat voorschrijft'.[100] Het hof overweegt dat artikel 8(2) Kaderverdrag voldoende duidelijk en concreet is waardoor hieraan 'rechtstreekse werking toekomt voor zover het gaat om de verplichting in "indoor public places" effectieve wettelijke maatregelen te nemen tegen blootstelling aan tabaksrook', en vervolgt:

---

96 CRvB 31 maart 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB5602, *JB* 1995/161, m.nt. A.W. Heringa.

97 CRvB 22 april 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AN5375, *JB* 1997/158, m.nt. F.M.C. Vlemminx.

98 CRvB 22 april 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AN5375, *AB* 1996/283, m.nt. F.J.L. Pennings.

99 *Trb.* 2005, 72, WHO-Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging, Genève, 21 mei 2003. Artikel 8 lid 2 gaat over het nemen van maatregelen die voorzien in bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook binnen (onder andere) openbare gebouwen.

100 Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ4871, r.o. 2.4.

> 'Het hof is ook van oordeel dat de uitzondering voor kleine cafés in strijd met deze verdragsverplichting is vastgesteld. Zoals hiervoor is overwogen vallen kleine cafés onder het begrip "indoor public places". Ook kan niet ontkend worden dat door deze uitzondering geen sprake is van bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook in de kleine cafés. Dit betekent dat de uitzondering voor kleine cafés wegens strijd met art. 8 lid 2 Verdrag onverbindend en dus onrechtmatig is. Het hof neemt hierbij mede in aanmerking dat het in dit geval niet gaat om een tijdelijke uitzondering die, bijvoorbeeld bij wege van overgangsmaatregel, als onderdeel van een geleidelijke implementatie van de verdragsverplichtingen is genomen, maar om het terugdraaien van een beschermingsmaatregel die reeds sinds 2008 van kracht was.[101]

Met het oog op deze overweging bespreekt Advocaat-Generaal Langemeijer in zijn conclusie de betekenis van een zogenaamde *stand still*-bepaling in een verdrag: 'een bepaling die verbiedt om een reeds bestaand beschermings niveau te verminderen.'[102] Het bestaande beschermingsniveau in het nationale recht geldt dan als de minimumnorm. CAN heeft de staat niet verweten een beschermingsniveau te verminderen, maar gevraagd om een toets van lagere regelgeving aan een verdragsverplichting. De staat heeft met het Besluit uit 2011 slechts een door hemzelf in 2008 ingevoerd rookverbod gedeeltelijk teruggedraaid. Omdat het Kaderverdrag de verdragsstaten niet verplicht tot invoering van een rookverbod vóór een bepaalde datum, is volgens de Advocaat-Generaal deze werkwijze van het verhogen en vervolgens een weinig verlagen van het beschermingsniveau mogelijk.[103] Eventuele strijd die hierdoor bestaat met het Kaderverdrag betekent volgens hem nog niet dat sprake is van een rechtstreeks werkende verdragsbepaling in de zin van artikel 93 Grondwet.[104]

De Hoge Raad sluit zich aan bij het oordeel van het gerechtshof: artikel 8(2) Kaderverdrag verplicht tot effectieve bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook en is in elk geval onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig omschreven om zich te verzetten tegen de gemaakte uitzondering voor kleine cafés.[105] Ook lijkt de Hoge Raad de redenering van het hof over het terugdraaien van de bestaande bescherming te onderschrijven wanneer hij overweegt:

> 'Weliswaar moet de Staat een redelijke tijd worden gelaten om een verdragsverplichting, zoals art. 8 lid 2 WHO Kaderverdrag bevat, na te komen, en bestaat in beginsel voor hem ook de mogelijkheid om in verband met andere belangen overgangsmaatregelen te treffen bij de nakoming van een dergelijke verplichting. Maar omdat met het aanvankelijke art. 3

101 Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ4871, r.o. 2.9.

102 Conclusie A-G Langemeijer voor HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:497, para. 3.23.

103 Deze werkwijze kan mogelijk ook worden gezien in het licht van de 'voorlopige toepassing' uit artikel 25(2) WVV: (een deel van) het verdrag wordt alvast toegepast in afwachting van inwerkingtreding. Het WHO-Kaderverdrag is voor Nederland echter reeds op 27 april 2005 in werking getreden.

104 Conclusie A-G Langemeijer voor HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:497, para. 3.23.

105 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, *NJ* 2015/12, r.o. 3.6.1-3.6.2.

> lid 1, aanhef en onder a, Besluit 2008 ook voor de beheerders van kleine cafés al de verplichting was ingevoerd om een rookverbod in te stellen, doet zich niet de vraag voor of de Staat meer tijd moet worden gelaten om tot wetgeving of andere maatregelen te komen, noch ook of de uitzondering voor kleine cafés als overgangsmaatregel gerechtvaardigd zou zijn.'[106]

Deze overweging van de Hoge Raad lijkt te passen in het beeld dat, gelet op de bestaande verdragsverplichtingen van de staat, een gegeven beschermingsniveau in het nationale recht niet zomaar kan worden verminderd. Het maakt daarbij niet uit of de staat de intentie heeft gehad om met deze aanname of wijziging van nationale wetgeving te voldoen aan de verdragsverplichting, noch of het verdrag een *stand-still*-bepaling bevat: de wijziging van nationale wetgeving die een beschermingsniveau terugschroeft moet (blijven) voldoen aan bestaande verdragsverplichtingen.[107] In zijn noot onder het Rookverbod-arrest merkt annotator Alkema op dat het verbod om het bestaande beschermingsniveau te verminderen – de zogenaamde *stand still*-bepaling – daarmee zo krachtig wordt dat bij terugdraaien van die bescherming aan de verdragsbepaling wél rechtstreekse werking toekomt, ook al is de rechtstreekse werking van de bepaling zelf niet onomstreden.[108]

Samenvattend omvat deze methode de toepassing van normen uit de staat bindende verdragsbepalingen. Het bestaan van een regeling in het nationale recht die een onderwerp uit een internationaal verdrag bestrijkt impliceert dat deze regeling een interpretatie en uitwerking van dit verdrag is waarmee de staat heeft willen voldoen aan zijn internationale verplichtingen. In de woorden van de CRvB:

> 'genoemde [verdrags]bepalingen [kunnen] in zoverre een rol spelen dat nationale bepalingen in het licht van deze door de staat op zich genomen [internationale] verplichtingen moet worden uitgelegd.'[109]

---

106 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, *NJ* 2015/12, r.o. 3.6.3.

107 In zijn arrest over het afschaffen van pelsdierhouderijen (HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, *RvdW* 2017/3) voegt de Hoge Raad nog een grens toe als het gaat om de minimumbescherming die is opgenomen in artikel 53 EVRM: 'Op grond van art. 93 Grondwet dient de Nederlandse rechter de een ieder verbindende bepalingen uit het EVRM toe te passen. Dat brengt mee dat hij ook gehouden is die bepalingen zelf uit te leggen, met dien verstande echter dat de taakverdeling tussen de nationale rechter en het EHRM meebrengt dat de nationale rechter bij zijn uitleg van de bepalingen van het EVRM zich richt naar de gevestigde rechtspraak van het EHRM. Weliswaar laat art. 53 EVRM de verdragsstaten de vrijheid om verdergaande bescherming te bieden dan voortvloeit uit de bepalingen van het EVRM, maar de art. 94 en 120 Grondwet brengen mee dat de Nederlandse rechter (bepalingen uit) een wet in formele zin slechts buiten toepassing mag laten indien toepassing van die wet niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.' In de toepassing van minimumnormen is de rechter gebonden aan het internationale recht. Daarom kan hij het beschermingsniveau van het EVRM niet ruimer uitleggen dan is gedaan door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, de aangewezen hoogste rechterlijke instantie tot uitlegging van dit internationale verdrag.

108 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, *NJ* 2015/12, m.nt. E.A. Alkema, para. 4.

109 CRvB, 29 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2889, r.o. 5.5.3.

Volgens de Memorie van Toelichting is het IVESCR gericht aan de Nederlandse staat en moeten de verdragsbepalingen eerst worden uitgewerkt in nationale wet- en regelgeving voordat er een rechtstreeks beroep op kan worden gedaan. De rechter gebruikt dit argument en herinnert de staat en de wetgever aan deze taak. Juist wanneer de wetgever een nationale regeling in het licht van een bepaald verdrag jarenlang heeft laten bestaan, kan deze des te overtuigender worden bestempeld als een regeling die volgens de wetgever voldoet aan de normen uit dit verdrag.[110] De norm uit het verdrag vormt vervolgens een ondergrens die moet worden gewaarborgd. Het (door de wetgever) afbreuk doen aan deze regeling vormt daarmee een inbreuk op de norm van een niet rechtstreeks werkende verdragsbepaling waaraan door de rechter consequenties kunnen worden verbonden.

4.4 Conclusie

De bepalingen van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten werken over het algemeen niet rechtstreeks. Door de jaren heen gebruikt de Nederlandse rechter voor deze conclusie de bedoeling van verdragspartijen, inhoud en bewoordingen van de bepalingen, de adressering aan de staat en de context van het geval. Volgens artikel 31 Weens Verdragenverdrag zijn de bedoeling van verdragspartijen en de inhoud van de bepalingen juiste criteria voor het interpreteren van een verdrag. De adressering aan de staat speelt sinds het arrest van de Hoge Raad uit 2014 geen zelfstandige rol meer: inhoud en bewoordingen geven de doorslag, in het licht van de omstandigheden van het geval. Deze werkwijze is nog niet toegepast op bepalingen uit het IVESCR, maar zal in concrete gevallen tot de conclusie kunnen leiden dat ook deze bepalingen rechtstreeks werken.

Naast de inhoud en de context gebruikt de rechter een enkele keer de vergelijking met analoge verdragsbepalingen voor het vaststellen van de rechtstreekse werking van (gedeeltes van) bepalingen uit het IVESCR. Deze werkwijze is gebaseerd op het uitgangspunt dat gelijke bepalingen gelijke werking hebben. Een verdragsbepaling werkt rechtstreeks wanneer een ander verdrag een gelijkluidende bepaling bevat die rechtstreeks werkt. Het oordeel dat het IVESCR niet rechtstreeks werkend is gezien inhoud en adressering aan de staat betekent niet dat dit verdrag nooit wordt toegepast. Door het vaststellen van de niet-rechtstreekse werking van verdragsbepalingen bevestigt de rechter dat er geen toetsing van nationale wetgeving aan deze bepalingen kan plaatsvinden. Dat staat artikel 94 Grondwet immers niet toe. Toch komen rechters via verschillende methodes toe aan het toepassen van het IVESCR. Blijkbaar wordt door hen ondanks het ont-

110 Zie ook het Arbeidskostenforfait-arrest, HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, *NJ* 2000/170, uitgebreid behandeld in paragraaf 3.3 onder f.

breken van rechtstreekse werking wel de behoefte gevoeld aan dit verdrag enige betekenis toe te kennen in het nationale recht. Dit kan voortkomen uit een bewustzijn van de maatschappelijke rol die door de rechterlijke macht vervuld wordt. Het verdrag is in zijn algemeenheid een bron van internationaal recht, het IVESCR in het bijzonder bevat sociale grondrechten. Deze zijn voor particulieren van groot belang en kunnen niet simpelweg 'niet van toepassing' worden verklaard. Daarnaast wordt de staat geacht niet in strijd met zijn internationale verplichtingen te handelen en kan de rechter hierin een rol spelen door nationaal recht in overeenstemming met het internationale recht toe te passen en te interpreteren.

Dit leidt ertoe dat de rechter via twee verschillende methodes een zekere werking toekent aan niet-rechtstreeks werkende verdragsbepalingen. Ten eerste is de werking van verdragsbepalingen mogelijk door aan deze bepalingen betekenis toe te kennen bij de uitleg en interpretatie van andere nationale en internationale bepalingen. Dit betekent dat de strekking van een verdragsbepaling van betekenis kan zijn voor het nationale recht. De tweede methode is het gebruiken van de norm die vervat is in een niet-rechtstreeks werkende bepaling voor het vaststellen van een minimumnorm die in nationale wet- en regelgeving moet worden gerespecteerd. Bestaande wetgeving met een zekere waarborg van internationaal overeengekomen rechten mag niet zonder reden worden vervangen door wetgeving die de verwezenlijkte rechten inperkt tot voorbij het reeds bestaande beschermingsniveau. Via deze routes komt ook aan niet-rechtstreeks werkende internationale bepalingen betekenis toe in de nationale rechtsorde.

5 Interpretatie en toepassing van verdragen met behulp van interpretatiemiddelen uit het internationale recht

5.1 Inleiding

Op 24 juni 1964 vindt op het Belgische gedeelte van de Schelde een aanvaring plaats tussen de schepen van twee in Nederland gevestigde partijen. In de daaruit voortvloeiende schadevergoedingszaak raadpleegt het hof Den Haag het tussen Nederland en België in 1925 gesloten Executie-Verdrag en overweegt:

> 'dat het Executie-Verdrag is een volkenr. overeenkomst, die als zodanig – d.w.z. als geschreven volkenrecht – binnen de Ned. rechtsorde een interne werking heeft; dat de rechter in landen, waar dit het geval is – zoals in Ned. –, volkenrechtelijke overeenkomsten dient uit te leggen overeenkomstig de in het volkenrechtelijk gebruikelijke interpretatie-methoden'[1]

Anticiperend op de inwerkingtreding van het Weens Verdragenverdrag past het hof de interpretatieregels van dit verdrag toe omdat deze een codificatie zijn van het bestaande, ongeschreven volkenrecht en komt tot de conclusie dat het geding in de hoofdzaak niet onder de werking van het Executie-Verdrag valt.

In 1990 speelt een kort geding tussen een Spaanse vader en een Nederlandse moeder. Hun zoon is door de moeder aan het gezag van de vader onttrokken en woont sinds januari 1990 in Nederland. Deze ongeoorloofde overbrenging heeft plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van het Europees Verdrag betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen.[2] Volgens de moeder staat het de Nederlandse rechter daarom volledig vrij om buiten de bestaande verdragen om in deze zaak vonnis te wijzen. Op 13 september 1990 doet de president van de rechtbank Utrecht uitspraak. Aangaande de toepasselijkheid van het Europees Verdrag, citeert hij Frohn,[3] die overweegt:

> 'De "Convention Committee on the custody convention" (jaarlijkse bijeenkomst van centrale autoriteiten) heeft echter geoordeeld dat, gelet op de doelstelling van het verdrag, het verdrag in beginsel ook toegepast kan worden in gevallen waarin de beslissing [inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen] gegeven is vóór de inwerkingtreding van het verdrag.'[4]

---

1 Hof Den Haag 28 februari 1969, ECLI:NL:GHSGR:1969:AD7902.
2 *Trb.* 1980, 134; *Trb.* 1981, 10.
3 Frohn 1990.
4 Rb. Utrecht (President) 13 september 1990, ECLI:NL:RBUTR:1990:AH3261.

De autoriteit van genoemd *Convention Committee* is volgens de president voldoende reden om diens oordeel over te nemen en in deze zaak het Europees Verdrag toe te passen.

In bovenstaande zaken wordt gebruik gemaakt van onconventionele internationale rechtsbronnen voor de interpretatie van verdragen: nog niet in werking getreden verdragen en de niet-bindende uitspraak van een verdragscomité. Dit hoofdstuk gaat over het gebruik van verschillende middelen door de Nederlandse rechter bij het interpreteren van een internationaal verdrag of besluit. Uitgangspunt is de vraag of de Nederlandse rechter zijn weg vindt in het aanbod van deze interpretatiemiddelen. Aan de hand van rechtspraak wordt bekeken hoe hij deze middelen inzet bij de interpretatie en toepassing van verdragen.

Hierna volgt een korte inleiding op het onderwerp aan de hand van de internationale regels over interpretatie en toepassing van verdragen, een korte toelichting op de in deze casestudy gebruikte verdragen en de opzet van dit hoofdstuk.

5.1.1 Het toepassen van verdragen met behulp van interpretatiemiddelen

Wanneer verdragen en besluiten internationaalrechtelijk bindend zijn voor Nederland, zijn ze ook van toepassing binnen de Nederlandse rechtsorde. Voor het toepassen en interpreteren van verdragen moet de nationale rechter met name gebruik maken van internationale gewoonterechtelijke interpretatieregels die zijn neergelegd in de artikelen 31 tot en met 33 van het Weens Verdragenverdrag (WVV).[5] De algemene regel voor verdragsinterpretatie, artikel 31 WVV, hecht met name waarde aan de 'gewone betekenis' van de termen, eventueel 'in hun context en in het licht van het voorwerp en doel' van het toe te passen verdrag. Verdragen dienen te goeder trouw te worden uitgelegd[6] met aandacht voor de bedoeling van partijen.[7] Voor deze interpretatie kan op grond van artikel 31 WVV gebruik worden gemaakt van verschillende middelen, zoals een latere overeenstemming tussen partijen over de uitleg van het verdrag of het gebruik in de toepassing van het verdrag.[8] Artikel 32 WVV verwijst naar de documenten die het voorbereidend werk – de *travaux préparatoires* – of de omstandigheden weergeven waaronder het verdrag is gesloten.[9] Deze documenten worden 'aanvullende middelen van uitlegging' genoemd die de uitkomst van de interpretatie op basis van artikel 31 WVV kunnen bevestigen of gebruikt kunnen worden wanneer deze uitkomst dubbelzinnig of onredelijk is.[10] In het Statuut voor het Internationaal Gerechtshof worden als 'hulpmiddel' de jurisprudentie

5 *Trb.* 1972, 51.
6 Artikel 31(1) WVV.
7 Artikel 31(4)WVV.
8 Artikel 31(3)(a)(b) WVV.
9 Artikel 32 WVV.
10 Artikel 32 WVV.

en literatuur – of: rechtsleer – genoemd.[11] In dit hoofdstuk zal de verzamelterm 'interpretatiemiddelen' worden gebruikt voor de aanvullende middelen uit het WVV en de hulpmiddelen uit het IGH-statuut. Ook uitspraken van verdragsorganen worden in de literatuur genoemd als behulpzaam bij het interpreteren en toepassen van internationaal recht en worden in die hoedanigheid geschaard onder de interpretatiemiddelen. Wanneer zij door de rechter wél als zelfstandige bron worden gebruikt – beschreven in paragraaf 5.3 – wordt in dit onderzoek de term '(rechts)bron' gebruikt.

Het Haags Kinderontvoeringsverdrag[12] en het CMR-verdrag – waarover meer in paragraaf 5.1.2 – zijn verdragen in de categorie internationaal of eenvormig uniform privaatrecht dat als doel de internationale eenmaking van internationaal privaatrecht heeft.[13] Over de wijze van uitlegging van dergelijke verdragen is in de literatuur veelvuldig gediscussieerd.[14] Men is het erover eens dat bij de uitleg ervan rekening moet worden gehouden met het uniforme en internationale karakter.[15] Verdeeldheid bestaat echter over de vraag of gebruik kan worden gemaakt van de interpretatieregels van het Weens Verdragenverdrag. In haar dissertatie wijst Trompenaars op enkele beperkingen in het WVV, waaronder de aanduiding van de *travaux préparatoires* in artikel 32 WVV als 'secundair interpretatiemiddel' en het ontbreken van de rechtsvergelijking als interpretatiemiddel in het WVV.[16] Beide middelen acht zij voor de interpretatie van uniform privaatrechtelijke verdragen van primair belang, terwijl deze bij een strikte toepassing van het WVV niet de status van primair interpretatiemiddel hebben maar hun betekenis 'geringer' is dan die van andere interpretatiemiddelen.[17] Terwijl Trompenaars het WVV in mindere mate van toepassing acht wanneer het een verdrag van uniform privaatrecht betreft,[18] pleit De Meij juist vóór toepassing van het WVV bij de interpretatie van het CMR-verdrag omdát het een verdrag van uniform privaatrecht is:

> 'Uit de algemene uitlegregel van art. 31 lid 1 WVV volgt immers, dat de verdragstekst moet worden gelezen in het licht van het doel en de strekking van het verdrag. Het belangrijkste doel van verdragen van uniform privaatrecht is – zoals vaak ook al uit de preambule blijkt – de harmonisatie van het in de verdragsregeling neergelegde recht. Dit doel kan alleen verwezenlijkt worden door een uniforme interpretatie, waarbij beslissende betekenis toekomt aan de heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur van de verschillende verdragsstaten. De algemene interpretatieregel van art. 31 lid 1 WVV biedt hiervoor

11 Zie: IGH-statuut art. 38(1)(d).
12 De Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht noemt als doelstelling in artikel 1 van het Statuut de geleidelijke eenmaking van de regels van internationaal privaatrecht.
13 Schaafsma 2014.
14 Onder anderen: Trompenaars 1989; De Meij 2003; Hendrikse & Margetson 2013.
15 De Meij 2003, p. 8.
16 Trompenaars 1989, p. 121-123.
17 Trompenaars 1989, p. 122.
18 Daarin gevolgd door onder anderen Hendrikse & Margetson 2013, p 34.

> door zijn objectief-teleologische karakter voldoende ruimte. Bij de uitleg van een verdrag van uniform privaatrecht, zoals het CMR-Verdrag dient de rechtsvergelijking daarom een primair interpretatiemiddel te zijn.'[19]

Doel van het WVV is niet om een strikte hiërarchie tussen interpretatiemiddelen te scheppen – zoals in het IGH-statuut – maar slechts om algemene richtlijnen voor het interpreteren van verdragen te geven.[20]

Bij verdragen van uniform privaatrecht hebben verdragsstaten de bevoegdheid om het verdrag toe te passen bewust overgelaten aan de nationale rechter. Gegeven de verschillende interpretatiemiddelen bij verdragen rijst de vraag of de Nederlandse rechter zijn weg vindt in het aanbod van de verschillende middelen en hoe hij deze gebruikt bij de interpretatie van verdragen.

Bij de interpretatie van een verdrag kan ook betekenis toekomen aan het oordeel van een bij verdrag opgericht comité dat uitspraken over de toepassing van het verdrag doet. Zo is – om de uniforme werking van het HKOV te faciliteren en te evalueren – door de verdragsstaten op 20 oktober 1988 de Special Commission opgericht:

> 'The undersigned delegates of the Governments (…) in the Sixteenth Session of the Hague Conference on Private International Law (…) [h]aving regard to the proposals and suggestions advanced within the First Commission (…) [instruct] the Secretary General to convene a Special Commission on the operation of the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*.'[21]

In de bijeenkomsten van dit comité bespreken de vertegenwoordigers van de Centrale Autoriteiten en andere deskundigen de toepassing van het Haags Kinderontvoeringsverdrag in de verschillende verdragsstaten. Van deze vergaderingen wordt een eindrapport met aanbevelingen gepubliceerd op de website van de Haagse Conferentie. Soortgelijke comités die in deze casestudy aan de orde komen zijn het Comité voor de Rechten van de Mens, opgericht bij het IVBPR, en het Europees Comité voor Sociale Rechten, opgericht bij het Europees Sociaal Handvest.

5.1.2 De verdragen: het CMR-verdrag en het Haags Kinderontvoeringsverdrag

Het gebruik van verschillende interpretatiemiddelen komt duidelijk en uitgebreid naar voren in de jurisprudentie over het vervoer van goederen over de weg en die over kinderontvoering. De rechtspraak rondom de verdragen bij deze onderwerpen – het CMR-Verdrag en het Haags Kinder-

19 De Meij 2003, p. 42. De literatuur van een aanzienlijke groep voorstanders staat in De Meij 2003 genoteerd op pagina 8 in noot 20.

20 De Meij 2003, p. 16.

21 Hague Conference on Private International Law, 'Final Act of the Sixteenth Session', *International Legal Materials*, 1989, vol. 28, p. 150-155.

ontvoeringsverdrag – vormt dan ook het uitgangspunt van deze casestudy. Om de verschillende uitspraken bondig te kunnen bespreken worden in deze paragraaf de achtergrond en specifieke eigenschappen van beide verdragen geschetst.

Het Verdrag voor grensoverschrijdend wegvervoer is grotendeels het werk van een Expert-comité opgericht in samenwerking tussen het *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT), de *International Road Transport Union* (IRU) en de *International Chamber of Commerce* (ICC). Het verdrag is gefinaliseerd door de *United Nations Economic Commission for Europe* (ECE) en onder auspiciën van de Verenigde Naties door 9 staten – waaronder Nederland – getekend op 19 mei 1956 in Genève.. Het CMR-verdrag is in werking getreden in 1961[22] en inmiddels door 55 staten geratificeerd. Staten uit het Midden-Oosten, Noord-Afrika en alle Europese staten zijn partij bij dit verdrag, dat afgekort is naar de Franse titel *Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route*.

> 'Voor de toepasselijkheid van het C.M.R.-verdrag is vereist dat sprake is van vervoer in de zin van art. 1 C.M.R., dat wil zeggen van grensoverschrijdend vervoer, waarbij de plaats van inontvangstneming en de plaats bestemd voor de aflevering der goederen in twee verschillende landen zijn gelegen.'[23]

Het CMR-verdrag regelt dwingendrechtelijk onder andere de aansprakelijkheid van de vervoerder de hoogte van schadevergoeding en de verjaringstermijn met als doel vooral voor eerstgenoemd onderwerp een eenvormige regeling te bewerkstelligen en forumshopping te voorkomen.[24] Om dit te bereiken dient het CMR-verdrag in alle betrokken landen uniform te worden uitgelegd. Bij het CMR-verdrag is met name van belang door eenvormige jurisprudentie het zogenaamde forumshoppen – kort gezegd: het instellen van vorderingen bij de rechter met de voor de eisende partij gunstigste interpretatie van het verdrag – te voorkomen.[25] Dit maakt dit verdrag interessant in deze casestudy over het raadplegen van interpretatiemiddelen.

Het tweede verdrag dat uitgebreid aan de orde komt in deze casestudy is het Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, ofwel: het Haags Kinderontvoeringsverdrag (HKOV). Het HKOV komt op 25 oktober 1980 in Den Haag tot stand op initiatief van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, een intergouvernementele organisatie. Bijna tien jaar later, op 1 september 1990, treedt het

22 *Trb*. 1957, 84.

23 Hof Amsterdam 14 oktober 1977, ECLI:NL:GHAMS:1977:AC3740.

24 Preambule C.M.R.-Verdrag, zie ook: Hendrikse & Van Huizen 2005, p. 24.

25 Zie voor uitleg en voorbeelden: HR 28 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0419, *NJ* 2008/623; HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2043, *NJ* 2014/295, r.o. 3.9; HR 18 september 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI6315, para 12.

HKOV voor Nederland in werking.[26] Momenteel zijn 94 staten lid van het HKOV, dat ten doel heeft:

> 'a) De onmiddellijke terugkeer te verzekeren van kinderen die ongeoorloofd zijn overgebracht of worden vastgehouden in een Verdragsluitende Staat;
> b) Het in een Verdragsluitende Staat bestaande recht betreffende het gezag en het omgangsrecht in de andere Verdragsluitende Staten daadwerkelijk te doen eerbiedigen.'[27]

Het HKOV richt zich op een spoedig herstel van de feitelijke situatie voorafgaand aan de ontvoering – ter bescherming van het kind – en op een interstatelijke acceptatie en tenuitvoerlegging van nationale rechterlijke beslissingen die van belang zijn voor de werking van het Verdrag. De uitgangspunten van het HKOV stroken met het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK). Artikel 11 IVRK verplicht verdragsstaten om maatregelen te nemen ter bestrijding van kinderontvoering en spoort staten aan daartoe verdragen te sluiten.[28] Het HKOV is een invulling van deze verplichting.

Het HKOV kwalificeert kinderontvoering als het ongeoorloofd 'overbrengen of niet doen terugkeren van een kind',[29] dat wil zeggen: 'in strijd met een gezagsrecht' dat geldt volgens 'het recht van de staat waarin het kind onmiddellijk voor zijn overbrenging of vasthouding zijn gewone verblijfplaats had', mits dit gezagsrecht 'daadwerkelijk werd uitgeoefend'.[30] Het HKOV is van toepassing op kinderen jonger dan 16 jaar die onmiddellijk voorafgaand aan de ontvoering hun verblijfplaats hadden in een verdragsstaat.[31] Aan de uitvoering van het verdrag wordt toepassing gegeven door de Centrale Autoriteit (CA), een orgaan dat door iedere verdragsstaat moet worden ingesteld.[32] Deze CA's werken onderling samen om de doelstellingen van het HKOV te verwezenlijken en zijn bevoegd alle passende maatregelen te nemen omtrent het vinden en het veilig stellen van het kind.[33] De CA is het orgaan tot wie ouders van ontvoerde kinderen zich kunnen wenden om hulp te vragen en te ontvangen ter verzekering van de terugkeer van het kind.[34] De Nederlandse CA is onderdeel van het Ministerie van Veiligheid en Justitie. Ingeval van ontvoering uit Nederland, wordt door de Nederlandse CA de CA ingeschakeld van het land waarnaartoe het kind is meegenomen.

Voor Nederland wordt de uitvoering van het HKOV – en het tegelijkertijd in werking getreden maar minder gebruikte Europees Verdrag – geregeld in de Uitvoeringswet internationale kinderontvoering.[35] De Uitvoe-

26 *Trb.* 1987, 139.
27 Artikel 1 HKOV.
28 Artikelen 11(1) en 11(2) IVRK.
29 Artikel 3 HKOV.
30 Artikel 3 sub a en b HKOV.
31 Artikel 4 HKOV.
32 Artikel 6 HKOV.
33 Artikel 7 HKOV.
34 Artikel 8 HKOV.
35 2 mei 1990, *Stb.* 202.

ringswet is ook van toepassing op 'de gevallen van internationale ontvoering van kinderen die niet door een verdrag worden beheerst'.[36] De in artikel 13 Uitvoeringswet van toepassing verklaarde artikelen 12(2), 13 en 20 HKOV betekenen in de praktijk dat dit Verdrag ook wordt toegepast ingeval de staat waarheen het kind is ontvoerd, geen verdragsluitende staat van het HKOV is.[37]

Binnen de lidstaten van de Europese Unie – met uitzondering van Denemarken – is sinds 1 maart 2005 nóg een instrument van toepassing, namelijk de Verordening Brussel II-bis.[38] Ook hierin zijn bepalingen opgenomen ten aanzien van kinderontvoering. Volgens artikel 60 van de Verordening hebben deze bepalingen tussen lidstaten voorrang boven eerdere verdragen, waaronder het HKOV:

> 'In de betrekkingen tussen de lidstaten heeft deze verordening voorrang boven de volgende verdragen, voorzover zij betrekking hebben op onderwerpen die in deze verordening zijn geregeld: (…)
> e) het verdrag van 's-Gravenhage van 25 oktober 1980 inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen.'

Het herstel van de situatie voorafgaand aan de ontvoering werd ten tijde van het opstellen van het HKOV van het grootste belang geacht voor de welzijn van het kind: in de meeste gevallen was het namelijk de niet-verzorgende ouder, veelal de vader, die, ontevreden met de omgangsregeling, het kind aan het gezag van de moeder onttrok. Voor uitzonderlijke omstandigheden is in het HKOV een drietal weigeringsgronden opgenomen[39] op grond waarvan de rechter kan weigeren het kind terug te sturen naar het land van herkomst. Deze weigeringsgronden moeten restrictief worden toegepast om de ontvoerder niet in de kaart te spelen.[40] Dertig jaar later zijn de rollen omgedraaid en gaat het in de meeste gevallen om de verzorgende ouder, veelal de moeder, die na een scheiding op sociale en economische gronden met het kind terugkeert naar haar land van herkomst.[41] De laatste jaren komt daarom de vraag naar voren of het belang van het kind nog wel gediend wordt met de uitgangspunten van het HKOV. In Zwitserland is – na een passieve ontvangst door de Special Commission van het Zwitserse voorstel tot

36 Artikel 2 Uitvoeringswet internationale kinderontvoering.
37 Zie onder andere: HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7476.
38 Verordening (EG) Nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000 (*PbEU* 46 (2003), L338/1).
39 Artikelen 12, 13 en 20 HKOV.
40 Pérez-Vera 1980, p. 432.
41 Statistisch overzicht internationale kinderontvoering 2012, kenmerk 378096, *Ministerie van Veiligheid en Justitie*, 2 mei 2013, p. 1.

wijziging van het HKOV op dit punt[42] – in 2009 een wet in werking getreden die uitvoering geeft aan verschillende kinderbeschermingsverdragen, waaronder het HKOV.[43] Aan het beslissingscriterium 'belang van het kind' wordt in deze Zwitserse wet grote invloed toegekend. Om die reden staat deze wet op gespannen voet met de uitgangspunten van het HKOV, zoals door de Verenigde Staten van Amerika verwoord in een jaarrapport van de *Office of Children's Issues* over de naleving van het HKOV:

> 'Swiss courts often treat Convention cases as custody decisions, invoking the child's "best interests" as a reason for denying return, and performing merits-based custody assessments. Such assessments are outside the purview of the Convention. See Convention, art. 16 (court deciding Convention application shall not decide merits of custody rights).'[44]

Terwijl de Zwitsers hun heil zoeken in maatregelen ter bescherming van het belang van het kind,[45] heeft Nederland de uitvoering van het HKOV verbeterd via procedurele wijzigingen. Het advies van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht – belast met de opdracht te onderzoeken op welke wijze de uitvoering van het HKOV in Nederland verbeterd kan worden – heeft geleid tot een wijziging in de organisatie van de rechtspraak over het HKOV.[46] Met ingang van 2012 is de rechtspraak in internationale kinderontvoeringszaken in eerste aanleg geconcentreerd bij de rechtbank Den Haag en daarmee in hoger beroep bij het gerechtshof Den Haag. Daarnaast is voor teruggeleidingszaken die zijn ingesteld na 1 januari 2012 enkel nog cassatie in belang der wet mogelijk. Belangrijkste argument voor deze wijzigingen is de specialisatie en daarmee grotere deskundigheid van de rechterlijke instanties gezien het relatief geringe aantal zaken dat per jaar in Nederland wordt behandeld.[47] Ook speelt de te boeken tijdwinst een rol: de gemiddelde doorlooptijd van een jaar kan nu teruggebracht worden naar in beginsel (maximaal) achttien weken, de zogenaamde 'pressure

---

42 Hague Conference on Private International Law, 'Report on the Fifth meeting of the Special Commisson', maart 2007, p. 59-60, appendix.

43 *Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen*, dat uitvoering geeft aan het Kinderbeschermingsverdrag 1996, het Verdrag ter bescherming van meerderjarigen (2000), het HKOV en het EKOV.

44 United States Department of State, 'Report on Compliance with the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction', april 2009, via: http://travel.state.gov/.

45 Daarbij gesteund door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: EHRM 6 juli 2010, Application no. 41615/07 (Neulinger/Zwitserland), *NJ 2010, 644*, m.nt. S.F.M. Wortmann. Dit wordt behandeld in Hoofdstuk 6.

46 Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, *Knelpunten bij de uitvoering van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 in Nederland*, *Kamerstukken II* 2008/09, 30072, 15.

47 Berekening van de Staatscommissie voor het IPR in *Knelpunten bij de uitvoering van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 in Nederland*, p. 17: bij een behandeling van 20% van het aantal bij de Centrale Autoriteit ingekomen zaken per jaar (gemiddeld 44) zou het jaargemiddelde minder dan 9 beschikkingen in eerste aanleg per jaar zijn, verdeeld over alle arrondissementen.

cooker'.[48] Op de voordelen van specialisatie en de focus op een snelle(re) doorlooptijd werden de verdragsstaten al in 2001 gewezen door de Special Commission:

> 'The Special Commission calls upon Contracting States to bear in mind the considerable advantages to be gained by a concentration of jurisdiction to deal with Hague Convention cases within a limited number of courts. (….) The Special Commission calls upon trial and appellate courts to set and adhere to timetables that ensure the speedy determination of return applications.'[49]

Het belang van een snelle beoordeling van een kinderontvoeringszaak is evident: er moet zo snel mogelijk duidelijkheid worden geschapen over de ontstane of toekomstige situatie. Tegelijkertijd moet deze beoordeling op zorgvuldige wijze plaatsvinden om het onderlinge vertrouwen in een juiste behandeling van de zaken te behouden. Idealiter wordt de ontvoering van een Nederlands kind naar Engeland, waar de Engelse rechter over de terugkeer beslist, op dezelfde gronden en met gebruikmaking van dezelfde overwegingen beoordeeld als wanneer een Marokkaans kind naar Nederland wordt ontvoerd en de Nederlandse rechter over diens terugkeer beslist. Om de nationale rechters te ondersteunen bij hun taak het HKOV te interpreteren is een netwerk opgebouwd waarin rechters berichten over de toepassing van het Verdrag in eigen land, inclusief drempels voor toepassing of door hen voorgestelde verbeteringen. De Special Commission benadrukt het belang van deze ervaringsuitwisseling:

> 'The Special Commission notes the increase in recent years in the holding of judicial (and other) seminars and conferences at the national, regional and international levels and underlines the importance of such meetings and the contribution which they make to the development of the mutual understanding and confidence between judges necessary to support the effective functioning of the Convention.'[50]

5.1.3 Opzet van dit hoofdstuk

Een groot aantal uitspraken waarin interpretatiemiddelen worden aangehaald of gebruikt, wordt in de volgende paragrafen besproken. De focus ligt op de interpretatie van de verdragen door de rechtscolleges, waaruit

---

48 Het Bureau Liaisonrechter Internationale Kinderbescherming, Verslag over de periode 1 januari 2011-1 januari 2012, Rechtbank 's-Gravenhage sector familie- en jeugdrecht, para. 1.2.1.

49 Hague Conference on Private International Law, 'Conclusions and Recommendations of the Fourth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (22-28 March 2001)', april 2001, para. 3.1 en 3.4.

50 Hague Conference on Private International Law, 'Conclusions and Recommendations of the Fourth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (22-28 March 2001)', april 2001, para. 2.10.

conclusies zijn te trekken over de vindbaarheid en rol van aanvullende en hulpmiddelen bij deze interpretaties.

De Nederlandse rechter gebruikt een groot aantal interpretatiemiddelen, zoals internationale literatuur en rechtspraak uit verschillende verdragsstaten, en gaat daarbij uit van doel en strekking van het verdrag. Het gebruik van de verschillende middelen zal worden beschreven in paragraaf 5.2. Deze middelen kunnen worden onderscheiden in de oorspronkelijke bedoeling van partijen – zoals blijkt uit het verdrag en de *travaux préparatoires* – en latere ontwikkelingen – zoals weergegeven in de uitspraken van verdragscomités. Een verdrag waar de Nederlandse staat partij bij is, kan door de Nederlandse rechter op een andere wijze dan door de staat bedoeld worden geïnterpreteerd en toegepast doordat hij in deze toepassing de uitspraak van een verdragscomité betrekt. De invloed en toepassing van de uitspraken van verdragscomités wordt beschreven in paragraaf 5.3. De rol van de verschillende interpretatiemiddelen en hun status in het nationale en internationale recht worden samengevat in paragraaf 5.4. In Hoofdstuk 8 worden deze middelen meegenomen op de route van de interpretatie en toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter.

5.2 De rol van internationale interpretatiemiddelen bij toepassing van het verdrag

Voor de acceptatie van buitenlandse rechterlijke beslissingen is van belang dat staten kunnen vertrouwen op een juiste interpretatie van het verdrag door de andere verdragsluitende staten omdat deze interpretatie verstrekkende gevolgen kan hebben binnen hun eigen rechtsorde. Onder andere jurisprudentie, gezaghebbende literatuur en *travaux préparatoires* zijn aanvullende en subsidiaire middelen bij deze interpretatie.[51] Onder de algemene noemer 'interpretatiemiddelen' wordt in deze paragraaf het gebruik van de middelen in de toepassing en ontwikkeling van het HKOV en het CMR-verdrag belicht en wordt stilgestaan bij de invloed van deze middelen op de interpretatie van internationale verdragen.

5.2.1 De toepassing van verdragen met gebruik van verschillende interpretatiemiddelen

De *Special Commission* bij het HKOV maakt al snel duidelijk dat de eenheid van interpretatie van het HKOV en het uitdragen van de verdragsintentie van belang is. In het Rapport van haar eerste vergadering in 1989 overweegt zij naar aanleiding van de uitkomst in een Franse zaak:

51 Artikel 38(1)(d) IGH-statuut.

> 'The result and the reasoning of the Court of Appeal of Aix-en-Provence in this case were broadly approved as being in the spirit of the Convention.'[52]

en in haar Rapport naar aanleiding van de tweede vergadering in 1993 concludeert zij dat de betekenis van begrippen uit het HKOV binnen de eigen verdragsstructuur moeten worden gezocht en niet samenvallen met begrippen uit het nationale recht:

> '[T]he expression "rights of custody", for example, does not coincide with any particular concept of custody in a domestic law, but draws its meaning from the definitions, structure and purposes of the Convention.'[53]

Advocaat-Generaal Strikwerda komt in een zaak over een gescheiden moeder die, zonder overleg met de toezichthoudende instantie, samen met haar onder toezicht gestelde kind vanuit Nederland naar Denemarken verhuist tot dezelfde conclusie als het verdragscomité: het nationale recht is ondergeschikt aan het doel en de strekking van het internationale verdrag zoals dit door de verdragsluitende staten is afgesproken en verwoord:

> '[H]et begrip gezagsrecht als bedoeld in art. 5 onder 1 HKOV [is] een verdragsautonoom begrip. Dit betekent dat de vraag of sprake is van een gezagsrecht in de zin van het verdrag niet uitsluitend bepaald wordt door de terminologie en het begrippenstelsel van het nationale recht dat toepasselijk is op de rechtsbetrekking waarop de zorg voor de persoon van het kind berust, doch veeleer beantwoord dient te worden in het licht van het doel en de strekking van het verdrag. Vgl. het Rapport explicatif van de hand van E. Pérez-Vera (…) waar in verband met de uitleg van het begrip gezagsrecht als bedoeld in art. 5 onder a HKOV erop wordt gewezen dat "a classic rule of treaty law requires that a treaty's terms be interpreted in their context and by taking into account the objective and end sought by the treaty."'[54]

Het hof had in deze zaak eerder geoordeeld dat de moeder niet gehandeld heeft in strijd met het HKOV, omdat naar Nederlands recht de ondertoezichtstelling geen wijziging in het gezagsrecht tot gevolg heeft. Volgens de toezichthoudende instantie, verzoekster in cassatie, wijst de parlementaire geschiedenis van de maatregel van ondertoezichtstelling niet in de door het hof aangegeven richting. In cassatie overweegt de Hoge Raad:

> '[D]e betekenis van het in art. 5 van het hiervoor genoemde Haagse Verdrag van 25 oktober 1980 omschreven begrip 'gezagsrecht' moet worden bepaald aan de hand van doel en strekking van dit verdrag.'[55]

---

52 Hague Conference on Private International Law, 'Overall Conclusions of the Special Commission of October 1989 on the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of international Child Abduction', para. 10.

53 Hague Conference on Private International Law, 'Report of the Second Special Commission Meeting to review the Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction held 18-21 January 1993', part two, conclusie 2.

54 HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5523, *NJ* 2001/452, conclusie A-G para. 13.

55 HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5523, *NJ* 2001/452, r.o. 3.5.

De Hoge Raad hecht betekenis aan doel en strekking van het verdrag en oordeelt dat in het licht van de doelstellingen van het HKOV niet kan worden gezegd dat de toezichthoudende instantie een gezagsrecht in de zin van het verdrag toekomt en verwerpt het beroep.

Naast doel en strekking spelen in de Nederlandse rechtspraak de *travaux préparatoires* en *subsequent agreements* een belangrijke rol. Bij het HKOV is het *Rapport explicatif* van Pérez-Vera[56] een belangrijke bron voor de betekenis van verschillende bepalingen uit het verdrag. Dit document is door de Haagse Conferentie erkend als de officiële weergave van de totstandkomingsgeschiedenis en commentaar op het HKOV, zo schrijft het Amerikaanse Department of State:

> '[Pérez-Vera's] explanatory report is recognized by the Conference as the official history and commentary on the Convention and is a source of background on the meaning of the provisions of the Convention available to all States becoming parties to it.'[57]

In een zaak tussen een Nederlandse moeder, die met de kinderen in Nederland verblijft, en een Amerikaanse vader, die volgens de moeder toestemming heeft gegeven voor het niet doen terugkeren van de kinderen naar Amerika, is de vraag op wie de bewijslast van de al dan niet gegeven toestemming rust. De Hoge Raad overweegt:

> 'Uit de tekst van art. 13 lid 1, aanhef en onder a, Verdrag (…) en in het bijzonder uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal Strikwerda onder 11 aangehaalde passage uit het Rapport explicatif bij het Verdrag volgt dat, ingeval wordt betwist dat toestemming is gegeven voor het niet doen terugkeren van het kind, terzake een bewijsopdracht kan worden verleend en dat de bewijslast rust op degene die zich tegen de terugkeer van het kind verzet. Noch uit het Verdrag noch uit het Rapport explicatif blijkt dat dan bewijs door getuigen niet zou zijn toegelaten. (…) Voorts biedt noch het Verdrag noch het Rapport explicatif enig aanknopingspunt voor de opvatting dat de ouder die zich tegen de terugkeer verzet, slechts kan worden toegelaten tot bewijs van de stelling dat toestemming is verleend, indien deze tevens stelt dat toestemming voor een definitief verblijf is gegeven.'[58]

Het *Rapport explicatif* geeft betekenis aan de termen van het HKOV en dit document is voor de Nederlandse rechter het belangrijkste middel wanneer het gaat om het vinden van aanknopingspunten voor de interpretatie van het Verdrag. Voor de interpretatie van het CMR-verdrag kan geen gebruik gemaakt worden van dergelijke documenten, concludeert Advocaat-Generaal Franx na een zoektocht:

> 'Het is mij gebleken dat er geen algemeen toegankelijke 'Actes' zijn van de onder auspiciën van de Verenigde Naties gehouden conferentie die het C.M.R. Verdrag-1956 creëerde (…). De weg van authentieke interpretatie van het verdrag staat daarom niet open.'[59]

---

56 Pérez-Vera 1980, p. 426 e.v. Alhoewel de Nederlandse rechter veelal de Engelse vertaling van het *Rapport explicatif* citeert, is de bronvermelding even vaak in het Frans.

57 Lexsee 51 Fed. Reg. 10494, Department of State, Public Notice 957, *Hague International Child Abduction Convention; Text and Legal Analysis*, 51 no. 58 FR 10494, 26 maart 1986.

58 HR 14 juli 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6532, *NJ* 2001/451, r.o. 3.3.

59 HR 16 maart 1979, ECLI:NL:PHR:1979:AC6517.

Bij gebrek aan een gepubliceerde en door partijen erkende authentieke interpretatie van het verdrag moet men zich wenden tot andere interpretatiewijzen, zo concludeert Advocaat-Generaal Strikwerda:

> '[W]aar voor de uitleg van die verdragsbepalingen niet gebruik kan worden gemaakt van de wordingsgeschiedenis van het verdrag aangezien geen verslag of documentatie van de voorbereidende werkzaamheden ('travaux préparatoires') is gepubliceerd of anderszins voor publieke inzage beschikbaar is (…) zal een rechtsvergelijkende of, zo nodig, een teleologische interpretatie uitkomst moeten bieden.'[60]

Ten derde worden literatuur en rechtspraak door de rechter aangehaald om op grond van de actuele stand van zaken die daarin wordt beschreven, aan te sluiten bij de praktijk in andere verdragsstaten. Op deze wijze geeft de Nederlandse rechter een verdragsconforme interpretatie van bepalingen uit het HKOV. Dit vereist soms een keuze omdat de rechtspraak van de verschillende verdragstaten op bepaalde punten niet eenduidig is. Dit komt enerzijds door de van elkaar verschillende stelsels van familierecht en de interpretatieruimte die het HKOV biedt, anderzijds door de per geval zeer uiteenlopende omstandigheden. Het centrale begrip 'gewone verblijfplaats',[61] bijvoorbeeld, wordt op drie manieren geïnterpreteerd: met het kind als middelpunt, met aandacht voor de intentie van de verzorgers of met de verzorgers als middelpunt.[62] Terwijl in de Amerikaanse rechtspraak voorbeelden zijn te vinden van al deze drie varianten, benadert de Duitse rechter dit vraagstuk met het kind als middelpunt en aandacht voor de intentie van de verzorgers. Volgens de Duitse rechter kan ook een ongeoorloofde overbrenging resulteren in een wijziging van de gewone verblijfplaats van het kind wanneer dit af te leiden is uit de feitelijke omstandigheden.[63] Wanneer na echtscheiding van een Marokkaans echtpaar de vader twee van zijn vier kinderen ontvoert vanuit hun gewone verblijfplaats in Nederland naar Marokko, verwijst Advocaat-Generaal Strikwerda naar bovenstaande en andere Duitse uitspraken,[64] waarna de Hoge Raad de interpretatie hanteert met het kind als middelpunt met aandacht voor de intentie van verzorgers waarna hij de begrijpelijkheid van het oordeel van het hof afleidt uit de feitelijke omstandigheden:

> '[D]e kinderen [hadden] tot in augustus 1997 hun gewone verblijf in Nederland en in dit gewone verblijf [is] tot de uitspraak in hoger beroep geen wijziging gekomen, omdat enerzijds de tijd die was verstreken sedert de onttrekking van de kinderen aan het verblijf bij de vrouw daartoe onvoldoende was en anderzijds de vrouw zich bij die onttrekking niet had neergelegd.'[65]

60 HR 20 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2787, *NJ* 1999/175, conclusie A-G.
61 Preambule, artikel 3 en artikel 4 HKOV.
62 incadat.com, geraadpleegd op 21 mei 2013.
63 BVerfG 29 oktober 1998, 2 BvR 1206/98, *NJW 1999*, p. 631 e.v.
64 HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2978, *NJ* 2001/213, conclusie A-G para. 28.
65 HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2978, *NJ* 2001/213, r.o. 3.4.

In latere zaken benadrukt de Nederlandse rechter dat alleen wanneer terugkeer juridisch of feitelijk niet meer mogelijk is, er zicht ontstaat op continuïteit van het verblijf. Alleen dan kan volgens hem sprake zijn van een gewone verblijfplaats in de zin van het HKOV:

> 'Het verdrag verzet zich naar doel en strekking ertegen dat die toepasselijkheid [op ieder kind dat onmiddellijk voorafgaande aan de inbreuk op het gezags- of omgangsrecht zijn gewone verblijfplaats had in een Verdragsluitende Staat] eindigt op de enkele grond dat het kind door het tijdsverloop sedert de ongeoorloofde overbrenging is geworteld in zijn nieuwe verblijfplaats. De (…) gewone verblijfplaats van het kind ondergaat rechtens geen wijziging door een ongeoorloofde overbrenging van het kind naar een ander land – ook al is het vervolgens in dat land geworteld – zolang in die overbrenging door degene die het gezag over het kind heeft, niet is berust en de ondernomen acties om terugkeer van het kind te bewerkstelligen uitzicht kunnen bieden op herstel van de oude toestand'.[66]

Ook bij toepassing van het CMR-verdrag richt de rechter zich op buitenlandse jurisprudentie en literatuur. De Hoge Raad volgt hier meestal de meer uitgebreide uiteenzetting van de Advocaat-Generaal en vat deze samen, zoals in een zaak over het begrip 'douanerechten' waar Advocaat-Generaal Strikwerda de Duitse, Engelse, Franse, Belgische en Deense rechtspraak en literatuur erop heeft nageslagen:

> 'Zoals blijkt uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal vermelde rechtspraak en literatuur, ontbreekt in de kring van bij de CMR aangesloten staten een heersende opvatting omtrent de juiste uitleg van deze bepaling.'[67]

In de zaken over toepassing van het CMR-verdrag geeft de rechter bij het beoordelen van buitenlandse rechtspraak ook regelmatig aan dat hij afgaat op de door (één der) partijen aangedragen rechtspraak en literatuur, bijvoorbeeld in deze zaak over schadevergoeding:

> 'Uit de door de advocaten aangedragen vindplaatsen in rechtspraak en literatuur in CMR-landen blijkt niet dat de hier door het hof aangehangen opvatting daarin niet zou passen. Dit is mede een punt van belang bij de uitleg van een verdragsbepaling; geen op dit punt duidelijke rechterlijke beslissing lijkt tot dusver te zijn gevallen.'[68]

Bij de interpretaties van het HKOV valt op dat de rechter gebruik maakt van de Memorie van Toelichting. Deze toelichting bij de goedkeuringswet is door de regering bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingediend in het vergaderjaar 1987-1988. De rechter gebruikt deze toelichting in twee soorten gevallen: wanneer doel en strekking van het Verdrag of het *Rapport explicatif*

66 HR 28 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3192, *NJ* 2008/549, r.o. 3.2.2. Zie ook: HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2978, *NJ* 2001/213, conclusie A-G para. 26; Rb. Alkmaar 16 februari 2005, ECLI:NL:RBALK:2005:AT0827; Rb. Den Haag 18 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB3806.

67 HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3041, *NJ* 2006/599, r.o. 3.2.2.

68 Hof Den Haag 8 april 1988, ECLI:NL:GHSGR:1988:AL6842, r.o. 2.

geen uitsluitsel geven over de precieze interpretatie of wanneer volgens het verdrag een nationale regeling van toepassing is.

Het eerste geval – Verdrag en *Rapport explicatif* geven geen uitsluitsel – is te vinden in een zaak waarbij de moeder met haar dochter naar Nederland is vertrokken en de vader nog in Italië verblijft. De moeder doet een beroep op de gronden van het HKOV op basis waarvan terugkeer van het kind door de rechter geweigerd kan worden – de zogenoemde weigeringsgronden. Met name doet zij een beroep op artikel 13(1)(b).[69] Over dit artikel vermeldt het *Rapport explicatif* slechts dat deze weigeringsgrond betrekking heeft op gevallen waarin de terugkeer van een kind niet in diens belang is en maakt het *Rapport* duidelijk dat dit – ook al is onder de verdragstaten geen overeenstemming bereikt over de afbakening van deze weigeringsgrond – niet betekent dat een ruime interpretatie gerechtvaardigd is.[70] Wat het belang van het kind is, of welke interpretatie dan wél gerechtvaardigd is, wordt door het *Rapport explicatif* echter niet uitgelegd. Het hof 's-Hertogenbosch citeert daarom de op dit punt uitgebreidere Memorie van Toelichting:

> 'Het hof overweegt dat de MvT met betrekking tot het HKOV (…) vermeldt dat van een ernstig risico voor lichamelijk of geestelijk gevaar of van een ondraaglijke toestand hooguit sprake kan zijn als het kind in het land waarheen het terugkeert vrijwel zeker in direct lijfelijk of geestelijk gevaar zal komen te verkeren vanwege de daar heersende (politieke) omstandigheden.'[71]

De Memorie van Toelichting geeft in dit geval duidelijkere handvatten dan het Verdrag of het *Rapport explicatif*, die door het hof worden aangegrepen om te komen tot een beoordeling in deze zaak.

Het tweede geval – krachtens het HKOV is een Nederlandse regeling van toepassing – is te vinden in een zaak waarbij de moeder de kinderen achterhoudt in Nederland terwijl hun gewone verblijfplaats in Canada is. De Hoge Raad verwijst in zijn overweging met betrekking tot de vraag of het hof verplicht is de zoon, Q., te horen om vast te stellen of bij hem sprake is van verzet, naar de conclusie van Advocaat-Generaal Strikwerda, die schrijft:

> 'Uit art. 13 lid 2 HKOV volgt niet dat het Hof verplicht was Q. te horen. (…) In de memorie van toelichting op deze bepaling wordt opgemerkt (*Kamerstukken II* 1987/1988, nr. 3, blz. 14):

---

69 Artikel 13(1)(b) HKOV: Niettegenstaande het bepaalde in het voorgaande artikel, is de rechterlijke of administratieve autoriteit van de aangezochte Staat niet gehouden de terugkeer van het kind te gelasten, indien de persoon, de instelling of het lichaam dat zich tegen de terugkeer verzet, aantoont dat: b) er een ernstig risico bestaat dat het kind door zijn terugkeer wordt blootgesteld aan een lichamelijk of geestelijk gevaar, dan wel op enigerlei andere wijze in een ondraaglijke toestand wordt gebracht.

70 Pérez-Vera 1980, p. 426, para. 116.

71 Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AT3979, *FJR* 2005/99, m.nt. P. Dorhout.

> "De bepaling van de derde volzin van het tweede lid is geschoeid op de leest van artikel 902b, lid 1, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Er wordt geen minimum leeftijd genoemd, dus ook kinderen van jonger dan 12 jaar kunnen worden opgeroepen."'[72]

Mede gezien het feit dat de strekking van de verklaring van de zoon, die door de rechtbank was meegenomen in haar overweging, niet werd bestreden in hoger beroep en de jonge leeftijd van het kind, heeft het hof volgens de Hoge Raad – al is dit van feitelijke aard en kan dit in cassatie niet op juistheid worden getoetst – geen onbegrijpelijk oordeel gegeven door het kind niet andermaal te horen.

Een ander voorbeeld waarbij een Nederlandse regeling van toepassing is, is te vinden in de rechtspraak rondom artikel 20 HKOV. Dit artikel bepaalt dat de terugkeer van het kind kan worden geweigerd wanneer de in de aangezochte Staat geldende fundamentele mensenrechten zich hiertegen verzetten. Het *Rapport explicatif* benadrukt dat dit mensenrechteninstrument per land verschilt, maar met betrekking tot het HKOV restrictief toegepast moet worden.[73] Tussen een Nederlandse vader en een Belgische moeder is een procedure aanhangig over de gewone verblijfplaats van de kinderen. Wanneer de kinderen door de vader in Nederland worden achtergehouden, wordt door de Centrale Autoriteit verzocht om een bevel tot teruggeleiding van de kinderen. De vader voert een inbreuk op artikel 8 EVRM aan – het recht op familie- en gezinsleven – en beroept zich op artikel 20 HKOV. Het hof 's-Hertogenbosch overweegt:

> 'Ingevolge de Memorie van Toelichting met betrekking tot het Verdrag (…) gaat het bij art. 20 HKOV om beginselen van zeer algemeen geldende strekking, die in verscheidene internationale verdragen hun neerslag hebben gevonden. (…) De Memorie van Toelichting noemt als praktisch voorbeeld van de toepassing van deze weigeringgrond de weigering het kind te laten terugkeren naar een land waar in verband met de heersende politieke constellatie de minimale voorwaarden voor een leefbaar bestaan en een redelijke toekomstverwachting niet zijn vervuld.'[74]

In bovenstaande gevallen wordt de Memorie van Toelichting door de rechter gebruikt als aanvulling op de bestaande en gebruikte internationale bronnen. Deze toepassing en dit gebruik van de Memorie van Toelichting verschilt van de toepassing en het gebruik ervan door de rechter zoals beschreven in Hoofdstuk 4, waar in paragraaf 4.2.4 wordt stilgestaan bij het gebruik door de rechter van de door de Nederlandse regering geschreven Memorie van Toelichting bij het IVESCR, terwijl deze Memorie niet geheel overeenstemt met de interpretaties die door verdragspartijen en door het verdragscomité worden gegeven. Een rechterlijke beslissing aan de hand van de door de Nederlandse regering verwoorde bedoeling in de Memorie van Toelichting hoeft dan geen juiste interpretatie van het verdrag te zijn.

---

72 Conclusie A-G Strikwerda bij HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE5804, para. 36.
73 Pérez-Vera 1980, p. 426, para. 118.
74 Hof 's-Hertogenbosch 13 december 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ6977, r.o. 4.7.2.

Het in deze paragraaf beschreven gebruik van de Memorie van Toelichting door de Nederlandse rechter bij de interpretatie van het HKOV lijkt meer accuraat[75] omdat deze in samenhang met andere aanvullende middelen wordt gebruikt en de uitwerking in lijn is met doel en strekking van het HKOV.

Bovenstaande zaken laten zien dat de Nederlandse rechter – na eigen onderzoek of op basis van door partijen aangedragen materiaal – bekend is met en gebruik maakt van verschillende interpretatiemiddelen. Deze middelen spelen een rol bij de interpretatie van álle internationale verdragen. De inbedding van deze middelen in het nationale en internationale recht wordt in de volgende paragraaf beschreven. Ook wordt stilgestaan bij de verandering in de interpretatie van een verdrag die kan plaatsvinden door de toepassing van deze middelen, met name in de gevallen waar deze aanvullende middelen méér doen dan enkel 'aanvullen'.

5.2.2 Ontwikkelingen in de verdragspraktijk met behulp van interpretatiemiddelen

Veranderingen in de toepassing en interpretatie van een verdrag in de internationale praktijk worden weerspiegeld in literatuur, nationale rechtspraak en uitspraken van een verdragscomité. De rechter die aansluiting zoekt bij internationale literatuur gaat dan mee met recente ontwikkelingen waarin ten tijde van het opstellen van het verdrag niet was voorzien. Dit betekent dat de concrete toepassing en interpretatie van het verdrag – en daarmee ook de wijziging in de toepassing en interpretatie van het verdrag – indirect door deze interpretatiemiddelen wordt geleid. Deze wijzigingen kunnen zonder tussenkomst van de wetgever en zonder enige vorm van bekendmaking door de nationale rechter worden toegepast.

In verschillende uitspraken waarin het CMR-verdrag moet worden toegepast of uitgelegd, kwalificeert de rechter de status van de interpretatiemiddelen aan de hand van het Weens Verdragenverdrag. Dit gebeurt voor het eerst in 1990. Volvo vervoert goederen van Göteborg naar Rotterdam over de weg en over de Noordzee met het motorschip Gabriële Wehr. Dit zogenoemde stapelvervoer – over land en over zee – valt volgens artikel 2 ook onder het CMR-verdrag. De Gabriëlle Wehr komt in een orkaan terecht en de goederen raken beschadigd. Vraag is of het CMR-verdrag van toepassing is, of dat de internationale Hague-Visby Rules aangaande vervoer over zee van toepassing zijn.

Met betrekking tot de interpretatie van artikel 2 CMR-verdrag vindt sprongcassatie plaats. De Engelse en Franse (gelijkelijk) authentieke teksten van het Verdrag verschillen onderling: de Engelse tekst spreekt van 'conditions prescribed by law', terwijl de Franse tekst spreekt van

75 Ook omdat er geen bewijs is van tegenstrijdigheid zoals dat met de verbindendheid van het IVESCR wel aan de orde was, zo werd duidelijk uit de commentaren van het verdragscomité.

'dispositions imperatives'.[76] Ook uit rechtspraak en literatuur van de verdragsstaten kan de Hoge Raad geen heersende opvatting afleiden en het Verdrag kent geen *travaux préparatoires*. Uiteindelijk kent de Hoge Raad betekenis toe aan artikel 2 CMR-verdrag met behulp van het Weens Verdragenverdrag:

> '[N]iet kan worden aangenomen dat de verdragsluitende partijen juist ten aanzien van stapelvervoer over zee het voor zeevervoer geldende uniforme recht buiten spel zouden hebben willen zetten. (…) Aldus kunnen de van elkaar afwijkende versies aan de hand van doel en strekking van de bepaling met elkaar in harmonie worden gebracht (vgl. art. 33 lid 4 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, Trb. 1977, 16, welk verdrag weliswaar niet terugwerkt doch geacht mag worden het reeds geldende volkenrecht inzake de uitlegging van verdragen te hebben gecodificeerd). (…) In het op uniformiteit en rechtszekerheid gerichte stelsel van het CMR-verdrag past immers dat wordt aangeknoopt bij een door een objectief criterium bepaald rechtsstelsel.'[77]

De Hoge Raad gebruikt niet alleen het aangehaalde artikel 33 WVV, maar houdt ook vast aan de artikelen 31 en 32 WVV door te kijken naar beide authentieke teksten, de bedoeling van verdragsluitende partijen en de *travaux préparatoires*.[78] Opvallend is ook dat het WVV door de Hoge Raad expliciet wordt aangehaald. Het CMR-verdrag is in 1961 in werking getreden, terwijl het WVV pas in 1969 in werking is getreden en geen terugwerkende kracht heeft.[79] De Hoge Raad erkent dit maar gebruikt alsnog het WVV als de codificatie van geldend volkenrecht met betrekking tot de interpretatie van verdragen. Zo wordt het Weens Verdragenverdrag vast onderdeel in de rechtspraak over de interpretatie van het CMR-verdrag, ook zonder verwijzing naar het ontbreken van terugwerkende kracht:

> 'Op grond van art. 31 lid 1 Verdrag van Wenen moeten de bepalingen van de CMR worden uitgelegd overeenkomstig de gewone betekenis van de termen van deze bepalingen met inachtneming van de context en in het licht van voorwerp en doel van de CMR. Uit art. 31 lid 3, aanhef en onder b, Verdrag van Wenen volgt dat behalve met de context ook rekening moet worden gehouden met ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waardoor overeenstemming van de verdragspartijen inzake de uitlegging van het verdrag is ontstaan, hetgeen meebrengt dat ook de heersende opvatting in de rechtspraak en literatuur van de verdragslanden een primair interpretatiemiddel bij de uitleg van het CMR vormt. Voorts geldt dat voor de uitleg van de CMR geen gebruik kan worden gemaakt van de wordingsgeschiedenis van het verdrag omdat geen verslag of documentatie van de voorbereidende werkzaamheden ('travaux préparatoires') is gepubliceerd of anderszins voor publieke inzage beschikbaar is, zodat het bepaalde in art. 32 Verdrag van Wenen bij de uitleg van de CMR niet kan worden toegepast.'[80]

---

76 HR 29 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1191, *NJ* 1992/106, r.o. 3.3.
77 HR 29 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1191, *NJ* 1992/106, r.o. 3.7.
78 De Meij 2003, p. 19.
79 Artikel 4 WVV.
80 HR 11 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2528, *NJ* 2016/219, r.o. 3.5. Zie bijvoorbeeld ook: HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6315, r.o. 3.4; HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2043, r.o. 3.6.

De hulpmiddelen uit artikel 38(1)(d) IGH-statuut worden hier gemengd met de verdragsuitleggingsregels van de artikelen 31 en 32 WVV. De Hoge Raad past de rechtspraak en literatuur niet toe als de volgens het IGH-statuut subsidiaire middelen, maar benoemt deze als primaire interpretatiemiddelen bij de uitleg van het CMR-verdrag.

Dat rechtspraak en literatuur een belangrijke rol spelen bij verdragsinterpretatie, bewijst ook de rechtspraak over het HKOV. De verwijzing van het hof 's-Hertogenbosch naar de Memorie van Toelichting voor de interpretatie van de weigeringsgrond van artikel 13(1)(b) HKOV kwam in paragraaf 5.2.1 al aan de orde.

In januari 2006 doet de Hoge Raad een uitspraak die ziet op de uitleg van deze weigeringsgrond. De zaak betreft een moeder die haar dochter meegenomen heeft vanuit Italië naar Nederland. Namens de vader heeft de Centrale Autoriteit de Nederlandse rechter verzocht de moeder te gelasten het kind terug te brengen naar Italië. Volgens het hof is toepassing van de weigeringsgrond van artikel 13(1)(b) HKOV gerechtvaardigd omdat het belang van de dochter zich verzet tegen een gedwongen scheiding van haar moeder. Daarnaast bestaat er een 'ernstig risico' dat bij een – door de vader geïmpliceerde – gezamenlijke verzorging door de ouders de dochter in 'een ondraaglijke toestand wordt gebracht doordat zij verder in de strijd tussen haar ouders wordt betrokken'.[81]

Cassatieberoep wordt ingesteld wegens een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot deze weigeringsgrond, die beperkt zou moeten worden tot extreme gevallen. Het oordeel van de Hoge Raad komt neer op een restrictieve toepassing van de weigeringsgrond:

> 'Bij de beoordeling van het onderdeel moet het volgende worden vooropgesteld. Doel en strekking van het HKOV brengen mee dat de weigeringsgrond van art. 13 lid 1, aanhef en onder b, restrictief dient te worden toegepast. Dat blijkt uit het toelichtend rapport bij dit verdrag (weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 20) en vindt steun in de rechtspraak en in de rechtskundige literatuur, vermeld in die conclusie onder 21-22.'[82]

Deze restrictieve toepassing betekent:

> 'dat de rechter van de aangezochte staat, die zich dient te onthouden van een oordeel omtrent het gezagsrecht en het omgangsrecht, de in die bepaling gestelde strenge voorwaarden niet reeds vervuld mag achten, louter op grond van zijn oordeel dat het belang van het kind in het land van herkomst minder goed gediend is dan in het land van de aangezochte rechter.'[83]

81 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4795, *NJ* 2006/545, r.o. 4.6.
82 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4795, *NJ* 2006/545, r.o. 5.3.
83 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4795, *NJ* 2006/545, r.o. 5.3.

De Hoge Raad verwijst in zijn oordeel expliciet naar de interpretatiemiddelen en de beschrijving daarvan in de conclusie van de Advocaat-Generaal, die zijn argumentatie zorgvuldig opbouwt: doel van het verdrag is de ontvoering direct ongedaan te maken onder het HKOV-motto 'eerst terug, dan praten'.[84] Een restrictieve toepassing van de weigeringsgrond van artikel 13(1)(b) ligt daarom voor de hand. Zoals het *Rapport explicatif* immers benadrukt zou een te gemakkelijke toepassing van de weigeringsgronden het doel van het HKOV ondermijnen en de ontvoerder in de kaart spelen.[85] Steun wordt gevonden in de rechtspraak in de kring van verdragsluitende staten: de weigeringsgrond ziet slechts op extreme situaties en kan niet enkel worden toegewezen omdat het kind slechter af zou zijn in het land van herkomst dan in het land van de aangezochte rechter.[86] Ook een uitspraak van de Special Commission wordt aangevoerd, die de verschillende interpretatiemiddelen samenvat:

> 'The Article 13, paragraph 1 b), 'grave risk' defence has generally been narrowly construed by Courts in the Contracting States, and this is confirmed by the relatively small number of return applications which were refused on this basis according to the Statistical Analysis of Applications made in 1999 (Prel. Doc. No 3, March 2001). It is in keeping with the objectives of the Convention, as confirmed in the Explanatory Report by Elisa Pérez-Vera (at paragraph 34), to interpret this defence in a restrictive fashion.'[87]

Tot slot wordt door de Advocaat-Generaal internationale literatuur aangehaald waarin het restrictieve karakter van de weigeringsgrond wordt onderstreept.

De Hoge Raad baseert de concrete, restrictieve interpretatie van de weigeringsgrond van artikel 13(1)(b) HKOV dus op het *Rapport explicatif*, een uitspraak van de Special Commission, de rechtspraak in de verdragsluitende staten en de rechtskundige literatuur. Sinds deze uitspraak wordt in de Nederlandse rechtspraak steeds weer uitgegaan van een restrictieve werking van de weigeringsgrond.[88] De middelen waarop de interpretatie van deze weigeringsgrond rust hebben daarmee een zekere invloed op de toepassing van het HKOV.

---

84 Conclusie A-G Strikwerda bij HR 20 januari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU4795, para. 19.

85 Conclusie A-G Strikwerda bij HR 20 januari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU4795, para. 20.

86 Conclusie A-G Strikwerda bij HR 20 januari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU4795, para. 21. Met name de Duitse (BVerfG 9 maart 1999) en Zwitserse (BG 27 maart 2003) rechtspraak worden door de A-G genoemd.

87 Conclusie A-G Strikwerda bij HR 20 januari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU4795, para. 21.

88 Onder andere: HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8774, *NJ* 2007/383; HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1500, *NJ* 2007/385; Hof 's-Hertogenbosch 13 december 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ6977; HR 28 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3192, *NJ* 2008/549; Hof Amsterdam 19 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL8848; Rb. Rotterdam 14 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU3005.

Een ander voorbeeld van de invloed die buitenlandse jurisprudentie en literatuur hebben is de interpretatie van het begrip 'berusting' uit artikel 13(1)(a) HKOV.[89] Over dit begrip zegt de Nederlandse Memorie van Toelichting:

> 'De weigeringsgrond van *artikel 13 onder (a)* behoeft weinig toelichting. Indien degene (<persoon, instelling of orgaan>) die de zorg voor het kind had, het gezagsrecht niet daadwerkelijk uitoefende of heeft berust in de overbrenging van het kind of in het niet doen terugkeren van het kind, ontvalt aan een verzoek tot terugkeer van het kind de belangrijkste grond. Weigering van het verzoek zal in die gevallen wel steeds het gevolg moeten zijn.'[90]

Wat er precies moet worden verstaan onder 'berusting' wordt niet duidelijk uit de Memorie van Toelichting en is daarom nader uitgewerkt in de rechtspraak. Een sinds zes maanden in Nederland wonende Nederlandse moeder deelt aan de tijdelijk in Australië verblijvende Australische vader mee dat ze van hem wil scheiden en met hun dochter in Nederland wil blijven wonen. Wanneer de zaak voor de Nederlandse rechter komt is de vraag of de vader heeft berust in het verblijf van het kind in Nederland. Het hof 's-Hertogenbosch legt de volgende maatstaf neer:

> 'Om te beoordelen of sprake is van berusting dienen alle concrete omstandigheden van het geval in aanmerking te worden genomen. Beslissend is, aldus het hof, of uit objectieve omstandigheden kan worden afgeleid dat de vader – gelet op diens actieve of passieve gedragingen – heeft aanvaard dat het hoofdverblijf van [de dochter] voortaan bij de moeder in Nederland zou zijn.'[91]

De zaak komt bij de Hoge Raad met de vraag of het begrip 'berusting' op de juiste wijze is geïnterpreteerd door het hof. De Hoge Raad neemt de maatstaf van het hof over en toetst deze aan de verschillende middelen:

> 'De (…) door het hof gehanteerde maatstaf komt op het volgende neer. Om te beoordelen of sprake is van berusting dienen alle concrete omstandigheden van het geval in aanmerking te worden genomen. Daarbij dient gekeken te worden naar de gedragingen van de achterblijvende ouder zelf, zowel in actieve als in passieve zin, en niet naar de wijze waarop anderen deze gedragingen hebben opgevat, omdat dit laatste gebaseerd zou kunnen zijn op niet volledige, subjectieve of onnauwkeurige waardering van de relevante omstandigheden. (…) In het licht van de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 36 en 37 vermelde gegevens omtrent het toelichtend rapport betreffende het HKOV en literatuur en rechtspraak, getuigt dit oordeel niet van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip 'berusting' in art. 13 lid 1, aanhef en onder a, HKOV.'[92]

---

89 Artikel 13(1)(a) HKOV: Niettegenstaande het bepaalde in het voorgaande artikel, is de rechterlijke of administratieve autoriteit van de aangezochte Staat niet gehouden de terugkeer van het kind te gelasten, indien de persoon, de instelling of het lichaam dat zich tegen de terugkeer verzet, aantoont dat: a) de persoon, de instelling of het lichaam dat de zorg had voor de persoon van het kind, het recht betreffende het gezag niet daadwerkelijk uitoefende ten tijde van de overbrenging of het niet doen terugkeren, of naderhand in deze overbrenging of het niet doen terugkeren had toegestemd of berust.

90 *Kamerstukken II* 1987-88, 20 461 (R 1345), 3, p. 19.

91 HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1500, *NJ* 2007/385, r.o. 3.4.

92 HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1500, *NJ* 2007/385, r.o. 3.10.2.

De Advocaat-Generaal verwijst in de paragrafen 36 en 37 van zijn conclusie naar verschillende internationale interpretatiemiddelen om daarmee een uitleg te geven van het begrip berusting. Allereerst haalt hij het *Rapport explicatif* aan waarin wordt gesteld dat gekeken dient te worden naar het gedrag van de achterblijvende ouder. Daarover is in de literatuur van verschillende verdragsluitende staten een nadere uitleg te vinden: de aanname dat berusting op actieve en passieve wijze kan plaatsvinden en dat niet de opvatting van de ontvoerende ouder, maar veeleer het gedrag van de achterblijvende ouder, gelet op alle omstandigheden van het geval, van belang is om vast te stellen of deze daadwerkelijk heeft willen berusten in de overbrenging of achterhouding. Met deze interpretatie stemt de rechtspraak 'in de kring van verdragsluitende staten' – als voorbeeld wordt rechtspraak uit Engeland, Israël, Ierland en Zuid-Afrika genoemd – overeen.[93]

Ook deze op basis van aanvullende en hulpmiddelen gedane interpretatie van een verdragsbegrip wordt in latere rechtspraak overgenomen. In een zaak tussen een Belgische vader en een met hun dochter in Nederland woonachtige Nederlandse moeder is de vraag aan de orde of de mate van energie die de vader heeft gestoken in het afdwingen van de naleving van het omgangsrecht impliceert dat hij in de woonplaats van de dochter heeft berust. Het hof 's-Hertogenbosch overweegt:

> 'Berusting kan slechts onder strenge voorwaarden worden aangenomen, aangezien daardoor de ongeoorloofdheid van de overbrenging of achterhouding wordt opgeheven en derhalve grote gevolgen heeft. Om te beoordelen of sprake is van berusting dienen alle concrete omstandigheden van het geval in aanmerking te worden genomen. (…) Beslissend is of uit objectieve omstandigheden kan worden afgeleid dat de vader – gelet op diens actieve of passieve gedragingen – heeft aanvaard dat het hoofdverblijf van [dochter] voortaan in Nederland zou zijn.'[94]

Volgens het hof is in dit geval geen sprake van berusting in de zin van artikel 13(1)(a) HKOV.

5.2.3 Concluderend

De Nederlandse rechter baseert de uitleg van verdragsbegrippen op verschillende internationale interpretatiemiddelen, zoals het document met de officiële uitleg van het verdrag, de literatuur en rechtspraak in de verdragsluitende staten en de uitspraken van de commissie die zich buigt over de naleving van het verdrag. Alhoewel deze middelen dienen ter ondersteuning van de interpretatie van de primaire bron, het verdrag, hebben ze via de uitleg van deze verdragen wel een zekere werking binnen het Nederlandse rechtssysteem. In de rechtspraak die volgt op de richtinggevende uitspraak, wordt deze ondersteuning niet altijd genoemd: de uitleg

93 Conclusie A-G Strikwerda bij HR 1 december 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AZ1500, para. 36-37.

94 Hof 's-Hertogenbosch 26 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP2321, r.o. 3.14.4.

wordt vaste regel. Ook veranderingen in de interpretatie van het verdrag worden zo bepaald door de internationale praktijk en zonder tussenkomst van wetgever en zonder enige vorm van bekendmaking door de rechter toegepast. Daarmee wordt deze interpretatie onderdeel van het Nederlandse recht. Naast het belang van aanvullende of hulpmiddelen bij de interpretatie van verdragen kunnen deze middelen ook als zelfstandige rechtsbron fungeren. Dit wordt duidelijk in de volgende paragraaf.

5.3 Het interpretatiemiddel als rechtsbron: de uitspraak van een verdragscomité

In Hoofdstuk 2 is stilgestaan bij de rol die *views* of uitspraken van organen van internationale organisaties kunnen spelen in de ontwikkeling van internationaal recht. In deze paragraaf wordt ingezoomd op de uitspraken van verdragscomités en wordt jurisprudentie besproken waarin deze uitspraken aan de orde komen. De uitspraken van een verdragscomité zijn meestal niet bindend maar kunnen wel materiële betekenis hebben. Deze uitspraken kunnen element zijn in het bewijs van het bestaan van een regel van gewoonterecht of via het gebruik bij de interpretatie van een verdrag leiden tot een nieuwe regel. Hierdoor krijgt het interpretatiemiddel van een verdrag de status van een bron met materiële rechtskracht.[95] Deze ontwikkeling wordt in de rechtspraak omtrent het HKOV en het CMR-verdrag geleidelijk zichtbaar, in rechtspraak op andere gebieden komt dit al prominenter aan de orde. Hier moet de kanttekening bij worden geplaatst dat in deze paragraaf de uitzonderingen in de Nederlandse rechtspraak centraal staan: over het algemeen wordt aan deze middelen nog geen materiële rechtskracht toegekend.

De Centrale Raad van Beroep (CRvB) doet in 2006 uitspraak over de waarde die gehecht moet worden aan de uitspraak van een verdragscomité. In de Algemene nabestaandenwet (ANW) heeft de wetgever het recht op een nabestaanden- en halfwezenuitkering gekoppeld aan de status van nabestaande in de zin van de wet, zijnde de echtgenoot die op moment van overlijden ANW-verzekerd was. Dit is ook hetgeen de Sociale verzekeringsbank (SVB) meedeelt aan appellante wanneer zij deze uitkeringen aanvraagt voor zichzelf en haar zoon: zij komt niet voor een weduwenuitkering in aanmerking omdat ze niet gehuwd is geweest met haar partner, terwijl de regeling betreffende de halfwezenuitkering pas na het overlijden van haar partner in werking is getreden en zij hieraan voor haar zaak dus geen rechten kan ontlenen. De rechtbank Amsterdam heeft haar beroep tegen dit besluit ongegrond verklaard omdat het geen verboden onderscheid betreft, mede gelet op een in 1999 door de CRvB gedane, gelijkluidende uitspraak aangaande

95 Zie voor meer achtergrond over de status van uitspraken van verdragscomités onder andere: Boerefijn 2009, p. 167-205; Krommendijk 2013, p. 212-228; Gerards 2016, p. 11-85.

eenzelfde klacht.[96] De CRvB acht het gemaakte onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden in het licht van de vaste jurisprudentie niet verboden en richt zich vervolgens op het beantwoorden van de vraag hoe de regeling van de halfwezenuitkering zich verhoudt tot artikel 26 IVBPR.[97]

De appellante in de zaak uit 1999 dient na de uitspraak van de CRvB een klacht in bij het Comité voor de Rechten van de Mens, een orgaan van de Verenigde Naties. De samenstelling en werkwijze van dit Comité is geregeld in het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (IVBPR):[98] onpartijdige deskundigen beoordelen de landenrapporten van VN-lidstaten en onderzoeken individuele klachten met betrekking tot de staten die partij zijn bij het facultatieve protocol. Door ratificatie van dit protocol laten staten toe dat personen die onder hun rechtsmacht vallen, zich na uitputting van de nationale rechtsmiddelen tot het Comité wenden met de vraag of het IVBPR is geschonden, naar aanleiding waarvan het Comité een zogenaamde *view* geeft.[99] Ook Nederland heeft het IVBPR geratificeerd en het individueel klachtrecht erkend.

Appellante stelt in haar klacht bij het Comité dat zij en haar dochter slachtoffer zijn van een schending door Nederland van artikel 26 IVBPR. Volgens het Comité is het onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden geen schending van het discriminatieverbod. De weigering van de halfwezenuitkering acht het Comité echter wel een verboden discriminatie op grond van artikel 26 IVBPR vanwege de onevenredig negatieve consequenties die het onderscheid tussen enerzijds kinderen geboren uit een huwelijk of na 1 juli 1996 buiten een huwelijk en anderzijds kinderen geboren voor 1 juli 1996 buiten een huwelijk met zich brengt. Dit onderscheid is volgens het Comité niet gebaseerd op redelijke gronden.[100]

De Nederlandse regering deelt middels een publicatie in de Staatscourant mee zich niet te kunnen vinden in de uitspraak van het Comité:

> 'De Regering kan niet inzien hoe sprake kan zijn van ongelijke behandeling in een situatie waarin geen van de te vergelijken groepen aan een regeling een aanspraak kan ontlenen. Slachtoffer van directe of indirecte discriminatie kan naar de mening van de regering alleen degene zijn aan wie rechten worden ontzegd die aan anderen in dezelfde situatie wel worden toegekend.'[101]

96 CRvB 10 maart 1999, ECLI:NL:CRVB:1999:ZB8192.
97 CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560.
98 Artikelen 28 tot en met 45 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten, 16 december 1966, *Trb.* 1969, 99. Herziene versie *Trb.* 1978, 177. Inwerkingtreding voor Nederland: 11 maart 1979.
99 Artikelen 1, 2 en 5(4) Facultatief Protocol behorend bij het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten, 16 december 1966, *Trb.* 1969, 99. Herziene versie *Trb.* 1978, 177. Inwerkingtreding voor Nederland: 11 maart 1979.
100 Verenigde Naties/CCPR, klacht 976/2001, *Derksen & Bakker vs Nederland*, 1 april 2004.
101 *Stcrt* 30 augustus 2004, nr. 165, para. 9.

Omdat de onderhavige zaak uit 2006 grote gelijkenis vertoont met de eerdere zaak uit 1999, legt de Centrale Raad van Beroep aan de SVB de vraag voor of deze, in het licht van de gedane uitspraak, zijn standpunt in de onderhavige zaak handhaaft. De SVB overweegt dat de uitspraken van het Comité geen bindende kracht hebben. Gezien het gebrek aan dwingende inhoudelijke argumenten ziet de SVB geen aanleiding zijn eerdere opvatting te wijzigen. Hij leunt daarbij op het standpunt van de regering.[102]

De Centrale Raad van Beroep zet de beoordeling van onderhavige zaak voort. Ten aanzien van de vraag of het onderscheid tussen gehuwden en ongehuwden een verboden onderscheid is, heeft de uitspraak van het Comité geen aanleiding gegeven voor de raad om op zijn eerdere, vaste jurisprudentie terug te komen. De CRvB gaat vervolgens over tot de beoordeling van de halfwezenuitkering:

> 'Partijen verschillen er in dit verband in de eerste plaats over van mening welke waarde moet worden gehecht aan de inzichten van het Comité. Hoewel deze inzichten formeel gesproken niet bindend zijn is de Raad van oordeel dat inzichten van een internationaal comité op het gebied van de mensenrechten in het algemeen als een gezaghebbend oordeel aangemerkt moeten worden, waaraan in procedures als de onderhavige bijzondere betekenis toekomt. Van een dergelijk oordeel kunnen nationale rechterlijke instanties slechts afwijken wanneer sprake is van zwaarwegende redenen die zulks kunnen rechtvaardigen. Hoewel de visie van de regering formeel niet als onjuist kan worden aangemerkt en daargelaten of het Comité is uitgegaan van de juiste aard van de halfwezenuitkering, acht de Raad dit gegeven niet van doorslaggevende betekenis om het Comité niet te volgen.'[103]

Hoewel het de uitspraken van het Comité formeel juridisch gezien aan bindende kracht ontbreekt, gaat het volgens de CRvB wel om een gezaghebbend oordeel van een internationaal verdragsorgaan. De raad acht dit oordeel van zodanig groot belang voor de naleving van het IVBPR dat hij deze volgt, zelfs nu de Nederlandse regering zich nadrukkelijk tegen dit specifieke oordeel heeft uitgesproken en onduidelijk is of de uitgangspunten van het Comité aangaande de nationale regeling juist zijn. In feite, zo benadrukken ook de met deze redenering instemmende annotatoren, ontstaat er via de rechtspraak van de CRvB voor de regering alsnog de verplichting om de uitspraak van het Comité te volgen en krijgt deze daarmee een bindende status.[104]

In 2011 staat appellante wederom voor de Centrale Raad van Beroep. De SVB heeft pas vanaf maart 2006 een halfwezenuitkering toegekend, terwijl het Comité deze had vereist met terugwerkende kracht tot 1 juli 1996. Het bezwaar van appellante tegen deze ingangsdatum is bij besluit ongegrond verklaard en de rechtbank heeft het beroep tegen dit besluit ook ongegrond

---

102 CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560.

103 CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560.

104 CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560, *AB* 2007/97, m.nt. T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik; CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560, *USZ* 2006/282, m.nt. M. Driessen.

verklaard. De CRvB moet nu de vraag beantwoorden of sprake is van een schending van artikel 2(1) IVBPR dat beoogt te waarborgen dat de door het verdrag erkende rechten worden geëerbiedigd. De CRvB overweegt:

> 'Ter zake van eventuele verdragsschendingen dienen nationale rechtsmiddelen zowel praktisch als juridisch effectief te zijn. (…) [B]ij een verdragsschending [bestaat] een verplichting tot daadwerkelijk rechtsherstel.'[105]

Hij verklaart het beroep gegrond en vernietigt het bestreden besluit.

De gezaghebbende status van uitspraken van het Comité voor de Rechten van de Mens wordt hiermee nogmaals benadrukt en krijgt een praktische uitwerking die aansluit bij de rol van bestaande internationale rechtsbronnen en hun doorwerking in het nationale recht: er is sprake van een verdragsschending. De SVB moet het genomen besluit heroverwegen en de door het Comité geconstateerde schending van artikel 26 IVBPR ongedaan maken.

In 2012 laat ook de Hoge Raad de uitspraak van een comité meewegen in zijn oordeel, en wel van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR), het comité bij het Europees Sociaal Handvest (ESH).[106] Het ESH is een door de Raad van Europa opgesteld mensenrechtenverdrag, waarvan de meeste bepalingen niet als bindende voorschriften zijn geformuleerd maar als aanbevelingen. Het ECSR is door het Comité van Ministers van de Raad van Europa[107] opgericht, bestaat uit onafhankelijke en onpartijdige leden, die worden gekozen door het Comité van Ministers, en controleert of de aangesloten landen de regels van het ESH naleven. Op grond van een uitspraak van het ECSR kan het Comité van Ministers een resolutie aannemen waarmee een aanbeveling wordt gedaan aan de betrokken lidstaat. Bij vermeende schendingen van het ESH kunnen onder andere (nationale) niet-gouvernementele organisaties een klacht bij het ECSR indienen.[108]

Een Angolese moeder met drie jonge kinderen heeft, na een afgewezen asielaanvraag, iedere medewerking om terugkeer naar Angola mogelijk te maken geweigerd. Nadat haar is medegedeeld dat de opvang van haar en haar kinderen binnenkort zal eindigen, vordert ze in kort geding:

> 'dat het de staat verboden moet worden haar en haar kinderen uit de opvang te verwijderen en de Staat te bevelen haar en haar kinderen op de huidige voet onderdak en leefgeld te blijven verstrekken zolang zij onder de rechtsmacht van de Staat vallen en niet op een andere aanvaardbare wijze in hun opvang is voorzien.'[109]

105 CRvB 4 mei 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ3522, r.o. 4.4.

106 Europees Sociaal Handvest (herzien). Handvest van 3 mei 1996, *Trb.* 2004, 13. Inwerkingtreding voor Nederland: 1 juli 2006.

107 Artikelen 21 e.v. Europees Sociaal Handvest.

108 Aanvullend Protocol bij het Europees Sociaal Handvest betreffende een system voor collectieve klachten. Protocol van 9 november 1995, *Trb.* 2004, 14. Inwerkingtreding voor Nederland: 1 juli 2006.

109 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5328.

De moeder beroept zich onder meer op de artikelen 17 en 31 herzien ESH, een uitspraak van het ECSR, de artikelen 3 en 8 van het EVRM en de artikelen 3, 27 en 37 van het IVRK. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af omdat aan deze artikelen geen steun te ontlenen is voor het standpunt van de moeder. Het hof Den Haag vernietigt dit vonnis en wijst de vorderingen toe. Het hof overweegt dat de Nederlandse staat door ratificatie gebonden is aan de in deze verdragen neergelegde zorgvuldigheidsplicht: aan de rechtstreeks werkende bepalingen door deze na te leven en aan de niet rechtstreeks werkende bepalingen door daaraan werking toe te kennen via nationale wet- en regelgeving. Los van de internationale verplichtingen behoort volgens het hof ook naar Nederlands recht de bescherming van kinderen tot de verantwoordelijkheid van de overheid.[110] De beëindiging van het verblijf op de door de Staat genoemde wijze is volgens het hof in strijd met deze rechtsplicht.

In cassatie gaat het om de vraag of de Nederlandse staat inderdaad verantwoordelijk is voor de opvang van uitgeprocedeerde minderjarigen wanneer hun ouders iedere medewerking weigeren en, zo ja, op welke wijze deze opvang moet worden ingericht. De Hoge Raad gaat aan de slag met verschillende bronnen. Allereerst de zogenaamde Terugkeerrichtlijn van het Europees Parlement en de Raad die bepaalt dat iedere lidstaat, overeenkomstig het IVRK en EVRM, bij de uitvoering van deze richtlijn het belang van het kind en de eerbiediging van het gezinsleven voorop dient te stellen. Volgens artikel 3(1) IVRK dienen de belangen van het kind de eerste overweging te zijn bij alle maatregelen betreffende kinderen. Artikel 8 EVRM en de daarop gebaseerde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) verplicht de lidstaten om in het bijzonder rekening te houden met de belangen van minderjarigen, zoals in dit geval aan de orde is.

Ten slotte komt de Hoge Raad aan bij de artikelen 17 en 31 van het herzien Europees Sociaal Handvest. Hij haalt een zaak aan die voor het Europees Comité voor Sociale Rechten is gebracht door Defence for Children International en is gericht tegen de Nederlandse staat aangaande de onrechtmatigheid van het op straat zetten van uitgeprocedeerde minderjarige kinderen en hun ouders.[111] Volgens het Comité zijn de lidstaten op grond van artikel 31(2) herzien ESH[112] verplicht:

110 Hof Den Haag 11 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BO9924, r.o. 3.6.

111 ECSR 20 oktober 2009, complaint no. 47/2008.

112 Artikel 31 ESH (herzien): Teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht op huisvesting te waarborgen, verbinden de Partijen zich maatregelen te nemen die erop zijn gericht: 1. de toegang tot adequate huisvesting te bevorderen; 2. dak- en thuisloosheid te voorkomen en te verminderen teneinde het geleidelijk uit te bannen; 3. de kosten voor huisvesting binnen het bereik te brengen van een ieder die niet over voldoende middelen beschikt.

> 'to provide adequate shelter to children unlawfully present in their territory for as long as they are in their jurisdiction. Any other solution would run counter to the respect for their human dignity and would not take due account of the particularly vulnerable situation of the children.'[113]

Op deze grond komt het ECSR tot het oordeel dat de situatie in Nederland een schending inhoudt van artikel 17(1)(c) herzien ESH.[114] Het ECSR komt tot deze conclusies op basis van een teleologische interpretatie:

> '[I]t is necessary to seek the interpretation of the treaty that is the most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties.'[115]

Volgens het ECSR is de staat verantwoordelijk voor alle minderjarige personen die onder zijn jurisdictie vallen. Of deze personen legaal of illegaal verblijven is daarbij irrelevant, alhoewel er tussen hen een onderscheid gemaakt mag worden zolang de *human dignity* wordt gewaarborgd.[116]

De Nederlandse regering, via de minister van Justitie, benadrukt dat deze uitspraak van het ECSR juridisch niet bindend is.[117] Gezien de werkingssfeer van het herzien ESH – dat alleen rechten toekent aan legaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende personen – zet hij vraagtekens bij de interpretatiemethode waarmee het ECSR tot zijn oordeel van het herzien ESH is gekomen. Volgens de regering kan de staat niet onbeperkt de verantwoordelijkheid voor de opvang van uitgeprocedeerde asielzoekers op zich nemen, ook niet wanneer er kinderen bij betrokken zijn. De verantwoordelijkheid om uit Nederland te vertrekken rust volgens de regering primair bij de ouders.[118] Dat de personele reikwijdte van het ESH inderdaad begrensd is, wordt door het Comité van Ministers bevestigd in de resolutie naar aanleiding van deze uitspraak.[119] Het blijft volgens het Comité echter de verantwoordelijkheid van de staat om dakloosheid van illegale vreemdelingen, in het bijzonder van minderjarigen, te voorkomen.

---

113 ECSR 20 oktober 2009, complaint no. 47/2008, para. 64.

114 ECSR 20 oktober 2009, complaint no. 47/2008, para. 71. Artikel 17(1)(c) herzien ESH: Teneinde de uitoefening te waarborgen van het recht van kinderen en jeugdige personen op te groeien in een omgeving die de volledige ontwikkeling van hun persoonlijkheid en van hun fysieke en geestelijke capaciteiten bevordert, verbinden Partijen zich, hetzij rechtstreeks, hetzij in samenwerking met openbare of particuliere instanties, alle passende en noodzakelijke maatregelen te nemen die beogen: 1.c. bescherming en bijzondere ondersteuning van overheidswege te geven aan kinderen en jeugdige personen die tijdelijk of definitief de steun van hun gezin moeten ontberen.

115 ECSR 20 oktober 2009, complaint no. 47/2008, para. 36.

116 ECSR 20 oktober 2009, complaint no. 47/2008, para. 74.

117 TK, vergaderjaar 2009-2010, Aanhangsel van de Handelingen, 2035.

118 TK, vergaderjaar 2009/10, Aanhangsel van de Handelingen, 2035.

119 Council of Europe, Committee of Ministers, resolution CM/ResChS(2010)6, 7 juli 2010.

In zijn conclusie stelt Advocaat-Generaal Langemeijer voorop dat de rechtstreekse werking – als bedoeld in de artikelen 93 en 94 Grondwet – van de artikelen 3 IVRK en 17 en 31 herzien ESH niet vaststaat.[120] Hij doet hiermee een beroep op het gebruik van formele rechtsbronnen, hetgeen hij eens te meer gerechtvaardigd acht nu de Hoge Raad gevraagd wordt zich tegen bestaande wetgeving uit te spreken. Met betrekking tot het herzien ESH is volgens de Advocaat-Generaal de uitspraak van het ECSR van belang, al plaatst hij hier wel een kanttekening bij: de verdragsstaten hebben de werkingssfeer van het herzien ESH uitdrukkelijk beperkt tot personen die legaal op het grondgebied van lidstaten verblijven, iets wat het Comité van minder gewicht heeft geacht in zijn *teleological approach*.[121] De maatstaf van de menselijke waardigheid die het Comité aanlegt, zo benadrukt de Advocaat-Generaal, is in het nationale recht nog niet gecodificeerd.[122]

De uitspraak van het ECSR is al eerder door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht als gezaghebbend aangemerkt wanneer hij bij een beroep op de artikelen 17 en 31 herzien ESH naar dit oordeel en de eerdergenoemde uitspraak van de CRvB uit 2006 over de halfwezenuitkering verwijst en overweegt:

> '[D]e afwezigheid van volkenrechtelijke binding van uitspraken van het ECSR betekent [niet] dat uitspraken van het ECSR niet van betekenis zijn bij de beoordeling van de toepassing van nationaal recht, mede bezien in het licht van internationaal recht. (…) De uitspraak van het ECSR moet worden gekenmerkt als een gezaghebbende uitspraak, inhoudende de interpretatie van een algemeen geformuleerde verdragsbepaling in een concrete situatie. Nu het ESH door Nederland is geratificeerd zal bij een uitspraak over de rechtmatigheid van een overheidsbesluit met een dergelijk gezaghebbende uitspraak moeten worden rekening gehouden. Slechts met een uitdrukkelijke motivering kan (…) van een dergelijke uitspraak worden afgeweken.'[123]

Met de 'uitdrukkelijke motivering' stelt de voorzieningenrechter voor het door de overheid afwijken van uitspraken van dergelijke comités een lagere drempel vast dan de 'zwaarwegende argumenten' die door de CRvB van belang worden geacht om te kunnen afwijken van het oordeel van het Comité met betrekking tot het IVBPR. Desalniettemin komt zowel in deze uitspraak als in de uitspraak van de CRvB een belangrijk principe naar voren: het oordeel dat een verdragscomité geeft aan (al dan niet bindende) verdragsbepalingen, in het bijzonder op het gebied van de mensenrechten, moet als gezaghebbend worden aangemerkt. Deze frase wordt in 2015 door de Rechtbank Amsterdam herhaald in een uitspraak over de bed-bad-brood-regeling voor illegale asielzoekers, waarbij de rechtbank in navolging van de CRvB[124]

120 HR 21 september 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW5328, para. 2.11-2.13.
121 HR 21 september 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW5328, para. 2.14.
122 HR 21 september 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW5328, para. 2.15.
123 Rb. Utrecht 6 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM0846, r.o. 2.11-2.14.
124 CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4259, ECLI:NL:CRVB:2014:4178 en ECLI:NL:CRVB:2014:4179.

verwijst naar een beslissing van het ECSR op 1 juli 2014 en daaraan betekenis toekent:

> 'Hoewel geen sprake is van een juridisch bindende uitspraak, wil dat niet zeggen dat het oordeel van de ECSR zonder betekenis is. De beslissing van het ECSR moet naar het oordeel van de rechtbank worden gekenmerkt als een gezaghebbende uitspraak, inhoudende de interpretatie van algemeen geformuleerde verdragsbepalingen in een concrete situatie.'[125]

Ook de Hoge Raad haalt in zijn overwegingen in de zaak over de Angolese moeder het oordeel van het ECSR ten aanzien van de artikelen 17(1)(c) en 31(2) aan.[126] Op basis van dit oordeel en de op grond hiervan door het Comité van Ministers van de Raad van Europa aangenomen resolutie, de rechtspraak van het EHRM en de aan de Opvang- en Terugkeerrichtlijn ten grondslag liggende beginselen, komt hij tot de conclusie dat:

> '[o]p de Staat de verplichting [rust] te waken voor de rechten en belangen van minderjarigen die zich op zijn grondgebied bevinden, ook waar het gaat om minderjarige vreemdelingen zonder geldige verblijfstitel, mede omdat zij niet verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor gedragingen van hun familieleden.'[127]

De uitkomst van deze zaak is zeer begrijpelijk en de nadruk die de Hoge Raad legt op de omstandigheden van het geval maakt het lastig om aan dit arrest precedentwerking toe te kennen. De vraag is of de uitkomst volgt op de status en doorwerking van de aangedragen bronnen, of dat de bronnen zijn uitgekozen omdat ze aansluiten bij de gewenste uitkomst in dit specifieke geval. Ook spreekt de Hoge Raad zich niet uit over de precieze rechtskracht en reikwijdte van de bronnen die hij aandraagt. Het blijft dus onduidelijk of de Hoge Raad de uitspraak van het ECSR op zichzelf beschouwd voldoende draagvlak toekent om nationale regelgeving daaraan te toetsen. Dat neemt niet weg dat het van betekenis is voor de status van interpretatiemiddelen dat de Hoge Raad deze uitdrukkelijk gebruikt ter ondersteuning van zijn oordeel, namelijk in weerwil van het ontbreken van de rechtstreekse werking van de aangedragen verdragsbepalingen, het ontbreken van bindende kracht wat betreft het oordeel van het ECSR – hetgeen is benadrukt door de Nederlandse regering – en in afwijking van de conclusie van de Advocaat-Generaal die de Hoge Raad adviseert zich in deze zaak enkel te laten leiden door formele rechtsbronnen. Een verdrag dat niet rechtstreeks werkt volgens de artikelen 93 en 94 Grondwet kan kennelijk via de uitspraken van een comité als rechtsbron voorrang krijgen op nationaal recht.

125 Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2651, r.o. 9.
126 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5328, r.o. 3.5.5.
127 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5328, r.o. 3.7.2.

5.4 Conclusie

Bij het interpreteren van verdragen en besluiten van internationale organisaties gebruikt de Nederlandse rechter verschillende interpretatiemiddelen. Door de interpretatie van verdragen geeft de rechter aan deze middelen betekenis, waardoor het toe te passen verdrag voorrang krijgt op het nationale recht.

Centraal in dit hoofdstuk staan het Haags Kinderontvoeringsverdrag en het CMR-verdrag. Voor een juiste toepassing van deze privaatrechtelijke verdragen is van belang dat rechters uit verschillende landen het verdrag op eenzelfde wijze interpreteren. Hiervoor maakt de Nederlandse rechter ook gebruik van de interpretatieregels die in het Weens Verdragenverdrag en het IGH-statuut staan genoemd. Dit betekent dat hij de woordelijke betekenis, het doel en de strekking van het verdrag, buitenlandse literatuur en rechtspraak of de officiële uitleg bij het verdrag – het *Rapport explicatif* bij het HKOV – een rol laat spelen.

Veranderingen in de toepassing van een verdrag komen tot stand in de nationale praktijk en vinden hun weerslag in binnen- en buitenlandse literatuur, rechtspraak en uitspraken van het verdragscomité. Wanneer deze interpretatiemiddelen door de rechter worden gebruikt als leidraad, worden ook deze veranderingen onderdeel van de Nederlandse rechtsorde. Deze middelen waarop de interpretatie van het verdrag wordt gebaseerd, hebben daarmee invloed op de betekenis die aan het verdrag wordt gegeven door de Nederlandse rechter. Deze ontwikkeling leidt ertoe dat de uitleg die met behulp van deze middelen wordt vastgesteld, vaste regel wordt. De veranderingen in de interpretatie van het verdrag worden zonder tussenkomst van wetgever door de Nederlandse rechter toegepast. Behalve via het vonnis is dan niet voorzien in een bekendmaking. Daarnaast kan het door de rechter gebruiken van aanvullende en hulpmiddelen bij de interpretatie van een verdrag, zoals de uitspraken van een verdragscomité, ertoe leiden dat deze middelen materiële rechtskracht krijgen. Zelfs wanneer de Nederlandse regering aangeeft een dergelijke uitspraak niet bindend te achten, wordt daaraan door de rechter toch deze werking toegekend. In de Nederlandse rechtspraak wordt een algemeen principe zichtbaar: het oordeel dat een internationaal verdragscomité geeft aan verdragsbepalingen moet als gezaghebbend worden aangemerkt. Dit geldt in het bijzonder wanneer het gaat om een uitspraak op het gebied van de mensenrechten.

Ten opzichte van de interpretatie van een verdrag zoals beschreven in Hoofdstuk 4 komt in dit hoofdstuk een aantal verschillen naar voren waar het gaat om de interpretatie en toepassing van internationale rechtsbronnen. In de zaken beschreven in Hoofdstuk 4 wordt voornamelijk het Nederlandse en constitutionele recht van belang geacht, terwijl de rechter in de besproken zaken in Hoofdstuk 5 vooral leunt op interpretatiemiddelen uit het internationale recht. Waar de rechter bij het IVESCR grote waarde hecht aan de interpretatie door de Nederlandse regering door middel van het gebruik van de Memorie van Toelichting bij de goedkeuringswet – met name om vast te

stellen of het verdrag rechtstreekse werking heeft volgens de artikelen 93 en 94 Grondwet – kijkt de rechter in zaken rondom het HKOV en CMR-verdrag vooral naar doel en strekking, het authentieke interpretatiedocument, literatuur en rechtspraak in andere verdragstaten en interpreteert hij op grond daarvan de verdragen. Alleen wanneer deze middelen onduidelijk zijn of ter aanvulling hierop, wordt door de rechter de Memorie van Toelichting geraadpleegd. Ook wordt door actief gebruik van het Weens Verdragenverdrag voorrang gegeven aan de internationaalrechtelijke interpretatieregels.

6 Interpretatie en toepassing van verdragen waar Europees en internationaal recht samenlopen

6.1 Inleiding

In 1987 speelt er een kort geding tussen een Nederlandse vader en een in Noorwegen wonende Noorse moeder, van wie de dochter sinds enkele maanden bij haar vader in Nederland woont. Dit is volgens de moeder in strijd met de Noorse voorziening bij de echtscheiding, welke voorziening de dochter voorlopig toewijst aan de moeder. Volgens de vader bestaat er geen internationale regeling die dwingt tot erkenning van de beslissing van de Noorse rechter.

Op 11 juni 1987 doet de President van de Rechtbank Assen uitspraak. Hij acht twee verdragen van belang die recentelijk zijn gesloten ter bestrijding van het verschijnsel van internationale kinderontvoering, namelijk het tussen Europese staten gesloten Verdrag van Luxemburg van 20 mei 1980 en het internationale Verdrag van 's-Gravenhage van 25 oktober 1980.[1] Alleen het Verdrag van Luxemburg is al door Nederland ondertekend, beide verdragen zullen voor Nederland pas op 1 september 1990 in werking treden en Noorwegen is bij beide verdragen geen partij. Dit doet aan hun toepassing niet af, aldus de President:

> 'Weliswaar zijn deze verdragen nog niet door Nederland goedgekeurd en is Noorwegen geen partij bij genoemde verdragen, maar recentelijk nog heeft de minister van Justitie naar aanleiding van Kamervragen te kennen gegeven, dat voorstellen van wet tot goedkeuring en uitvoering van de beide verdragen zich in een vergevorderd stadium van voorbereiding bevinden. Verder moeten deze verdragen beschouwd worden als de neerslag van een internationale consensus gericht op het zo effectief mogelijk bestrijden van het verschijnsel van internationale kinderontvoering, zodat zij tot op zekere hoogte ook nu reeds en ook waar het betreft staatsburgers c.q. inwoners van niet-Verdragspartijen, als richtsnoer kunnen dienen.'[2]

Over de erkenning van de Noorse voorziening geven deze verdragen geen uitsluitsel, dus inhoudelijk gaat de President niet op deze verdragen in. Wel is volgens hem de handelswijze van de vader in strijd met het 'rechtsgevoel' zoals neergelegd in artikel 3 van het Verdrag van 's-Gravenhage. Uiteindelijk acht hij de Noorse voorziening 'het meest in het belang van het kind' gezien de verzorgende rol van de moeder en de ontvoering door de vader. De President verwijst de vader voor een verdere gezagsvoorziening naar de Noorse rechter.

---

1 Het HKOV, zie voor een uitgebreide uiteenzetting paragraaf 5.1.2.

2 Rb. Assen (President) 11 juni 1987, ECLI:NL:RBASS:1987:AH1798.

In deze casus vallen verschillende zaken op. Allereerst zijn de gebruikte verdragen nog niet in werking getreden en is Noorwegen überhaupt geen verdragspartij. Daarnaast worden een Europees en een internationaal verdrag aangehaald die hetzelfde onderwerp beslaan. Op dit laatste element wordt in dit hoofdstuk ingegaan: de samenloop van internationale en Europese verdragen, in het bijzonder instrumenten van kracht binnen de Europese Unie en hun uitwerking op de interpretatie van internationale verdragen.

Hierna volgt een korte inleiding op het onderwerp aan de hand van de kenmerken van internationale verdragen, het Europese systeem en de rol van het Hof van Justitie.

6.1.1 De samenloop van internationale verdragen en EU-verordeningen

Het internationale recht is rechtstreeks van toepassing in onze nationale rechtsorde. Het Nederlandse recht geeft een aantal aanwijzingen over de toepassing van verschillende bronnen van internationaal recht. Voorbeelden zijn artikel 13a Wet Algemene Bepalingen dat van betekenis is voor de doorwerking van internationaal gewoonterecht en de artikelen 93 en 94 Grondwet. Volgens deze grondwetsartikelen is de Nederlandse rechter ertoe gehouden om een ieder verbindende bepalingen van internationale verdragen en besluiten van internationale organisaties toe te passen, en zo nodig nationaal recht dat in strijd is met deze bepalingen, buiten toepassing te laten.[3] Hoe de rechter daarbij moet omgaan met conflicten tussen de verschillende bronnen van internationaal recht is niet neergelegd in het nationale recht maar vindt daarin wel zijn weerslag. Deze conflicten zijn van volkenrechtelijke aard en moeten met volkenrechtelijke conflictregels worden opgelost. Naast bepalingen omtrent verdragsinterpretatie bevat het Weens Verdragenverdrag (WVV) bepalingen omtrent verdragsconflicten.[4] Het WVV is een codificatie van gewoonterecht. Nederland is sinds 9 mei 1985 partij bij dit verdrag en voor alle verdragen die Nederland na die datum heeft gesloten is het Weens Verdragenverdrag voor Nederland van toepassing. Voor verdragen die voor die datum zijn gesloten geldt het grotendeels gelijkluidende gewoonterecht.

In beginsel bestaat tussen internationale verdragen en Europese verordeningen geen hiërarchie. Beide zijn geschreven documenten, tot stand gekomen in het internationale recht, met voorrang op nationaal recht. Deze documenten kunnen onderling met elkaar conflicteren. Een verschil tussen verdragen en verordeningen kan gevonden worden in de meer secundaire status van verordeningen die als bindende besluiten van een internationale organisatie voortvloeien uit de supranationale rechtsorde van de EU[5] terwijl staten bij de meeste verdragen rechtstreeks partij zijn. In zijn proefschrift verdeelt Mus de verschillende typen verdragsconflicten op basis van

3 Een uitgebreid proefschrift over deze verhouding: Mus 1996.
4 Het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht, *Trb*. 1972, 51.
5 Welke supranationale rechtsorde wel weer is gebaseerd op een verdrag tussen staten.

volkenrechtelijke criteria in verschillende groepen. Het belangrijkste criterium voor deze verdeling is de identiteit van de staten die bij de conflicterende verdragen partij zijn: zij zijn partij bij het eerdere verdrag, het latere verdrag of bij beide verdragen.[6] In deze casestudy is dit criterium aangehouden en komt het type verdragsconflict aan de orde waar sprake is van een eerder, internationaal verdrag en een latere, bindende EU-verordening, met als kenmerk dat bij deze verordening niet alle eerdere verdragspartijen partij zijn.

Een verdragsconflict kan worden opgelost door conflictclausules in het verdrag op te nemen die de wil van de verdragsluitende partijen weerspiegelen.[7] Deze clausules zijn voorrangverlenend of voorrangopeisend.[8] Een voorrangverlenende clausule in een verdrag bepaalt dat dit verdrag niet mag worden toegepast wanneer een conflict bestaat met een ander verdrag, dat eerder of later tot stand is gekomen. Deze constructie is in overeenstemming met het tweede lid van artikel 30 WVV. Voorbeeld hiervan zijn mensenrechtenverdragen die bepalen dat het mensenrechtenverdrag dat de meeste bescherming biedt, voorrang heeft. Een voorrangverlenende clausule lost de verdragsconflicten op met instemming van de staten die partij zijn bij het verdrag waarin de voorrangverlenende clausule is opgenomen.

Een voorrangopeisende clausule kan eerdere en latere verplichtingen buiten werking stellen zonder dat partijen bij die eerdere of latere verplichting invloed hebben op deze clausule. Voorbeeld van een voorrangopeisende clausule in een verdrag is artikel 103 VN-Handvest:

> 'In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.'

Dit betekent dat elke staat die partij is of wordt bij een verdrag met bepalingen die afwijken van het VN-Handvest, desondanks aan de bepalingen uit het VN-Handvest gebonden is. De bijzondere positie van artikel 103 VN-Handvest wordt erkend in het eerste lid van artikel 30 WVV, maar verder komt de constructie van voorrangopeisende clausules in het WVV niet voor.

Wanneer een verdrag wordt gesloten tussen een klein aantal verdragspartijen, dan kan een daarin vervatte voorrangopeisende clausule nadelig zijn voor staten die bij dit verdrag geen partij zijn maar wel andere verdragen sluiten of hebben gesloten met de verdragspartijen. Mus concludeert dan ook dat de voorrangopeisende clausule alleen dan een verdragsconflict kan oplossen wanneer dit niet strijdig is met de lex-posteriorregel of de pactatertiiregel.[9] Volgens de lex-posteriorregel staat het partijen bij het eerdere verdrag te allen tijde vrij om een nieuw verdrag te sluiten of de zaken anders

6 Mus 1996, p. 25-35.
7 Ook EU-verordeningen zijn veelal bindend voor partijen en vermelden regelmatig voorrangopeisende of voorrangverlenende clausules ten opzichte van internationale verdragen, zo blijkt uit het vervolg van dit hoofdstuk.
8 Mus 1996, p. 35-38.
9 Mus 1996, p. 37-50.

te regelen, mits alle betrokken staten partij worden bij het latere verdrag. Deze regel is niet als zodanig terug te vinden in het WVV maar vloeit voort uit het soevereiniteitsbeginsel van staten. De pacta-tertiiregel is wel opgenomen in het WVV, in artikel 34:

> 'A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.'

Staten zijn niet gebonden aan verdragen waarbij zij geen partij zijn. Een voorrangopeisende clausule in een later verdrag waarbij niet alle verdragspartijen bij het eerdere verdrag partij zijn, heeft ten aanzien van deze eerdere verdragspartijen dus geen werking. Een oplossing voor verschillende verdragspartijen bij eerdere en latere verdragen wordt aangedragen in het vierde lid van artikel 30 WVV:

> 'When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one: a) as between States parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3;[10] b) as between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations.'

Partijen bij beide verdragen moeten afhankelijk van de verdragsverplichtingen van hun wederpartij het eerdere of het latere verdrag toepassen.

Het bestaan van eerdere en latere verdragen tussen verschillende verdragspartijen kan leiden tot een botsing in verplichtingen ten opzichte van staten die partij zijn bij het verdrag dat niet wordt toegepast. Het afwisselend toepassen van eerdere en latere verdragen als oplossing voor de verschillen in verdragspartijen had dan ook niet bij iedereen de voorkeur. In zijn commentaar op het ontwerp-WVV in 1953 verdedigde Lauterpacht als Special Rapporteur in de International Law Commission:

> '[I]f parties to a treaty bind themselves to act in a manner which is a violation of the rights of a party under a pre-existing treaty, they commit a legal wrong which taints the subsequent treaty with illegality. This result follows cogently from general principles of law governing the subject, from requirements of international public policy and the principle of good faith which *must* be presumed to govern international relations.'[11]

Er zouden volgens Lauterpacht geen verdragen kunnen bestaan met botsende verplichtingen omdat in dergelijke gevallen het latere verdrag nietig is. Dit is echter niet in lijn met de bevoegdheid van staten verdragen te sluiten en benadeelt de staat die wel partij is bij het latere, maar niet bij het eerdere verdrag. Daarom zet het vijfde lid van artikel 30 WVV deze verdragsconflicten in de sleutel van de internationale aansprakelijkheid van staten:

---

10 Artikel 30(3) WVV: When all the parties to the earlier treaties are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.

11 Yearbook of the International Law Commission 1953, p. 156

> 'Paragraph 4 is without prejudice to (…) any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty.'

Een andere oplossing voor conflicten tussen eerdere en latere verdragen met verschillende verdragspartijen wordt door het WVV niet gegeven, zo concludeert ook Mus.[12]

Na het sluiten van een verdrag staat de rechtsontwikkeling niet stil. In dit hoofdstuk komt daarvan ook een voorbeeld aan de orde, namelijk de *subsequent practice*. Deze wordt genoemd in artikel 31(3)(b) WVV over de interpretatie van verdragen:

> 'There shall be taken into account together with the context (…) b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation'.

De vraag of de Europese interpretatie van een internationaal verdrag inderdaad een vorm van *subsequent practice* kan zijn, wordt vanwege de omvang niet in deze casestudy beantwoord; over dit onderwerp zijn verschillende verhandelingen geschreven.[13] De term *subsequent practice* wordt in de Nederlandse rechtspraak verschillende malen gebruikt om de afwijkende bepalingen van de EU-Verordening Brussel II-bis te duiden in relatie tot het internationale Haags Kinderontvoeringsverdrag, beschreven in paragraaf 6.3.

De supranationaliteit van het EU-recht en de voorrang die elke lidstaat geacht wordt te geven aan het recht van de EU boven elke andere verplichting die hij aangaat – een soort voorrangopeisende clausule – kan leiden tot een conflict tussen de Europese en internationale verdragsverplichtingen van de lidstaten. Dit type conflict staat centraal in dit hoofdstuk.

6.1.2 Structuur van de Europese Unie

De Europese Unie (EU) is een supranationale rechtsorde. Dit houdt in dat lidstaten van de EU op verschillende gebieden (een deel van) hun wetgevende macht hebben overgedragen aan de EU, zoals het handelsbeleid, het vervoersbeleid en het milieubeleid.[14] De belangrijkste verdragen van de EU zijn het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU) en het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU). Het VwEU beschrijft in artikel 2 de doelstellingen van de EU: het bevorderen van een

12 Mus 1996, p. 57.

13 Bijvoorbeeld recentelijk: Nolte 2013; Buga 2015.

14 In artikel 3 VwEU staan de terreinen genoemd die volledig overgedragen zijn aan de EU, zoals het douanebeleid, handelsbeleid en bescherming van visbestanden. In artikel 4 VwEU staan terreinen met gedeelde bevoegdheid opgesomd, zoals milieubeleid, vervoersbeleid, energiebeleid en terrorismebeleid. Artikel 5 VwEU noemt de gebieden waarin de EU ondersteunende bevoegdheid heeft, zoals volksgezondheid, sportbeleid, civiele bescherming.

harmonieuze, evenwichtige en duurzame ontwikkeling, door het instellen van een gemeenschappelijke markt en een economische en monetaire unie en door de uitvoering van gemeenschappelijk beleid. Belangrijke punten uit het VwEU zijn de gemeenschapstrouw uit artikel 10 en een beschrijving van de instellingen van de EU en de regels met betrekking tot hun handelingen. Het VEU legt een sterke nadruk op samenwerking tussen lidstaten op manieren en binnen beleidsterreinen die niet onder het VwEU vallen. In het bijzonder is de EU erop gericht zich internationaal te doen gelden en een beleid met betrekking tot asiel, immigratie en criminaliteit te ontwikkelen.[15]

De belangrijkste instellingen worden genoemd in artikel 13 VEU: de Raad van de Europese Unie, de Europese Commissie, het Europees Parlement, het Hof van Justitie, de Europese Centrale Bank en de Rekenkamer. Deze laatste twee spelen geen rol in dit hoofdstuk. De Raad, de Commissie en het Parlement zijn alle drie in meer of mindere mate betrokken bij het tot stand komen van regelgeving binnen de EU. Voor deze casestudy is met name de rol van het Hof van Justitie van belang.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie is sinds het Verdrag van Lissabon[16] de overkoepelende term voor het Hof van Justitie, het Gerecht van eerste aanleg en gespecialiseerde rechtbanken die door het Parlement of de Raad kunnen worden ingesteld.[17] Doel van het Hof van Justitie van de Europese Unie is het verzekeren van de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van het VwEU en het VEU.[18] Ook de rol van de rechterlijke instanties van de lidstaten wordt genoemd in het VEU, artikel 19: via de prejudiciële procedures zijn de nationale rechterlijke instanties met het Hof van Justitie verbonden.[19] Zij spelen zo een belangrijke rol in de doorwerking van het EU-recht op nationaal niveau, en worden ook wel Unierechters genoemd.

De voor deze casestudy belangrijkste bevoegdheid van het Hof van Justitie is neergelegd in artikel 267 VwEU:

> 'Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen a) over de uitlegging van de Verdragen, b) over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie.'

De handelingen van de instellingen zijn onder andere het vaststellen van verordeningen, richtlijnen, besluiten, aanbevelingen en adviezen. De verordening is een lidstaten bindend instrument, terwijl de richtlijn een

15 Artikel 2 VEU.

16 Getekend op 13 december 2007. Op 1 december 2009 in werking getreden na ratificatie door alle EU-lidstaten.

17 Deze bevoegdheid van Parlement en Raad is ingevoerd door het verdrag van Nice, artikel 257 EU-Verdrag.

18 Artikel 19 Geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie, (PbEU, C115/13), 9 mei 2008.

19 Artikel 19 lid 3 sub b.

resultaatsverplichting inhoudt waarbij nationale instanties bevoegd zijn vorm en middelen te kiezen voor de implementatie.[20] Tot slot kan het Hof van Justitie ook advies geven over de verenigbaarheid van een beoogde internationale overeenkomst met de Verdragen.[21]

De Europese Economische Gemeenschap, voorloper van de EU,[22] is opgericht met het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG-Verdrag) dat in 1957 in Rome werd getekend en de voorloper is van het VwEU. Met de uitspraak van het Hof van Justitie in het Van Gend en Loos arrest is bepaald dat bepalingen uit het EEG-Verdrag rechtstreeks werken wanneer de tekst van het artikel duidelijk en onvoorwaardelijk is:

> 'De Europese Economische Gemeenschap vormt in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde ten bate waarvan de staten, zij het op een beperkt terrein, hun soevereiniteit hebben begrensd en waarbinnen niet slechts deze Lid-Staten, maar ook hun onderdanen gerechtigd zijn. Evenzeer als het gemeenschapsrecht, onafhankelijk van de wetgeving der Lid-Staten, ten laste van particulieren verplichtingen in het leven roept, is het ook geëigend rechten te scheppen welke zij uit eigen hoofde kunnen geldig maken. Deze rechten ontstaan niet slechts door uitdrukkelijke toekenning vanwege het Verdrag, maar evenzeer als weerslag van de duidelijke verplichtingen welke het Verdrag zowel aan particulieren als aan de Lid-Staten en de gemeenschappelijke instellingen oplegt. De omstandigheid, dat het E.E.G.-Verdrag in de artikelen 169 en 170 de Commissie en de Lid-Staten het recht geeft om een staat, welke zijn verplichtingen niet is nagekomen, voor het Hof te dagen, ontneemt particulieren in voorkomende gevallen niet het recht, deze verplichtingen voor de nationale rechter in te roepen. Naar de geest, de inhoud en de bewoordingen van het E.E.G.-Verdrag moet artikel 12 in die zin worden uitgelegd, dat het directe werking heeft en rechten schept welker handhaving aan de nationale rechters kan worden gevraagd.'[23]

Omdat de lidstaten een nieuwe, supranationale rechtsorde hebben geschapen, hebben bepalingen uit het EEG-Verdrag rechtstreekse werking. Deze uitspraak verandert niet zozeer de doorwerking van het EU-recht in de Nederlandse rechtsorde als zodanig, maar wel de weg waarlangs deze doorwerking plaatsvindt.

In het arrest Costa/ENEL is vervolgens bepaald dat het Europees Gemeenschapsrecht suprematie heeft boven de nationale wetgeving van een lidstaat. Na de weergave van de bijzondere positie van de Europese rechtsorde en de beperking van de soevereiniteit van de lidstaten, overweegt het Hof van Justitie:

> 'dat uit het bovenstaande volgt dat het verdragsrecht, dat uit een autonome bron voortvloeit, op grond van zijn bijzonder karakter niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij kan worden gezet, zonder zijn gemeenschapsrechtelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond van de gemeenschap zelf daardoor wordt aangetast; dat, waar

20 Artikel 288 VwEU.
21 Artikel 218 VwEU.
22 De EU is opgericht met het Verdrag betreffende de Europese Unie, Maastricht 7 februari 1992, *Trb.* 2003, 151.
23 HvJ 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1.

> de Lid-Staten de rechten en plichten die uit de verdragsbepalingen voortvloeien aan de rechtsorde van de Gemeenschap hebben overgedragen, dit impliceert dat hun souvereine rechten definitief zijn beperkt, zodat latere eenzijdig afgekondigde wettelijke voorschriften, die tegen het stelsel van de Gemeenschap ingaan, iedere werking ontberen.'[24]

Het EU-recht heeft voorrang op nationaal recht, omdat het EU-recht vereist dat de daarin vervatte regels in alle lidstaten op dezelfde wijze worden toegepast. Het EU-recht stelt daarom nationale wettelijke voorschriften die met het EU-recht in strijd zijn, buiten werking.

6.1.3 Opzet van dit hoofdstuk

In deze casestudy wordt licht geworpen op de doorwerking van internationaal recht wanneer het Europese Unierecht hiermee overlapt. Dit is geen grote schijnwerper maar eerder een zaklamp om aan te tonen hoe het systeem van de EU de toepassing van internationaal recht door de nationale rechter overschaduwt. Hierin zijn twee zaken te onderscheiden. In paragraaf 6.2 wordt uiteengezet welke gevolgen de samenloop van Europees en internationaal recht heeft voor de wijze van doorwerking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde. De vrijheid van de nationale rechter wordt beperkt door het optreden van de EU-wetgever en door de interpretatie van het Hof van Justitie. Daarnaast bestaat er bij samenloop van internationale en Europese regels het gevaar dat de verschillende interpretaties moeilijk uit elkaar te halen zijn en verweven raken. De gevolgen hiervan worden uiteengezet in paragraaf 6.3 aan de hand van rechtspraak over het HKOV.

Het gaat in deze casestudy niet om een specifiek type rechtsbron, maar om een type samenloop, namelijk van Europese en internationale regelgeving die door de nationale rechters moet worden uitgelegd en toegepast. Er komen dan ook uiteenlopende rechtsgebieden aan de orde, zoals milieurecht, schadevergoedingsrechten in het luchtvervoer van personen en internationale kinderontvoering. De gemene deler van deze gebieden is dat er niet alleen internationale verdragen van toepassing zijn, maar over hetzelfde onderwerp ook een interpretatie door het Europese Hof van Justitie of EU-verordening bestaat. Om de terminologie eenvoudig te houden zal worden gesproken van verdragspartijen en lidstaten: 'verdragspartijen' waar het gaat om de partijen bij een eerder internationaal verdrag, 'lidstaten' waar het gaat om de staten die gebonden zijn aan een latere Europese verordening of richtlijn.

In de paragrafen 6.2 en 6.3 wordt getracht inzicht te geven in de bestaande conflicten tussen internationale verdragen en Europese verordeningen en mogelijke valkuilen. Het doel van deze casestudy is in paragraaf 6.4 en Hoofdstuk 8 handreikingen te geven hoe met EU-regelgeving en Unierechteruitspraken in de hand moet worden omgegaan met de doorwerking van het internationale recht en de ontstane valkuilen aan te wijzen.

---

24 HvJ 15 juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66.

6.2 Samenloop en toepassing van verdragen en verordeningen in de Europese Unie

Gewoonlijk is het de taak van de nationale rechter om uit internationale verdragen de toepasselijke rechtsregel te destilleren en deze aan de nationale regels te toetsen voor doorwerking.[25] Deze taak wordt aanzienlijk versmald wanneer er samenloop bestaat tussen internationale verdragen en EU-verordeningen. Deze paragraaf schetst het Europese kader van doorwerking en de gevolgen van het EU-stelsel voor de doorwerking van internationale verdragen.

Er zijn verschillende aanleidingen voor het bestaan van een internationaal verdrag en een Europese verordening op hetzelfde gebied. Zo komt het voor dat de EU partij is bij een bepaald verdrag en een gedeelte hiervan uitwerkt in een verordening of richtlijn. Voorbeelden zijn het Kyoto-Protocol bij het VN-Klimaatverdrag, dat met betrekking tot de handel in broeikasgasemissierechten is uitgewerkt in Richtlijn 2004/101/EG, en het Verdrag van Montreal en Richtlijn 261/2004 die beide gaan over de aansprakelijkheid bij de luchtvervoer van passagiers. Het komt ook voor dat de meeste EU-lidstaten zijn gebonden aan een internationale verplichting waarna de EU het nationale recht van lidstaten wil harmoniseren door in haar regelgeving in dit onderwerp te voorzien. Voorbeeld zijn resoluties van de VN-Veiligheidsraad die worden neergelegd in een verordening, zoals Resolutie 1737 neergelegd in Verordening 423/2007.[26] Tot slot gebeurt het dat de EU een verordening aanneemt over een onderwerp ten aanzien waarvan de meeste EU-lidstaten gebonden zijn aan een al eerder bestaand internationaal verdrag. Voorbeeld is de Verordening Brussel II-bis die net als het Haags Kinderontvoeringsverdrag regels geeft omtrent kinderontvoering.

De verschillende internationale verdragen worden voor deze casestudy ingedeeld in twee groepen: internationale verdragen waarbij de EU wel partij is of op welk gebied de EU regelgevend is opgetreden (paragraaf 6.2) en internationale verdragen waarbij de EU geen partij is (paragraaf 6.3).

6.2.1 Doorwerking van een internationaal verdrag met de EU als partij of regelgever

Met betrekking tot internationale verplichtingen zijn staten in beginsel vrij hun nationale doorwerkingsmethode te bepalen; er geldt enkel een resultaats- of inspanningsverplichting. Wanneer in het kader van de EU een verplichting wordt afgesproken, is deze rechtstreeks van kracht in de rechtsorde van de lidstaten. Dit geldt voor verschillende rechtsbronnen:

25 Zie hiervoor ook Hoofdstuk 3 en 4.

26 Resolutie 1737 van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (23 december 2006), S/RES/1737; Verordening (EG) nr. 423/2007, 19 april 2007. Met Resolutie 1737 legde de Veiligheidsraad sancties op tegen Iran naar aanleiding van zijn atoomprogramma.

verordeningen, richtlijnen, algemene beginselen van het recht van de EU en de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Over deze reikwijdte zegt het Hof zelf dat:

> 'wanneer het gaat om een gebied waarop de Gemeenschap nog niet regelgevend is opgetreden en dat bijgevolg tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort, de bescherming (…) en de daartoe door de rechterlijke autoriteiten getroffen maatregelen niet worden beheerst door het gemeenschapsrecht (…) Wanneer daarentegen wordt vastgesteld dat op het betrokken gebied communautaire regelgeving bestaat, is het gemeenschapsrecht van toepassing'.[27]

Wanneer binnen de EU geen regelgeving bestaat over een bepaald onderwerp, kunnen de lidstaten hierover zelfstandig regels vaststellen. Als op een bepaald gebied door de EU regelgeving is vastgesteld, heeft deze regelgeving voorrang op nationaal recht. Vervolgens kan het Hof van Justitie volgens artikel 267 VwEU de handelingen van de Europese instanties uitleggen. Deze constructie heeft ook gevolgen voor doorwerking van internationaal recht zoals een verdrag in het Nederlandse recht. Zo overweegt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

> 'Uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap van 11 september 2007, in zaak C-431/05, Merck Genéricos (…), volgt dat in zo'n geval een rechtstreeks beroep op een regel van het verdrag in een procedure bij de nationale rechter niet is toegestaan, indien die regel betrekking heeft op een gebied waarop de Europese Unie regelgevend is opgetreden.'[28]

Annotator Widdershoven legt de gevolgen van de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Merck Genéricos nog eens uit en beantwoordt de vraag hoe nu de relevante verdragsbepalingen doorwerken in de Nederlandse rechtsorde met als voorbeeld het Verdrag van Aarhus:

> 'In zaak C-431/05 (*Merck Genéricos*), *Jur.* 2007, p. I-7001, heeft het Hof van Justitie bepaald dat het antwoord op deze vraag ervan afhangt of de bepaling zich bevindt op een gebied waarop de EU al regelgevend is opgetreden. Is dat het geval dan werkt de verdragsbepaling door via de regelgeving die de EU ter uitvoering van het Verdrag heeft vastgesteld en kan voor de nationale rechter geen rechtstreeks beroep meer worden gedaan op het Verdrag zelf. Is dat niet het geval, dan is dat laatste wel mogelijk en wordt de doorwerking bepaald door het nationale recht, in Nederland door de artikelen 93 en 94 Grondwet.'[29]

Op de bepalingen van een internationaal verdrag kan, indien de EU terzake regelgevend is opgetreden, een indirect beroep worden gedaan via het EU-recht en, bij gebreke van relevante EU-regelgeving, via een direct beroep met inachtneming van de artikelen 93 en 94 Grondwet.

---

27 HvJ 11 september 2007, ECLI:EU:C:2007:496, para. 34-35 (*Merck Genéricos*).

28 ABRvS 17 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4217, r.o. 2.7.3.

29 ABRvS 17 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4217, *AB* 2011/42, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

Ook wanneer de EU partij is bij een internationaal verdrag, wordt het onderwerp een EU-aangelegenheid, welke onder de rechtsmacht van het Hof van Justitie van de Europese Unie valt. Dit heeft tot gevolg dat het Hof de doorwerking van deze internationale regels vormgeeft. Een voorbeeld hiervan is terug te vinden in de rechtspraak naar aanleiding van een prejudiciële vraag over de Duitse interpretatie van een milieuverdrag, het Verdrag van Aarhus.[30] Bij dit verdrag betreffende de toegang van burgers en hun organisaties tot informatie en de rechter alsmede inspraak bij besluitvorming over milieuaangelegenheden zijn zesenveertig staten partij, meest Aziatische en Europese, en één internationale organisatie: de Europese Unie. Door ondertekening van het Verdrag van Aarhus vormen diens bepalingen een bestanddeel van de rechtsorde van de EU:

> 'Het Verdrag van Aarhus is door de Gemeenschap ondertekend en vervolgens bij besluit 2005/370 goedgekeurd. Daarmee vormen de bepalingen van dat verdrag volgens vaste rechtspraak thans een bestanddeel van de rechtsorde van de Unie (…) Bijgevolg is het Hof in het kader van die rechtsorde bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de uitlegging ervan'.[31]

Volgens de structuur van de EU, weergegeven in bovenstaand citaat, kan het Hof van Justitie bij twijfel over de interpretatie van EU-regelgeving de nationale rechters een interpretatie geven van deze regelgeving. Deze interpretatie is bindend voor alle lidstaten.

Niet alleen kan de EU naast of namens de lidstaten een verdrag ratificeren, de EU kan ook na de ondertekening van een verdrag door de lidstaten zich dit verdrag 'eigen maken' door de voorheen door lidstaten als verdragspartijen uitgeoefende bevoegdheden over te nemen:

> 'As regards international agreements concluded between Member States and non-Member States, according to its case-law the ECJ does not, in principle, have jurisdiction to interpret these in preliminary ruling proceedings. This rule does not apply if the European Union has assumed the powers previously exercised by the Member States in the field to which the relevant international convention not concluded by the European Union applies. Since the provisions of the convention have the effect of binding the European Union, the ECJ has jurisdiction to interpret such a convention.'[32]

Hier komt geen verdragsratificatie aan te pas. Dit mechanisme is in een aantal zaken door het Hof van Justitie uiteengezet. In de *International Fruit Company case* stelt het Hof eerst zijn jurisdictie vast voor het beoordelen van de geldigheid van een handeling van een EU-instelling die in strijd zou zijn met een internationaal verdrag, de *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT):

---

30 Verdrag betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden, Aarhus 25 juni 1998, *Trb.* 2001, 73.

31 HvJ 8 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:125, para 30.

32 Mariani 2012, p. 25.

> 'Overwegende dat luidens de tekst van artikel 177, eerste alinea, van het EEG-Verdrag [nu: 267 VwEU; BAKS] "het Hof van Justitie bevoegd is, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen over … de geldigheid … van de door de instellingen van de gemeenschap verrichte handelingen"; dat aldus omschreven de bevoegdheid van het Hof aan generlei beperking wordt onderworpen ten aanzien van de gronden, waarop de geldigheid van deze handelingen kan worden aangevochten; dat, waar deze bevoegdheid zich uitstrekt tot alle redenen van ongeldigheid welke deze handelingen kunnen aankleven, het Hof gehouden is te onderzoeken of de geldigheid dier handelingen kan zijn aangetast ten gevolge van strijdigheid met een regel van internationaal recht; dat, zal de onverenigbaarheid van een gemeenschapshandeling met een bepaling van internationaal recht afbreuk kunnen doen aan de geldigheid dier handeling, de gemeenschap allereerst door deze bepaling moet zijn gebonden'.[33]

Om de geldigheid van een handeling door een EU-instelling af te kunnen laten hangen van verenigbaarheid met het internationale recht, moet de EU allereerst gebonden zijn aan dit internationale recht. Het Hof onderzoekt dit aan de hand van de verdragsgeschiedenis van de GATT. De EU-lidstaten zijn partij bij de GATT en hebben bij toetreding tot de EU expliciet vermeld deze verbintenis te willen eerbiedigen. In de EU-verdragen is de GATT genoemd en zo geïncorporeerd in het EU-recht. Ook zijn op verschillende wijzen de bevoegdheden van de lidstaten onder de GATT overgedragen op de EU, zoals het door de EU optreden als deelgenoot bij tariefonderhandelingen en als partij bij verschillende akkoorden. Volgens het Hof is dit voldoende bewijs dat de EU de bevoegdheden van de lidstaten in het kader van de GATT heeft overgenomen:

> 'Dat derhalve blijkt dat in alle opzichten waarin de Gemeenschap krachtens het EEG-Verdrag voorheen door de lid-staten uitgeoefende bevoegdheden ter zake van de toepassing van de GATT heeft aanvaard, de bepalingen dezer overeenkomst de gemeenschap verbinden'.[34]

Deze overdracht van bevoegdheden is niet het gevolg van de gebondenheid van alle EU-lidstaten aan een internationaal verdrag: deze overdracht moet expliciet gebeuren. Wanneer gedeelten van een internationaal verdrag worden overgenomen of aangevuld in het EU-recht neemt de EU daarmee niet automatisch de bevoegdheden van de lidstaten over. Het Hof van Justitie stelt dit vast in een zaak die ingaat op de gebondenheid van de EU aan Marpol 73/78, een verdrag dat voorschriften vaststelt voor de bestrijding van verontreiniging van het mariene milieu, en verwijst hierbij naar bovenstaand arrest over de GATT:

> 'Wat in de eerste plaats Marpol 73/78 betreft, moet vooraf worden vastgesteld dat de Gemeenschap daarbij geen partij is. Voorts blijkt niet, zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, dat de Gemeenschap krachtens het EG-Verdrag de voorheen door de lidstaten uitgeoefende bevoegdheden ter zake van de toepassing van Marpol 73/78 heeft overgenomen,

33 HvJ 12 december 1972, ECLI:EU:C:1972:115, Joined cases 21 to 24-72, para. 4-7 (*International Fruit Company NV and others*).

34 HvJ 12 december 1972, ECLI:EU:C:1972:115, para. 18 (*International Fruit Company NV and others*).

> en dus ook niet dat de bepalingen van dit verdrag de Gemeenschap binden (…) In dit opzicht onderscheidt Marpol 73/78 zich dus van de GATT 1947, in het kader waarvan de Gemeenschap geleidelijk aan voorheen door de lidstaten uitgeoefende bevoegdheden op zich heeft genomen, waardoor zij door de uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen werd gebonden (zie in die zin met name arrest International Fruit Company e.a., reeds aangehaald, punten 10-18). Bijgevolg kan deze rechtspraak betreffende de GATT 1947 niet worden toegepast op Marpol 73/78. Hoewel alle lidstaten van de Gemeenschap partij zijn bij Marpol 73/78, kan de Gemeenschap bij het ontbreken van volledige overdracht van de voorheen door de lidstaten uitgeoefende bevoegdheden aan haar, niet reeds op grond van het feit dat al deze lidstaten partij zijn bij Marpol 73/78 gebonden zijn door de voorschriften daarin, welke zij niet zelf heeft goedgekeurd. Nu de Gemeenschap niet is gebonden door Marpol 73/78, volstaat het enkele feit dat richtlijn 2005/35 tot doel heeft bepaalde voorschriften uit dat verdrag in het gemeenschapsrecht op te nemen, evenmin voor bevoegdheid van het Hof om de rechtmatigheid van deze richtlijn aan dat verdrag te toetsen.'[35]

De criteria voor en gevolgen van het overnemen van een bevoegdheid van de lidstaten worden door het Hof van Justitie nogmaals uiteengezet na een prejudiciële vraag door het Luxemburgse *Cour de Cassation* over het Verdrag van Warschau, een internationaal verdrag aangaande de schadevergoeding aan passagiers van luchtvaartuigen. Allereerst stelt het Hof vast onder welke omstandigheden hij uitspraak kan doen over een internationaal verdrag:

> 'Volgens vaste rechtspraak is een door de Raad overeenkomstig de artikelen 300 EG en 310 EG gesloten overeenkomst, wat de Gemeenschap betreft, een handeling die door een van de instellingen van de Gemeenschap is verricht in de zin van artikel 234, eerste alinea, sub b, EG [het huidige artikel 267 VwEU; BAKS]. De bepalingen van een dergelijke overeenkomst vormen vanaf de inwerkingtreding daarvan een integrerend bestanddeel van de communautaire rechtsorde, en het Hof is in het kader van deze rechtsorde bevoegd bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de uitlegging van die overeenkomst (…) In het hoofdgeding staat echter vast dat de Gemeenschap geen verdragsluitende partij is bij het Verdrag van Warschau. Bijgevolg is het Hof in beginsel niet bevoegd, in het kader van een prejudiciële procedure de bepalingen van dat verdrag uit te leggen (…) Het Hof heeft echter ook geoordeeld dat, wanneer en voor zover de Gemeenschap krachtens het Verdrag de voorheen door de lidstaten uitgeoefende bevoegdheden ter zake van de toepassing van een internationaal verdrag heeft overgenomen en bijgevolg door de bepalingen ervan gebonden is, het tot uitlegging van een dergelijk verdrag bevoegd was, zelfs indien dit niet door de Gemeenschap was geratificeerd'.[36]

Volgens artikel 246 VEU zijn internationale verdragen waar de EU partij bij is, onderdeel van de Europese rechtsorde. Het Hof van Justitie kan uitspraken doen over de interpretatie van deze verdragen en de nationale rechters kunnen hem in een prejudiciële procedure om opheldering vragen. Daarnaast kan het Hof uitspraken doen over verdragen die niet zijn ondertekend door de EU, maar waarvan de EU de bevoegdheden die de lidstaten zijn aangegaan als verdragspartijen, heeft overgenomen. Deze internationale verdragen binden de EU dus zonder diens ratificatie. Deze overname van bevoegdheid vindt echter niet automatisch plaats wanneer alle lidstaten

35 HvJ 3 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:312, para. 47-50 (*Intertanko*).
36 HvJ 22 oktober 2009, ECLI:EU:C:2009:649, para. 23-25.

partij zijn bij een internationaal verdrag of wanneer de EU ook regelingen kent aangaande hetzelfde onderwerp – eventueel met verwijzing naar het internationale verdrag – maar deze overname moet expliciet en volledig gebeuren, zo vervolgt het Hof in deze zaak:

> 'In het hoofdgeding staat vast dat alle lidstaten van de Gemeenschap op de datum van de feiten in het hoofdgeding partij waren bij het Verdrag van Warschau. Er moet dus worden onderzocht of de Gemeenschap in deze zaak krachtens het Verdrag de voorheen door de lidstaten uitgeoefende bevoegdheden heeft overgenomen ter zake van de toepassing van het Verdrag van Warschau, dat het luchtvervoer van personen, bagage en goederen dekt. (…) Bij het ontbreken van volledige overdracht van de voorheen door de lidstaten uitgeoefende bevoegdheden aan de Gemeenschap, kan deze laatste niet om de enkele reden dat ten tijde van de feiten in het hoofdgeding al die lidstaten partij waren bij het Verdrag van Warschau, gebonden zijn door de voorschriften daarin, die zij niet zelf heeft goedgekeurd'.[37]

De overname van bevoegdheden door de EU gebeurt bij uitzondering. De prejudiciële vraag van de Nederlandse Hoge Raad aan het Europese Hof van Justitie over de verhouding tussen Verordening 44/2001 en het internationale CMR-verdrag werpt de vraag op of het Hof bevoegd is dit verdrag uit te leggen. Advocaat-Generaal Kokott concludeert dat dit niet het geval is:

> '[Het valt] te betwijfelen of het enkele bestaan van bevoegdheden op dat gebied volstaat om een gebondenheid van de Unie aan volkenrechtelijke verplichtingen van de lidstaten en een overeenkomstige uitleggingsbevoegdheid van het Hof aan te nemen. De GATT vormt in zoverre een bijzonder geval, daar de overgang van de bevoegdheden op het gebied van de handelspolitiek uitdrukkelijk in het toenmalige EEG-Verdrag was geregeld. Bovendien bestond er vanwege het op verdere ontwikkeling gerichte wereldhandelssysteem een bijzondere behoefte aan de functieopvolging. Daarentegen is het CMR een alleen door de lidstaten gesloten verdrag, dat regels voor civielrechtelijke verhoudingen geeft. Het heeft geen met de GATT vergelijkbaar evolutief karakter.'[38]

Ook het Hof van Justitie overweegt in deze zaak niet bevoegd te zijn de in het kader van een prejudiciële procedure gesloten internationale overeenkomsten tussen lidstaten en derde staten uit te leggen.[39]

De EU is gebonden aan internationale verdragen die zij heeft geratificeerd of waarvan de verplichtingen en bevoegdheden expliciet aan haar zijn overgedragen door de lidstaten.[40] Wanneer een internationaal verdrag

37 HvJ 22 oktober 2009, ECLI:EU:C:2009:649, para. 26, 33.
38 HvJ 4 mei 2010, ECLI:EU:C:2010:50 (concl. A-G J. Kokott), para. 62-63.
39 HvJ 4 mei 2010, ECLI:EU:C:2010:243, para. 61.
40 Nog drie gevallen waarin het Hof heeft aangenomen bevoegd te zijn voor de uitlegging van verdragen of overeenkomsten die niet door de EU zijn gesloten: volkenrechtelijke verdragen die als internationaal gewoonterecht ook voor de EU verbindend zijn, en het uitleggen van een internationaal verdrag dat verband houdt met het voorwerp van de EU-verdragen wanneer verdragspartijen een dergelijke uitleggingsbevoegdheid uitdrukkelijk verlenen. Deze gevallen komen verder niet aan de orde. Het derde geval is wanneer het EU-recht verwijst naar internationale bepalingen, dit komt aan de orde in paragraaf 6.3.

binnen de grenzen van het EU-recht valt, kan het Hof van Justitie over dit internationale verdrag een uitleg geven welke bindend is voor de lidstaten. Het Hof geeft zelf aan hoe dit in zijn werk gaat:

> 'Daar het Verdrag van Aarhus door de Gemeenschap en al haar lidstaten is gesloten op grond van een gedeelde bevoegdheid, vloeit daaruit voort dat het Hof, wanneer het overeenkomstig de bepalingen van het Verdrag, inzonderheid artikel 234 EG, wordt geadieerd, bevoegd is om een scheidslijn aan te brengen tussen de verplichtingen die de Unie op zich neemt en die ten laste van de lidstaten en om de bepalingen van het Verdrag van Aarhus uit te leggen'.[41]

Wanneer de EU partij is bij een internationaal verdrag legt het Hof van Justitie als rechter van deze verdragspartij de verdragsbepalingen uit. Voor de lidstaten van de EU fungeert deze uitlegging als bindende uitspraak van de hoogste rechter, voor verdragspartijen die geen EU-lidstaat zijn is dit een interpretatie van het verdrag.

6.2.2 Kanttekening: de uitleg van verdragen door het Hof van Justitie

De uitleg die het Hof van Justitie geeft aan een internationaal verdrag mag dan bindend zijn voor de lidstaten, deze uitleg is niet altijd in lijn met doel en strekking van het verdrag. Dit blijkt uit onderstaande zaak over de aansprakelijkheid voor het luchtvervoer van passagiers. Met betrekking tot dit onderwerp is in 1999 het Verdrag van Montreal gesloten tussen 111 partijen waaronder alle EU-lidstaten en de EU.[42] Het Verdrag van Montreal vervangt het eerdere Verdrag van Warschau en is een exclusief verdrag met betrekking tot het recht op schadevergoeding, zo blijkt uit artikel 29:

> 'In the carriage of passengers, baggage and cargo, any action for damages, however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise, can only be brought subject to the conditions and such limits of liability as are set out in this Convention without prejudice to the question as to who are the persons who have the right to bring suit and what are their respective rights. In any such action, punitive, exemplary or any other non-compensatory damages shall not be recoverable.'

De exclusiviteit van het Verdrag van Montreal weerhoudt de EU er echter niet van om in 2004 een verordening vast te stellen met gemeenschapsregels over de compensatie aan passagiers in het geval van vertraging en annulering van vluchten.[43] Over de verenigbaarheid van de schadevergoedingsbepalingen uit de verordening met de exclusiviteit van de schadevergoe-

---

41 HvJ 8 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:125, para. 31.

42 Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationale luchtvervoer, Montreal, 28 mei 1999, *Trb*. 2010, 114. Partijen geteld op 4 november 2003.

43 Verordening (EG) nr. 261/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige vertraging van vluchten en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 295/91 (*PbEU* 2004, L 046).

dingsbepalingen uit het Verdrag van Montreal wordt door de Engelse *High Court of Justice* een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, wendt het Hof zich tot de internationale interpretatieregels voor verdragen:

> 'Aangaande de uitlegging van deze artikelen [van het Verdrag van Montreal; BAKS] moet worden beklemtoond dat volgens vaste rechtspraak een internationaal verdrag moet worden uitgelegd aan de hand van de bewoordingen waarin het is opgesteld en in het licht van zijn doelstellingen.'[44]

Na het aanhalen van artikel 31 WVV komt het Hof tot de volgende conclusie over de intentie van de opstellers van het Verdrag van Montreal met betrekking tot de exclusiviteit van de schadevergoedingsbepalingen:

> 'Uit de artikelen 19, 22 en 29 van het Verdrag van Montreal blijkt echter duidelijk dat deze alleen de voorwaarden regelen waaronder de betrokken passagiers na vertraging van een vlucht vorderingen kunnen instellen tot vergoeding van hun individuele schade (…) Noch uit deze bepalingen, noch uit enige andere bepaling van het Verdrag van Montreal blijkt dat de verdragsauteurs de vervoerders wilden vrijwaren van elke andere vorm van interventie (…) Het Verdrag van Montreal kon derhalve voor de communautaire wetgever geen beletsel vormen om, in het kader van de aan de Gemeenschap op het gebied van vervoer en consumentenbescherming toegekende bevoegdheden, de voorwaarden vast te leggen waaronder de schade in verband met eerdergenoemd ongemak, moest worden gecompenseerd.'[45]

Deze conclusie staat diametraal tegenover de uitputtende bewoordingen waarmee artikel 29 Verdrag van Montreal elke andere vorm van schadevergoeding uitsluit. Ook in de literatuur is deze conclusie besproken:

> 'The view that the Montreal Convention relates to actions or damages of a different nature than the claims founded on Regulation 261/2004 is wrong. (…) [T]he coming into force of EU Regulation 261/2004 appears to deny the well-established exclusivity of the Warsaw Convention's cause of action.'[46]

De uitspraak die het Hof van Justitie doet is gebaseerd op de interpretatieregels van het WVV, waarmee de legitimiteit ervan lijkt geborgd. Maar met de werkwijze en conclusie van het Hof in de hand is het begrijpelijk dat nationale rechters deze uitspraak niet zonder meer willen volgen. Wanneer het om een Europese interpretatie van een internationaal verdrag gaat, is dit echter niet eenvoudig. Buiten de kring van EU-lidstaten is deze uitspraak een interpretatie die vrijelijk gevolgd of in overwegingen van verdragsinterpretatie meegenomen kan worden, maar voor de EU-lidstaten is deze uitspraak bindend en gezaghebbend.

---

44 HvJ 10 januari 2006, ECLI:EU:C:2006:10, para. 40.
45 HvJ 10 januari 2006, ECLI:EU:C:2006:10, para. 44-46.
46 Wegter 2006.

6.2.3 Concluderend

Het bestaan van EU-regelgeving is van invloed op de doorwerking van internationaal recht in het nationale recht en beperkt de rol van de artikelen 93 en 94 Grondwet. Wanneer het internationale verdrag een gebied bestrijkt dat ook door de EU is geregeld of wanneer de EU partij is bij een internationaal verdrag, verloopt de doorwerking van dit verdrag niet volgens de nationale doorwerkingsregels maar via de EU-regelgeving. Het Hof van Justitie neemt daarbij een belangrijke rol in als hoogste rechter van de EU. Deels vindt deze constructie haar oorsprong in de bewuste overdracht van regelgevende bevoegdheden door de lidstaten aan de EU, daarnaast heeft het Hof van Justitie eigenhandig een methode aangenomen die deze werkwijze beïnvloedt. In de volgende paragraaf worden de valkuilen van deze samenloop en methode van het Hof van Justitie voor de toepassing van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde belicht.

6.3 Samenloop en toepassing van verdragen en verordeningen in het nationale recht

Ook wanneer de EU geen partij is bij een internationaal verdrag kan het interpreteren ervan worden beïnvloed door het bestaan van EU-regelgeving. Tussen EU-lidstaten onderling kan bijvoorbeeld een verordening worden gezien als een onderlinge overeenkomst – een *subsequent practice*? – over de interpretatie van een bestaand verdrag. Een voorbeeld is het Haags Kinderontvoeringsverdrag (HKOV).[47] Bij de toepassing van het HKOV kan het door EU-lidstaten[48] overeengekomen latere gebruik in de toepassing van dit verdrag worden gevonden in de Verordening Brussel II-bis.[49] Voor kinderontvoeringen die plaatsvinden tussen de EU-lidstaten bevat deze Verordening aanvullingen op het HKOV. In de nieuwsbrief van rechters die het HKOV toepassen schrijft de Engelse rechter Thorpe in 2006 hierover:

> 'The negotiation of the Revised Brussels II Regulation between the then fourteen European States is relevant to my review in that it is the clearest indication of the areas in which those States desired to reform the Convention. (…) The emphasis in Article 11 on protective measures reflects the widely held view that they are crucial to the just function of the Convention.'[50]

47 Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, *Trb*. 1987, 139.

48 Denemarken uitgezonderd, punt 31 preambule Verordening Brussel II-bis.

49 Verordening (EG) Nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000 (*PbEU* 2003, L338/1).

50 The Judges' Newsletter, 2006, vol. XI, p. 10.

In paragraaf 6.3.1 wordt stilgestaan bij de wijze waarop deze EU-interpretatie deel uitmaakt van de bestaande internationale praktijk rondom het HKOV, terwijl in paragraaf 6.3.2 de mogelijke valkuilen van samenloop tussen een EU-verordening en een internationaal verdrag onder de loep worden genomen.

6.3.1 Invloed van de EU-verordening: een nieuwe interpretatie

Op 1 maart 2005 treedt de Verordening Brussel II-bis in werking die meerdere aanpassingen bevat die volgens de EU-lidstaten de werking van het internationale HKOV positief beïnvloeden. Voorbeelden zijn de verkorting van de termijn waarbinnen op een verzoek om terugkeer van het kind moet worden beslist en het horen van het kind en van de persoon die om de terugkeer van het kind verzoekt.[51] Daarnaast geeft de Verordening in de leden 6, 7 en 8 van artikel 11 aan het gerecht van het land van herkomst de mogelijkheid om binnen bepaalde termijn na ontvangst van de uitspraak van het gerecht van het land waarheen het kind is ontvoerd de kwestie van het gezagsrecht te onderzoeken..

Het HKOV is tot stand gekomen in 1980. In tegenstelling tot enkele andere verdragen van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht[52] heeft de Europese Unie – lid van de Haagse Conferentie sinds 2007 – het HKOV niet geratificeerd. Ook zijn de bevoegdheden van de lidstaten onder het HKOV niet expliciet overgedragen aan de EU. In het antwoord op een prejudiciële vraag van de Ierse *Supreme Court* in een ontvoeringszaak tussen Ierland en Duitsland maakt het Hof van Justitie dan ook expliciet onderscheid tussen het HKOV en de Verordening wanneer hem wordt gevraagd om een uitleg van artikel 15 HKOV en artikel 11 van de Verordening.[53] De Commissie en Duitsland voeren nog aan dat deze prejudiciële vraag niet gesteld kan worden omdat deze gaat over het HKOV en het Hof geen jurisdictie heeft.[54] Het Hof acht het echter de taak van de nationale rechter te bepalen of het advies van het Hof moet worden gevraagd en geeft impliciet aan dat alleen voor de Verordening een interpretatie gegeven kan worden, al dan niet met gevolgen voor de interpretatie van het HKOV tussen lidstaten onderling vanwege de verwijzingen naar het HKOV in de Verordening:[55]

> 'Bovendien moet worden opgemerkt dat krachtens artikel 60 van verordening nr. 2201/2003, deze laatste in de betrekkingen tussen de lidstaten voorrang boven het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 heeft, voor zover betrekking hebbend op onder-

51 Artikel 11 lid 3, lid 2 en lid 5 Verordening Brussel II-bis.

52 Zoals bijvoorbeeld het Haags Alimentatieverdrag 2007 en het Haags Alimentatieprotocol 2007, die door de EU zijn ondertekend namens alle lidstaten (behalve Denemarken en het Verenigd Koninkrijk).

53 HvJ 5 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:582, para. 30 e.v. (*J.McB. v L.E.*).

54 HvJ 5 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:582, para. 30 (*J.McB. v L.E.*).

55 Zie voor deze verbondenheid bijvoorbeeld ook: HvJ EU 9 oktober 2014, ECLI:EU:C:2014:2268, para 58.

> werpen die in deze verordening zijn geregeld. Onder voorbehoud van deze voorrang van verordening nr. 2201/2003, blijft het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980, met inachtneming van artikel 60, zijn gevolgen sorteren voor de lidstaten die daarbij verdragsluitende partij zijn, overeenkomstig artikel 62, lid 2, van deze zelfde verordening en zoals vermeld in punt 17 van de considerans daarvan. Kinderontvoeringen van de ene naar de andere lidstaat vallen thans dus onder een geheel van regels dat wordt gevormd door de bepalingen van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980, zoals aangevuld bij die van verordening nr. 2201/2003, met dien verstande dat deze laatste binnen de werkingssfeer van de verordening voorrang hebben.'[56]

Het HKOV is tussen verdragspartijen van toepassing maar wordt voor lidstaten aangevuld met de bepalingen van de Verordening. Deze hebben volgens de voorrangopeisende bepaling in artikel 60(e) Verordening voorrang boven het HKOV. Deze voorrang speelt al een kleine rol in Nederlandse rechtszaken vóórdat de Verordening in werking is getreden.

Eind 2004 wordt de rechtbank Amsterdam verzocht om de moeder van een dan vierjarig meisje te gelasten haar kind terug te brengen naar haar vader in Italië. In hoger beroep stuit dit verzoek af op de weigeringsgrond van artikel 13(1)(b) HKOV: terugkeer is niet in het belang van het kind.[57] De Hoge Raad komt begin 2006 tot het oordeel dat deze weigeringsgrond restrictief moet worden opgevat en verwijst hierbij naar de conclusie van Advocaat-Generaal Strikwerda. Deze geeft een opsomming van de in Hoofdstuk 5 besproken internationale rechtsbronnen om dit oordeel te ondersteunen. Wat door de Advocaat-Generaal ook wordt overwogen, maar waar de Hoge Raad niet naar verwijst, is de invloed van de EU-verordening:

> 'Opmerking verdient dat de betekenis van de weigeringsgrond van art. 13 lid 1, aanhef en onder b, in de relatie tussen verdragsluitende staten die tevens lidstaat zijn van de Europese Unie door de inwerkingtreding van de zgn. Brussel II-bis Verordening (…) nog verder is teruggedrongen.'[58]

Wat betreft de weigeringsgrond van artikel 13(1)(b) HKOV stelt de Verordening in artikel 11(4) de volgende beperking: wanneer vaststaat dat adequate voorzieningen zijn getroffen om de bescherming van het kind na terugkeer te verzekeren, mag de rechter in beginsel geen gebruik maken van de weigeringsgrond.[59] Alhoewel het inleidend verzoekschrift van deze zaak is ingediend vóór de datum van inwerkingtreding van de Verordening, kan hieraan volgens de Advocaat-Generaal wel degelijk interpretatieve betekenis worden toegekend: hij noemt de Verordening een 'subsequent practice' van het HKOV in de zin van artikel 31(3) Weens Verdragenverdrag.[60]

---

56 HvJ 5 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:582, para. 36 (*J.McB. v L.E.*).

57 Deze zaak wordt uitgebreider beschreven in paragraaf 5.2.2: HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4795, *NJ* 2006/545, m.nt. Th.M. de Boer.

58 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU4795, *NJ* 2006/545, para. 23.

59 Artikel 11 lid 4 Verordening Brussel II-bis.

60 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU4795, *NJ* 2006/545, para. 23.

Eerder al wordt de invloed van de Verordening genoemd in een noot bij de uitspraak van het hof 's-Hertogenbosch. Het hof komt in deze zaak tussen een Italiaanse vader en Nederlandse moeder tot de conclusie dat een beroep van de moeder op de weigeringsgrond uit artikel 13(1)(b) HKOV terecht door de rechtbank is afgewezen. De moeder stelt dat de vader haar heeft mishandeld, waarvan het kind getuige is geweest, en dat daarom een ernstig risico voor lichamelijk of geestelijk gevaar bestaat. Daarnaast vreest de moeder dat ze haar kind niet meer zal zien wanneer dit terugkeert naar Italië, waar de vader woont, en de dochter daarmee in een ondraaglijke toestand wordt gebracht. Volgens rechtbank en hof is een ernstig risico niet bewezen en is het aan de moeder zelf om deze toestand te voorkomen.[61]

Annotator Dorhout is van mening dat de Verordening Brussel II-bis op deze procedure van toepassing is. Met name artikel 11(4) Verordening leidt volgens hem tot een andere beoordeling van de verschillende onderdelen van het verweer, met name het beroep op de weigeringsgronden van artikel 13 HKOV.[62] Op grond van de Verordening vormen de getroffen adequate voorzieningen een extra element in het beoordelen van de weigeringsgrond: zijn er adequate voorzieningen getroffen in het land van terugkeer dan mag de weigeringsgrond in beginsel niet worden toegepast. Omgekeerd geldt volgens de annotator blijkbaar hetzelfde: zijn er geen adequate voorzieningen getroffen, dan kan dit reden zijn de weigeringsgrond toch toe te passen.

Ook ná inwerkingtreding wordt in de Verordening een aanvulling gevonden op de restrictieve weigeringsgronden van het HKOV waarmee rekening moet worden gehouden in kinderontvoeringszaken tussen lidstaten.[63] In een zaak tussen een Griekse vader en een Nederlandse moeder acht de Hoge Raad aannemelijk dat de gewone verblijfplaats van de kinderen in Nederland is en daarom geen sprake is van ontvoering van de kinderen door de moeder naar Nederland.[64] Hij komt niet toe aan het verweer van de moeder, die zich beroept op de weigeringsgrond van artikel 13(1)(b) HKOV. Advocaat-Generaal Vlas gaat in zijn conclusie wel op dit beroep in, en overweegt:

> 'In de rechtspraak en literatuur is algemeen aanvaard dat de weigeringsgrond van art. 13 lid 1 onder b HKOV slechts ziet op extreme situaties en niet dient te worden toegepast omdat het kind in het land van herkomst slechter af zou zijn dan in het land van de aangezochte rechter. (…) In de relatie tussen de verdragsluitende staten die tevens lidstaat zijn van de Europese Unie en gebonden aan de Verordening Brussel II-bis, is de toepassing van de weigeringsgrond van art. 13 lid 1 onder b HKOV overigens nog verder beperkt door art. 11 lid 4 Verordening Brussel II-bis.'[65]

---

61 Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AT3979.

62 Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AT3979, *FJR* 2005/99, m.nt. P. Dorhout.

63 Zoals M.V. Polak al signaleert, Polak 2006, p. 651: 'Bij de toepassing van de weigeringsgrond van artikel 13 (…) HKOV in dit Italiaans-Nederlandse – dus: intracommunautaire – geval zou dan ook interpretatieve betekenis kunnen worden toegekend aan Brussel II-bis'.

64 HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4833, *NJ* 2012/311. Zie ook verderop in deze paragraaf.

65 HR 17 juni 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ4833, para. 2.33-2.34.

Ook bij de interpretatie van het begrip 'gewone verblijfplaats' komt de invloed van de Verordening naar voren. Volgens het *Rapport explicatif* bij het HKOV is de gewone verblijfplaats 'a purely factual concept, differing in that respect from domicile'.[66] Het HKOV baseert de gewone verblijfplaats van het kind op objectieve criteria – de feitelijke situatie. In 2005 oordeelt de Rechtbank Alkmaar op basis van het HKOV dat de gewone verblijfplaats de plaats is waarmee het kind maatschappelijk de belangrijkste banden heeft, waarbij de duur van het feitelijke verblijf een belangrijke rol speelt.[67] Deze objectieve interpretatie is lange tijd de standaard in de Nederlandse rechtspraak, die na inwerkingtreding van de Verordening Brussel II-bis verandert in een meer subjectieve benadering. Dit wordt duidelijk uit de volgende zaken.

In 2009 geeft het Hof van Justitie antwoord op prejudiciële vragen die door de Finse rechter zijn gesteld over de Verordening in een Fins-Zweedse kinderontvoeringszaak. Voor de uitleg van het begrip 'gewone verblijfplaats' in het kader van de Verordening geeft het Hof de volgende handvatten:[68]

> 'De "gewone verblijfplaats" van een kind in de zin van artikel 8, lid 1, van de verordening moet worden bepaald op basis van een geheel van feitelijke omstandigheden die eigen zijn aan elke zaak. Naast de fysieke aanwezigheid van het kind in een lidstaat moeten andere factoren aantonen dat deze aanwezigheid niet tijdelijk of toevallig is en dat de verblijfplaats van het kind een zekere integratie in een sociale en familiale omgeving tot uitdrukking brengt. Er moet onder meer rekening worden gehouden met de duur, de regelmatigheid, de omstandigheden en de redenen van het verblijf op het grondgebied van een lidstaat en van de verhuizing van het gezin naar die staat, de nationaliteit van het kind, de plaats waar en de omstandigheden waaronder het naar school gaat, de talenkennis en de familiale en sociale banden van het kind in die staat.'[69]

Op 22 december 2010 herhaalt het Hof deze criteria in een kinderontvoeringszaak tussen Engeland en Zweden.[70] Een dag eerder heeft het Gerechtshof Amsterdam in een kinderontvoeringszaak tussen een Nederlandse moeder en Griekse vader de 'gewone verblijfplaats' nog beoordeeld als 'een feitelijk begrip (…) waaraan inhoud wordt gegeven door de omstandigheden en feiten van het concrete geval'.[71] Wanneer de Hoge Raad het begrip gewone verblijfplaats definieert, begint hij bij deze HKOV-interpretatie:

---

66 Perez-Vera 1980, para. 66.

67 Rb. Alkmaar 21 juni 2005, ECLI:NL:RBALK:2005:AT0827, *JPF* 2005/63, m.nt. Pellis; zie ook HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2978, *NJ* 2001/213, conclusie A-G L. Strikwerda para. 24, .

68 Om de uitspraak van het Hof van Justitie goed te kunnen vergelijken met de hierna volgende Nederlandse uitspraken, is de oorspronkelijk Engelstalige uitspraak in de Nederlandse vertaling weergegeven.

69 HvJ EU 2 april 2009, ECLI:EU:C:2009:225, r.o. 37-39.

70 HvJ EU 22 december 2010, ECLI:EU:C:2010:829, r.o. 52-57.

71 HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4833, *NJ* 2012/311, r.o. 4.11.

> 'Dit conflictenrechtelijk begrip 'gewone verblijfplaats van het kind' is een feitelijk begrip waaraan inhoud wordt gegeven door de feiten en omstandigheden van het concrete geval.'[72]

Voor de daarbij in aanmerking te nemen factoren zoekt de Hoge Raad vervolgens aansluiting bij de rechtspraak van het Hof van Justitie en verwijst hierbij naar Advocaat-Generaal Vlas, die concludeert:

> 'Voor de nadere omlijning van het begrip 'gewone verblijfplaats' onder de gelding van het HKOV kan steun worden gezocht in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU over de uitleg van hetzelfde begrip in het kader van de Verordening Brussel II-bis.'[73]

Aansluiting zoekend bij de door de Advocaat-Generaal vermelde rechtspraak van het Hof van Justitie overweegt de Hoge Raad dan:

> 'Tot de voor de bepaling van de gewone verblijfplaats van het kind in aanmerking te nemen factoren kunnen, naast fysieke aanwezigheid van het kind in een lidstaat, in het bijzonder worden gerekend omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat deze aanwezigheid niet tijdelijk of toevallig is en dat de verblijfplaats van het kind een zekere integratie in een sociale en familiale omgeving tot uitdrukking brengt. Daarbij moet onder meer rekening worden gehouden met de duur, de regelmatigheid, de omstandigheden en de redenen van het verblijf op het grondgebied van een lidstaat en van de verhuizing van het gezin naar die staat, de nationaliteit van het kind, de plaats waar en de omstandigheden waaronder het naar school gaat, de talenkennis en de familiale en sociale banden van het kind in die staat. Voorts kan de bedoeling van de ouders om zich met het kind in een andere lidstaat te vestigen, waaraan uiting is gegeven door maatregelen, zoals de koop of de huur van een woning in de lidstaat van ontvangst, een aanwijzing voor de verplaatsing van de gewone verblijfplaats zijn.'[74]

De omstandigheden en redenen van het verblijf en de 'zekere integratie van het kind in de sociale en familiale omgeving' komen rechtstreeks uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en zijn verbonden met diens subjectieve uitleg van het begrip 'gewone verblijfplaats' zoals neergelegd in artikel 8(1) Verordening. Daarnaast bestempelt de Hoge Raad de bedoeling van de ouders om zich in een andere lidstaat te vestigen als een factor. De interpretatie van de Hoge Raad op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie wijkt af van de eerder aan dit begrip door de Nederlandse rechter gegeven objectieve interpretatie op basis van het HKOV.[75]

Dit verschil tussen de rechtspraak voor en na de komst van de Verordening Brussel II-bis laat zien dat de interpretatie van een bestaand internationaal verdrag, het HKOV, verandert door een latere overeenstemming tussen verdragspartijen over hetzelfde onderwerp. Tussen staten die partij zijn bij het HKOV en de Verordening Brussel II-bis wordt dit door de Advocaat-Generaal gezien als een *subsequent practice* en dus ondersteund

72 HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4833, *NJ* 2012/311, r.o. 3.4.3.
73 HR 17 juni 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ4833, *NJ* 2012/311, para. 2.26-2.27.
74 HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4833, *NJ* 2012/311, r.o. 3.4.3.
75 Zie ook: Van Yperen-Groenleer 2012.

door het internationale recht. Bij de wijziging van de HKOV-interpretatie kunnen echter ook vraagtekens worden gezet omdat een andere rechtsopvatting dan de afgelopen jaren door de Nederlandse rechter gehuldigd, in strijd kan zijn met doel en strekking van het HKOV.[76] Deze vraag is aan de orde wanneer verdragspartijen die alleen gebonden zijn aan het HKOV, te maken krijgen met de regels van de Europese Verordening. Dit komt in de volgende paragraaf aan de orde.

6.3.2 Invloed van de EU-verordening: verandering van het internationale recht

De rechtspraak van de HKOV-verdragspartijen staat met elkaar in verbinding. Voor een goede werking van het HKOV is immers van belang dat er vertrouwen bestaat tussen de ene verdragspartij over de interpretatie en toepassing van het HKOV door de andere verdragspartij. De Canadese rechter Chamberland schrijft hierover in de HKOV-nieuwsbrief:

> 'Without pretending to be familiar with all the relevant case law, I do believe I can say that the States of the civil law system have generally applied the Convention with rigour, good faith and respect for its aims. Turning towards the future, I would say that our efforts from now on must concentrate (…) on developing and maintaining the trust that we must have in our colleagues – all administrative and judicial authorities together – from other jurisdictions. It is an immense challenge. It is for all of us, from different systems of law, to take up this challenge.'[77]

Deze uitdaging om het internationale recht op het nationale vlak tot bloei te laten komen geeft een bijzondere inkijk in het systeem van het HKOV en de inzet die het vraagt van de verschillende nationale rechters.

Een verdrag schept alleen rechten en verplichtingen tussen verdragspartijen.[78] Tussen staat A die partij is bij het HKOV en staat B die partij is bij het HKOV en gebonden aan de Verordening Brussel II-bis is dus alleen het HKOV van toepassing. De volgende analyse van Nederlandse rechtspraak geeft aan dat deze scheiding niet altijd strikt wordt aangebracht.

Kort na het in paragraaf 6.3.1 besproken arrest van 17 juni 2011, waarin de Hoge Raad het begrip 'gewone verblijfplaats' interpreteert op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie, doet de Rechtbank Rotterdam uitspraak over een verzoek tot teruggeleiding van een kind naar Argentinië. Als verdragspartij is Argentinië niet gebonden aan de Verordening, maar enkel aan het HKOV.[79] Zoals in paragraaf 6.3.1 naar voren kwam, is de 'gewone verblijfplaats' volgens het HKOV een objectief, feitelijk concept. Ook in deze zaak is in geschil of de 'gewone verblijfplaats' van het kind is gewijzigd. De rechtbank overweegt het volgende:

---

76 Van Yperen-Groenleer 2012.
77 The Judges' Newsletter, 2006, vol. XI, p. 13-14.
78 Artikel 30 lid 4 en artikel 34 Weens Verdragenverdrag.
79 In werking getreden op 1 juni 1991. Bron: hcch.net.

> 'Het begrip "gewone verblijfplaats" als bedoeld in artikel 3 van het Verdrag is een feitelijk begrip waaraan inhoud wordt gegeven door de feiten en omstandigheid van het concrete geval. Daarbij gaat het om de plaats waarmee het kind onmiddellijk voorafgaand aan zijn overbrenging maatschappelijk de nauwste bindingen heeft. Tot de voor de bepaling van de gewone verblijfplaats van het kind in aanmerking te nemen factoren kunnen, naast de fysieke aanwezigheid van het kind in een staat, in het bijzonder worden gerekend omstandigheden waaruit kan worden afgeleid dat deze aanwezigheid niet tijdelijk of toevallig is en dat de verblijfplaats van het kind een zekere integratie in een sociale en familiale omgeving tot uitdrukking brengt. Daarbij moet onder meer rekening worden gehouden met de duur, de regelmatigheid, de omstandigheden en de redenen van het verblijf op het grondgebied van een staat en van de verhuizing van het gezin naar die staat, de nationaliteit van het kind, de plaats waar en de omstandigheden waaronder het naar school gaat, de talenkennis en de familiale en sociale banden van het kind in die staat. Voorts kan de bedoeling van de ouders om zich met het kind in een andere staat te vestigen, waaraan uiting is gegeven door maatregelen zoals de koop of de huur van een woning in die staat, een aanwijzing vormen voor de verplaatsing van de gewone verblijfplaats. (…) (vgl. HR 17 juni 2011, LJN BQ4833).'[80]

De rechtbank verwijst uitdrukkelijk naar de beschikking van de Hoge Raad van 17 juni 2011.[81] De overeenkomsten tussen de subjectieve uitleg van het begrip 'gewone verblijfplaats' in de beschikking van de Hoge Raad, deze uitspraak van de rechtbank en de uitspraken van het Hof van Justitie zijn overduidelijk. Ondanks de verwijzing naar de bedoeling van artikel 3 HKOV, baseert de rechtbank in deze uitspraak het HKOV-begrip 'gewone verblijfplaats' op de uitleg van het Hof van Justitie van de Verordening Brussel II-bis. De rechtbank lijkt wel door te hebben dat de uitspraak van de Hoge Raad over de Verordening gaat en er een verschil is met de onderhavige zaak over het internationale verdrag, want het én door de Hoge Raad gebruikte én Europees getinte woord 'lidstaat' in de laatste zin is tweemaal vervangen door het woord 'staat'. Deze kleine wijziging maakt het des te opmerkelijker dat de rechtbank een EU-georiënteerde uitleg op een internationaal verdrag toepast.

Het begrip 'gewone verblijfplaats' neemt binnen het HKOV een centrale plaats in. Het is immers een belangrijk aanknopingspunt om de internationale rechtsmacht en daarmee het toepasselijk recht te bepalen. In deze zaak tussen Argentinië en Nederland, staten die alleen het HKOV gemeenschappelijk hebben, wordt de gewone verblijfplaats van het kind gebaseerd op criteria die in de rechtspraak van de Europese Unie op basis van een EU-verordening zijn ontwikkeld. Hiermee wordt de rechtsmacht van Nederland in deze zaak gebaseerd op criteria die voortvloeien uit een instrument dat geen verplichtingen zou moeten scheppen voor Argentinië, maar dit nu indirect wel doet.[82]

In zijn noot bij de beschikking van de Hoge Raad uit 2011 signaleert ook De Boer dat het opmerkelijk is het HKOV-begrip 'gewone verblijfplaats' te

80 Rb. Rotterdam 23 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BS8929.

81 HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4833, *NJ* 2012/311.

82 Ook in de literatuur wordt niet altijd een scheiding aangebracht tussen de Europese en internationale toepassing van het HKOV, zie Van Yperen-Groenleer 2012.

baseren op de rechtspraak van het Hof van Justitie die uitleg geeft aan dit begrip op basis van de Verordening Brussel II-bis. Dit rechtvaardigt hij door te stellen dat de gedetailleerde begripsomschrijving van het Hof van Justitie meer houvast biedt dan de uitleg die tot dan toe bestaat op basis van het HKOV, waarbij hij er van uitgaat dat:

> 'een begrip dat intussen zo is ingeburgerd in het nationale, internationale en Europese IPR, in alle bronnen dezelfde betekenis heeft.'[83]

Deze stelling komt niet overeen met de zorgvuldigheid waarmee de Nederlandse rechter in de afgelopen decennia is uitgegaan van een verdragsautonome interpretatie van de begrippen uit het HKOV – onder andere verwijzend naar het doel en de strekking van het HKOV en het *Rapport explicatif* – en de Nederlandse rechter in een enkel geval juist expliciet onderscheid maakt tussen het nationaalrechtelijke en het internationaalrechtelijke begrip.[84]

In het hoger beroep in de Nederlands-Argentijnse zaak herhaalt het hof Den Haag de criteria voor het vaststellen van de 'gewone verblijfplaats', maar verwijst hierbij niet meer naar de uitspraak van de Hoge Raad of de Verordening.[85] Of dit komt door een gebrek aan bronvermelding is onduidelijk, feit blijft dat de uitleg van het HKOV-begrip 'gewone verblijfplaats' aan de hand van de Verordening de standaard lijkt te zijn geworden in zaken van internationale kinderontvoering vanuit landen gelegen buiten de EU. Zo herhaalt het 'hof Den Haag in 2014 zowel in een ontvoeringszaak met Peru als in een ontvoeringszaak met Zuid-Afrika uit het arrest van de Hoge Raad van 17 juni 2011:

> 'Het conflictrechtelijke begrip 'gewone verblijfplaats' in de zin van artikel 3 HKOV is een feitelijk begrip dat moet worden bepaald aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval. De gewone verblijfplaats betreft de plaats waarmee de betrokkene (de minderjarige) de nauwste bindingen heeft. De duur van het feitelijk verblijf speelt daarbij een belangrijke rol. Daarnaast kunnen tot de voor de bepaling van de gewone verblijfplaats van het kind in aanmerking te nemen factoren omstandigheden worden gerekend waaruit kan worden afgeleid dat dit feitelijke verblijf niet tijdelijk of toevallig is en dat de verblijfplaats van het kind een zekere integratie in een sociale en familiale omgeving tot uitdrukking brengt. Daarbij moet onder meer rekening worden gehouden met de duur, de regelmatigheid, de omstandigheden en de redenen van het verblijf op het grondgebied van een staat en van de verhuizing van het gezin naar die staat, de nationaliteit van het kind, de plaats waar en de omstandigheden waaronder het naar school gaat, de talenkennis en de familiale en sociale banden van het kind in die staat. Voorts kan de bedoeling van de ouders om zich met het kind in een andere staat te vestigen, waaraan uiting is gegeven door maatregelen, zoals de koop of de huur van een woning in de lidstaat van ontvangst, een aanwijzing voor de verplaatsing van de gewone verblijfplaats zijn.'[86]

---

83 HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4833, *NJ* 2012/311, m.nt. Th.M. de Boer, para. 2.

84 Lees voor een uitgebreide beschrijving Hoofdstuk 5.

85 Hof Den Haag 28 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BT6218, r.o. 8.

86 Hof Den Haag 7 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1589 (Peru), r.o. 8; Hof Den Haag 23 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2604 (Zuid-Afrika), r.o. 11.

Door enkel te verwijzen naar het HKOV – en dus de indruk te wekken dat deze uitleg op dit verdrag is gebaseerd – vertroebelt deze uitspraak het zicht van de nationale rechter op de scheidslijn tussen de verschillende internationale instrumenten waaraan de verschillende staten zich hebben verbonden. Alleen het ene – vergeten te vervangen? – woord 'lidstaat' in de laatste zin verraadt nog de Europese herkomst van deze uitleg.

Deze zaken zijn een voorbeeld van de alertheid die moet worden betracht wanneer een internationaal verdrag een equivalent kent binnen de Europese Unie. Bij elk verdrag is er de mogelijkheid dat staten verschillende interpretaties geven. Nu is getracht dit bij het HKOV te ondervangen door een uitgebreid netwerk van rechters op te zetten en een uitsprakendatabase op te richten, maar dit kan een afwijkende uitleg niet voorkomen. In het bovenstaande geval doet de invloed van het EU-recht ongemerkt zijn intrede in de uitleg van een internationaal verdrag, ook wanneer de nationale rechter aangeeft dat hij ermee bekend is dat het EU-recht geen enkele rol speelt.

6.3.3 Concluderend

Hoewel de werking van de Verordening Brussel II-bis wordt geacht enkel geldend te zijn 'in de relatie tussen verdragsluitende staten die tevens lidstaat zijn van de Europese Unie'[87] heeft de Verordening ook invloed buiten deze relatie. Wanneer het gaat om het toepassen van internationaal recht en de rechtsbronnen die daarbij aan de orde komen, is het zaak om uit te gaan van hetgeen tussen verdragspartijen is afgesproken. De soevereiniteit van een land staat er immers aan in de weg dat het kan worden gebonden aan een verdrag of bepaling waarmee het niet heeft ingestemd. Zoals de kinderontvoeringszaken met betrekking tot Argentinië, Peru en Zuid-Afrika laten zien, is het van belang een duidelijk onderscheid te maken tussen de interpretatie op basis van een EU-verordening en de interpretatie op basis van een internationaal verdrag.

6.4 Conclusie

Internationale verdragen werken overeenkomstig het Weens Verdragen verdrag door in het nationale recht via nationale regels. In Nederland wordt de voorrang en doorwerking van internationale verdragen bepaald door de artikelen 93 en 94 Grondwet. Dit is anders wanneer het internationale verdrag een gebied bestrijkt dat ook door de EU is geregeld of wanneer de

87 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU4795, para. 23. Zie ook: HR 17 juni 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ4833, *NJ* 2012/311, para. 2.15: 'Aldus wordt duidelijk gemaakt dat in de betrekkingen tussen de lidstaten [van de EU, BAKS] het HKOV van toepassing blijft, aangevuld met de bepalingen van de Verordening Brussel II-bis, die ingevolge art. 60 onder e voorrang hebben boven het HKOV.'

EU partij is bij hetzelfde internationale verdrag. In dergelijke gevallen kan voor de nationale rechter geen rechtstreeks beroep meer worden gedaan op het verdrag, maar moet deze over de band van de EU-regelgeving worden toegepast. Wanneer de EU partij is bij een internationaal verdrag, heeft dit ook gevolgen voor de hiërarchie van rechtspraak: het Hof van Justitie fungeert voor dit verdrag, evenals voor andere onderwerpen op gebieden waarover EU-regelgeving bestaat, als hoogste rechter. Bij twijfel over de uitleg van het verdrag of EU-regelgeving moet de nationale rechter zich met een prejudiciële vraag tot het Hof van Justitie wenden.

Daarnaast kunnen de verdragsstaten die lid zijn van de Europese Unie te maken krijgen met een ontwikkeling in de verdragspraktijk in de vorm van een EU-verordening of richtlijn. Een verordening is op grond van EU-recht voor alle lidstaten bindend en moet daarom ook door de Nederlandse rechter worden toegepast. De ontwikkeling van rechtspraak op basis van een EU-verordening kan ook de interpretatie van een eerder gesloten internationaal verdrag veranderen. Voor deze ontwikkeling wordt ondersteuning gezocht in de vorm van de *subsequent practice*. Het komt echter ook voor dat niet-EU-verdragspartijen met de Unierechtelijke interpretatie te maken krijgen, wanneer de interpretatie van EU-verordening en internationaal verdrag zodanig met elkaar verweven raken dat het onderscheid tussen beide niet langer duidelijk is. Omdat een overeenkomst alleen verplichtingen kan scheppen voor de staten die hierbij partij zijn, is het voor de nationale rechter van belang om uit te gaan van wat tussen de betrokken staten is afgesproken.

7 Interpretatie en toepassing van internationaal gewoonterecht aan de hand van de immuniteit van staten en van internationale organisaties

7.1 Inleiding

In 1942 buigt het hof Amsterdam zich over een vordering tot nakoming. De Nederlandse Weber heeft een overeenkomst gesloten met Promsyrioimport, een staatsorgaan ten behoeve van de handel van de Unie der Socialistische Sovjet-Republieken (USSR). Wanneer de overeenkomst niet wordt nagekomen, stelt Weber in Nederland een vordering tot nakoming in tegen de USSR. De rechtbank verklaart zich onbevoegd omdat deze overeenkomsten overheidsdaden zijn en een staat voor dergelijke publiekrechtelijke handelingen niet onderworpen is aan de rechtsmacht van een vreemde staat. Weber voert hiertegen aan dat overheidshandelingen onderscheiden moeten worden in *acta jure imperii* en *acta jure gestionis*. Het hof overweegt:

> 'dat de erkenning en eerbiediging van de souvereiniteit van een staat niet toelaat uitoefening van rechtsmacht over dien Staat door den vreemden rechter; dat het Hof derhalve in deze zaak irrelevant acht – en daarom niet zal treden in een beoordeeling van het door de Rechtbank ten deze ingenomen standpunt – de door app. gewilde onderscheiding van daden verricht iure imperii en iure gestionis, anders gezegd overheidsdaden en handelingen verricht door den Staat in privaatrechtelijke functie'.[1]

De soevereiniteit van een staat houdt onder andere in dat de nationale rechter van een andere staat over hem geen rechtsmacht heeft. Een onderscheid tussen verschillende handelingen is volgens het hof niet relevant, sterker nog, onbruikbaar:

> 'dat van voldoende bekendheid is tot hoe groote moeilijkheden deze onderscheiding reeds aanleiding geeft binnen de grenzen van het eigen nationale recht ten opzichte van den eigen Staat en het Hof van oordeel is, dat volkenrechtelijk deze onderscheiding een ten eenenmale onbruikbaar criterium is ter bepaling van de rechterlijke competentie, daar in de verschillende Staten de opvattingen omtrent begrippen als Staat en Overheid, omtrent Staatsgezag en Staatstaak, omtrent de doeleinden en grenzen der Staatsbemoeienis in het economisch leven, sterk uiteen loopen en dienovereenkomstig geheel andere, bovendien aan sterke wisseling van inzichten onderhavige maatstaven zullen gelden ter beoordeeling van wat is overheidsdaad, wat niet'.[2]

1 Hof Amsterdam, 30 april 1942, *NJ* 1942/757.
2 Hof Amsterdam, 30 april 1942, *NJ* 1942/757.

Het hof kan uit de praktijk van verschillende staten geen vaste maatstaf deduceren waarlangs het overheidshandelen kan worden gelegd om tot een verdeling tussen publieke en privaatrechtelijke handelingen te komen. Dit leidt tot de conclusie dat een vreemde staat voor zijn handelingen ten overstaan van de rechter van een andere staat niet ter verantwoording kan worden geroepen.

Bovenstaand arrest is gewezen in oorlogstijd. Desondanks komt hierin het leerstuk van de staatsimmuniteit en de daarmee samenhangende reikwijdte van nationale rechtsmacht op een het begin van de twintigste eeuw kenmerkende manier aan de orde. Het leerstuk was en is onderdeel van het volkenrecht: deels geschreven, deels ongeschreven of gewoonterecht. Dit hoofdstuk gaat over de vraag hoe de Nederlandse rechter het interpreteren van dit gewoonterecht op zich neemt en hoe hij zich hiermee verhoudt tot andere staten, hun rechters en het internationale recht.

Hierna volgt een korte uiteenzetting van dit onderwerp aan de hand van het internationale gewoonterecht, de staatsimmuniteit en de opzet van dit hoofdstuk.

7.1.1 Ontwerpverdragen en het internationaal gewoonterecht

Het in acht nemen van internationaal recht inclusief gewoonterecht, ook bij de uitleg en toepassing door de nationale rechter, is door de Nederlandse wetgever begin twintigste eeuw opgetekend in artikel 13a Wet Algemene Bepalingen.[3] Naar dit artikel wordt sinds 2011 ook verwezen in artikel 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.[4] Artikel 13a Wet Algemene Bepalingen luidt:

> 'De regtsmagt van den regter en de uitvoerbaarheid van regterlijke vonnissen en van authentieke akten worden beperkt door de uitzonderingen in het volkenregt erkend.'

Staatsimmuniteit is bij uitstek een onderwerp van internationaal recht dat voornamelijk in een nationale context wordt toegepast en ontwikkeld, namelijk wanneer vreemde staten worden opgeroepen voor de nationale rechter te verschijnen. De bekende opsomming van rechtsbronnen in artikel 38 IGH-statuut vermeldt in sub d de rechtspraak als hulpmiddel voor het vaststellen van regels van internationaal recht. Maar dat is niet de enige manier waarop nationale rechtspraak bijdraagt aan de ontwikkeling van het internationale recht. Nationale rechtspraak is ook een bewijs van statenpraktijk.[5] Artikel 38(1)(a) IGH-statuut noemt de rol van staten bij het vaststellen en erkennen van verdragsrecht, terwijl artikel 38(1)(b) IGH-statuut statenpraktijk noemt als onderdeel van het internationaal gewoonterecht. De nationale rechtspraak en de statenpraktijk versterken elkaar in de vorming van internationaal recht:

3 *Stb*. 1917, 303.
4 *Stb*. 2011, 255.
5 Roberts 2011, p. 62.

> '[N]ational courts are directly and indirectly engaged in the evolution of customary international law: their decisions that are based on international law are viewed as reflecting customary international law, and their government's acts in compliance with their decisions constitute state practice coupled with *opinio juris*.'[6]

De statenpraktijk is van belang voor de interpretatie van verdragen en het vormen van gewoonterecht – de twee oudste en tevens primaire bronnen van het internationale recht.[7] Deze beide zijden van nationale rechtspraak – zelfstandige bron van statenpraktijk, artikelen 38(1)(a) en 38(1)(b) IGH-statuut, en hulpmiddel voor het vaststellen van internationaal recht, artikel 38(1)(d) IGH-statuut – wordt ook wel de dualiteit van nationale rechtspraak genoemd.[8] Deze dualiteit wordt zichtbaar wanneer internationale onderwerpen worden getest in de nationale context, zoals bij immuniteit van jurisdictie en executie.

Een uitspraak van de Nederlandse rechter heeft gevolgen voor het internationale recht, zoals ook Engelse, Italiaanse en EU-rechtspraak het Nederlandse recht beïnvloeden. Omdat elke staat zijn beleid baseert op internationale én nationale wetgeving en jurisprudentie, zijn de regels omtrent staatsimmuniteit niet eenvormig. Er zijn verschillende pogingen ondernomen om dit gewoonterecht vast te leggen, zoals in de Europese Overeenkomst inzake de Immuniteit van Staten[9] en het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen (VN-verdrag):[10]

> 'Believing that an international convention on the jurisdictional immunities of States and their property would enhance the rule of law and legal certainty, particularly in dealings of States with natural or juridical persons, and would contribute to the codification and development of international law and the harmonization of practice in this area'[11]

Ondanks hun bijdrage aan de codificatie en ontwikkeling van internationaal recht betekent het enkele bestaan van deze verdragen echter niet dat daarmee de regels van staatsimmuniteit vaststaan:

> 'Al deze, uit het volkenrecht *par in parem* beginsel afgeleide regels vormen – naast of in aanvulling op de verdragteksten – een belangrijke en omvangrijke bron van het immuniteitsrecht. De grote verschillen tussen deze rechtspraak, wetgeving en staatspraktijk in verschillende landen, heeft de onzekerheid over de juiste uitleg van het geldende volkenrecht in de hand gewerkt. Het is daarom lang niet zeker of bepaalde, al dan niet in verdragen neergelegde, regels aangemerkt kunnen worden als "internationale gewoonte, als blijk van een als recht aanvaarde algemene praktijk"'.[12]

---

6 Benvenisti 2008, p. 248.
7 Artikel 38 sub a en b IGH-Statuut.
8 Roberts 2011, p. 64.
9 *Trb*. 1973, 43, Bazel 16 mei 1972. Op 31 december 2016 ondertekend en/of geratificeerd door 9 staten.
10 *Trb*. 2010, 272, New York 2 december 2004. Op 31 december 2016 ondertekend en/of geratificeerd door 35 staten.
11 Preambule VN-verdrag.
12 Spiegel 2001, p. 8.

Door de uiteenlopende rechtspraak en statenpraktijk is het nog maar de vraag of een verdragstekst kan worden overeengekomen die nauwkeurig genoeg de internationale gewoonte weergeeft. Daarnaast is de kans groot dat het gewoonterecht wijzigt tijdens de – jarenlange – onderhandelingsperiode die voorafgaat aan de totstandkoming van een dergelijk verdrag. Gewoonterecht wordt immers gevormd door statenpraktijk die in de loop der jaren kan veranderen. Zo had een samenloop van de veranderende statenpraktijk en de langdurige onderhandelingsperiode tot gevolg dat bovengenoemde Europese Overeenkomst bij inwerkingtreding reeds achterhaald was door de ontwikkeling van absolute naar relatieve immuniteit. Kortom, het is voor rechtscolleges niet altijd afdoende om enkel een bestaand verdrag te volgen. Er zal ook naar de recente rechtspraak en statenpraktijk moeten worden gekeken om de gewoonterechtelijke immuniteitsregels te kunnen achterhalen en toepassen.

7.1.2 De immuniteit van staten voor de nationale rechter

De staatsimmuniteit heeft een lange geschiedenis. De Italiaanse jurist Bartolus schrijft al in de veertiende eeuw:

> 'Non enim una civitas potest facere legem super alteram, quia par in parem non habet imperium.'[13]

Het adagium '*par in parem non habet imperium*' – men kan geen gezag uitoefenen over zijns gelijke – ligt ten grondslag aan het leerstuk van de staatsimmuniteit. Staten zijn soevereine spelers in het internationale recht en worden geacht zich niet te mengen in de interne aangelegenheden van een andere, vreemde staat. Dit beginsel van staatssoevereiniteit brengt ook mee dat de nationale rechter tegen de wil van de vreemde staat geen uitspraak kan doen in een zaak waarin deze vreemde staat gedaagde is. Het beginsel van staatsimmuniteit is tot stand gekomen op basis van wijdverbreide en consistente statenpraktijk en erkend als regel van gewoonterecht. Bij de toepassing door staten ontstaan door interne verschillen, bijvoorbeeld in nationaal beleid en nationale rechtspraak, echter verschillen in de toepassing en interpretatie van de regels van staatsimmuniteit.

Immuniteit heeft invloed op de rechtsprekende en handhavende rechtsmacht van de staat. De op grond van nationale regels vastgestelde absolute en relatieve bevoegdheid van de rechter om recht te spreken wordt door een beroep op staatsimmuniteit doorkruist.[14] Het verschil tussen de bevoegdheid volgens het internationaal privaatrecht en die volgens het

13 Badr 1984, p. 89, citerend Bartolus 1354, para. 10. Vertaling van het adagium, Sørensen 1968, p. lviii-lix: equals have no jurisdiction over one another (save with the consent of those concerned).

14 Nollkaemper 2014, p. 259; Fox & Webb 2013, p. 12-13; Spiegel 2001, p. 9.

internationaal publiekrecht wanneer een vreemde staat voor de Nederlandse rechter wordt opgeroepen om te verschijnen is als volgt:

> 'Om de internationaal privaatrechtelijke bevoegdheid van de rechter vast te stellen zijn er aanknopingspunten tussen geschil en forumstaat nodig. (…) Om internationale publiekrechtelijke bevoegdheid vast te stellen zijn niet de aanknopingspunten van belang, maar de status en vooral de aard van de handeling van één van de procespartijen.'[15]

Spiegel stelt in haar proefschrift dat het onderscheid tussen deze rechtsgebieden en hun verschillende criteria niet altijd duidelijk is op te maken uit de rechtspraak. Het zou zo moeten zijn dat de rechter zichzelf onbevoegd verklaart bij een gegrond beroep op immuniteit, ongeacht de privaatrechtelijke aanknopingspunten. Sterker nog: het oordeel over de privaatrechtelijke aanknopingspunten is volgens haar pas aan de orde wanneer de rechter zichzelf volgens het internationaal publiekrecht bevoegd acht.[16]

De immuniteit van de staat gold jarenlang als absoluut recht: de rechter kon zich op geen enkele grond uitspreken over handelingen die raakten aan interne aangelegenheden van de vreemde staat. In het begin van de twintigste eeuw doet het onderscheid tussen typische overheidshandelingen – *acta jure imperii* – en handelingen die zich niet onderscheiden van particuliere handelingen – *acta jure gestionis* – zijn intrede.[17] Deze restrictieve of relatieve immuniteitsleer wordt vandaag de dag vrijwel universeel als de heersende leer geaccepteerd.[18] Het onderscheid tussen particuliere en overheidshandelingen is niet eenduidig. In de statenpraktijk worden twee kwalificaties voor de handeling gehanteerd: óf het doel van de handeling, óf de aard van de handeling is beslissend. Wanneer de overheid bij een wapenfabrikant een aantal producten bestelt, is dit volgens het doelcriterium een overheidshandeling: doel is uitvoering geven aan defensiebeleid, een typische overheidsverantwoordelijkheid. Volgens het aardcriterium is dit een particuliere handeling: de overheid handelt op voet van gelijkheid met de andere partij door een koopovereenkomst te sluiten. De meeste staten gaan uit van de aard van de handeling.[19] Daarnaast kan een aantal handelingen van de staat zonder meer worden gekwalificeerd als particuliere handelingen.

---

15 Spiegel 2001, p. 9.

16 Spiegel 2001, p. 9-10.

17 Voor een uitgebreidere weergave van deze ontwikkeling: Fox & Webb 2013, p. 25-48. Hier wordt ook een derde ontwikkeling gesignaleerd die in de jaren '90 van de twintigste eeuw is ingezet: de verplichtingen van de staat richting de gehele internationale gemeenschap en individuen zijn uitgebreid – bijvoorbeeld door *ius cogens* en mensenrechtenverdragen – waardoor de staatsimmuniteit nog restrictiever zou moeten worden toegepast. Deze ontwikkeling komt gedeeltelijk naar voren in de *Jurisdictional Immunities* zaak van het IGH (die verderop in deze paragraaf en in dit hoofdstuk wordt behandeld).

18 Fox & Webb 2013, p. 131. Dit is het algemene uitgangspunt, alhoewel de CAVV in 1999 in paragraaf 1.2 van haar 'Commentaar inzake "Immuniteit van Staten en hun eigendom", de ontwerp-artikelen van de International Law Commission' aangeeft dat met name 'een aantal ontwikkelingslanden' nog steeds de absolute immuniteitsleer aanhangt.

19 Nollkaemper 2014, p. 261.

Voorbeelden zijn transacties inzake onroerende zaken of het aangaan van een arbeidsovereenkomst.[20] Toch bestaan ook hierop enkele uitzonderingen, zo blijkt uit de in paragraaf 7.4 behandelde rechtspraak en uit artikel 11 van het VN-verdrag.

Bij het toepassen van de relatieve immuniteitsleer moet een onderscheid worden gemaakt tussen immuniteit van jurisdictie en immuniteit van executie. Een voor tenuitvoerlegging vatbaar vonnis leidt niet automatisch tot executie van dit vonnis, bijvoorbeeld wanneer de te executeren goederen bestemd zijn voor de openbare dienst van de vreemde staat. Dit onderscheid is van belang, getuige de opmerking van de International Law Commission:

> '[T]he question of immunity from execution does not arise until after the question of jurisdictional immunity has been decided in the negative and until there is a judgment in favour of the plaintiff. Immunity from execution may be viewed, therefore, as the last fortress, the last bastion of State Immunity.'[21]

De executie van een vonnis kan een grotere inbreuk maken op de soevereiniteit van de vreemde staat dan het wijzen van dit vonnis zelf. Daarom leidt jurisdictie niet zonder meer tot executie. In een aantal van de behandelde immuniteitszaken komt dit aan de orde.

Staatsimmuniteit is niet gelijk aan de immuniteit van internationale organisaties. De eerste vindt haar oorsprong in de soevereiniteit van staten en is ontwikkeld in het gewoonterecht, terwijl de tweede voortvloeit uit een afspraak tussen staten en organisaties. De immuniteit van de internationale organisatie heeft als doel de bescherming van het functioneren van de organisatie. Vaak is deze immuniteit vastgelegd in het verdrag bij oprichting of in een afspraak tussen organisatie en vestigingsstaat. Dit onderscheid is niet altijd even duidelijk geweest, zo blijkt ook uit de Nederlandse rechtspraak. Een beoordeling van de immuniteit van internationale organisaties wordt dan met dezelfde criteria benaderd als de staatsimmuniteit. Ook dergelijke zaken worden in deze casestudy behandeld.

Afgeleiden van de staatsimmuniteit zijn de functionele en de diplomatieke immuniteit: de immuniteit van personen die de staat vertegenwoordigen. Deze vormen van immuniteit komen in deze casestudy niet aan de orde.

7.1.3 Opzet van dit hoofdstuk

Deze casestudy zal zich richten op de bron en inhoud van criteria die leiden tot een aanname of afwijzing van het beroep op immuniteit. In paragraaf 7.2 wordt stilgestaan bij de wisselwerking tussen internationaal en nationaal recht en de wisselwerking tussen wetgever en rechter, zoals deze naar voren komt in verschillende uitspraken over staatsimmuniteit. Ook worden de door de Nederlandse rechter meest gebruikte bronnen voor het vaststel-

20 Van Alebeek 2007, p. 240-246; Nollkaemper 2014, p. 262.

21 Yearbook of the International Law Commission 1991, commentaar bij artikel 18.

len van staatsimmuniteit behandeld. Deze invloed van de internationale praktijk en het door de Nederlandse rechter toepassen van de gewoonterechtelijke immuniteit wordt vergeleken met de interpretatie van bepalingen uit het Haags Kinderontvoeringsverdrag en het CMR-verdrag zoals beschreven in Hoofdstuk 5.

In paragraaf 7.3 wordt aan de hand van jurisprudentie de toepassing en interpretatie van internationaal gewoonterecht gevolgd met betrekking tot de ontwikkeling van het algemene begrip en gebruik van de staatsimmuniteit en de Nederlandse toepassing van de relatieve immuniteitsleer. De behandelde zaken beslaan verschillende gebieden, zoals jurisdictie, executie en internationale organisaties. De uitzonderingen op de algemene regels binnen elk van deze gebieden worden in paragraaf 7.4 behandeld. In paragraaf 7.5 volgt een conclusie over de Nederlandse interpretatie en ontwikkeling van het internationaalrechtelijke begrip 'immuniteit' die in Hoofdstuk 8 wordt verwerkt in het overzicht van casestudies.

7.2 De rol van nationaal en internationaal recht – de theorie en het belang van praktijk

Het internationale gewoonterecht wordt mede gevormd door de statenpraktijk. Dit wordt verwoord door de Afdeling rechtspraak van de Raad van State (ARRvS) in een zaak die draait om de immuniteit van executie. Wanneer de staatssecretaris van Justitie aanzegt een exploot met betrekking tot de tenuitvoerlegging van een tegen de Republiek Turkije gewezen vonnis te zullen weigeren vanwege strijd met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat der Nederlanden, wordt de ARRvS gevraagd hierover te oordelen. De staatssecretaris, zijnde verweerder, brengt de ARRvS in herinnering

> 'dat in volkenrechtelijk perspectief de opvatting van de Nederlandse rechter niet kan worden onderscheiden van die van de Nederlandse overheid.'[22]

In reactie hierop geeft de ARRvS een heldere uiteenzetting van de taakverdeling tussen regering en rechter:

> 'Indien verweerder hiermee beoogt te stellen dat Ons oordeel over de vraag, of hij terecht van zijn bevoegdheid uit hoofde van meergenoemde bepaling [artikel 13, lid 4; BAKS] uit het Deurwaardersreglement heeft gebruik gemaakt, voor het zijne moet wijken, of althans alleen een zeer marginaal karakter mag dragen, kunnen Wij hem daarin niet volgen. (…) Van enigerlei aan verweerder gelaten beleidsvrijheid waaruit een zekere mate van beperking van Onze toetsing zou kunnen voortvloeien, is voorts geen sprake, nu verweerder van de bevoegdheid, zoals eerder geconstateerd, alleen mag, en dan ook moet gebruik maken, in het geval hij oordeelt dat een tenuitvoerlegging strijdig zou zijn met de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat. Of verweerder, ten slotte, terecht tot dit oordeel is gekomen, is een kwestie die zich bij uitstek en ten volle leent voor een rechterlijke beoordeling.'[23]

22 ARRvS 24 november 1986 (voorzitter), ECLI:NL:RVS:1986:AH1509.
23 ARRvS 24 november 1986 (voorzitter), ECLI:NL:RVS:1986:AH1509.

De bevoegdheid en beleidsvrijheid van de regering nemen niet weg dat genomen besluiten door de rechter kunnen worden getoetst. Wel spelen opvattingen van de regering een bijzondere rol wanneer de rechter besluiten neemt op basis van het internationale gewoonterecht:

> 'Wel kunnen Wij verweerder toegeven dat de rechter zich, met name bij de interpretatie en toepassing van internationaal gewoonterecht, dient rekenschap te geven van het feit dat de regering als vertegenwoordiger van de Staat in het internationale verkeer ook rechtsvormend optreedt door de opvattingen die zij omtrent hetgeen rechtens is, uitdraagt en de daarop gebaseerde praktijk die door haar in dat verkeer wordt betracht.'[24]

Internationaal gewoonterecht wordt gevormd door statenpraktijk en *opinio juris*.[25] Deze eerste is onder andere te vinden in de opvattingen en handelingen van de regering als vertegenwoordiger van de Staat. Daarom moet de rechter bij het vinden en toepassen van internationaal gewoonterecht ook de opvattingen van zijn eigen regering in acht nemen. Vervolgens versterken de opvattingen van regering en uitspraken van de rechter elkaar als bewijs van een bestaande statenpraktijk. De verhouding tussen het internationale recht en de nationale inbreng wordt ook door Advocaat-Generaal Strikwerda verwoord. Hij overweegt ten aanzien van de vraag of een Staat immuniteit toekomt tegenover de rechter van een andere staat wanneer om de faillissementsverklaring van de eerste Staat wordt gevraagd:

> 'naar internationaal gangbare leer is de Staatsimmuniteit gebaseerd op een volkenrechtelijke, voor het nationale recht onverzettelijke, regel. Slechts de marges van de regel worden bepaald door het nationale recht van de rechter. (…) De vraag bevindt zich niet in de marges van die regel, doch in de door het volkenrecht bepaalde kern daarvan. In de door het volkenrecht gegeven rechtsgrond van de Staatsimmuniteit, alsmede in het volkenrechtelijke beginsel: ne impediatur legatio, ligt naar mijn oordeel reeds besloten dat en waarom de vraag in bevestigende zin beantwoord moet worden.'[26]

De regel van staatsimmuniteit bestaat uit een kern die bepaald wordt door het volkenrecht, samengesteld uit statenpraktijk en *opinio juris*. De marges van deze regel worden in het nationale recht aangevuld. De volkenrechtelijke kern van staatsimmuniteit is dat jurisdictie over en executiemaatregelen tegen een vreemde staat hem niet mogen belemmeren in het uitoefenen van zijn overheidstaak.

Nationale uitspraken zijn dus van belang voor de ontwikkeling van het internationale recht. Dit gebeurt onder andere in de wisselwerking tussen de internationale en nationale rechtscolleges:

---

24 ARRvS 24 november 1986 (voorzitter), ECLI:NL:RVS:1986:AH1509.

25 Zie Hoofdstuk 2.

26 HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1241, *NJ* 1991/247, conclusie A-G para. 3.1, 3.5, 3.10.

> '[I]nternational tribunals will have to pay heed to national courts' jurisprudence; and the more the national courts engage in applying international law, the more their jurisprudence constrains the choices available to the international courts when the latter deal with similar issues. Moreover, from the perspective of the complex interplay between international and national courts, the international tribunals are dependent to a certain extent on national courts, because they need the latter's cooperation to implement their decisions.'

Benvenisti gaat zelfs zo ver door te zeggen dat de nationale rechter een actieve rol speelt in het proces van vorming van internationaal recht:

> 'A national court that seriously applies international law sends a strong signal to international courts that the national court regards itself as an equal participant in the transnational lawmaking process and will not accept just any decision rendered by an international tribunal.'[27]

Het internationaal gewoonterecht wordt door toepassing in de nationale context verder ontwikkeld, maar ook andersom is nationale rechtspraak een belangrijke bron voor internationale colleges. Dit komt duidelijk naar voren in een uitspraak uit 2012 waarin het Internationaal Gerechtshof (IGH) oordeelt over een beroep van Duitsland op immuniteit van jurisdictie en executie. Aanleiding voor deze zaak is een uitspraak van de Italiaanse Hoge Raad dat Italiaanse rechterlijke instanties jurisdictie hebben over schadevergoedingsclaims tegen Duitsland ten aanzien van misdrijven door Duitsland begaan tijdens de Tweede Wereldoorlog. Dit betreft claims die zijn ingesteld door Italiaanse burgers, maar ook staat de Italiaanse Hoge Raad toe dat Griekse particulieren de uitspraak van een Griekse rechter ten uitvoer leggen in Italië. Duitsland legt aan het IGH drie schendingen van internationaal recht voor: ten eerste kent Italië aan Duitsland geen immuniteit van jurisdictie toe ten aanzien van de Italiaanse claims, ten tweede staat Italië maatregelen toe tegen Duitse goederen in Italië en ten derde kent Italië Duitsland geen immuniteit van executie toe ten opzichte van de Griekse uitspraken.[28]

Het IGH begint met de vraag of Italië verplicht was om aan Duitsland immuniteit toe te kennen. Om deze vraag te beantwoorden raadpleegt het IGH twee ook door de Nederlandse rechter veelgebruikte documenten: de Europese Overeenkomst en het VN-verdrag. Italië is bij de Overeenkomst geen partij en het VN-verdrag is nog niet in werking getreden, noch ondertekend door Italië of Duitsland. Het IGH overweegt daarom:

> 'It follows that the Court must determine, in accordance with Article 38 (1) (b) of its Statute, the existence of "international custom, as evidence of a general practice accepted as law" conferring immunity on States and, if so, what is the scope and extent of that immunity. To do so, it must apply the criteria (…) actual practice and *opinio juris* of States.'[29]

27 Benvenisti 2008, p. 248-249.
28 IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, para. 37.
29 IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, para. 55.

De Europese Overeenkomst en het VN-Verdrag worden door het IGH niet gebruikt als 'verdragen' in de zin van artikel 38(1)(a) IGH-statuut omdat ze voor Italië en Duitsland niet bindend zijn.[30] Ook door nationale rechters kan hieruit worden afgeleid dat aan de toepassing van deze verdragen een toets vooraf dient te gaan om te zien of zij in het onderhavige geval van toepassing zijn. Zoals het IGH aangeeft, is het internationaal gewoonterecht in casu het partijen bindende recht. Dit recht wordt door het IGH gedestilleerd uit de statenpraktijk:

> 'In the present context, State practice of particular significance is to be found in the judgments of national courts faced with the question whether a foreign State is immune, the legislation of those States which have enacted statutes dealing with immunity, the claims to immunity advanced by States before foreign courts and the statements made by States (…). *Opinio juris* in this context is reflected in particular in the assertion by States claiming immunity that international law accords them a right to such immunity from the jurisdiction of other States'.[31]

Uit de verschillende nationale benaderingen van het immuniteitsvraagstuk destilleert het IGH volgens artikel 38(1)(b) IGH-Statuut het onderscheid tussen *acta jure gestionis* en *acta jure imperii*. Hierbij acht hij de Europese Overeenkomst en het VN-Verdrag wel van belang omdat deze als verdrag de statenpraktijk weergeven, naast andere internationale en nationale bronnen:

> 'Both Parties agree that States are generally entitled to immunity in respect of *acta jure imperii*. That is the approach taken in the United Nations, European and draft Inter-American Conventions, the national legislation in those States which have adopted statutes on the subject and the jurisprudence of national courts.'[32]

Het IGH oordeelt dat staatsimmuniteit geldt voor *acta jure imperii*, ongeacht of de handelingen in kwestie rechtmatig zijn. De rechtsontwikkeling die Italië aanvoert om handelingen die dood of schade veroorzaken op het grondgebied van de rechtsprekende staat van deze immuniteit uit te zonderen, acht het IGH – onder andere op grond van nationale wetgeving en rechtspraak[33] – niet bewezen.[34] Noch de ernst van de overtredingen, noch het bestaan van een inbreuk op dwingend recht, noch het ontbreken van een alternatieve rechtsgang, noch een combinatie van deze drie rechtvaardigt volgens het IGH de aanname dat sprake is van statenpraktijk en *opinio juris*

30 IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, para. 54. Italië is geen partij bij de Europese Overeenkomst, Italië noch Duitsland is ten tijde van dit arrest partij bij het VN-Verdrag.

31 IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, para. 55.

32 IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, para. 61.

33 IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, para. 68-73.

34 De enige uitzondering is de Griekse uitspraak die door Italië ten uitvoering is gelegd, wat in casu door Duitsland betwist wordt, IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, para. 77.

die tot een uitzondering op de staatsimmuniteit leidt.[35] Het IGH komt tot de conclusie dat Italië aan Duitsland immuniteit van jurisdictie had moeten verlenen.

Bij deze uitspraak merkt Koroma in een *separate opinion* op dat een belangrijk kenmerk van gewoonterecht – en zeker van de immuniteitsleer – de constante ontwikkeling ervan is.[36] Het IGH past het huidige gewoonterecht toe, maar de uitspraak van de Hoge Raad van Italië kan op zichzelf ook bewijs van een veranderende statenpraktijk zijn. Deze mogelijke verandering maakt het internationaal gewoonterecht een bijzonder beweeglijk onderwerp. Daarom is het ook noodzakelijk voor rechters om steeds de huidige stand van zaken langs te gaan.

7.3 De algemene regel – de Nederlandse rechter en gewoonterechtelijke staatsimmuniteit

7.3.1 De verschuiving van absolute naar relatieve immuniteit

Lange tijd was immuniteit een absoluut recht. Dit komt tot uiting in het arrest uit de inleiding: een vreemde staat kan voor zijn handelingen niet ter verantwoording worden geroepen door een andere staat. Jaren later signaleert de Hoge Raad een verandering in deze opvatting. Hij leunt daarbij op verschillende bronnen:

> 'in de internationale verdragspraktijk, in de literatuur en in de rechtspraak van de nationale rechters [valt] een tendens waar te nemen om de gevallen waarin een staat zich voor een buitenlandse rechter op immuniteit kan beroepen, te beperken'.[37]

Aanleiding is een Zwitsers arbitraal vonnis waarin de Socialistische Federatieve Republiek Joegoslavië wordt veroordeeld tot betaling aan de Société Européenne d'Études et d'Entreprises (SEEE), gevestigd in Parijs, voor devaluatieschade na vertraagde betaling voor het aanleggen van een spoorlijn. SEEE heeft de rechtbank Rotterdam verzocht haar verlof te verlenen tot tenuitvoerlegging van het vonnis op basis van het Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken.[38] Joegoslavië beroept zich voor de rechtbank op immuniteit van jurisdictie en executie. De President verklaart zich vanwege deze immuniteit onbevoegd van het verzoek kennis te nemen, maar het hof Den Haag verwerpt het beroep op immuniteit. Hiertegen wordt incidenteel cassatieberoep ingesteld door Joegoslavië. Daarnaast oordeelt het hof dat het arbitraal

35 IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, para. 83-106.
36 IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, Separate Opinion of Judge Koroma, para. 7.
37 HR 26 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7487, *NJ* 1974/361.
38 New York, 10 juni 1958.

vonnis 'niet is een scheidsrechterlijke uitspraak gewezen als in het Verdrag bedoeld op het grondgebied van een andere verdragsstaat dan Nederland'. Dit wordt door de SEEE bestreden in het principaal cassatieberoep. In cassatie behandelt de Hoge Raad vanwege de verste strekking eerst het incidentele cassatieberoep en concludeert dat

> 'geen regel van volkenrecht meebrengt dat de aan een vreemde staat toekomende immuniteit van jurisdictie in zo absolute zin zou moeten worden verstaan'.[39]

In het gewoonterecht is de immuniteit van jurisdictie geëvolueerd tot de zogenoemde relatieve leer. Deze houdt in dat een vreemde staat alleen voor zuivere overheidshandelingen een beroep op immuniteit toekomt. De Hoge Raad legt uit waarom staatsimmuniteit niet langer absoluut is en licht de ontwikkeling van het recht toe:

> 'deze ontwikkeling [is] met name beïnvloed door het feit dat in vele landen de staat meer en meer activiteiten is gaan ontplooien op het gebied van het door het privaatrecht beheerste maatschappelijke verkeer, en in verband daarmee op voet van gelijkheid rechtsbetrekkingen aangaat met particulieren (…) in zodanige gevallen [komt het] redelijk voor aan de wederpartij van de betreffende staat eenzelfde rechtsbescherming te verlenen als wanneer zij met een privaat persoon zou hebben gehandeld'.[40]

De Hoge Raad maakt onderscheid op basis van de aard van de handeling en geeft daarvoor een criterium. Het moet gaan om een activiteit 'op het gebied van het door het privaatrecht beheerste maatschappelijke verkeer', in verband waarmee de staat 'op voet van gelijkheid rechtsbetrekkingen aangaat met particulieren'.[41] Advocaat-Generaal Berger besteedt in zijn conclusie aandacht aan het kenmerkende onderscheid van de nieuwe immuniteitsregel en de gebruikelijke Latijnse terminologie:

> '[M]en [is] in rechtspraak en litteratuur de regel gaan relativeren, zodat hij tenslotte is komen te luiden (…) 'dat een staat alleen ter zake van acta jure imperii – zuivere overheidshandelingen – aan de rechtsmacht van een andere staat is onttrokken, niet ter zake van andere handelingen, in rechtspraak en litteratuur vaak onder de benaming acta jure gestionis samengevat'.[42]

De regel van relatieve staatsimmuniteit luidt dat een staat alleen wat betreft zuivere overheidshandelingen aan de rechtsmacht van een andere staat is onttrokken.

Naast de rechtspraak en literatuur waaruit deze regel wordt afgeleid, komt in de conclusie van de Advocaat-Generaal ook de Europese Overeenkomst aan de orde.[43] De Advocaat-Generaal vermoedt dat de verschillende

39 HR 26 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7487, *NJ* 1974/361.
40 HR 26 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7487, *NJ* 1974/361.
41 HR 26 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7487, *NJ* 1974/361.
42 Conclusie A-G Berger bij HR 26 oktober 1973, ECLI:NL:PHR:1973:AD7487.
43 Totstandkoming: *Trb*. 1973, 43, inwerkingtreding: *Trb*. 1985, 38.

argumenten die partijen in cassatie aanvoeren door deze Overeenkomst zijn geïnspireerd, welke hij een 'moeizaam compromis' tussen 'divergerende opvattingen ter zake van immuniteit' noemt.[44] Als reden voor de terughoudendheid van Nederland om de Europese Overeenkomst te ratificeren wordt door annotator Maas bij een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam gegeven:

> 'Dat deze Overeenkomst door Nederland nog niet is geratificeerd, is niet het gevolg van een neiging de immuniteit te beschermen, maar veeleer omdat men zou kunnen vrezen dat een verdergaande ontwikkeling in de richting van de relatieve leer door de goedkeuring belemmerd zou worden.'[45]

De ontwikkeling van het internationaal gewoonterecht zou kunnen worden belemmerd door de geschreven Europese Overeenkomst. Om deze reden wordt de Europese Overeenkomst in latere arresten met meer nuance behandeld. In 2004 wordt een werkneemster van de ambassade van het Koninkrijk Marokko ontslagen. De rechtbank Den Haag verklaart zich bevoegd en wijst haar loonvordering toe. In 2005 wordt een in Nederland werkzame consulair medewerker door de zendstaat, het Koninkrijk Marokko, ontslagen. De rechtbank Rotterdam verklaart zich onbevoegd vanwege de immuniteit van Marokko. Beide zaken komen in hoger beroep voor het hof Den Haag en in cassatie voor de Hoge Raad. Het hof en de Hoge Raad overwegen in beide zaken nagenoeg gelijkluidend:

> 'Na het sluiten van de Europese Overeenkomst (op 16 mei 1972) zijn de rechtsopvattingen geëvolueerd in een verdergaande relativering van de staatsimmuniteit. In dit verband kan worden gewezen op [artikel 11 van] het nog niet in werking getreden VN Verdrag van 2 december 2004 inzake Jurisdictional Immunities of States and Their Property (…).'[46]

De Hoge Raad geeft ook aan waarom aan de Europese Overeenkomst geen, maar aan het nog niet in werking getreden VN-verdrag wél belang wordt gehecht:

> 'Gelet op het mondiale karakter van genoemd verdrag heeft het hof met juistheid de wezenlijk van het bepaalde in art. 5 lid 2, onder (a), Europese Overeenkomst afwijkende regel aangemerkt als een regel van internationaal gewoonterecht. Nederland heeft genoemd – na jarenlang overleg door de Algemene Vergadering zonder stemming aangenomen, maar nog niet in werking getreden – verdrag weliswaar niet ondertekend of geratificeerd, maar dat doet aan het vorenstaande niet af. Daarbij verdient opmerking dat, zoals vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 18 en 19, de Commissie van Advies inzake volkenrechtelijke vraagstukken in haar op diens verzoek aan de minister van Buitenlandse Zaken uitgebrachte advies van 19 mei 2008 inzake het VN-Verdrag – in

44 Conclusie A-G Berger bij HR 26 oktober 1973, ECLI:NL:PHR:1973:AD7487.

45 Kantonrechter Rotterdam 13 april 1978, ECLI:NL:KTGROT:1978:AJ0358, *Prg*. 1979/1329, m.nt. H.H. Maas.

46 HR 11 september 2008, ECLI:NL:HR:2009:BI6317, *NJ* 2010/523, r.o. 6.2.4, r.o. 3.2; HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6673, *NJ* 2010/524, r.o. 2.13, r.o. 3.2. Deze laatste staat geciteerd.

het bijzonder over de verhouding van dit verdrag tot de Europese Overeenkomst,alsmede tot het algemene volkenrecht, mede in het licht van de Nederlandse jurisprudentie en staatspraktijk op het gebied van staatsimmuniteit – heeft laten weten dat het bepaalde in art. 11 lid 2, onder (e), haar geen aanleiding geeft tot opmerkingen.'[47]

Aan het nog niet in werking getreden VN-Verdrag wordt betekenis toegekend op basis van diens mondiale karakter en het positief advies van de CAVV.

In voornoemd arrest over de immuniteit van Joegoslavië spreekt de Nederlandse rechter zich niet voor het eerst uit over relatieve immuniteit, maar hij besteedt in dit arrest wel uitgebreid aandacht aan de bestaande leer. Voor de betekenis van de relatieve staatsimmuniteit wordt in latere zaken steeds terugverwezen naar dit arrest en worden andere aspecten van de relatieve immuniteitsleer besproken en verder uitgewerkt.[48] Een voorbeeld is de uitspraak van de rechtbank Amsterdam, die in 1976 bijna woordelijk de overwegingen en criteria van de Hoge Raad uit 1973 overneemt en de relatieve leer samenvat:

'Geen regel van volkenrecht behelst dat nimmer een vreemde staat tegen zijn wil aan de rechtsmacht van een andere staat kan worden onderworpen. In de gevallen waarin de staat zich beweegt op het gebied van het door het privaatrecht beheerste maatschappelijke verkeer en in verband daarmede op voet van gelijkheid met particulieren rechtsbetrekkingen aangaat, dient de wederpartij van de betreffende staat dezelfde rechtsbescherming te kunnen verkrijgen als wanneer zij met een privaat persoon zou hebben gehandeld.'[49]

In deze uitspraak wordt nogmaals duidelijk waar de relatieve leer om draait: de publiekrechtelijke regel van immuniteit heeft geen plaats in privaatrechtelijke aangelegenheden.

Ook de immuniteit van executie is niet langer absoluut en draait om publieke doeleinden. In de zaak uit paragraaf 7.2 over het weigeren van een exploot voor de tenuitvoerlegging van een tegen de Republiek Turkije gewezen vonnis gaat de Afdeling rechtspraak van de Raad van State in op het leerstuk van de immuniteit van executie. Omdat er geen verdragsregels van kracht zijn tussen Nederland en Turkije, wendt de ARRvS zich tot het internationaal gewoonterecht:

'Ofschoon geen regel van volkenrecht zich verzet tegen iedere executie van aan een vreemde staat toebehorend vermogen dat zich op het grondgebied van een andere staat bevindt (…), staat evenzeer buiten twijfel dat regels van gewoonterecht immuniteit van executie voorschrijven met betrekking tot de tenuitvoerlegging van een vonnis, ook indien de rechter die dit vonnis heeft gewezen, daartoe zoals in het onderhavige geval naar deze regels bevoegd was, indien deze executie vermogen betreft dat is bestemd voor publieke doeleinden. (…) Daarbij nemen Wij in aanmerking dat aan het doelmatig functioneren van

47 HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6673, *NJ* 2010/524, r.o. 3.3.2.

48 Onder andere in: Kantonrechter Rotterdam, 13 april 1978, ECLI:NL:KTGROT:1978:AJ0358, *Prg.* 1979/1329; HR 20 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9158, r.o. 4; HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0998, r.o. 2.2.

49 Rb. Amsterdam 4 februari 1976, ECLI:NL:RBAMS:1976:AB3704.

> ambassades en consulaten in het volkenrecht van oudsher groot gewicht toekomt, hetgeen bevestiging vindt in de Verdragen van Wenen inzake diplomatiek verkeer (1962) en consulaire betrekkingen (1963)'.[50]

Deze uitspraak geeft het verschil weer tussen de immuniteit van jurisdictie en de immuniteit van executie: ook wanneer de Nederlandse rechter jurisdictie toekomt om te oordelen in een zaak tegen een vreemde staat, kan de executie van diens uitspraak afstuiten op immuniteit omdat de uitvoering te zeer ingrijpt in de soevereiniteit van de vreemde staat. De ARRvS baseert zich op 'het volkenrecht van oudsher', neergelegd in genoemde verdragen, en stelt een criterium voor de immuniteit van executie: het betreft vermogen bestemd voor publieke doeleinden. De Turkse vertegenwoordiging in Nederland hoeft deze bestemming niet tot in detail te bewijzen, omdat dit neerkomt op 'een volkenrechtelijk ongeoorloofde inmenging in de interne aangelegenheden van deze vertegenwoordiging'.[51]

Binnen vier jaar na deze uitspraak wordt de Nederlandse rechter tweemaal verzocht om faillietverklaring van een vreemde staat. Eerst buigt het hof Den Haag zich over deze vraag wanneer de Republiek Zaïre in gebreke blijft met betaling van een door Duclaux opeisbare geldvordering. Ter inning van die vordering heeft Duclaux het faillissement van Zaïre aangevraagd. Zaïre beroept zich op immuniteit van jurisdictie en executie. In eerste instantie wordt dit beroep verworpen en Zaïre in staat van faillissement verklaard. Het hof beseft dat een dergelijke faillissementsverklaring het 'doelmatig functioneren van de officiële diplomatieke zending van die Staat in Nederland in niet geringe mate bemoeilijkt'.[52] Hieraan verbindt hij de conclusie:

> 'Nu een dergelijk faillissement een niet geringe aantasting meebrengt van de onafhankelijkheid van de zendstaat tegenover de ontvangende Staat (…) kan de zendstaat zich naar algemeen erkende regels van volkenrecht met recht beroepen op de haar toekomende immuniteit van executie tegenover de rechter in de ontvangende Staat'.[53]

Wanneer de onafhankelijkheid van de zendstaat 'niet gering wordt aangetast' heeft de Nederlandse rechter geen rechtsmacht door een beroep op staatsimmuniteit. Het hof baseert dit op algemeen erkende regels van volkenrecht. Twee jaar later wordt deze redenering door de Hoge Raad bevestigd in een zaak tegen Suriname: de gevolgen van een faillietverklaring maken een volkenrechtelijk ontoelaatbare inbreuk op de soevereiniteit van de betreffende vreemde Staat.[54] Of de Hoge Raad hier oordeelt over de immuniteit van jurisdictie of immuniteit van executie laat hij in het midden.

---

50 ARRvS (voorzitter) 24 november 1986, ECLI:NL:RVS:1986:AH1509.
51 ARRvS (voorzitter) 24 november 1986, ECLI:NL:RVS:1986:AH1509.
52 Hof Den Haag 18 februari 1988, ECLI:NL:GHSGR:1988:AD0195, r.o. 4.
53 Hof Den Haag 18 februari 1988, ECLI:NL:GHSGR:1988:AD0195, r.o. 4.
54 HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1241, *NJ* 1991/247, r.o 3.2.

Het Internationaal Gerechtshof buigt zich in de zaak tussen Duitsland en Italië mede over de 'immunity from enforcement'. De immuniteit van executie gaat volgens het IGH verder dan de immuniteit van jurisdictie en moet daarom afzonderlijk worden toegepast:

> 'The rules of customary international law governing immunity from enforcement and those governing jurisdictional immunity (understood *stricto sensu* as the right of a State not to be the subject of judicial proceedings in the courts of another State) are distinct, and must be applied separately.'[55]

Duitsland beroept zich op de immuniteit van staten van executiemaatregelen tegen hun eigendommen uit artikel 19 van het VN-verdrag omdat hierin het internationale gewoonterecht is gecodificeerd: voor zover de hierin opgenomen regeling een reflectie is van internationaal gewoonterecht, kan deze worden toegepast. Het IGH geeft aan dat door de discussie rond artikel 19 bij het opstellen van het VN-verdrag onduidelijk is of dit artikel inderdaad internationaal gewoonterecht reflecteert.[56] Er kan wel een algemene regel worden afgeleid. Deze onderbouwt het IGH met de rechtspraak van verschillende staten.[57] Zo hecht het IGH ook voor het vaststellen van de grenzen van de immuniteit van executie meer waarde aan het internationaal gewoonterecht dan aan het geschreven recht.

Wanneer de rechter zijn uitspraak op de huidige stand van het immuniteitsrecht wil baseren, kan hij niet enkel op een verdrag afgaan maar moet het antwoord gezocht worden in het internationaal gewoonterecht. Ondanks de grotendeels bestaande eenstemmigheid over de relatieve immuniteitsleer bestaat er namelijk nog steeds een groot vraagstuk: het precieze onderscheid tussen *acta jure imperii* en *acta jure gestionis*.[58] Deze materie komt aan de orde in paragraaf 7.3.3 en paragraaf 7.4.1.

7.3.2 Het onderscheid tussen staten en organisaties – gewoonterecht en verdragenrecht

Over de immuniteitsleer ten aanzien van internationale organisaties bestaat in eerste instantie onduidelijkheid. In 1982 wordt de heer Spaans, in dienst bij het *Iran-United States Claims Tribunal* te Den Haag, op staande voet ontslagen. Hij stelt dat dit ontslag nietig is en vraagt de kantonrechter Den Haag het Tribunaal te veroordelen tot doorbetaling van zijn loon tot aan de dag waarop de arbeidsovereenkomst van rechtswege ten einde zou zijn gekomen. Het Tribunaal beroept zich op immuniteit van jurisdictie. De kantonrechter baseert de gebruikelijke immuniteit van jurisdictie op het ontwerpverdrag tussen gastland Nederland en de oprichtende partijen, de Verenigde Staten en Iran. Zo komt de kantonrechter tot de conclusie dat

55 IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, para. 113.
56 IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, para. 117.
57 IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, para. 118.
58 HR 26 oktober 1973, ECLI:NL:PHR:1973:AD7487.

> '[i]nternationale organisaties gevormd door Staten, zoals het 'Tribunal' er een is, in beginsel dezelfde immuniteit als staten [hebben]. (…) Bij internationale organisaties als het 'Tribunal' zal derhalve hetzelfde onderscheid tussen acta jure imperii en acta jure gestionis gemaakt moeten worden.'[59]

De kantonrechter beoordeelt de immuniteit van internationale organisaties op dezelfde grond als de immuniteit van staten met een onderscheid tussen *acta jure imperii* en *acta jure gestionis* en kent daardoor aan internationale organisaties een brede immuniteit toe. Omdat de mondelinge privaatrechtelijke overeenkomst tussen het Tribunaal en Spaans om tegen betaling vertaal- en tolkwerkzaamheden te verrichten volgens de kantonrechter onder de *acta jure gestionis* valt, acht hij zich bevoegd om van het geschil kennis te nemen. De rechtbank komt tot een ander oordeel omdat het sluiten van een arbeidsovereenkomst volgens haar duidelijk behoort tot de *acta jure imperii*. Zij verklaart de Nederlandse rechter dan ook onbevoegd. Hiertegen stelt Spaans cassatieberoep in omdat volgens hem het Tribunaal in het geheel geen immuniteit van jurisdictie toekomt.

In tegenstelling tot kantonrechter, rechtbank en Advocaat-Generaal Franx gaat de Hoge Raad niet in op de vraag in welke gevallen soevereine staten zich kunnen beroepen op het privilege van immuniteit van jurisdictie, maar stelt hij de vraag óf een internationale organisatie zich kan beroepen op dit privilege.[60] Uit bestaande verdragen – gesloten tussen organisaties en gastheerstaten – leidt de Hoge Raad de algemene regel af dat aan internationale organisaties, binnen de grenzen van hun taakuitoefening, in beginsel het privilege van immuniteit van jurisdictie wordt toegekend. Daarnaast wendt hij zich tot het ongeschreven volkenrecht en overweegt:

> 'Aangenomen moet worden dat ook bij gebreke aan een verdrag (…) uit het ongeschreven volkenrecht voortvloeit dat een internationale organisatie (…) gerechtigd is tot het privilege van immuniteit van jurisdictie op dezelfde voet als zulks in de hiervoor bedoelde verdragen pleegt te worden geregeld. Dat betekent dat volgens huidig ongeschreven volkenrecht een internationale organisatie in beginsel niet is onderworpen aan de rechtsmacht van de rechter van de gastheerstaat ter zake van alle geschillen welke onmiddellijk verband houden met de vervulling van de aan die organisatie opgedragen taken. (…) Tot de geschillen welke onmiddellijk verband houden met de vervulling van de taken van de internationale organisatie, behoren in elk geval die arbeidsgeschillen welke kunnen rijzen tussen de organisatie en diegenen die in haar dienst bij het vervullen van die taken een essentiële rol spelen.'[61]

De Hoge Raad constateert het bestaan van een gewoonterechtelijke regel van immuniteit voor internationale organisaties. Waar hij dit op baseert wordt niet helemaal duidelijk. Leidt hij enkel uit het bestaan van gelijkluidende verdragen over het onderwerp af dat er consensus bestaat, of leidt hij deze consensus af uit volkenrechtelijke literatuur en uitspraken van andere

59 HR 20 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9158, *NJ* 1986/438, r.o. 4-5.
60 HR 20 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9158, *NJ* 1986/438, r.o. 3.3.1.
61 HR 20 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9158, *NJ* 1986/438, r.o. 3.3.3-3.3.4.

nationale rechters? Volgens de Advocaat-Generaal is hier namelijk ook bewijs te vinden:

> 'ook in het buitenland heeft de nationale rechter bijna altijd het beroep op immuniteit, gedaan door een internationale organisaties in een arbeidsgeschil, gehonoreerd.'[62]

Annotator Barnhoorn merkt op dat in de literatuur niet eenduidig naar voren komt of ook met betrekking tot internationale organisaties het bij de staatsimmuniteit zo kenmerkende onderscheid tussen *acta jure imperii* en *acta jure gestionis* van toepassing is.[63] Het principe wordt door de kantonrechter en rechtbank wel, maar door de Hoge Raad niet direct toegepast. De Hoge Raad doet dit alleen indirect wanneer hij uitgaat van immuniteit vanwege de aard van de handeling, namelijk 'ter zake van alle geschillen welke onmiddellijk verband houden met de vervulling van de aan die organisatie opgedragen taken.'[64] Annotator De Waart merkt over de reikwijdte van deze immuniteit op dat

> 'zelfs ten aanzien van de Verenigde Naties immuniteit niet zo absoluut [is], als die welke de HR bereid is aan te nemen ten opzichte van het Tribunaal. Dat blijkt uit de Convention on Privileges and Immunities of the United Nations van 1946. Daarin is nl. slechts sprake van zodanige privileges en immuniteiten als noodzakelijk zijn voor de organisatie 'for the fulfillment of its purposes' en voor de stafleden 'for the independent exercise of the functions in connection with the Organization'.[65]

De Hoge Raad benadert de immuniteit van internationale organisaties op een andere wijze dan de immuniteit van staten en koppelt deze aan het uitoefenen van de functies door de internationale organisatie. Deze immuniteit is beperkter dan de immuniteit van staten, maar volgens De Waart is de huidige regel alsnog te breed vergeleken met de immuniteit van de VN.

7.3.3 Het onderscheid tussen handelingen en motieven – het Nederlandse volkenrecht

Tussen kledingimporteur Pied-Rich, de Russische rederij Baltic Shipping Company en drie Russische importorganisaties bestaat een meerpartijen-overeenkomst. Het Russische Ministerie van Handelsscheepvaart treedt op als tussenpersoon en verzorgt de omvangrijke administratie en distributie van gelden. Aan Pied-Rich verklaart het Russische Ministerie schriftelijk ervoor zorg te dragen dat betalingen en leveringen op tijd zullen worden voldaan. Wanneer dit niet gebeurt, legt Pied-Rich met toestemming van de president van de Rotterdamse rechtbank conservatoir beslag

62 Conclusie A-G Franx bij HR 20 december 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AC9158, para. 6.
63 Kantonrechter Den Haag 8 juni 1983, ECLI:NL:KTGSGR:1983:AL1724, *Prg.* 1983/2022, m.nt. L.A.N.M. Barnhoorn.
64 HR 20 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9158, *NJ* 1986/438, r.o. 3.3.3-3.3.4.
65 HR 20 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9158, *NJ* 1986/438, m.nt. P.J.I.M. de Waart.

op een zeeschip dat in eigendom toebehoort aan de Russische Federatie en in gebruik is bij Baltic Shipping Company. Advocaat-Generaal Strikwerda overweegt in zijn conclusie dat de rol van het Ministerie als administratief tussenpersoon naar Nederlandse opvattingen net zo goed verricht kan worden door een private handelsbank. De Hoge Raad herhaalt de door hem eerder gehanteerde criteria 'volgens de opvattingen van de forumstaat' en het 'duidelijke karakter van de handeling'[66] en verwerpt het beroep op immuniteit van jurisdictie. Volgens de Hoge Raad heeft het hof

> 'geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door (…) de toezegging van het ministerie te kwalificeren als een op voet van gelijkheid met de handelspartners verrichte handeling en deze toezegging derhalve niet op te vatten als een handeling die duidelijk het karakter van een overheidshandeling heeft. (…) Beslissend is de aard, niet het motief van de handeling.'[67]

Onduidelijk is op welke bronnen de Hoge Raad dit baseert. De Advocaat-Generaal haalt nog wel een uitgebreide opsomming van internationale literatuur en Nederlandse arresten aan ter ondersteuning van deze bevindingen.[68] Door het criterium dat door de Hoge Raad wordt gevonden in 'de opvattingen van de forumstaat' lijkt de internationaalrechtelijke immuniteit een meer nationaalrechtelijk begrip te worden. Alhoewel een nationale interpretatie van het internationaal gewoonterecht een bewijs kan zijn van statenpraktijk komt het vreemd voor dat de Hoge Raad geen enkele internationale bron aanhaalt om zijn uitspraak op te baseren. Om te komen tot het oordeel dat *in casu* ook geen sprake is van immuniteit van executie baseert hij zich wel op het ontbreken van ongeschreven volkenrecht, al laat hij de vindplaatsen achterwege:

> 'Er bestaat evenwel geen regel van ongeschreven volkenrecht die zou inhouden dat (conservatoir) beslag op een voor de commerciële handelsvaart bestemd staatsschip slechts toelaatbaar is indien het beslag wordt gelegd ter verzekering of tot verhaal van een uit de exploitatie van het schip voortvloeiende ('maritieme') vordering.'[69]

Annotator Schultsz spreekt van 'de Nederlandse perceptie van volkenrechtelijke immuniteit buiten verdrag'.[70] De Advocaat-Generaal geeft een mogelijke verklaring voor deze nationalistische insteek van het volkenrechtelijke immuniteitsleerstuk:

> 'Hoewel de beperkte of relatieve immuniteitsleer thans in de meeste landen is aanvaard, bestaat er enige onzekerheid over de vraag hoe de grens getrokken dient te worden tussen de typische overheidshandelingen (de zgn. acta iure imperii) die wel, en de niet-overheidshandelingen (de zgn. acta iure gestionis) die niet onder het immuniteitsprivilege vallen.'[71]

---

66 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0998, *NJ* 1991/70.
67 HR 28 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0974, *NJ* 1994/329, r.o. 3.2.
68 HR 28 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0974, *NJ* 1994/329, concl. A-G, para. 10.
69 HR 28 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0974, *NJ* 1994/329, r.o. 3.3.
70 HR 28 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0974, *NJ* 1994/329 m.nt. J.C. Schultsz, para. 1.
71 HR 28 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0974, *NJ* 1994/329, concl. A-G, para. 11.

De redenering lijkt als volgt: omdat er onzekerheid bestaat over de precieze inhoud, kan niet worden afgegaan op buitenlandse praktijk omdat deze niet eenduidig is. Voor een grens tussen de verschillende handelingen moet de Nederlandse rechter zijn eigen lijn trekken.

Duidelijker komt deze redenering naar voren in de eerdergenoemde arbeidsgeschillen met het Koninkrijk Marokko. Het hof Den Haag overweegt in beide zaken:

> 'Beslissend bij de vraag of de handeling van de vreemde staat het karakter heeft van een overheidshandeling, is volgens de Hoge Raad de aard, niet het motief van de handeling (HR 28 mei 1993). De kwalificatie van de aard van de handeling wordt, tenzij bij een de forumstaat en de vreemde staat bindend verdrag anders is bepaald, beslist aan de hand van de opvattingen van de forumstaat.'[72]

Advocaat-Generaal Strikwerda licht deze redenering wat betreft arbeidsgeschillen in zijn conclusies bij beide arresten toe:

> 'Met deze maatstaf wordt beoogd een evenwicht te scheppen tussen enerzijds het belang van de vreemde staat bij het voeren van eigen beleid met betrekking tot ambassade- en consulaatspersoneel zonder inmenging van de ontvangststaat ('ne impediatur legatio') en anderzijds het belang van de ontvangststaat bij bescherming van arbeidskrachten op de lokale arbeidsmarkt onder toepassing van eigen arbeidswetgeving. In wezen wordt met deze maatstaf buiten het kader van de in de relatieve immuniteitsleer gebruikelijke onderscheiding tussen 'acta iure imperii' en 'acta iure gestionis' getreden.'[73]

De gebruikte redenering draait niet alleen om de soevereiniteit van de vreemde staat, maar ook om het belang van de ontvangststaat en de bescherming van werknemers. Het zicht op de volkenrechtelijke immuniteitsleer raakt hierdoor enigszins vertroebeld. Dit blijkt ook uit de overweging van zowel hof als Hoge Raad, dat er

> 'geen ongeschreven regel van Nederlands volkenrecht [is] die in een individueel arbeidsgeschil als hier aan de orde, uitsluitend vanwege de nationaliteit van de werknemer immuniteit aan de staat-werkgever toekent.'[74]

Zowel hof als Hoge Raad spreekt van 'Nederlands volkenrecht'. Dit zou de naar binnen gerichte houding kunnen verklaren wanneer het gaat om het destilleren van gewoonterecht: er wordt niet gezocht naar de volkenrechtelijke regel van immuniteit, maar naar de Nederlandse interpretatie ervan. Dit is een opvallend verschil vergeleken met de uitgebreide wijze van rechtsvinding door de Nederlandse rechter rondom de interpretatie van

---

72 HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6317, *NJ* 2010/523, r.o. 6.1; HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6673, *NJ* 2010/524, r.o. 2.9. Gelijkluidend.

73 Conclusie A-G Strikwerda bij HR 11 september 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI6317, para. 11; Conclusie A-G Strikwerda bij HR 5 februari 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK6673, para. 15. Deze laatste staat geciteerd.

74 HR 11 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6317, *NJ* 2010/523, r.o. 6.3; HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6673, *NJ* 2010/524, r.o. 2.16, r.o. 3.2. Gelijkluidend.

internationale verdragen, zoals bijvoorbeeld het Haags Kinderontvoeringsverdrag.[75]

De immuniteit van executie gaat verder dan de immuniteit van jurisdictie, maar is evenmin absoluut. In zijn conclusie bij een zaak waarin door eiser conservatoir derdenbeslag wordt gelegd op een belastingvordering van de Republiek Chili signaleert Advocaat-Generaal Strikwerda een recente ontwikkeling met betrekking tot de immuniteit van executie:

> 'Slechts indien wordt vastgesteld dat de goederen van de vreemde Staat niet bestemd zijn voor een overheidstaak en worden gebruikt voor commerciële doeleinden, kan naar de opvatting [van] een groeiend aantal Staten, waaronder Nederland, een beroep op immuniteit van executie worden ontzegd.'[76]

Deze benadering vindt de Advocaat-Generaal terug in het VN-verdrag en hij beschouwt deze als:

> 'een weergave van "the development of the second half of the twentieth century generating the restrictive approach to state immunity and to form the legal basis for a universally acceptable legal solution of the question of state immunity based on this development".'[77]

Interessant is het verschil tussen het geschreven recht in het VN-verdrag en het ongeschreven recht waar Nederland van uit gaat. De Hoge Raad haalt de overweging van de Advocaat-Generaal aan waarin de algemene leer uiteen wordt gezet aan de hand van internationaal gewoonterecht en diens ontwikkeling. De Hoge Raad verwijst niet naar het verschil tussen VN-verdrag en gewoonterecht, maar alleen naar de in Nederland aanvaarde leer:

> 'De immuniteit van executie naar de thans in Nederland als ongeschreven volkenrecht aanvaarde regels is, zoals nader uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 14, niet absoluut. Staatseigendommen met een publieke bestemming echter zijn in elk geval niet vatbaar voor gedwongen executie.'[78]

In het licht van de eerdere kwalificatie van 'Nederlands volkenrecht', lijkt de formulering 'in Nederland als ongeschreven volkenrecht aanvaarde regels' te betekenen dat er een nationale selectie is gemaakt van de toepasbare internationale regels. Deze ruimere regels worden echter niet alleen in Nederland toegepast, maar zijn een recente ontwikkeling die ook in andere staten[79] leidt tot de relativering van de immuniteit van executie.

---

75 Zie Hoofdstuk 5.
76 Conclusie A-G Strikwerda bij HR 11 juli 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BD1387, para. 14.
77 Conclusie A-G Strikwerda bij HR 11 juli 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BD1387, para. 16.
78 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, *NJ* 2010/525, r.o. 3.5.
79 Conclusie A-G Strikwerda bij HR 11 juli 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BD1387, para. 16.

7.3.4 Concluderend

Voor de verschuiving van absolute naar relatieve immuniteit oriënteert de Nederlandse rechter zich op de huidige stand van zaken in de internationale verdragspraktijk, literatuur en nationale rechtspraak. Hij houdt ook rekening met de evolutie van de leer zoals deze is neergelegd in verdragen, bijvoorbeeld de Europese Overeenkomst en het VN-verdrag, en motiveert het gebruik van deze verdragen. Wanneer met betrekking tot de immuniteit van internationale organisaties nog geen uitgebreide jurisprudentie bestaat, leidt de rechter uit het bestaan van verschillende verdragen een consensus af en stelt daarmee het bestaan van ongeschreven volkenrecht vast.

In tegenstelling tot deze internationale oriëntatie voor het onderscheid tussen absolute en relatieve immuniteit, is de Nederlandse rechter bij de analyse van criteria die bepalen of sprake is van een typische overheidshandeling sterk nationaal georiënteerd. Dit blijkt uit het gebruik van de term 'Nederlands volkenrecht' en de rol die de opvatting van de forumstaat speelt.[80] Ook is in deze gevallen vaak onduidelijk op welke bron de rechter zijn oordeel baseert wanneer hij de handelingen kwalificeert. Een verklaring hiervoor is de onzekerheid over de vraag hoe de grens moet worden getrokken tussen handelingen die wel en welke niet onder immuniteit vallen. Omdat de buitenlandse praktijk niet eenduidig is, acht de Nederlandse rechter het blijkbaar gerechtvaardigd een eigen lijn te trekken.

7.4 De uitzonderingen op de algemene regel – immuniteit en rechtsbescherming

Een vreemde staat kan zich voor de nationale rechter van een andere staat beroepen op immuniteit voor typische overheidshandelingen. Deze algemene regel kent een aantal uitzonderingen die in deze paragraaf worden uiteengezet.

7.4.1 Schipperen tussen de aard en het motief van de handeling

Een naar haar aard typisch privaatrechtelijke aangelegenheid is het sluiten en opzeggen van een arbeidsovereenkomst. Tussen de Verenigde Staten van Amerika (VS) en Van der Hulst, een Nederlandse werkneemster bij de Amerikaanse ambassade, ontstaat een geschil wanneer de VS na het onbevredigend verloop van een veiligheidsonderzoek besluit geen definitieve arbeidsovereenkomst met haar aan te gaan 'for security reasons'.[81] Volgens Van der Hulst was echter al een arbeidsovereenkomst gesloten. Zij verzoekt

80 Zie ook het in paragraaf 7.1.2 genoemde proefschrift van Spiegel (2001), waarin het belang van het onderscheid tussen internationaal publiekrecht en het internationaal privaatrecht in de Nederlandse rechtspraak wordt aangekaart.

81 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0998, *NJ* 1991/70, r.o. 2-7.

de kantonrechter het ontslag nietig te verklaren en de VS te veroordelen tot betaling van loon vanaf een bepaalde datum. De kantonrechter verklaart zich bevoegd van de zaak kennis te nemen. Hiertegen is door de VS hoger beroep ingesteld. De rechtbank staat stil bij de kwalificatie van de handeling en overweegt

> 'dat het instellen van het onderhavige veiligheidsonderzoek (…) en het beoordelen van het resultaat van dat onderzoek als typische overheidshandelingen moeten worden beschouwd (…). Aan de Nederlandse rechter komt geen rechtsmacht toe met betrekking tot de vraag of de VS de rechtsverhouding terecht heeft beëindigd op grond van 'security reasons'. Het beroep van de VS op immuniteit van jurisdictie is derhalve terecht gedaan.'[82]

Een veiligheidsonderzoek is volgens de rechtbank een typisch publiekrechtelijke handeling. Staat deze in nauw verband met een privaatrechtelijke handeling zoals de arbeidsovereenkomst, dan weegt de immuniteit voor publiekrechtelijke handelingen zwaarder dan de rechtsbescherming van de private partij.

In cassatie volgt de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank. Hij gebruikt daarbij de in eerdere arresten vastgestelde hoofdregel van relatieve immuniteit.[83] Om zich op immuniteit te kunnen beroepen is van belang dat de handeling van de vreemde Staat volgens de opvattingen van de forumstaat 'duidelijk het karakter heeft van een overheidshandeling'. Een staat kan zich niet aan rechtsmacht onttrekken door aan een privaatrechtelijke handeling een publiekrechtelijke component toe te voegen in de vorm van een typische overheidshandeling. Dit dient ter bescherming van bijvoorbeeld een werknemer. Echter, een uitzondering op deze regel is volgens de Hoge Raad het veiligheidsonderzoek:

> '[B]ij het uitoefenen van zijn diplomatieke missie en van zijn consulaire diensten in het gastland dient een vreemde Staat de bevoegdheid te worden gelaten door middel van het stipuleren van een beding als het onderhavige om redenen van staatsveiligheid het aangaan of voortbestaan van een overeenkomst als de onderhavige te laten afhangen van het – niet ter beoordeling van de wederpartij of de rechter van het gastland staand – resultaat van een veiligheidsonderzoek.'[84]

Zonder bronnen of nadere criteria te geven voor deze uitzondering zet de Hoge Raad de bescherming van werknemers dus met dezelfde vaart weer op losse schroeven. In de woorden van Advocaat-Generaal Strikwerda:

> 'Dit betekent dat een handeling, ook al is zij privaatrechtelijk van aard, niettemin kan worden bestreken door het immuniteitsprivilege, indien die handeling is verricht in verband met de uitoefening van een publiekrechtelijke taak van de vreemde Staat.'[85]

---

82 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0998, *NJ* 1991/70, r.o. 8.
83 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0998, *NJ* 1991/70, r.o. 3.3.
84 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0998, *NJ* 1991/70, r.o. 3.5.
85 Conclusie A-G Strikwerda bij HR 22 december 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD0998, para. 2.11.

De immuniteit bestrijkt de 'typische overheidshandelingen', wat een rekbaar begrip blijkt te zijn als het criterium 'aard van de staatsactiviteit' wordt toegepast. Niet duidelijk wordt op grond van welke volkenrechtelijke uitzondering de rechtsmacht van de Nederlandse rechter wordt beperkt. Dit merkt ook annotator De Waart op.[86] Voor de vaststelling van de relatieve leer verwijst de Hoge Raad naar 'huidige volkenrechtelijke opvattingen' maar voor de uitzondering haalt hij andere bronnen aan:

> 'Wat arbeidsrechtelijke verhoudingen betreft kan in dit verband o.m. gewezen worden op de voor Nederland op 22 mei 1985 in werking getreden doch in het onderhavige geval niet van toepassing zijnde Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten, Trb. 1973, 43, en op de in het kader van de Verenigde Naties tot stand gekomen ontwerpregeling inzake 'Jurisdictional Immunities of States and their property' van juli 1988 (…). In deze internationale regelingen wordt in beginsel geen immuniteit aanvaard voor door een vreemde Staat in het gastland aangegane verhoudingen van arbeidsrechtelijke aard met 'werknemers' aldaar, zij het dat ook hier een beroep op immuniteit niet in alle gevallen is uitgesloten.'[87]

Alhoewel de Hoge Raad bronnen noemt, zijn deze niet bevredigend. Enkele jaren eerder heeft de Hoge Raad al overwogen dat in het bijzonder de Europese Overeenkomst achterloopt op de huidige ontwikkeling. De Advocaat-Generaal merkt op dat de nuancering van het 'aard-van-de-handeling criterium' met betrekking tot de arbeidsovereenkomst niet voorkomt in de Europese Overeenkomst. Bovendien is de VS geen partij bij de Europese Overeenkomst. Dat zou reden genoeg moeten zijn voor terughoudendheid in de toepassing van deze geschreven bron voor de interpretatie van gewoonterecht. Wat betreft de VN-regeling gaat het hier om een ontwerp dat na jarenlange onderhandelingen pas in 2004 is aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, dus ten tijde van dit arrest nog lang niet was uitgekristalliseerd. Tot slot wordt de door de Hoge Raad aangehaalde uitzonderingsregel niet specifiek in deze bronnen genoemd, enkel dat een uitzondering mogelijk is. Deze uitzonderingen zullen in andere, niet aangeduide bronnen gevonden moeten worden.

De uitzondering op het criterium 'aard van de handeling' lijkt met betrekking tot arbeidsgeschillen breder geaccepteerd te zijn, zo blijkt wanneer staatsschepen schade veroorzaken.[88] In een zaak tussen de VS en de publiekrechtelijke rechtspersoon Havenschap Delfzijl/Eemshaven (hierna: havenschap) wordt de VS als eigenaar van het zeemotorschip Cape May, dat tijdens een verblijf in de Eemshaven schade heeft veroorzaakt aan onder meer de kademuren, door het havenschap aansprakelijk gesteld voor de schade. De VS beroept zich tegenover de Nederlandse rechter op immuniteit van jurisdictie. In hoger beroep overweegt het hof Leeuwarden:

---

86 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0998, *NJ* 1991/70, m.nt. P.J.I.M. de Waart.
87 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0998, *NJ* 1991/70, r.o. 3.3.
88 HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6673, *NJ* 2010/524, m.nt. Th.M. de Boer, para. 6.

> 'Nu het kiezen van ligplaats van een schip in een (vreemde) haven naar de aard van deze gedraging niet als handelen 'iure imperii' kan worden aangemerkt, immers niet kan worden aangemerkt als een gedraging die kenmerkend is voor het handelen van een overheid als zodanig, ontbreekt om deze reden de grondslag aan de door de Verenigde Staten gestelde immuniteit.'[89]

Het hof past hier het gebruikelijke onderscheid tussen *acta jure imperii* en *acta jure gestionis* toe. De VS stelt hiertegen cassatie in omdat volgens hem van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan, door:

> 'de aard van de gedraging, althans de aard van de rechtshandeling, niet te beoordelen in het licht van de aard van de activiteit van de Verenigde Staten, althans van het schip, met het oog waarop de overeenkomst is gesloten, (althans de (rechts)handeling is verricht), nu (…) ook de overeenkomst, althans de gedragingen die samenhangen met de uitvoering van de overeenkomst moeten worden beschouwd als handelingen "iure imperii"'.[90]

Naast het in ogenschouw nemen van de status van het schip had het hof aandacht moeten besteden aan de activiteit ten behoeve waarvan het schip in de haven lag. De Cape May was ingezet in het kader van de door de VN-Veiligheidsraad gevoerde militaire operaties 'Desert Shield' en 'Desert Storm'. Het schip bevond zich in de Eemshaven om gerepareerd te worden tussen twee transporten van militair materieel in. Volgens de VS is de Cape May daarom in de rechtshandeling – het kiezen van een ligplaats – een oorlogsschip en verricht het schip geen commerciële activiteiten. De Hoge Raad oordeelt:

> 'Naar de huidige stand van het volkenrecht zijn vreemde staten ter zake van schuldvorderingen die hier te lande ontstaan uit hoofde van de exploitatie van aan hen toebehorende of door hen geëxploiteerde schepen die in het kader van de vervulling van een typische overheidstaak (zoals een militaire actie) worden gebezigd, niet onderworpen aan de rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Hierbij is de aard van de handeling of gebeurtenis waaruit de vordering is ontstaan, niet van belang.'[91]

De Hoge Raad vindt voor deze opvatting steun in verschillende bronnen:

> 'De hier aanvaarde opvatting vindt niet alleen steun in de statenpraktijk, rechterlijke uitspraken in verscheidene andere landen en gezaghebbende volkenrechtelijke literatuur, maar ligt ook ten grondslag aan hetgeen omtrent voor overheidstaken gebezigde staatsschepen is bepaald in het Brussels Verdrag tot het vaststellen van enige eenvormige regelen betreffende de immuniteit van staatsschepen van 10 april 1926, het bestaan van welk verdrag op zijn beurt ertoe heeft geleid dat in de op 16 mei 1972 te Bazel totstandgekomen Europese Overeenkomst inzake de immuniteit van Staten, Trb. 1973, 43, gedingen met betrekking tot vorderingen betreffende de exploitatie van zeeschepen die eigendom zijn van, of worden geëxploiteerd door een Staat die partij bij deze Overeenkomst is, van toe-

89 HR 12 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3368, *NJ* 2001/567, r.o. 10.
90 HR 12 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3368, *NJ* 2001/567, cassatiemiddel 1b.
91 HR 12 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3368, *NJ* 2001/567, r.o. 3.4.

> passing van de Overeenkomst zijn uitgesloten. Ook het in de conclusie van de Advocaat-Generaal Strikwerda onder 21 vermelde rapport van de International Law Commission biedt steun aan de hier aanvaarde opvatting.'[92]

Twee jaar voordat de Cape May schade veroorzaakt in de Eemshaven, heeft bij de overslag van goederen van een Nederlands op een Amerikaans staatsschip in de haven van Antwerpen het Amerikaanse schip door onzorgvuldig handelen van de bemanning schade veroorzaakt aan het Nederlandse schip. Het arrest in deze zaak wordt nog geen jaar na bovenstaand arrest gewezen en vertoont sterke overeenkomsten. De Rotterdamse rechtbank wijst de immuniteit van de VS af op grond van 'activiteiten ontplooid op het gebied van het door het privaatrecht beheerste maatschappelijke verkeer', *acta jure gestionis*. Het hof Den Haag herhaalt de algemene regel gebaseerd op het in paragraaf 7.3.1 besproken arrest uit 1973, het in paragraaf 7.4.1 besproken arrest uit 1989 en het in paragraaf 7.3.3 besproken arrest uit 1993 en loopt de bronnen na, te beginnen bij de volkenrechtelijke uitzonderingen van artikel 13a Wet Algemene bepalingen: het internationaal gewoonterecht waaronder ook de Nederlandse rechtspraak kan worden gevat. In de Nederlandse rechtspraak is de relatieve leer de gebruikelijke: alleen overheidshandelingen komen voor immuniteit in aanmerking, te onderscheiden van handelingen waarmee de Staat zich op voet van gelijkheid met particulieren begeeft. Het kopen en ontvangen van goederen is een handeling in het privaatrechtelijke rechtsverkeer en dus kan de VS zich niet beroepen op immuniteit van jurisdictie, zo concludeert het hof. Het gaat immers niet om het motief maar om de aard van de betreffende handeling. [93]

In cassatie voert de VS gelijkluidende klachten aan als in het Cape May arrest. De Hoge Raad beroept zich op de huidige volkenrechtelijke opvattingen en verwijst naar het Cape May-arrest. Hij neemt zijn oordeel uit dit arrest over – schuldvorderingen die zijn ontstaan uit hoofde van exploitatie van staatsschepen die handelen in het vervullen van een typische overheidstaak zijn niet onderworpen aan de rechtsmacht van de Nederlandse rechter – en vult aan:

> 'ook ten aanzien van schuldvorderingen van de hiervoor omschreven aard die niet in Nederland zijn ontstaan, geldt dat zij niet onderworpen zijn aan de rechtsmacht van de Nederlandse rechter.'[94]

In beide arresten blijkt het onderscheid tussen *acta jure imperii* en *acta jure gestionis* geen rol te spelen wanneer het gaat om schepen die toebehoren aan een vreemde staat en bestemd zijn voor de overheidsdienst. In het eerste arrest baseert de Hoge Raad zich op het gehele ensemble van internationa-

92 HR 12 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3368, *NJ* 2001/567, r.o. 3.4. Verwezen wordt naar conclusie A-G Strikwerda bij HR 12 november 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3368, para. 15, 23.

93 HR 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7203, *NJ* 2001/568, r.o. 6.

94 HR 22 september 2009, ECLI:NL:HR:2000:AA7203, *NJ* 2001/568, r.o. 3.4.

le bronnen en ook de Advocaat-Generaal behandelt deze uitgebreid in zijn conclusie.[95] Dit wijkt af van de bronvermelding bij eerdere arresten, die lang niet zo uitgebreid was. Waarschijnlijk is het afwijken van de gebruikelijke criteria en verwachtingen – getuige ook de uitspraken van beide rechtbanken en hoven – reden voor de Hoge Raad om aan de bronnen waarop het oordeel wordt gebaseerd extra aandacht te besteden. Daarnaast hoeft de Hoge Raad zich niet alleen op het ongeschreven recht te beroepen maar kan hij ook geschreven bronnen aanhalen. Het aanhalen van geschreven bronnen als vindplaats van ongeschreven recht blijft een steeds terugkerende werkwijze.

Met betrekking tot de immuniteit van executie, combineert de Hoge Raad in een later arrest de gewoonterechtelijke benadering met het geschreven recht. Eiser heeft in Congo een veroordelend vonnis verkregen tegen de Democratische Republiek Congo (DRC) tot betaling van een geldbedrag. De DRC bezit een recht van erfpacht op een onroerende zaak in Den Haag, voorheen in gebruik als ambassadegebouw. Dit gebouw is gekraakt na de verhuizing van de diplomatieke vertegenwoordiging naar Brussel. Met verlof van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag legt eiser conservatoir beslag op dit pand. Na betekening van een vonnis tot betaling gewezen door de rechtbank Den Haag is dit beslag overgegaan in een executoriaal beslag.

De executie van de tussen eiser en DRC gewezen vonnissen wordt door de voorzieningenrechter als niet onrechtmatig beoordeeld. Volgens hem is niet aannemelijk dat de DRC het pand gebruikt in het kader van een overheidstaak. Het hof Den Haag vernietigt dit vonnis omdat het pand zijn 'publieke en diplomatieke bestemming' niet heeft verloren. Als cassatieklacht wordt aangevoerd dat

> 'voor immuniteit van executie beslissend is het daadwerkelijk gebruik van het pand voor werkzaamheden van de zending, althans de publieke taak'.[96]

De Hoge Raad gebruikt de volgende redenering om tot een uitspraak te komen:

> 'In de in het WVDV [het Weens Verdrag voor Diplomatiek Verkeer; BAKS] voorziene gevallen moet worden verondersteld dat het doelmatig functioneren van de diplomatieke zendingen in het geding is en dat de voorrechten en immuniteiten dus gelden, onverschillig of in het concrete geval het doelmatig functioneren van de diplomatieke zending al dan niet wordt bedreigd (…) Uit de preambule van het WVDV blijkt evenwel dat dit verdrag niet beoogt afbreuk te doen aan de toepassing van de regels van het internationale gewoonterecht op aangelegenheden die door de bepalingen van het WVDV niet uitdrukkelijk worden geregeld. (…) Naar de thans in Nederland als ongeschreven volkenrecht aanvaarde regels is de immuniteit van executie niet absoluut. Staatseigendommen met een publieke bestemming zijn echter in elk geval niet vatbaar voor gedwongen executie (vgl.

95 Conclusie A-G Stikwerda bij HR 12 november 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3368, para. 15-22, vgl. *NJ* 2001/568 m.nt. P. Vlas.

96 HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, *NJ* 2014/453, r.o. 3.4 (*Ahmad/Staat*).

> HR 11 juli 2008). (…) Het vorenstaande vindt steun in de op 2 december 2004 door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties aangenomen, maar nog niet in werking getreden (…) VN-Verdrag. Het VN-Verdrag behelst een codificatie van het internationale gewoonterecht. (…) Aldus strookt het oordeel van het hof met de in aanmerking komende regels van ongeschreven volkenrecht.'[97]

De Hoge Raad toetst elke regel van gewoonterecht aan verdragsrecht: hij begint bij de algemene regel in het WVDV, gaat via de preambule naar het in Nederland geldende gewoonterecht, dat een uitzondering kent die wordt bevestigd in artikel 21 van het VN-Verdrag dat een codificatie is van gewoonterecht. Het gewoonterecht wordt wel onderzocht, maar de Hoge Raad vindt daarin geen houvast zonder gebruik van verdragsrecht om zo het oordeel van het hof te kunnen onderschrijven als zijnde in overeenstemming met het gewoonterecht.

Dat het VN-verdrag nog niet in werking is getreden wordt ondervangen met een beroep op de in het verdrag neergelegde codificatie van gewoonterecht. De overeenkomst tussen het gewoonterecht en het verdragsrecht is echter niet vanzelfsprekend, zo blijkt ook uit de eerder besproken benadering van artikel 19 VN-verdrag door het IGH dat gezien de vele discussies bij de totstandkoming ervan in het midden laat of alle aspecten uit dit artikel gewoonterecht reflecteren[98] De Hoge Raad heeft in een eerder arrest al bepaald dat staatseigendommen met een publieke bestemming niet vatbaar zijn voor gedwongen executie.[99] Deze gewoonterechtelijke regel is echter niet duidelijk genoeg toegespitst op de onderhavige situatie. De Hoge Raad overweegt daarom:

> 'In art. 21 van het VN-Verdrag wordt immuniteit van executie toegekend aan "property … which is used or intended for use in the performance of the functions of the diplomatic mission of the State …". Aldus bestrijkt de immuniteit van executie mede een goed dat is bestemd om (op enig moment) te worden gebruikt in de uitoefening van de werkzaamheden van de diplomatieke zending van de buitenlandse staat, maar ten tijde van het treffen van de executiemaatregelen niet daadwerkelijk als zodanig in gebruik is.'[100]

Daarnaast, zo overweegt de Hoge Raad, is het VN-verdrag veel explicieter dan het geciteerde gewoonterecht door de 'intentie van gebruik' te noteren als criterium voor de immuniteit van executie. Het gebruik van geschreven recht – het VN-verdrag – is begrijpelijk in het kader van de rechtszekerheid en de internationale overeenstemming over het bestaan van bepaalde regels. Echter, de rechter moet ook de ruimte voor de ontwikkeling van het internationaal gewoonterecht in het oog houden. Wat het IGH eerder wel probeert, laat de Hoge Raad hier achterwege: op zoek gaan naar bewijs in de internationale statenpraktijk en rechtspraak voor de algemene regel uit het nog niet in werking getreden VN-verdrag.

---

97 HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, *NJ* 2014/453, r.o. 3.5.2-3.6.5 (*Ahmad/Staat*).
98 IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, para. 115-120.
99 HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, *NJ* 2010/525, r.o. 3.5 (*Azeta/JCR en Staat*).
100 HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, *NJ* 2014/453, r.o. 3.6.2 (*Ahmad/Staat*).

Naar dit bewijs lijkt de Hoge Raad wél op zoek te gaan wanneer hem door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam een aantal prejudiciële vragen wordt gesteld over de mogelijkheid van conservatoir beslag op eigendom van de Republiek Gabon door Morning Star International Corporation (MSI), een naar het recht van de Amerikaanse staat Nevada opgerichte rechtspersoon.[101] Wanneer Gabon de uitvoering van een tussen deze partijen gesloten overeenkomst frustreert, laat MSI beslag leggen op staatseigendommen. Het debat tussen MSI en de Nederlandse staat, die als belanghebbende partij voor de Republiek Gabon optreedt, gaat onder andere over de presumptie en omvang van de immuniteit van executie. MSI is van mening dat op de vreemde staat de bewijslast rust dat sprake is van goederen met een publieke bestemming, 'anders zou de schuldeiser in een onmogelijke bewijspositie worden gebracht'. Volgens de Nederlandse staat leggen de gewoonterecht reflecterende artikelen 18 en 19 van het VN-Verdrag deze stelplicht en bewijslast bij de schuldeiser:

> 'van de vreemde staat kan immers niet worden verlangd dat zij gerechtelijke stappen moet ondernemen om inbreuken op de soevereiniteit ongedaan te maken of uitleg moet geven over de inzet van publieke middelen.'[102]

Voor het antwoord op de vraag bij welke partij de bewijslast ligt voor het al dan niet publieke gebruik van de beslagobjecten overweegt de Hoge Raad op basis van eerdere arresten[103] – waaronder het hierboven besproken DRC-arrest – en de preambule van het VN-Verdrag dat de immuniteit van executie van vreemde staten volgens de 'thans in Nederland als ongeschreven internationaal publiekrecht geldende regels' niet absoluut is.[104] Vervolgens onderzoekt hij de gewoonterechtelijke status van de artikelen 18 en 19 VN-Verdrag. Artikel 18 bepaalt dat geen conservatoire maatregelen tegen eigendommen van de vreemde staat mogen worden genomen, tenzij en voor zover deze staat hiermee uitdrukkelijk heeft ingestemd, of eigendommen heeft aangewezen of gereserveerd ter voldoening van de vordering.[105] Voor executiemaatregelen geldt volgens artikel 19 hetzelfde, maar met die toevoeging dat executie ook mogelijk is wanneer niet voor publieke doeleinden bestemde eigendommen zich op grondgebied van de forumstaat bevinden.[106] Het IGH liet eerder in het midden of artikel 19 VN-Verdrag op alle fronten het internationaal gewoonterecht reflecteert gezien de discussie over dit artikel bij opstelling van het VN-Verdrag,[107] maar de Hoge

101 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, *JIN* 2016/201 m.nt. M. Teekens; *JOR* 2016/353 m.nt. C.G. van der Plas.
102 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236.
103 Het DRC-arrest: HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, *NJ* 2014/453 (*Ahmad/Staat*) en HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, *NJ* 2010/525 (*Azeta/JCR en Staat*).
104 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, r.o. 3.4.3.
105 Artikel 18, sub a, b VN-Verdrag..
106 Artikel 19, sub c, VN-Verdrag.
107 IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*, para. 117.

Raad vindt voor deze gewoonterechtelijke status in het DRC-arrest afdoende bewijs;[108] het is juist artikel 18 waarover volgens hem twijfels bestaan omdat dit artikel niet dezelfde toevoeging kent als artikel 19 VN-Verdrag. Hij baseert deze twijfel op de in Nederland geldende opvatting voorafgaand aan de totstandkoming van het VN-Verdrag, welke geen onderscheid maakte tussen conservatoire en executiemaatregelen maar beide toeliet onder de voorwaarden van artikel 19, en overweegt:

> 'Blijkens zijn totstandkomingsgeschiedenis bevat art. 18 VN-Verdrag dan ook een compromis tussen uiteenlopende internationale opvattingen en gewoonten, bij welk compromis niet is gekozen voor de zojuist genoemde opvatting. (…) De hiervoor genoemde, onder meer in Nederland geldende opvatting heeft sinds de totstandkoming van het VN-Verdrag geen wijziging ondergaan. (…) Gelet op het voorgaande, wordt de uitvoerbaarheid in Nederland van zowel conservatoire als executoriale maatregelen ingevolge art. 13a Wet AB door het internationaal publiekrecht beperkt in die zin dat dergelijke maatregelen zijn uitgesloten tenzij en voor zover sprake is van een geval als bedoeld in art. 19 onderdelen a-c VN-Verdrag'.[109]

Voor deze overweging over de gewoonterechtelijke status van artikel 18 VN-Verdrag haalt de Hoge Raad verschillende aanvullende middelen aan, zoals de documenten die de totstandkomingsgeschiedenis weergeven, maar ook hulpmiddelen zoals een uitgebreide hoeveelheid internationale rechtsleer. Dit neemt enigszins de twijfel weg of het oordeel over artikel 18 VN-Verdrag enkel voortkomt uit strijd met een 'in Nederland geldende opvatting' met betrekking tot het internationaal gewoonterecht. Wel maakt dit het des te opvallender dat voor de vaststelling van de gewoonterechtelijke status van artikel 19 VN-Verdrag slechts verwezen wordt naar nationale rechtspraak, terwijl óók met betrekking tot dit artikel op grond van soortgelijke bronnen – met name de totstandkomingsgeschiedenis van het VN-Verdrag zoals weergegeven in de jurisprudentie van het IGH – niet zonder meer gesproken kan worden van een 'vastlegging van internationaal gewoonterecht'.

7.4.2 De mensenrechtelijke invloed op de internationale immuniteit van organisaties

Een uitzondering op de algemene regel van functionele immuniteit van internationale organisaties wordt door de Nederlandse rechter gevonden in de toetsing aan artikel 6 EVRM: het recht op toegang tot de rechter. Wanneer ISNAR, de internationale dienst voor nationaal landbouwkundig onderzoek, de werknemers Baur, Perreijn en Sheridan ontslaat, vorderen deze bij de kantonrechter Den Haag dat de nietigheid van hun ontslag wordt uitgesproken.[110] Tussen ISNAR en het Koninkrijk der Nederlanden bestaat een

108 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, r.o. 3.4.6 verwijzend naar r.o. 3.4.4 en de overweging over de gewoonterechtelijke status van de artikelen van het VN-Verdrag in het algemeen.

109 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, r.o. 3.4.7-3.4.8.

110 Rb. Den Haag 28 november 2001, 01/136, *NJK* 2002/1.

overeenkomst betreffende de zetel van de organisatie. ISNAR beroept zich op artikel 5 lid 1 van deze overeenkomst waarin immuniteit van jurisdictie is toegekend binnen de beperkingen van haar officiële activiteiten. De werknemers betogen dat de handelingen van ISNAR *acta jure gestionis* waren en dat haar geen immuniteit toekomt. De rechtbank oordeelt echter dat er terecht beroep is gedaan op de immuniteit van jurisdictie nu deze immuniteit uitdrukkelijk is overeengekomen tussen de verdragsluitende partijen en *in casu* sprake is van 'official activities'. De rechtbank geeft hierop wel een uitzondering:

> '[E]en ieder heeft – ook naar internationaal recht – aanspraak op een effectieve rechtsgang in zaken als de onderhavige. Mocht derhalve blijken dat de rechtsgang volgens de staff regulations in dit specifieke geval niet effectief is, dan komt de Nederlandse rechter alsnog een taak toe.'[111]

In het geschil tussen het *Iran-United States Claim Tribunal* en de heer Spaans uit 1982 was de rechtbank nog van oordeel:

> 'dat de afwezigheid van rechtsbescherming voor medewerkers van het Tribunaal de Nederlandse rechter niet alsnog bevoegd maakt, nu eenmaal de volkenrechtelijke immuniteit van het Tribunaal is erkend.'[112]

In 2013 is hetzelfde Tribunaal verwikkeld in een arbeidsgeschil met mevrouw S. Het hof Den Haag overweegt:

> 'Aangenomen moet worden dat uit het ongeschreven volkenrecht voortvloeit dat een internationale organisatie, ten minste in de staat op welks grondgebied zij met instemming van de regering van die staat is gevestigd, immuniteit van jurisdictie geniet (…). Deze immuniteit is echter niet ongelimiteerd. Zij is in elk geval onderworpen aan de beperkingen welke de gastheerstaat heeft aan te leggen op grond van datzelfde volkenrecht, zoals ingevolge verdragsbepalingen. In het onderhavige geval dient dan te worden gedacht aan artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mensen en de fundamentele vrijheden.'[113]

De internationale verplichtingen van de Nederlandse staat beperken volgens de Nederlandse rechter de immuniteit van een internationale organisatie. Het hof haalt een aantal arresten van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) aan om daaruit algemene regels voor deze beperking te destilleren[114] en komt tot de conclusie:

> 'dat het door het Tribunaal gedane beroep op zijn immuniteit van jurisdictie slechts gehonoreerd kan worden als voor S. voorzien was in een alternatieve rechtsgang voor de beslechting van het door haar opgeworpen geschil waarvan zij gebruik kon maken.'[115]

111 Rb. Den Haag 28 november 2001, 01/136, *NJK* 2002/1, para. 5.10.
112 HR 20 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9158, *NJ* 1986/438, para. 8.
113 Hof Den Haag 17 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3938, r.o. 3.3.
114 Hof Den Haag 17 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3938, r.o. 3.4.
115 Hof Den Haag 17 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3938, r.o. 3.5.

Er is één internationale organisatie die volgens de Hoge Raad uitgezonderd is van deze beperking: de Verenigde Naties. Na de val van de enclave Srebrenica, stelt de stichting Mothers of Srebrenica de Nederlandse staat en de VN mede aansprakelijk voor deze val en de gevolgen ervan – met name de gepleegde genocide. Het hof Den Haag is ook hier van oordeel:

> 'dat het recht op een eerlijk proces en het daarin besloten liggende recht op toegang tot de onafhankelijke rechter een regel van gewoonterecht is waarop ook los van de voorgaande bepalingen [artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR; BAKS] een beroep kan worden gedaan.'[116]

Dat artikel 103 van het Handvest VN bepaalt dat 'de verplichtingen krachtens het Handvest voorrang hebben', doet aan dit recht volgens het hof niet af op grond van internationaal gewoonterecht:

> 'De internationale rechtsontwikkeling na 1945, het jaar waarin het Handvest werd ondertekend, heeft niet stilgestaan en laat een toenemende aandacht en erkenning van fundamentele rechten zien, waaraan het hof niet voorbij kan gaan.'[117]

Uit de rechtspraak van het EHRM in de zaken *Beer and Regan v. Germany* en *Waite and Kennedy v. Germany* leidt het hof af dat een beperking van het recht op toegang tot de rechter is toegestaan 'mits deze beperkingen niet zover gaan dat het wezen van het recht wordt aangetast'. Verder moet de beperking een legitiem doel hebben, proportioneel zijn en moet de belanghebbende over redelijke alternatieve middelen beschikken. Het hof komt tot het oordeel dat de immuniteit van de VN aan deze voorwaarden voldoet.[118]

De Hoge Raad is het niet helemaal eens met deze redenering:

> 'De tussenconclusie moet zijn dat het hof ten onrechte aan de hand van de in Beer en Regan alsmede Waite en Kennedy geformuleerde criteria heeft onderzocht of het ten behoeve van de VN gedane beroep op immuniteit moet wijken voor het recht op toegang tot de rechter als bedoeld in art. 6 EVRM. Die immuniteit is absoluut.'[119]

Net als in 1982 ten aanzien van het Tribunaal oordeelt de Hoge Raad in 2013 dat de immuniteit van de Verenigde Naties niet kan worden beperkt door het recht op toegang tot de rechter. Ook wordt in beide gevallen de immuniteit van de internationale organisatie tot op zekere hoogte gelijkgesteld aan de immuniteit van staten. De uitspraak van het IGH over de immuniteit van Duitsland ten aanzien van schendingen van internationaal humanitair recht door Duitse troepen tijdens de Tweede Wereldoorlog wordt door de Hoge Raad aangehaald om een oordeel te kunnen geven over het hieraan gerelateerde, maar niet gelijkluidende vraagstuk, namelijk de immuniteit van de VN ten aanzien van handelingen bij de val van Srebrenica:

---

116 HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, *NJ* 2014/262, r.o. 5.1.
117 HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, *NJ* 2014/262, r.o. 5.5.
118 HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, *NJ* 2014/262, r.o. 5.6-5.10.
119 HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, *NJ* 2014/262, r.o. 4.3.5-4.3.6.

> 'En ten slotte oordeelde het IGH dat in de statenpraktijk waaruit het internationaal gewoonterecht wordt afgeleid, geen grond te vinden is voor het oordeel dat naar internationaal recht aan een staat slechts immuniteit toekomt ingeval is voorzien in een effectieve alternatieve wijze van geschilbeslechting. Hoewel de VN-immuniteit te onderscheiden valt van staatsimmuniteit, is niet sprake van een verschil dat rechtvaardigt met betrekking tot de verhouding tussen eerstgenoemde immuniteit en het recht op toegang tot de rechter anders te oordelen dan het IGH heeft beslist ten aanzien van de verhouding tussen staatsimmuniteit en het recht op toegang tot de rechter.'[120]

De Hoge Raad neemt de interpretatie van het IGH ten aanzien van staatsimmuniteit en toegang tot de rechter over, gebruikt dit als uitgangspunt en voegt daar een nieuw element aan toe: met betrekking tot de immuniteit bestaat niet een zodanig verschil tussen staatsimmuniteit en de immuniteit van de VN dat dit met betrekking tot het recht op toegang tot de rechter tot een ander oordeel zou moeten leiden.

Na dit arrest is geen uitspraak meer gewezen met betrekking tot de immuniteit van de VN. Wel is de reikwijdte van de immuniteit van andere internationale organisaties onderzocht, soms met een beroep op het Srebrenica-arrest. In eerdergenoemd arbeidsgeschil tussen het Tribunaal en mevrouw S. beroept het Tribunaal zich op de door de Hoge Raad in de Srebrenica-zaak gestelde absolute immuniteit voor internationale organisaties. Het hof acht deze redenering niet van toepassing, omdat deze

> 'geheel toegesneden is op de aan de Verenigde Naties toekomende immuniteit en berust op de bijzondere plaats die de Verenigde Naties (Veiligheidsraad) in de internationale rechtsgemeenschap inneemt en op de bepalingen van en krachtens het Handvest der Verenigde Naties omtrent de aan de organisatie der Verenigde Naties toekomende immuniteit. De in het arrest gegeven beslissingen kunnen dus niet doorgetrokken worden naar andere internationale organisaties.'[121]

Met deze uitspraak probeert het hof de deur te sluiten voor een beroep op absolute immuniteit door internationale organisaties. Met het Srebrenica-arrest van de Hoge Raad – en de EHRM-uitspraak over dit arrest[122] – is een aantal toetsingscriteria gegeven voor de bescherming uit artikel 6 EVRM. Het recht op toegang tot de rechter mag worden beperkt, zolang deze beperking niet het wezen van het recht aantast, een legitiem doel heeft en proportioneel is. Belangrijk criterium is of de belanghebbende redelijke alternatieve middelen tot zijn beschikking heeft.[123]

Deze criteria worden toegepast wanneer verschillende werknemers van de Europese Ruimtevaartorganisatie (ESA) beroep instellen bij de Appeals Board van de ESA vanwege een in hun ogen discriminatoir onderscheid in hun arbeidsvoorwaarden. De Appeals Board verklaart het beroep ongegrond. Hierop dagvaarden werknemers ESA voor de rechtbank Den Haag.

120 HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, *NJ* 2014/262, r.o. 4.3.14.
121 Hof Den Haag 17 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3938, r.o. 3.5.
122 EHRM 11 juni 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0611DEC006554212.
123 HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, *NJ* 2014/262, r.o. 5.2.

De rechtbank verklaart zich onbevoegd omdat aan ESA in beginsel immuniteit toekomt en aan appellanten de toegang tot een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang in de zin van artikel 6 EVRM níet is onthouden. De werknemers komen op tegen het oordeel van de rechtbank dat zij onbevoegd is en het hof Den Haag onderzoekt of artikel 6 EVRM al dan niet is geschonden. Hij grijpt hiervoor terug op zijn redenering in de Srebrenicazaak en leidt wederom uit de jurisprudentie van het EHRM inzake *Beer and Regan v. Germany* en *Waite and Kennedy v. Germany* de verschillende criteria af waaraan de immuniteit van de internationale organisatie moet voldoen om de afwijzing van het beroep op artikel 6 EVRM te kunnen legitimeren. ESA probeert nog een andere koers te varen, maar ook dit mislukt:

> 'Aangezien het hof hierna tot de slotsom komt dat daarvan [schending artikel 6 EVRM; BAKS] geen sprake is komt het hof niet toe aan de door ESA opgeworpen vraag of de uitspraak van het EHRM inzake *Stichting Mothers of Srebrenica and others v. The Netherlands (65542/12)* van 11 juni 2013 niet meebrengt dat een dergelijke toetsing geheel achterwege zou moeten blijven, omdat zonder meer gevolg zou moeten worden gegeven aan de aan ESA verleende immuniteit van jurisdictie.'[124]

Het hof spreekt zich hier niet uit over de bijzondere plaats van de VN en de relatie tot de immuniteit van andere internationale organisaties. In cassatie plaatst de Hoge Raad het oordeel van het hof wél in het licht van de verdergaande Srebrenica-uitspraak:

> 'Dit oordeel moet aldus worden verstaan dat het beroep van ESA op immuniteit van jurisdictie niet afstuit op de enkele grond (…) dat de Appeals Board (beweerdelijk) het Unierecht onjuist heeft toegepast. Aldus verstaan strookt het oordeel van het hof met het oordeel van het EHRM in de zaak *Stichting Mothers of Srebrenica/Nederland* (EHRM 11 juni 2013, nr. 65542/12, *NJ* 2014/263, rov. 158) dat een civielrechtelijke rechtsvordering het beroep op immuniteit van jurisdictie niet terzijde kan schuiven op de enkele grond dat die rechtsvordering berust op een bijzonder ernstige schending van een norm van internationaal recht, of zelfs op een norm van *ius cogens*. Er is geen grond om bij de beantwoording van de vraag of art. 6 EVRM belet dat in het kader van een civielrechtelijke rechtsvordering met succes een beroep wordt gedaan op immuniteit van jurisdictie, aan een (beweerdelijk) onjuiste toepassing van het Unierecht andere gevolgen toe te kennen dan aan een (beweerdelijk) bijzonder ernstige schending van een norm van internationaal recht, of zelfs een norm van ius cogens.'[125]

Volgens de Hoge Raad moet de beperking van immuniteit van internationale organisaties door artikel 6 EVRM langs de meetlat van gelijkluidende en dwingender internationale bepalingen worden gelegd. Aangezien vermeende schendingen van *ius cogens* de immuniteit van jurisdictie niet terzijde kunnen schuiven, zou deze voorkeursbehandeling ook niet aan Unierechtelijke bepalingen moeten worden gegeven. Met een beroep op het internationale gewoonterecht, nationale rechtspraak en literatuur – zoals ook ter

124 Hof Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1762, r.o. 2.2.
125 HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3609, *NJ* 2016/264, r.o. 3.5.3.

ondersteuning gebruikt in de uitspraak van het EHRM over de Srebrenicazaak[126] – moet de Nederlandse rechter de beperking van de immuniteit van internationale organisaties immers kunnen onderbouwen met internationaalrechtelijke argumenten.

7.4.3 Concluderend

Wanneer privaat- en publiekrechtelijke handelingen van de staat dicht bij elkaar liggen, is de Nederlandse rechter geneigd een uitzondering op de algemene volkenrechtelijke regel toe te passen die aan de vreemde staat een grotere mate van immuniteit toekent. Met betrekking tot arbeidsgeschillen wordt minimale bronvermelding aangedragen voor deze uitzonderingen. Omdat daarmee de oorsprong van de uitzondering niet na te gaan is, komt de rechtszekerheid van particulieren in het geding.

De rechter beroept zich met name op verdragsrecht waarin het gewoonterecht is vastgelegd. Dit komt doordat zowel de Europese Overeenkomst als het VN-Verdrag in een apart artikel aandacht besteden aan arbeidsverhoudingen.[127] In de besproken schadevergoedingszaken met betrekking tot schepen die worden ingezet voor staatsactiviteiten is de Hoge Raad wel zeer uitgebreid in zijn bronvermelding, wellicht geleid door het afwijken van gebruikelijke criteria en verwachtingen. Daarnaast kan hij zich in deze gevallen naast het internationaal gewoonterecht baseren op bijzondere verdragen.

Tot slot wordt door de rechter aandacht besteed aan verdragsverplichtingen wanneer een internationale organisatie zich beroept op immuniteit. Dit gebeurt om vast te stellen of deze functionele immuniteit botst met de verplichtingen van de gastheerstaat op grond van fundamentele rechten, zoals het recht op toegang tot de rechter uit artikel 6 EVRM. In dit kader wordt door het hof ook een gewoonterechtelijke ontwikkeling overwogen die een uitzondering mogelijk maakt op artikel 103 van het VN-Handvest. Gebaseerd op de rechtspraak van het IGH acht de Hoge Raad de immuniteit van de VN echter absoluut. Door het aanhalen van deze bron vergelijkt hij de immuniteit van de Verenigde Naties met die van staten. Voor andere internationale organisaties leidt de Nederlandse rechter uit EHRM-jurisprudentie criteria af waaraan de interne organisatie van internationale organisaties moet voldoen om een afwijzing van het beroep op artikel 6 EVRM te kunnen legitimeren. Ook deze beperking van gewoonterechtelijke immuniteit moet volgens het internationale recht gelegitimeerd worden.

126 EHRM 11 juni 2013, ECLI:N:XX:2013:260.
127 Artikel 5 EO en artikel 11 VN-regeling.

7.5 Conclusie

Een vreemde staat kan door de nationale rechter van een andere staat niet ter verantwoording worden geroepen wanneer zijn handelingen kunnen worden gekwalificeerd als typische overheidshandelingen. Deze kwalificatie vindt meestal plaats op grond van de aard van de handeling. Om de regels van immuniteit te kunnen toepassen zijn verschillende bronnen van belang. Uit nationale en internationale rechtspraak en statenpraktijk is gewoonterecht af te leiden, terwijl statenpraktijk ook te vinden is in bijvoorbeeld verdragen. Gezamenlijk weerspiegelen deze bronnen de stand van het internationaal gewoonterecht. Door de mogelijkheid van verandering is het internationaal gewoonterecht een bijzonder beweeglijke rechtsbron. Daarom moet de rechter steeds de actuele stand van het volkenrecht nagaan en daarop zijn uitspraak baseren. Dit geldt zowel voor zaken waarbij een vreemde staat partij is als voor zaken waarbij een internationale organisatie partij is, zowel bij immuniteit van jurisdictie als bij immuniteit van executie.

In veel van de behandelde zaken gebruikt de Nederlandse rechter verdragen, zoals de Europese Overeenkomst en het VN-verdrag. Deze geschreven bronnen geven meer houvast dan het ongeschreven gewoonterecht, maar zonder deze bronnen te toetsen aan of te gebruiken naast internationaal gewoonterecht kan het zijn dat de meest recente regel van immuniteit niet juist wordt weergegeven. Uit de Europese Overeenkomst kan alleen worden afgeleid dat immuniteit is beperkt, maar de mate waarin is niet duidelijk. Daarnaast is de door negen staten[128] getekende Europese Overeenkomst gebaseerd op reciprociteit en kan deze dus alleen worden toegepast in zaken tussen verdragspartijen. Dit betekent dat in veel gevallen de vraag omtrent staatsimmuniteit alsnog zal moeten worden beantwoord aan de hand van internationaal gewoonterecht. Het Internationaal Gerechtshof laat de juiste werkwijze zien, wanneer hij meermalen een verdrag of de algemene regel uit een verdrag toetst aan de rechtspraak van verschillende staten.

Een belangrijk kenmerk van gewoonterecht is dat het zich ontwikkelt aan de hand van statenpraktijk en *opinio juris*. Voor het vaststellen van gewoonterechtelijke immuniteit zijn dit de belangrijkste bronnen voor de nationale rechter. Het gewoonterecht kan ook worden afgeleid uit nationale uitspraken. Door de Nederlandse rechter wordt voor het vaststellen van de betekenis van bepalingen uit het Haags Kinderontvoeringsverdrag uitgebreid stilgestaan bij buitenlandse rechtsleer en literatuur, maar met betrekking tot staatsimmuniteit haalt de rechter deze in weinig zaken aan. Een mogelijke verklaring is de duidelijkheid over de kern van het immuniteitsrecht en de onzekerheid over de marges. Door de grote verschillen tussen staten zou de nationale rechter teruggeworpen worden op zijn eigen interpretatie en toepassing van het recht. Onderzoek naar deze verschillen lijkt echter niet plaats te vinden. Daarnaast bestaat ook met betrekking tot

128 Dit zijn op 30 juni 2016: Oostenrijk, België, Cyprus, Duitsland, Luxemburg, Nederland, Portugal (maar nog niet in werking getreden), Zwitserland en het Verenigd Koninkrijk.

HKOV-begrippen niet altijd consensus over de juiste uitleg, maar toch kiest de Nederlandse rechter hier op basis van de rechtspraak van andere rechters wel een richting.

De nationale rechtspraak en praktijk vormen een bron voor de vaststelling van het internationaal gewoonterecht. De Nederlandse rechter brengt dit gewoonterecht in beweging wanneer hij de regel van staatsimmuniteit betrekt in een zaak over de immuniteit van de Verenigde Naties. Door de Nederlandse rechter wordt onderzocht of de regels neergelegd in het VN-handvest zich na 1945 verder hebben ontwikkeld, zoals dit door hem ook geconstateerd is met betrekking tot de relativering van de immuniteit van jurisdictie en de immuniteit van executie. De Nederlandse rechtspraak is een bron voor het vaststellen van internationaal gewoonterecht, maar daarin is de Nederlandse rechtspraak niet uniek. Ware het anders, dan kan inderdaad gesproken worden van 'Nederlands volkenrecht'. Quod non.

Deel III

Synthese

8 Conclusie en synthese

8.1 Inleiding

De ontwikkeling van een nieuwe wereldorde die de ondertekenaars van het VN-Handvest in 1945 voor ogen hebben, wordt door het uitbreken van de Koude Oorlog een aantal decennia vertraagd. Pas in de jaren '90 van de twintigste eeuw komt het internationale recht tot bloei en groeit uit tot een variatie aan rechtsbronnen, rechterlijke instanties en internationale organisaties. Elke staat is in beginsel vrij zich te binden aan regels van internationaal recht en te bepalen op welke wijze dit recht doorwerkt in zijn nationale rechtsorde.[1] Tegelijkertijd wordt de staat geacht zich niet in strijd met de door hem aangegane internationale verplichtingen te gedragen en het nationale recht niet te gebruiken als excuus voor de onbelemmerde doorwerking van bijvoorbeeld een internationaal verdrag.

In dit onderzoek is door middel van verschillende casestudies onderzocht op welke wijze de Nederlandse rechter – uitgaande van het nationale constitutionele systeem en de internationale rechtsorde – de verschillende bronnen van internationaal recht interpreteert en toepast. Als materiaal voor dit onderzoek is in Hoofdstuk 2 een overzicht gegeven van de bestaande en mogelijke bronnen van internationaal recht. In Hoofdstuk 3 is het gereedschap uiteengezet: hoe wordt omgegaan met deze bronnen en hun doorwerking in het Nederlandse recht binnen de Nederlandse constitutionele verhoudingen. In de verschillende casestudies in Hoofdstuk 4 tot en met Hoofdstuk 7 is vervolgens inzicht gegeven in de werkwijze van de Nederlandse rechter en de doorwerking van verschillende bronnen van internationaal recht.

De besproken bronnen en rechtsgebieden zijn geselecteerd met het oog op de kenmerkende waarde van elk rechtsgebied voor het gebruik van de bewuste bron. Elke casestudy vormt een onderdeel in het aanbod van internationale bronnen en de wijze van toepassing en interpretatie van internationaal recht. Zo gaan de casestudies in Hoofdstuk 6 en Hoofdstuk 7 over het toepassen van internationaal recht zoals dit tussen verschillende staten afgesproken of gebruikelijk is. De interpretatie van dit recht moet voldoen aan bepaalde internationale uitgangspunten, zoals de wil van de staat om zich te binden aan een internationale regel en de zoektocht naar de betekenis van bepalingen in internationale instrumenten, niet zijnde het nationale

1 Een uitzondering vormen de regels van *ius cogens*. Deze zijn bindend voor alle staten.

of EU-recht. In beide hoofdstukken komt naar voren dat de Nederlandse rechter voor de interpretatie van bepalingen uit internationale verdragen afwisselend gebruik maakt van verschillende rechtsstelsels – het nationale recht, het EU-recht en het internationale recht – zonder voldoende acht te slaan op internationale interpretatieregels. Ook kan uit een vergelijking tussen Hoofdstuk 4, Hoofdstuk 5 en Hoofdstuk 7 over de werkwijze van de rechter bij de toepassing en interpretatie van internationaal recht worden geconcludeerd dat de Nederlandse rechter bij de vaststelling van de rechtstreekse werking van een verdrag verschillende methoden volgt. Zo leunt hij voor de interpretatie van een mensenrechtenverdrag als het IVESCR op het nationale en constitutionele recht, met name op de mening van de regering zoals verwoord in de Memorie van Toelichting bij de goedkeuringswet. Voor de uniforme interpretatie van een internationaal (privaatrechtelijk) verdrag maakt de Nederlandse rechter juist veel gebruik van internationale interpretatiemiddelen en gebruikt een aantal van deze middelen als gezaghebbend, zelfs tegen de uitdrukkelijke wens van de regering in. Bij de toepassing van internationaal gewoonterecht maakt de Nederlandse rechter verrassend weinig gebruik van internationale interpretatiemiddelen, maar lijken de nationale opvattingen over het internationale gewoonterecht leidend te zijn.

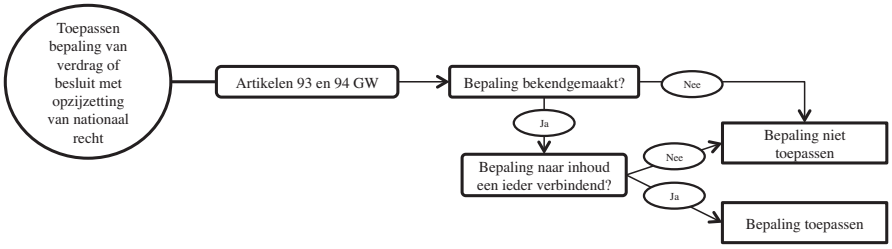
In het eerste descriptieve deel van dit hoofdstuk komen de verschillende uitkomsten van de casestudies met betrekking tot de toepassing en interpretatie van internationale bronnen bijeen (paragraaf 8.2.1). De werkwijze wordt stapsgewijs besproken aan de hand van Figuur 2 tot en met Figuur 6. Deze figuren beslaan drie onderdelen: de vaststelling van rechtstreekse werking volgens de artikelen 93 en 94 Grondwet (Figuur 2 tot en met Figuur 4), de doorwerking van de norm uit internationale bepalingen (Figuur 5) en de invloed van EU-recht op de doorwerking van internationaal recht (Figuur 6). In de rechterbovenhoek van elk van deze figuren wordt de plek in het tussenschema weergegeven. Dit tussenschema is Figuur 7 waar alle in de Nederlandse rechtspraak genomen stappen samenkomen. In het prescriptieve tweede deel wordt een overzichtelijke handleiding voorgesteld met als doel recht te doen aan zowel het internationale als het nationale recht met aansluiting op de huidige werkwijze van de Nederlandse rechter (paragraaf 8.2.2).

8.2 De toepassing en interpretatie van internationaal recht door de Nederlandse rechter

Al het internationale recht waaraan de Nederlandse staat zich bindt, is van toepassing en bindend in de nationale rechtsorde: rechtstreeks werkende bepalingen door hun doorwerking, niet rechtstreeks werkende bepalingen via nationale wet- en regelgeving. De regering en de Staten-Generaal hebben de taak ervoor te zorgen dat het nationale recht ook daadwerkelijk overeenstemt met het internationale recht en kunnen hiertoe wetgeving aannemen of wijzigen. Internationale afspraken waaraan de Nederlandse staat zich bindt, kunnen ook rechten en plichten bevatten voor particulieren.

De Nederlandse staat sluit zich aan bij internationale verdragen en organisaties en de Nederlandse rechter past het daaruit voortvloeiende internationale recht toe. Alleen op het internationale niveau – bijvoorbeeld door het afleggen van een interpretatieve verklaring bij de ondertekening van een verdrag – kan de staat dit recht of deze toepassing (proberen te) beïnvloeden.

Wanneer particulieren zich bij de rechter beroepen op regels van internationaal recht en betogen dat deze moeten worden toegepast met voorrang op nationaal recht, zijn de artikelen 93 en 94 Grondwet van toepassing. Uit deze artikelen volgt dat wanneer de rechter het nationale recht in strijd acht met bepalingen van internationaal recht, hij dit internationale recht moet toepassen en het nationale recht buiten toepassing moet laten wanneer het internationale recht rechtstreeks werkt. Het is aan de rechter om deze werking te beoordelen. Hiervoor zijn twee criteria gegeven in artikel 93 Grondwet: de bepaling moet zijn bekendgemaakt en de inhoud van de bepaling moet 'een ieder verbindend' zijn. Dit wordt schematisch weergegeven in Figuur 1.



Figuur 1: uitgangspunt Grondwet voor toepassing internationale bepaling en opzijzetting van nationaal recht

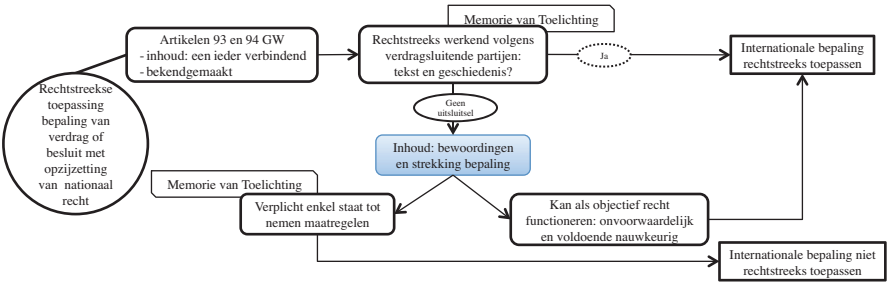
In de Nederlandse rechtspraak wordt bij de toepassing van internationaal recht regelmatig verwezen naar de artikelen 93 en 94 Grondwet. De vraag of de bepaling is bekendgemaakt, wordt in de praktijk niet gesteld, de beoordeling door de rechter spitst zich in de praktijk toe op de vraag of de bepaling naar diens inhoud rechtstreeks kan werken. Dit is het onderdeel van de artikelen 93 en 94 Grondwet dat wordt besproken in dit hoofdstuk.

8.2.1 De toepassing en interpretatie van internationaal recht in de Nederlandse praktijk

In Hoofdstuk 4 is de werkwijze van de Nederlandse rechter aan de orde gekomen in het kader van de toepassing van bepalingen uit het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR). Het IVESCR bevat sociale grondrechten gericht op de bescherming van particulieren en moet regelmatig de toets van de artikelen 93 en 94 Grondwet doorstaan. De Nederlandse rechter – beschreven is de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep en de Hoge Raad – komt meestal tot de conclusie dat bepalingen uit het IVESCR niet rechtstreeks werken en dus niet kun-

nen worden toegepast met voorrang op het nationale recht. Deze conclusie wordt gebaseerd op verschillende overwegingen die in Hoofdstuk 4 uitgebreid zijn besproken en worden weergegeven in Figuur 2.

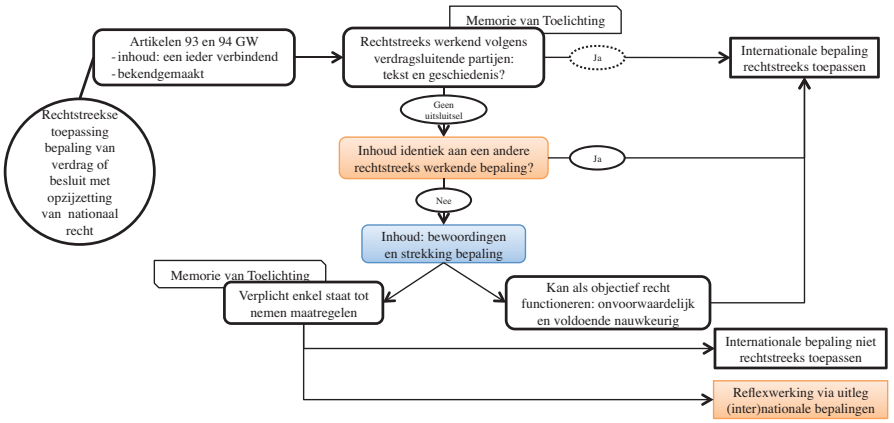
De Centrale Raad van Beroep (CRvB) en de Hoge Raad maken veelal gebruik van de dichotome benadering waarbij de rechtstreekse werking inherent is aan de bepaling zelf. Beide rechtscolleges kijken eerst naar de bedoeling van partijen en baseren de rechtstreekse werking van bepalingen op de tekst van het verdrag of besluit en de totstandkomingsgeschiedenis daarvan. Hierbij wordt steun gezocht in hetgeen de regering in de wetsgeschiedenis heeft gezegd of heeft aanvaard, waarbij de rechter meestal verwijst naar de Memorie van Toelichting bij de goedkeuringswet. In de casestudy komt het niet voor dat enkel deze beoordeling van tekst en geschiedenis tot een positief antwoord op de vraag naar de bedoeling van partijen en daarmee het toepassen van de bepaling leidt; het gevolg van een 'ja' is niet af te leiden uit de onderzochte rechtspraak en is daarom als 'geen uitsluitsel' weergegeven in Figuur 2. De rechtstreekse werking wordt vervolgens gezocht in de inhoud: de bewoordingen en strekking van de bepaling. Dit leidt tot de conclusie dat de bepaling óf gericht is aan de Nederlandse wetgever voor het treffen van een nationale regeling, óf zonder meer als objectief recht kan functioneren in de nationale rechtsorde. Voor deze eerste optie zoekt de rechter wederom bevestiging in de wetsgeschiedenis, voor deze laatste optie is volgens de rechter van belang dat de bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is.



Figuur 2: de abstracte benadering voor het vaststellen van de rechtstreekse werking van internationale bepalingen

Deze abstracte benadering komt al jarenlang voor in de Nederlandse rechtspraak en wordt her en der aangevuld, schematisch weergegeven in Figuur 3. Zo komt het voor dat de rechter de werking van bepalingen relateert aan de rechtstreekse werking van gelijkluidende bepalingen uit andere, al dan niet rechtstreeks werkende verdragen – de analoge toepassing – of dat de rechter verdragsbepalingen die niet rechtstreeks werken tóch betekenis geeft door ze te betrekken bij de uitleg en toepassing van nationale en internationale regels – de reflexwerking.[2] De aanvullingen zijn in oranje weergegeven.

2 Beide besproken in Hoofdstuk 4, respectievelijk in paragraaf 4.2.3 en paragraaf 4.3.1.



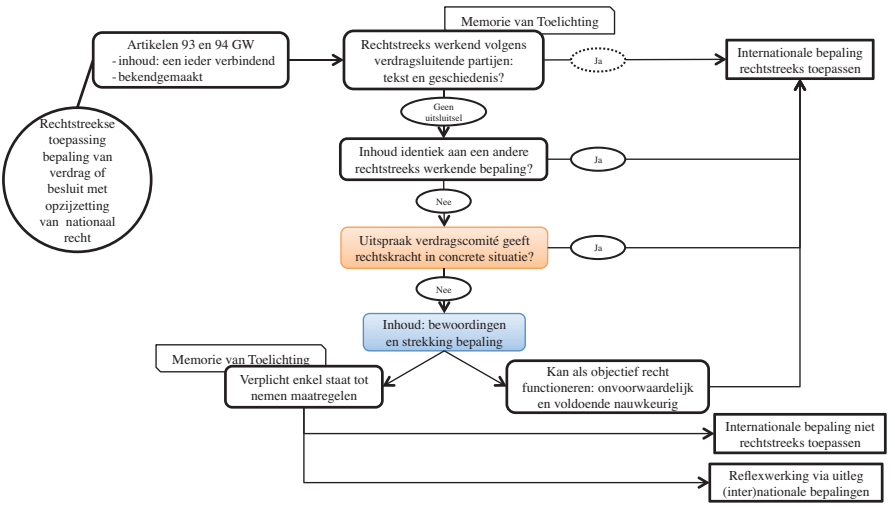
Figuur 3: de abstracte benadering aangevuld met analoge toepassing en reflexwerking

Om de toepassing van de artikelen 93 en 94 Grondwet te bepalen, begint de rechter met het interpreteren van het internationale recht. Dit komt gedeeltelijk aan bod in Hoofdstuk 4, maar wordt met name onderzocht in Hoofdstuk 5, Hoofdstuk 6 en Hoofdstuk 7. Voor de interpretatie van het Haags Kinderontvoeringsverdrag, het Verdrag voor internationaal wegvervoer en het internationaal gewoonterecht wordt een breed scala aan aanvullende middelen en hulpmiddelen ingezet: doel en strekking van het verdrag, de voorbereidende werkzaamheden, internationale literatuur en rechtspraak en de uitspraken van verdragscomités. Bij de inwerkingtreding van een internationaal verdrag wordt vaak een dergelijk comité van onafhankelijke experts opgericht om toezicht te houden op de toepassing van het verdrag door de verdragspartijen. Een dergelijk comité kan uitspraken doen die een visie op de reikwijdte of betekenis van het verdrag bevatten. Deze uitspraken zijn formeel niet bindend, maar desalniettemin van belang voor de juiste naleving van het verdrag. Wanneer een niet-bindende uitspraak wordt gebruikt bij de toepassing en interpretatie van het verdrag, vormt deze uitspraak een bepalend element. Dit is schematisch weergegeven in Figuur 4 waarbij de toegevoegde toets aan de uitspraak is weergegeven in oranje.

In verschillende zaken haalt de Nederlandse rechter de uitspraak van een comité aan waarin het Nederlandse recht in een concreet geval strijdig wordt bevonden met bepalingen uit het internationale verdrag. Het gaat hierbij zowel om uitspraken van comités bij een rechtstreeks werkend verdrag – zoals het Comité voor de rechten van de Mens bij het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten – als uitspraken van comités bij een in het algemeen niet rechtstreeks werkend verdrag – zoals het Europees Comité voor Sociale Rechten bij het Europees Sociaal Handvest. Ook in gevallen waarin de Nederlandse regering benadrukt dat een bepaalde comité-uitspraak niet bindend is, komt het voor dat de Nederlandse rechter verwijst naar deze uitspraak ter onderbouwing van zijn oordeel. In het licht van de betekenis die de uitspraak van een verdragscomité

geeft aan al dan niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen in het concrete geval – in het bijzonder op het gebied van de mensenrechten – merkt hij deze als gezaghebbend aan. Volgens de rechter kan dan ook alleen om zwaarwegende redenen worden afgeweken van een comité-uitspraak.[3]

Het gezag van uitspraken van verdragscomités heeft gevolgen voor de interpretatie en toepassing van internationale bepalingen. De rechter komt niet (enkel) op grond van de totstandkomingsgeschiedenis of inhoud van de bepaling tot het oordeel dat deze een ieder verbindt en toegepast moet worden, maar baseert zich ook op de uitspraak van een verdragscomité. Door in het concrete geval gezag toe te kennen aan de uitspraak, krijgt deze materiële rechtskracht en heeft de internationale bepaling alsnog voorrang op nationaal recht. In Hoofdstuk 5 is uiteengezet dat dit betekent dat deze interpretatie van het verdrag, gebaseerd op de uitspraak van een verdragscomité, niet is bekendgemaakt, terwijl artikel 93 Grondwet vereist dat het verdrag zelf wel bekendgemaakt is vóórdat dit wordt toegepast.



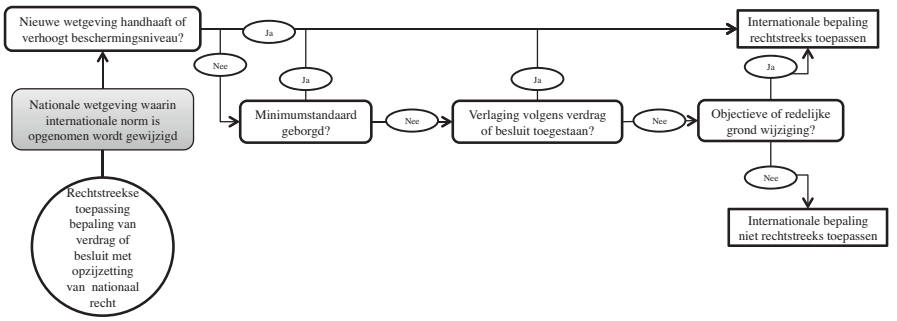
Figuur 4: de abstracte benadering en de toepassing van een bepaling via de uitspraak van een verdragscomité

In Figuur 2 tot en met Figuur 4 wordt het middelste deel van het tussenschema – over de rechtstreekse werking van bepalingen – stapsgewijs besproken. Het bovenste deel – over de doorwerking van normen – wordt behandeld in Figuur 5. De staat gaat internationale verplichtingen aan en geeft gevolg aan deze verplichtingen door nationale wetgeving aan te nemen of te wijzigen, waardoor de norm uit een internationale bepaling werking wordt verleend binnen de nationale rechtsorde. Volgens de rechter kan ook het ongewijzigd laten van nationale wetgeving betekenen dat de wetgever deze wetgeving in overeenstemming acht met de internationale verplichtingen van de staat.

3 Dit komt uitgebreid aan de orde in Hoofdstuk 5, met name in paragraaf 5.3.

De norm uit een verdrag of besluit krijgt in de nationale rechtsorde interne werking wanneer er wetgeving bestaat die hieraan uitwerking geeft. Wanneer deze nationale wetgeving wordt gewijzigd, heeft dit dus gevolgen voor de doorwerking van internationaal recht, schematisch weergegeven in Figuur 5.

De Nederlandse rechter stelt zich in dergelijke gevallen de vraag of de wijziging van nationale wetgeving de laagste bescherming die de internationale bepaling biedt – de minimumstandaard – in stand houdt of vermindert. Een vermindering kan toegestaan zijn door het verdrag zelf of een *subsequent practice*, of hiervoor kunnen objectieve of redelijke gronden bestaan – bijvoorbeeld gewijzigde economische omstandigheden. In alle andere gevallen is vermindering van het beschermingsniveau in strijd met (de norm uit) de internationale bepaling en handelt de staat in strijd met zijn verdragsverplichtingen. Door de verbindendheid van de nationale wetgeving met de verminderde bescherming te toetsen aan de internationale bepaling wordt deze bepaling rechtstreeks toegepast in het nationale recht.

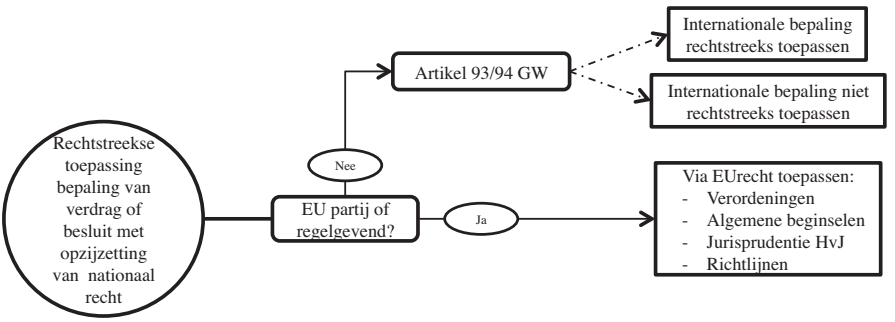


Figuur 5: de wijziging van nationaal recht en de toepassing van een (norm uit een) internationale bepaling

Dit bovenste deel van het tussenschema is weergegeven als een op zichzelf staand stappenplan. Het toetsen van de gewijzigde bescherming van nationale wetgeving aan de internationale bepaling vindt namelijk veelal plaats zonder eerst de rechtstreekse werking van de bepaling vast te stellen. Een verklaring hiervoor wordt gevonden in de redenering dat wanneer de wetgever nationale wetgeving heeft aangenomen die uitvoering aan de internationale norm geeft, de vaststelling van de rechtstreekse werking van deze (norm uit de) bepaling niet meer nodig is voor doorwerking van de norm in het nationale recht. Deze nationale wetgeving impliceert een interpretatie en uitwerking van een verdrag of besluit, en de wijziging van deze nationale wetgeving kan volgens de rechter aan de internationale minimumstandaard worden getoetst.

Een laatste invloed op de toepassing van internationaal recht door de nationale rechter is de tussenkomst van recht uit de Europese Unie (EU), schematisch weergegeven in Figuur 6 met een voor de overzichtelijkheid sterk vereenvoudigde weergave van de werking van de artikelen 93 en 94

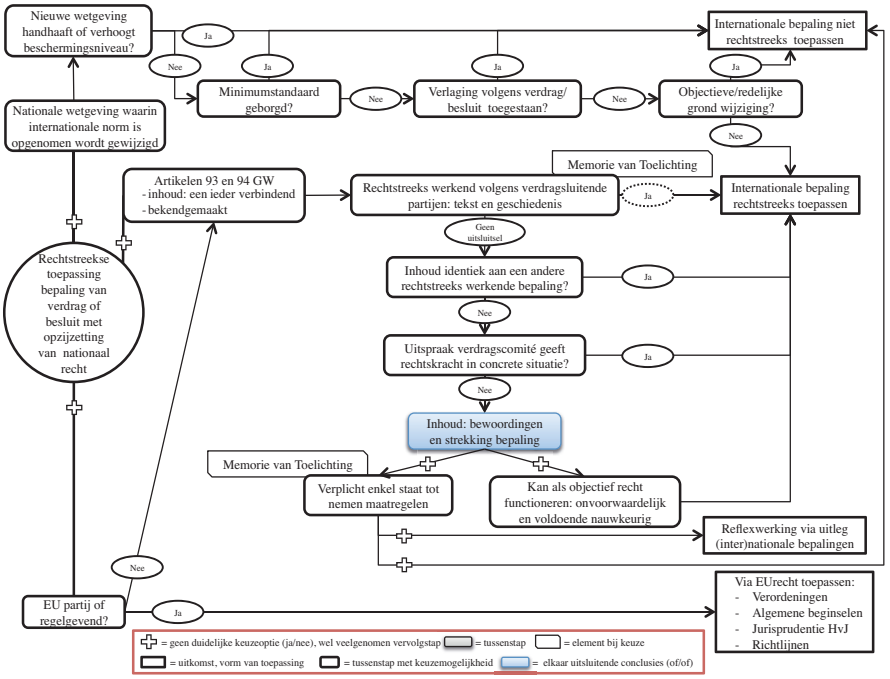
Grondwet en een opsomming van de belangrijkste bronnen van EU-recht. Dit figuur is het onderste deel van het tussenschema. In Hoofdstuk 6 worden verschillende voorbeelden gegeven van de samenloop tussen EU-recht en internationaal recht en de gevolgen ervan. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) heeft bepaald dat wanneer een toe te passen internationale bepaling zich bevindt in een verdrag waarbij de EU partij is of valt binnen een gebied waarop de EU regelgevend is opgetreden, deze bepaling doorwerkt via de regelgeving die de EU ter uitvoering van dit onderwerp heeft vastgesteld. Het HvJ is dan bevoegd om via prejudiciële beslissingen uitspraak te doen over de uitleg van het verdrag. Deze uitleg is bindend voor de EU-lidstaten. Dit heeft tot gevolg dat de Nederlandse rechter voor de uitleg van deze bepaling moet afgaan op de wet- en regelgeving van de EU en de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Wanneer de EU niet regelgevend is opgetreden, dan wordt de doorwerking bepaald door de artikelen 93 en 94 Grondwet.



Figuur 6: de invloed van EU-regelgeving op de doorwerking van internationaal recht

Hiermee zijn de meest voorkomende overwegingen van de Nederlandse rechter omtrent de een ieder verbindendheid en toepassing van internationale bepalingen per onderdeel besproken met behulp van Figuur 2 tot en met Figuur 6. Deze figuren zijn samengevoegd in het tussenschema van Figuur 7.

In Figuur 7 is een legenda toegevoegd om de verschillende onderdelen te verklaren. De plustekens laten zien dat de rechter verschillende routes volgt zonder duidelijk keuzemoment of eventuele voorvragen overslaat. Aan de rechterkant wordt duidelijk dat een route vier mogelijke uitkomsten heeft: de bepaling wordt niet toegepast omdat deze niet rechtstreeks werkt, de bepaling wordt toegepast omdat deze wel rechtstreeks werkt, de bepaling werkt door via de uitleg van andere bepalingen, of de bepaling wordt toegepast via het EU-recht. De verschillende routes en uitkomsten worden in de volgende paragraaf onder de loep genomen.



Figuur 7: routes en stappen voor de toepassing van internationaal recht door de nationale rechter

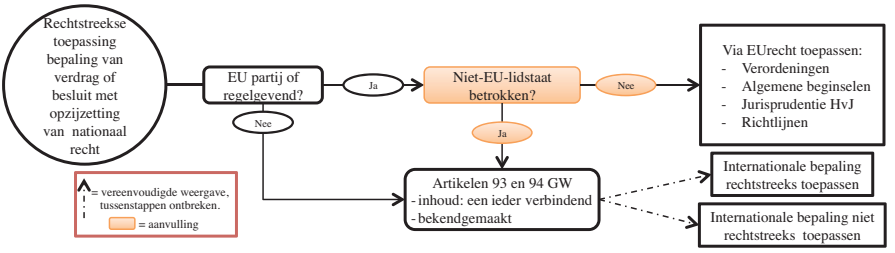
8.2.2 Verdere suggesties voor de toepassing en interpretatie van internationaal recht

Het tussenschema in Figuur 7 is een samenvatting van in de jurisprudentie gevonden routes en te nemen stappen voor de toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter, de toets van wetswijzigingen aan de minimumstandaard en de invloed van EU-wet- en regelgeving op de toepassing van internationaal recht. In deze paragraaf worden deze stappen beoordeeld aan de hand van nationale en internationale jurisprudentie en interpretatieregels en worden enkele suggesties gedaan om te komen tot één overzichtelijke handleiding voor de toepassing van internationaal recht wanneer nationaal recht hiermee in strijd is. De route uit Figuur 7 wordt met behulp van Figuur 8 tot en met Figuur 10 per stap becommentarieerd en opgebouwd tot het eindschema in Figuur 11.

Uit de casestudies en Figuur 7 wordt duidelijk dat de Nederlandse rechter voor het toepassen en interpreteren van internationaal recht geen vaste route volgt. Meestal begint hij bij de criteria van rechtstreekse werking uit de artikelen 93 en 94 Grondwet, maar regelmatig wordt nationale wetgeving rechtstreeks aan de norm uit een bepaling getoetst. Voor de werkbaarheid worden de gevonden routes en de verschillende stappen in het eindschema gerangschikt van meest ingrijpend tot minst ingrijpend.

De meest ingrijpende route wordt gevolgd wanneer de EU partij is bij het internationale verdrag of regelgevend is opgetreden op het rechtsgebied waarop de internationale bepaling betrekking heeft. In deze gevallen vervalt voor de toepassing van de internationale bepaling immers de gehele route via de artikelen 93 en 94 Grondwet. De eerste stap in het eindschema wordt dus gevormd door de vraag naar betrokkenheid en regelgeving van de EU.

Een belangrijk element voorafgaand aan de toepassing van internationaal recht via of met gebruik van het EU-recht is de betrokkenheid van een niet-EU-lidstaat in de zaak waarover de rechter oordeelt. Gegeven het beginsel van de staatssoevereiniteit kan een niet-EU-lidstaat immers tegen zijn wil niet worden gebonden aan het EU-recht of aan de uitleg die EU-organen geven aan bepalingen uit het internationale recht.[4] De verschillende bronnen van het EU-recht zijn alleen bindend in de relatie tussen verdragsluitende staten die tevens lid zijn van de Europese Unie. Wanneer meerdere interpretaties worden aangevoerd, kan de uitleg van EU-organen niet doorslaggevend zijn voor de toepassing van internationaal recht wanneer niet-EU-lidstaten bij het geval zijn betrokken en deze uitleg tot gevolg heeft dat de route via de artikelen 93 en 94 Grondwet wordt overgeslagen. Voor de toepassing van een bepaling uit verdrag of besluit moet daarom bij betrokkenheid van een niet-EU-lidstaat niet alleen naar EU-recht, maar ook naar ander internationaal en nationaal recht worden gekeken. Een belangrijke stap in de toepassing van een internationale bepaling via het EU-recht – in aanvulling op de gevonden werkwijze van de Nederlandse rechter in Hoofdstuk 6 en met oranje vlakken weergegeven in Figuur 8 – is daarom de vraag of bij de zaak voor de Nederlandse rechter een niet-EU-lidstaat is betrokken.[5]



Figuur 8: de invloed van EU-recht als eerste stap in de toepassing van internationaal recht door de rechter

4 Overigens kunnen verdragspartijen via het verdrag zelf wel instemmen met het toepassen van rechtsbronnen waaraan zij niet zijn gebonden. In een verdrag kan bijvoorbeeld zijn opgenomen dat mensenrechten van toepassing zijn zoals deze gelden in de staat waar de rechter bevoegd is uitspraak te doen.

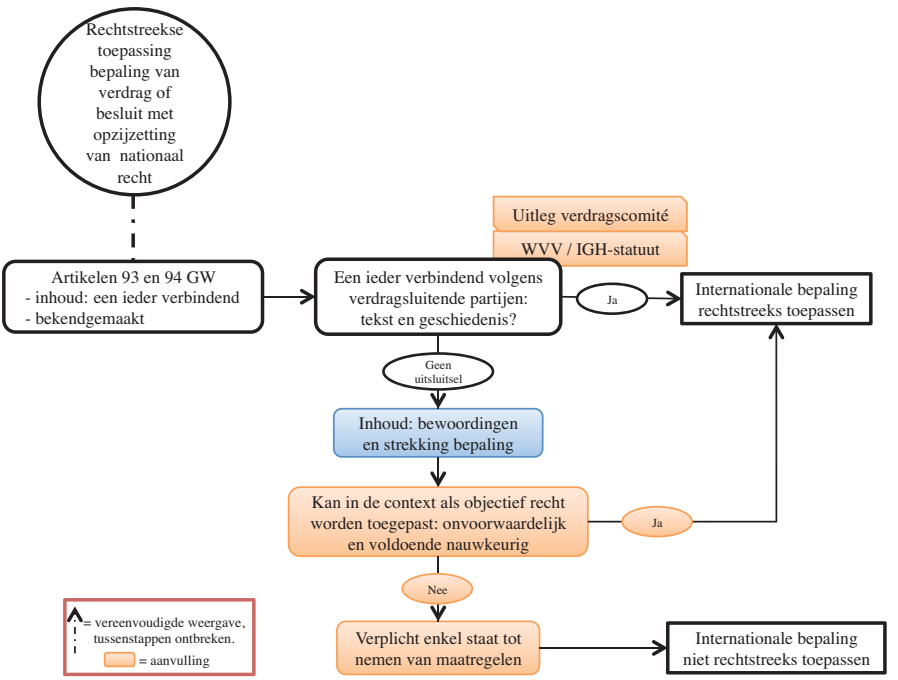
5 Overigens geldt dit ook voor de toepassing van internationaal gewoonterecht: dit dient te worden getoetst aan internationaalrechtelijke argumenten, niet (enkel) aan EU-wetgeving en -rechtspraak. Zie paragraaf 7.4.2.

Nadat betrokkenheid van de EU is uitgesloten, of nadat is vastgesteld dat een niet-EU-lidstaat is betrokken in de zaak, wordt de route vervolgd via de artikelen 93 en 94 Grondwet en alle aanvullingen op deze route die zijn samengebracht in Figuur 7. Twee van deze aanvullingen komen niet terug in het eindschema in Figuur 11: de maatstaf van de analoge verdragsbepaling en het gebruik van de Memorie van Toelichting.

De maatstaf van de analoge verdragsbepaling houdt in dat de aan rechtstreeks werkende bepalingen gelijkluidende bepalingen ook rechtstreeks werken. In paragraaf 4.2.3 is uiteengezet dat deze maatstaf een voor de hand liggende methode is: wanneer bepalingen gelijkluidend zijn aan al geïmplementeerde of rechtstreeks werkende bepalingen uit een ander verdrag of besluit, versnelt dit de doorwerking. Maar omgekeerd wordt deze regel ook door de rechter toegepast: de beperktere inhoud van de wél rechtstreeks werkende bepaling heeft tot gevolg dat een ruimere bepaling – voor zover het het meerdere betreft – níet rechtstreeks werkend wordt geacht. Wanneer de inhoud van een bepaling afwijkt van de als rechtstreeks werkend bestempelde bepaling, kan dit dus een belemmering vormen voor de toepassing van eerstgenoemde bepaling, terwijl een verschil tussen bepalingen kan berusten op voortschrijdend inzicht of bewust door verdragspartijen is aangebracht. De rechter moet de rechtstreekse werking van een bepaling dus (ook) los van andere bepalingen beoordelen. Daarom komt de vraag of de bepaling gelijkluidend is aan een andere rechtstreeks werkende bepaling – opgenomen in Figuur 3 en Figuur 7 – te vervallen in Figuur 9.

Het gebruik van de Memorie van Toelichting is de tweede afwezige. Deze wordt door de Nederlandse rechter als hulpmiddel gebruikt voor het bepalen van de rechtstreekse werking aan de hand van de intentie van verdragspartijen en is weergegeven in Figuur 2. In paragraaf 4.2.4 is hierbij al een kanttekening geplaatst: de Memorie van Toelichting geeft de mening van enkel de Nederlandse regering weer, die niet per se overeenstemt met het doel van het verdrag of de intentie van alle verdragspartijen. Een duidelijker beeld van dit doel en deze intentie kan worden gevonden door het volgen van de internationale regels voor verdragsinterpretatie zoals neergelegd in het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (WVV) of in de uitspraak van een verdragscomité. Dit is in Hoofdstuk 5 uitgebreid aan de orde gekomen. De Memorie van Toelichting als hulpmiddel is daarom in Figuur 9 achterwege gelaten terwijl uitspraken van verdragscomités en het WVV en IGH-statuut als aanvullend en hulpmiddel bij de interpretatie van verdragen en besluiten zijn toegevoegd. De uitspraak van een comité bij een verdrag bevat de visie op de reikwijdte of betekenis van (bepalingen uit) het verdrag en is van belang voor de naleving van het verdrag door staten. De Nederlandse rechter gebruikt deze uitspraken bij de interpretatie van verdragsbepalingen. Het WVV bevat gewoonterechtelijke regels voor de interpretatie van verdragen en wordt door de Hoge Raad ook gebruikt als leidraad voor het interpreteren van besluiten van internationale organi-

saties, zoals resolutie 1737 van de VN-Veiligheidsraad.[6] Voor de interpretatie van verdragen en gewoonterecht zoals beschreven in Hoofdstuk 5 en Hoofdstuk 7 wordt ook veelvuldig gebruik gemaakt van hulpmiddelen uit artikel 38 IGH-statuut, zoals internationale literatuur en internationale rechtspraak. Het gebruik van deze interpretatiemiddelen door de rechter kan worden aangevuld met de *subsequent practice*, genoemd in artikel 31(3) WVV: rekening moet worden gehouden met ieder later gebruik in de toepassing van het verdrag waaruit overeenstemming van de verdragspartijen inzake uitlegging van het verdrag is ontstaan. Naast het WVV als aanvullend middel is ook het IGH-statuut toegevoegd als hulpmiddel bij de interpretatie en toepassing van internationaal recht.



Figuur 9: de contextuele benadering en de stapsgewijze beoordeling op tekst, inhoud en context

Het gebruik van het WVV is terug te vinden in het Rookverbod-arrest van de Hoge Raad uit 2014. Jarenlang zijn in de Nederlandse rechtspraak de stappen volgend op de beoordeling van de inhoud van een bepaling als elkaar uitsluitende conclusies behandeld: de bepaling kon óf als objectief recht functioneren, óf was gericht aan de staat voor verdere uitwerking. Dit is ook in (de figuren leidend tot) het tussenschema in Figuur 7 weergegeven. Een

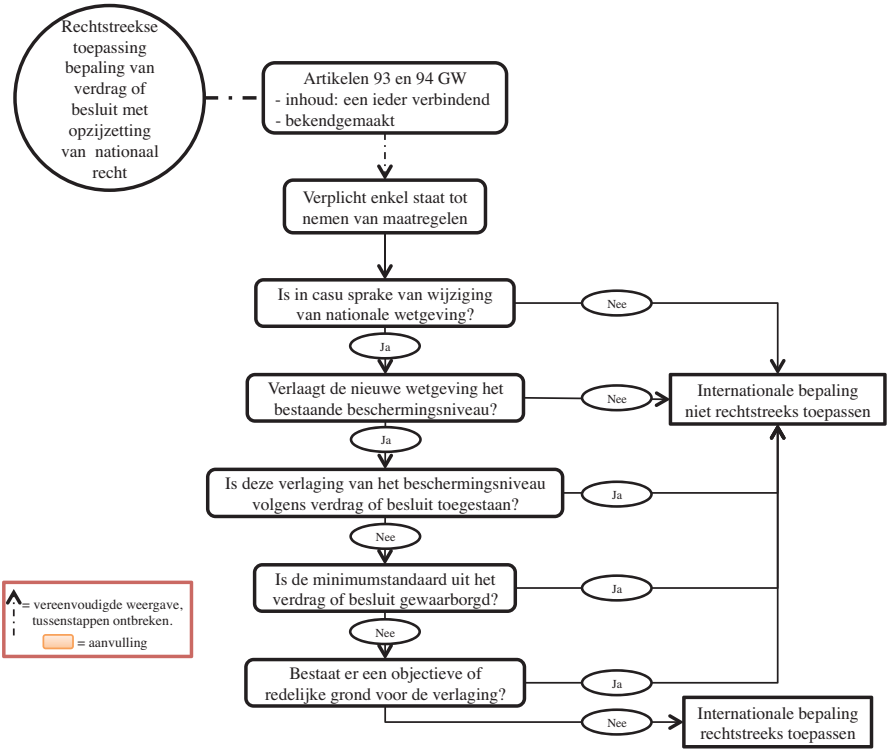
6 Zie ook in Hoofdstuk 2.2 onder *a*. Met Resolutie 1737 legde de Veiligheidsraad sancties op tegen Iran naar aanleiding van zijn atoomprogramma.

verandering in deze werkwijze is het in Hoofdstuk 4 besproken Rookverbod-arrest waarin de Hoge Raad de stappen uiteenzet voor de vaststelling van de rechtstreekse werking van een bepaling in de zin van de artikelen 93 en 94 Grondwet. Hij begint deze uitleg bij de artikelen 31-33 WVV over de interpretatie van verdragen. De in het Weens Verdragenverdrag neergelegde gewoonterechtelijke regels focussen op de grammaticale, contextuele en teleologische interpretatie. De eerste stap is dan ook de rechtstreekse werking te bepalen aan de hand van tekst en geschiedenis van de totstandkoming van het verdrag, de tweede stap is te kijken naar de inhoud van de bepaling. Deze moet onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn om in de nationale rechtsorde als objectief recht te worden toegepast. Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat bij het beoordelen van de inhoud van de bepaling de ene conclusie de andere niet uitsluit: een bepaling kan zowel aan de staat zijn gericht voor het nemen van maatregelen, als voldoende objectief geformuleerd zijn om rechtstreeks te worden toegepast.[7] De toepassing van de bepaling hangt dan af van de context waarin deze wordt ingeroepen. Hiermee wordt de tweesprong van de dichotome benadering gewijzigd in een doorlopende route via de inhoud van het verdrag en de contextuele benadering. Ook deze elkaar opvolgende tredes en de elementen bij het vaststellen van de verschillende stappen zijn een wijziging ten aanzien van Figuur 7 en schematisch weergegeven in Figuur 9. De werkwijze van de Hoge Raad in het Rookverbod-arrest is nog niet herhaald bij de toets van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen, maar zou de voorkeur verdienen. Hij sluit met deze werkwijze immers aan bij verschillende internationale uitgangspunten beschreven in Hoofdstuk 2: de staat is vrij te bepalen aan welke internationale regels hij zich bindt[8] en gaat daarmee ook de verplichting aan niet in strijd met deze regels te handelen. De contextuele benadering geeft de rechter de mogelijkheid om bij het beoordelen van de toepasbaarheid van het internationale recht waarmee nationaal recht in strijd is, in het concrete geval rekening te houden met de verplichtingen waaraan de staat zich heeft verbonden zonder beslissende betekenis te hechten aan de nationale vormgeving van deze verplichtingen door de wetgever dan wel de rechter.

De verhouding tussen bevoegdheden van rechter en beleidsvrijheid van de wetgever gebaseerd op de internationale verplichting die de staat is aangegaan, sluit aan bij de toets die de rechter uitvoert op de inachtneming van het beschermingsniveau van normen uit internationale bepalingen bij het wijzigen van nationale wetgeving. Dit is besproken in Hoofdstuk 4 en weergegeven in Figuur 5. De norm uit een de staat bindend verdrag of besluit werkt immers over de band van de nationale wetgeving in de nationale rechtsorde wanneer nationale wetgeving aan deze norm betekenis geeft. Van de staat mag worden verwacht dat hij geen handelingen verricht die ingaan tegen zijn internationale verplichtingen. Juist het jaren-

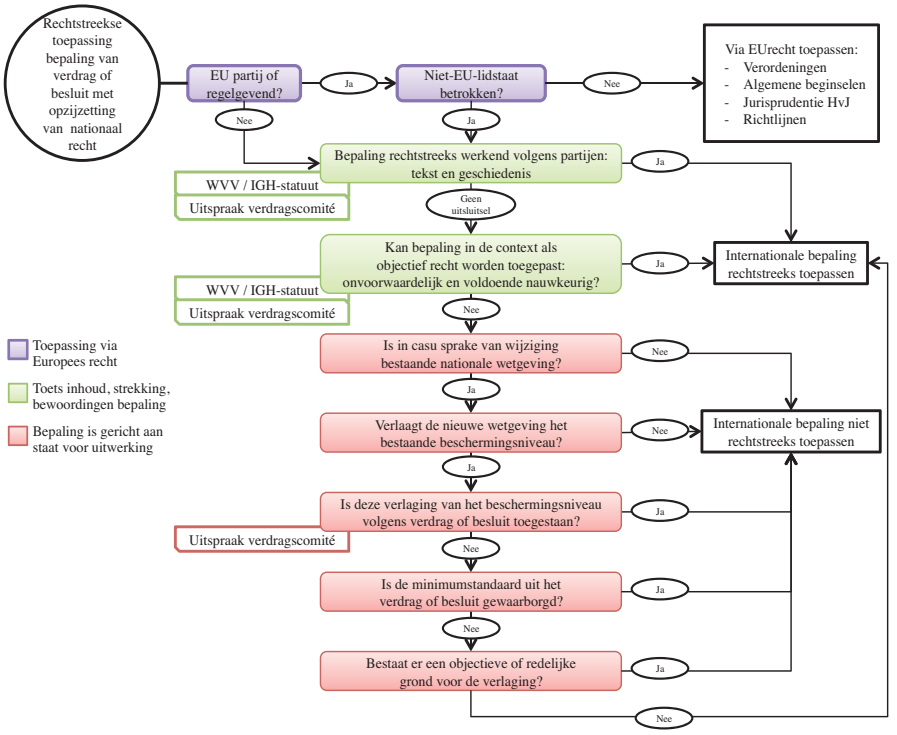
7 Dit komt uitgebreid aan de orde in paragraaf 4.2.2 van Hoofdstuk 4.
8 Met uitzondering van *ius cogens*.

lang bestaan van een nationale regeling in het licht van een internationale verplichting van de staat kan worden bestempeld als een regeling die hieraan volgens de wetgever voldoet. Een wijziging van deze nationale wetgeving kan echter gevolgen hebben voor de doorwerking van het hierin vervatte internationaal recht als een ondergrens die moet worden gewaarborgd. Het afbreuk doen aan dit recht vormt daarmee een schending van de norm van de verdragsbepaling. De rechter kan zich daarom bevoegd achten deze wijziging rechtstreeks te toetsen aan de norm uit de desbetreffende internationale bepaling. De toegestane verlaging van het beschermingsniveau kan ook worden voorgelegd aan een verdragscomité, wiens oordeel door de nationale rechter op zijn beurt kan worden meegenomen in de beoordeling. Dit is schematisch en in verschillende stappen weergegeven in Figuur 10. De in paragraaf 8.2.1 besproken reflexwerking in de aanloop naar Figuur 4 is gemakshalve niet in het volgende schema opgenomen, omdat de indirecte toepassing van internationale bepalingen volgt op de conclusie 'niet rechtstreeks toepassen'.



Figuur 10: de verhouding tussen internationale verplichtingen en de bevoegdheden van de nationale rechter bij het toetsen van nationale wetgeving

De complete route van de toepassing en interpretatie van internationaal recht waarbij nationaal recht opzij wordt gezet, is in Figuur 11 weergegeven. De route via het EU-recht is weergegeven met de kleur paars. De route via het nationale recht is onderverdeeld in de interpretatieve toets van inhoud, bewoordingen en strekking van de bepaling met handvatten uit het internationale recht – weergegeven met de kleur groen – en de toets na uitwerking van een bepaling gericht aan de staat – weergegeven met de kleur rood. Deze twee vormen samen de nationale toets van de rechtstreekse werking van bepalingen uit verdragen en besluiten van internationale organisaties volgens het systeem van de artikelen 93 en 94 Grondwet.



Figuur 11: route voor het oordeel voorafgaand aan de toepassing van internationale bepalingen

Met het eindschema in Figuur 11 is de route voor de toepassing van bepalingen uit verdrag of besluit en het gebruik van internationale bronnen voor de interpretatie van verdragen compleet. De stappen zijn gebaseerd op het nationale stelsel ten aanzien van de doorwerking van internationaal recht en de werkwijze die de Nederlandse rechter in de loop der jaren heeft ontwikkeld en toegepast, in overeenstemming met de artikelen 93 en 94 Grondwet, de internationale regels over verdragsinterpretatie en de verplichting van de staat ten aanzien van het toepassen van internationaal recht.

Bij de opstelling van het eindschema is op een aantal punten aangegeven waar op grond van internationaal recht van de rechter wordt verlangd op andere wijze te handelen of waar hem wordt aangeraden een andere werkwijze te volgen. Een voorbeeld van het eerste is dat indien een niet-EU-lidstaat is betrokken bij de zaak, niet enkel het EU-recht, maar ook de internationale verdragsinterpretatieregels moeten worden toegepast. Een voorbeeld van het laatste is de werkwijze van de Hoge Raad in het Rookverbodarrest waarbij de gerichtheid van een bepaling aan de staat de toepassing in het concrete geval niet uitsluit, maar de bepaling mede met behulp van internationale bronnen wordt geïnterpreteerd en toegepast.

8.3 Conclusie

De in de casestudies gevonden werkwijzen van de Nederlandse rechter zijn niet consistent en gaan op sommige punten zelfs in tegen het internationale recht. Naast het commentaar dat in de verschillende hoofdstukken op de casestudies is gegeven, wordt in Figuur 11 op basis van deze casestudies een prescriptieve handleiding gegeven aan de rechter voor het op juiste wijze toepassen en interpreteren van bepalingen uit verdragen en besluiten van internationale organisaties. In algemene zin kan een grotere bewustwording van de oorsprong van internationale rechtsbronnen en de rol van de verschillende interpretatiemiddelen de toepassing en het gebruik van deze rechtsbronnen verbeteren. Daarnaast laten de casestudies zien dat tussen inhoudelijk verschillende rechtsgebieden wél overeenkomsten bestaan wat betreft de gebruikte bronnen en de rol die de rechter heeft – of zou moeten aannemen – in het toepassen en interpreteren van het internationale recht. In de nationale rechtspraak worden deze overeenkomsten niet of nauwelijks benoemd, terwijl de interactie tussen de verschillende nationale rechtsgebieden kan bijdragen aan de toepassing en ontwikkeling van het internationale recht. Dan vervagen niet alleen de grenzen tussen internationaal en nationaal recht, maar draagt de vervaging van grenzen tussen nationale rechtsgebieden bij aan een juiste toepassing en interpretatie van het internationale recht in de nationale rechtsorde.

Lijst geciteerde literatuur

Akande 2014
D. Akande, 'International Organizations', in: M.D. Evans (red.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014

Van Alebeek 2007
R. van Alebeek, 'Staatsimmuniteit' in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink, *Handboek Internationaal Recht*, T.M.C. Asser Press, Den Haag, 2007

Arato 2010
J. Arato, 'Subsequent Practice and Evolutive Interpretation. Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences', *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2010-3, p. 443-494

Badr 1984
G.M. Badr, *State Immunity: an Analytical and Prognostic View*, The Hague: M. Nijhoff, 1984

Bartolus 1354
Bartolus, *Tractatus Repressalium in Quaestio 1/3*, 1354

Bax 2000
C.J. Bax, 'Commentaar op artikel 120 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknegt (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, www.Nederlandrechtsstaat.nl, editie 2000

Baxter 1968
R.R. Baxter, 'The effects of ill-conceived codification and development of international law', *Receuil d'études de droit international en homage à Paul Guggenheim*, 1968, p. 146-166

Bellamy 2009
A.J. Bellamy, *Responsibility to protect: the global effort to end mass atrocities*, Cambridge, 2009

Benvenisti 2008
E. Benvenisti, 'Reclaiming democracy: the strategic uses of foreign and international law by national courts', in: *The American Journal of International Law*, 2008, vol. 102, p. 241-274

Besselink 2007
L.F.M. Besselink, 'Internationaal recht en nationaal recht' in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink, *Handboek Internationaal Recht*, T.M.C. Asser Press, Den Haag, 2007

Besselink & Wessel 2009
L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht. Een 'neo-monistische' benadering*, Deventer: Kluwer, 2009

Boerefijn 2009
I. Boerefijn, 'Establishing state responsibility for breaching human rights treaty obligations: avenues under UN Human Rights treaties', *Netherlands International Law Review*, 2009-2, p. 167-205

Von Bogdandy 2008
A. von Bogdandy, 'Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law', *ICON-International Journal of Constitutional Law*, 2008-(3-4), p. 397-431

Boogaard 2013
G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel. Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten* (diss. Amsterdam UvA), Oisterwijk: Wolf, 2013

Bossuyt & Wouters 2005
M. Bossuyt & J. Wouters, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen: Intersentia, 2005

Boyle 1999
A.E. Boyle, 'Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law', *International and Comparative Law Quarterly* 1999-4, p. 901-913

Boyle 2014
A.E. Boyle, 'Soft law in international law-making', in: M.D. Evans (red.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014

Brouwer 1992
J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland. Een studie naar de verhouding tussen internationaal en nationaal recht in een historisch perspectief* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1992

Buga 2015
I. Buga, *The modification of treaties by subsequent practice: the implications of practice going beyond the limits of treaty interpretation* (diss. Utrecht), Utrecht University Repository, 2015

Charnovitz 2006
S. Charnovitz, 'Nongovernmental organizations and International Law', *American Journal of International Law* 2006- 2, p. 348-372

Cogen 2008
M. Cogen, *The comprehensive guide to international law*, Brugge: Die Keure, 2008

Cohen 2007
H.G. Cohen, 'Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources', *Iowa Law Review*, vol. 93, 2007-11, p. 65-130

Crema 2013
L. Crema, 'Subsequent Agreements and Subsequent Practice within and outside the Vienna Convention', in: G. Nolte (red.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford: Oxford University Press, 2013

Dekker & Schrijver 2007
I.F. Dekker & N.J. Schrijver, 'Internationale rechtssubjecten' in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink, *Handboek Internationaal Recht*, T.M.C. Asser Press, Den Haag, 2007

Van Dijk 2016
P. van Dijk, 'Methoden van tenuitvoerlegging van internationale rechtsverplichtingen' in: M. Groenhuijsen, E. Hondius & A. Soeteman (red.), *Recht in geding II*, Boom Juridisch, Den Haag, 2016

Van Emmerik 2008
M.L. van Emmerik, 'De Nederlandse grondwet in een veellagige rechtsorde', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2008- 4, p. 145-161

Evans 2014
M.D. Evans (red.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014

Ferdinandusse 2006
W.N. Ferdinandusse, *Direct application of international criminal law in national courts* (diss. Amsterdam UvA), The Hague: TMC Asser Press, 2006

Fleuren 2004
J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2004

Fleuren 2010
J.W.A. Fleuren, 'The application of public international law by Dutch courts', *Netherlands International Law Review*, 2010-2, p. 245-266

Fleuren & De Wit 2012
J.W.A. Fleuren & J.C. de Wit, 'Het voorstel-Taverne. Schrapping van de rechterlijke bevoegdheid om wetten aan verdragen te toetsen', *Nederlands Juristenblad*, 2012-40, p. 2812-2818

Fox & Webb 2013
H. Fox & Ph. Webb, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2013

Frohn 1990
E.N. Frohn, 'Kinderontvoeringsverdragen', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 1990-6, p. 122-127

Gerards 2016
J.H. Gerards, 'De rechtskracht van niet-bindende uitspraken van verdragscomités op het terrein van de grondrechten' in: J.H. Gerards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof (red.), *Hybride bestuursrecht*, Boom Juridisch, Den Haag, 2016

De Graaf e.a. 2012
J.H. de Graaf, M.M.C. Limbeek, N.N. Bahadur & N. van der Meij, *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2012

Heerma van Voss 2007
G. Heerma van Voss, 'Toetsing van CAO-bepalingen aan grondrechten' in: A.T.J.M. Jacobs, F. Pennings & W.J.P.M. Fase (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht* (Liber Amicorum voor prof.mr. Wil Fase), Zutphen: Paris, 2007

Hendrikse & Van Huizen 2005
M.L. Hendrikse & Ph.H.J.G. van Huizen (red.), *CMR: Internationaal vervoer van goederen over de weg; een praktische en rechtsvergelijkende benadering*, Zutphen: Paris, 2005

Hendrikse & Margetson 2013
M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, 'Uniform Internationaal Handelsrecht: het verschijnsel unificatie, uniforme uitleg en uniforme toepassing', in: S.E. van Hall e.a. (red.), *Capita Internationaal Handelsrecht*, Zutphen: Paris, 2013, p. 29-62

Van den Herik 2005
L.J. van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005

Heringa 1989
A.W. Heringa, *Sociale grondrechten. Hun plaats in de gereedschapskist van de rechter* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut, 1989

Higgins 1965
R. Higgins, 'The Development of International law by the Political Organs of the United Nations', *Proceedings of the American Society of International Law at its fifty-ninth annual meeting*, april 22-23, 1965, p. 116-124

Van Hoof 1983
F. van Hoof, *Rethinking the sources of international law* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1983

Jakobs 1985
A.T.J.M. Jakobs, 'De rechtstreekse werking van internationale normen in het sociaal recht', in: *Geschriften van de vereniging voor arbeidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink, 1985

Karl 1988
D.E. Karl, 'A Hard Look at Soft Law', *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 1988, vol. 82, p. 371-395

Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2012
P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, C.N.J. Kortmann & B.P. Vermeulen, *C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer, 2012

Krommendijk 2013
J. Krommendijk, 'De beperkte effectiviteit van de aanbevelingen van het VN-Mensenrechtencomité in Nederland nader bekeken en verklaard', in: *NJCM-bulletin*, 2013-2, p. 212-228

Kuiper-Slendebroek 2013
B.A. Kuiper-Slendebroek, 'De nationale rechter en het internationale recht: de verbindendheid en toepassing van bepalingen uit verdragen', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*, Deventer: Kluwer, 2013, p. 67-86

Kuiper-Slendebroek 2016
B.A. Kuiper-Slendebroek, 'Het internationale recht en de nationale (t)rechter: de een ieder beschermende toepassing van artikel 94 Grondwet', *Ars Aequi*, 2016-2, p. 79-87

Leenknegt 2014
G. Leenknegt, 'Commentaar op artikel 91 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknegt (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, www.Nederlandrechtsstaat.nl, editie april 2014

Leiden Journal of International Law 2012
Leiden Journal of International Law, juni 2012, vol. 25, no. 2, p. 309-378

Van Maanen & De Lange 2005
G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad: rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer: Kluwer, 2005

Mariani 2012
P. Mariani, 'Recognition and Enforcement of Judgments in Carriage of Goods by Road Matters in the European Union', in: *Journal of Private International Law*, 2012-1

McCorquodale 2014
R. Mc.Corquodale, 'The individual and the international legal system', in: M.D. Evans (red.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014

De Meij 2003
P. de Meij, *Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer, 2003

Mossler 1981
H. Mossler, 'General Principles of Law, in: Bernhardt (red.), *Encyclopedia of public international law*, Amsterdam: Max Planck, vol. II, 1981

Mus 1996
J.B. Mus, *Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1996

Nijman & Nollkaemper 2007
J.E. Nijman & A. Nollkaemper, *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007

Nollkaemper 2011
A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2014

Nolte 2013
G. Nolte (red.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford: Oxford University Press, 2013

Pérez-Vera 1980
E. Pérez-Vera, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, translation of the Permanent Bureau, Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980), tome III, *Child Abduction*

Polak 2006
M.V. Polak, 'Kind van de rekening: het belang van het kind en de ongedaanmaking van internationale kinderontvoering', in: *Ars Aequi*, 2006-9, p. 646-654

Rapport Staatscommissie Grondwet 2010
Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, november 2010

Roberts 2011
A. Roberts, 'Comparative International Law? The role of national courts in creating and enforcing international law', *International Comparative Law Quarterly*, 2011-1, p. 57-92

Van Rossum & Spijkers 2016
Van Rossum en Spijkers, 'Rechtstreekse werking van internationale verdragen: een Hollands probleem met een Amerikaanse of Franse oplossing?', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2016- 3, p. 136-152

De Rouw 1975
A.C.J. de Rouw, *Verwarring door verwoording. Een ieder verbindende verdragsbepalingen in de Nederlandse rechtspraak* (Tien jaren T.M.C. Asser Instituut 1965-1975), 's-Gravenhage: Asser Instituut, 1975

Schaafsma 2014
S.J. Schaafsma, *IPR en EPR, over wisselwerking, eenheid en verscheidenheid* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden, 2014

Schermers & Blokker 2011
H.G. Schermers & N. Blokker, *International Institutional Law*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff publishers, 2011

Schrijver 2016
N.J. Schrijver, 'De kraamkamers van het internationale recht' in: M. Groenhuijsen, E. Hondius & A. Soeteman (red.), *Recht in geding II*, Boom Juridisch, Den Haag, 2016

Schutgens 2015
R.J.B. Schutgens, 'Het rookverbod en de bevoegdheid van de Hoge Raad om wetgeving aan verdragen te toetsen', *Ars Aequi*, 2015-4, p. 305-311

Shelton 2014
D.L. Shelton, 'International law and 'relative normativity', in: M.D. Evans (red.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014

Spiegel 2009
J. Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Tjeenk Willink, 2001

Sondaal 1986
H.H.M. Sondaal, *De Nederlandse verdragspraktijk* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Asser Instituut, 1986

Sørensen 1968
M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law*, St Martin's Press, New York, 1968

Szazi 2012
E. Szazi, *NGOs: Legitimate Subjects of International Law* (diss. Leiden), Leiden: University Press, 2012

Tekst en Commentaar Grondwet 2015
P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet*, Deventer: Kluwer, 2015

Thirlway 2014
H.W.A. Thirlway, *The Sources of International Law*, in: M.D. Evans (red.), *International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2014

Trompenaars 1989
B.W.M. Trompenaars, *Pluriforme unificatie en uniforme interpretatie, in het bijzonder de bijdrage van UNCITRAL aan de internationale unificatie van het privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer, 1989

Vierdag 1995
E.W. Vierdag, *Het Nederlandse verdragenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995

Vlemminx & Meuwese 2013a
F.M.C. Vlemminx & A.C.M. Meuwese, 'Commentaar op artikel 93 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknegt (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, www.Nederlandrechtsstaat.nl, editie april 2013

Vlemminx & Meuwese 2013b
F.M.C. Vlemminx & A.C.M. Meuwese, 'Commentaar op artikel 94 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknegt (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, www.Nederlandrechtsstaat.nl, editie april 2013

Vlemminx 2015
F.M.C. Vlemminx, 'Commentaar op artikel 90 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknegt (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, www.Nederlandrechtsstaat.nl, editie maart 2015

Wegter 2006
J.J. Wegter, 'The ECJ Decision of 10 January 2006 on the Validity of Regulation 261/2004: Ignoring the Exclusivity of the Montreal Convention', in: *Air & Space Law*, 2006-2

De Wit 2012
J.C. de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast: een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden "vinden geen toepassing" in artikel 94 van de Grondwet* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2012

Yearbook of the International Law Commission 1953
Yearbook of the International Law Commission 1953, *Documents of the fifth session including the report of the Commission to the General Assembly*, volume II, New York: United Nations

Yearbook of the International Law Commission 1966
Yearbook of the International Law Commission 1966, *Documents of the second part of the seventeenth session and of the eighteenth session including the reports of the Commission to the General Assembly*, volume II, New York: United Nations

Yearbook of the International Law Commission 1991
Yearbook of the International Law Commission 1991, Document A/46/10, *Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session 29 April – 19 July 1991, General Assembly official records 46th session suppl. no. 10*, volume II(2), New York: United Nations

Van Yperen-Groenleer 2012
M. van Yperen-Groenleer, 'Een analyse van de "gewone verblijfplaats"', in: *Tijdschrift voor scheidingsrecht*, EB 2012-23, p, 58-62

Jurisprudentielijst

Internationaal Gerechtshof

IGH 9 april 1949, *Corfu Channel case*
IGH 20 juli 1962, *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter (Advisory Opinion)*
IGH 18 juli 1966, *South West Africa, Second Phase*
IGH 20 februari 1969, *North Sea Continental Shelf* (*Bondsrepubliek Duitsland/Denemarken en Bondsrepubliek Duitsland/Nederland*)
IGH 5 februari 1970, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*
IGH 20 december 1974, *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France)*
IGH 27 juni 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*
IGH 1 juli 1994, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain*
IGH 8 juli 1996, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict (Advisory Opinion)*
IGH 13 december 1999, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*
IGH 14 februari 2002, *Case concerning the Arrest Warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Beldium)*
IGH 3 februari 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany/Italy)*

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 6 juli 2010, Application no. 41615/07 (Neulinger/Zwitserland), *NJ 2010, 644*
EHRM 11 juni 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0611DEC006554212

Mensenrechtencomités

Human Rights Committee, 9 april 1987, *NJCMbulletin* 1987, p. 377-391
Verenigde Naties/CCPR, klacht 976/2001, *Derksen & Bakker vs Nederland*, 1 april 2004
ECSR 20 oktober 2009, complaint no. 47/2008

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ 15 juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66
HvJ 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1
HvJ 12 december 1972, ECLI:EU:C:1972:115 (*International Fruit Company NV and others*)
HvJ 10 januari 2006, ECLI:EU:C:2006:10
HvJ 11 september 2007, ECLI:EU:C:2007:496 (*Merck Genéricos*)
HvJ 3 juni 2008, ECLI:EU:C:2008:312 (*Intertanko*)
HvJ 2 april 2009, ECLI:EU:C:2009:225
HvJ 22 oktober 2009, ECLI:EU:C:2009:649
HvJ 4 mei 2010, ECLI:EU:C:2010:243 (*TNT Express Nederland*)
HvJ 5 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:582 (*J.McB. v L.E.*)
HvJ 22 december 2010, ECLI:EU:C:2010:829
HvJ 8 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:125
HvJ 9 oktober 2014, ECLI:EU:C:2014:2268

Hoge Raad

HR 3 maart 1919, *NJ* 1919/371 (*Grenstractaat Aken*)
HR 6 maart 1959, *NJ* 1962/2 (*Nyugat II*)
HR 26 oktober 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD7487, *NJ* 1974/361, m.nt. H.F. van Panhuys
HR 16 maart 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6517, *NJ* 1980/562, m.nt. B. Wachter (*Glanerbrug)*
HR (strafkamer) 15 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC3950, *NJ* 1980/266
HR 17 oktober 1980, ECLI:NL:HR:1980:AD6554, *NJ* 1981/141, m.nt. E.A. Alkema
HR (strafkamer) 6 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AB9594, *NJ* 1984/557, m.nt. A.C. 't Hart
HR 20 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9158, *NJ* 1986/438, m.nt. P.J.I.M. de Waart
HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9354, *NJ* 1987/251, m.nt. M.W. Scheltema (*Landbouwvliegers*)
HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, *NJ* 1986/688, m.nt. P.A. Stein (*Spoorwegstaking*)
HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989/469, m.nt. M.W. Scheltema (*Harmonisatiewet*)
HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1679, *NJ* 1991/248, m.nt. P.H. Kooijmans
HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0998, *NJ* 1991/70, m.nt. P.J.I.M. de Waart
HR 20 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1098, *NJ* 1992/636, m.nt. E.A. Alkema
HR 29 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1191, *NJ* 1992/106, m.nt. J.C. Schultsz
HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1241, *NJ* 1991/247, m.nt. J.C. Schultsz
HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955, *NJCMbulletin* 1993, p. 694-699, m.nt. A.W. Heringa
HR 28 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0974, *NJ* 1994/329, m.nt. J.C. Schultsz
HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, *NJ* 1994/704 (*Agfa/Schoolderman*)
HR 20 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2787, *NJ* 1999/175
HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, *BNB* 1999/271, m.nt. P.J. Wattel (*Arbeidskostenforfait*)
HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2978, *NJ* 2001/213, m.nt. T.M. de Boer
HR 12 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3368, *NJ* 2001/567, m.nt. P. Vlas
HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5523, *NJ* 2001/452, m.nt. T.M. de Boer
HR 14 juli 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6532, *NJ* 2001/451, m.nt. T.M. de Boer
HR 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7203, *NJ* 2001/568, m.nt. P. Vlas
HR 24 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8448, *NJ* 2001/376, m.nt. P.J. Boon
HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5804, *NJ* 2003/345, m.nt. T.M. de Boer
HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, *NJ* 2008/536, m.nt. E. Verhulp (*Parallel Entry/KLM*)
HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4795, *NJ* 2006/545, m.nt. T.M. de Boer
HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW3041, *NJ* 2006/599, m.nt. K.F. Haak
HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8774, *NJ* 2007/383, m.nt. T.M. de Boer
HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1500, *NJ* 2007/385, m.nt. T.M. de Boer
HR 11 juli 2007, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, *NJ* 2010/525, m.nt. T.M. de Boer
HR 28 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3192, *NJ* 2008/549, m.nt. T.M. de Boer
HR 9 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, *NJ* 2010/525, m.nt. T.M. de Boer
HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1387, *NJ* 2010/525, m.nt. T.M. de Boer (*Azeta/JCR en Staat*)
HR 11 september 2008, ECLI:NL:HR:2009:BI6317, *NJ* 2010/523, m.nt. T.M. de Boer
HR 28 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0419, *NJ* 2008/623
HR 29 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6317, *NJ* 2010/523, m.nt. T.M. de Boer
HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0655, *NJ* 2009/540
HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6315, *NJ* 2014/295, m.nt. L. Strikwerda
HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK6673, *NJ* 2010/524, m.nt. T.M. de Boer
HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, *NJ* 2011/354, m.nt. M.R. Mok (*Clara Wichmann/Staat*)
HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ4833, *NJ* 2012/311, m.nt. T.M. de Boer
HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, *NJ* 2014/262, m.nt. N.J. Schrijver
HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7476, *NJ* 2013/257, m.nt. T.M. de Boer
HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5328, *NJ* 2013/22, m.nt. E.A. Alkema
HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8351, *NJ* 2013/411, m.nt. E.A. Alkema (*Iraanse studenten*)

HR 28 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:45, *NJ* 2014/453, m.nt. T.M. de Boer (*Ahmad/Staat*)
HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2043, *NJ* 2014/295, m.nt. L. Strikwerda
HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, *NJ* 2015/12, m.nt. E.A. Alkema
HR 11 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2528, *NJ* 2016/219, m.nt. K.F. Haak
HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722
HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3609, *NJ* 2016/264, m.nt. E.A. Alkema
HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236
HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, *RvdW* 2017/3

Bundesverfassungsgericht

BVerfG 29 oktober 1998, 2 BvR 1206/98, *NJW 1999*

Afdeling rechtspraak van de Raad van State

ARRvS 10 mei 1979, ECLI:NL:RVS:1979:AM4636
ARRvS 24 november 1986 (voorzitter), ECLI:NL:RVS:1986:AH1509
RvS 22 januari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ7882, *JV* 2007/96
ABRvS 17 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4217, *AB* 2011/42, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven

Centrale Raad van Beroep

CRvB 3 juli 1986, ECLI:NL:CRVB:1986:AM9384
CRvB 16 februari 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AN0328, *AB* 1989/164, m.nt. H.P.J.A.M. Hennekens
CRvB 6 juli 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:AK3372
CRvB 17 december 1991, ECLI:NL:CRVB:1991:AK9520
CRvB 31 maart 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB5602, *JB* 1995/161, m.nt. A.W. Heringa
CRvB 22 april 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:AN5375, *JB* 1997/158, *AB* 1996/283, m.nt. F.J.L. Pennings
CRvB 10 maart 1999, ECLI:NL:CRVB:1999:ZB8192
CRvB 25 mei 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AP0561
CRvB 8 juli 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT9102
CRvB 21 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY5560, *AB* 2007/97, m.nt. M.L. van Emmerik e.a., *USZ* 2006/282, m.nt. M.J.A.C. Driessen
CRvB 11 oktober 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BB5687
CRvB 22 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8776
CRvB 11 juni 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI9325
CRvB 4 mei 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ3522
CRvB 29 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2889
CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4259
CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178
CRvB 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4179

Gerechtshoven

Hof Amsterdam, 30 april 1942, *NJ* 1942/757
Hof Den Haag 28 februari 1969, ECLI:NL:GHSGR:1969:AD7902
Hof Amsterdam 14 oktober 1977, ECLI:NL:GHAMS:1977:AC3740
Hof Den Haag 18 februari 1988, ECLI:NL:GHSGR:1988:AD0195
Hof Den Haag 8 april 1988, ECLI:NL:GHSGR:1988:AL6842
Hof 's-Hertogenbosch 23 maart 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AT3979, *FJR* 2005/99, m.nt. P. Dorhout
Hof 's-Hertogenbosch 13 december 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ6977
Hof Den Haag (Handelskamer) 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:BI3564
Hof Amsterdam 19 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL8848
Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen (Curaçao) 30 maart 2010, ECLI:NL:OGEANA:2010:BM0322

Hof Den Haag 11 januari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BO9924
Hof 's-Hertogenbosch 26 januari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP2321
Hof Den Haag 28 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BT6218
Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ4871
Hof Den Haag 17 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3938
Hof Den Haag 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3791, *JB* 2013/13, m.nt. R.J.B. Schutgens
Hof Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1762
Hof Den Haag 7 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1589
Hof Den Haag 23 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2604

Rechtbanken

Rb. Rotterdam 25 september 1916, *NJ* 1917/13.
Rb. Amsterdam 4 februari 1976, ECLI:NL:RBAMS:1976:AB3704
Rb. Den Haag 20 mei 1986, ECLI:NL:RBSGR:1986:AM8974
Rb. Assen (President) 11 juni 1987, ECLI:NL:RBASS:1987:AH1798
Rb. Utrecht (President) 13 september 1990, ECLI:NL:RBUTR:1990:AH3261
Rb. Rotterdam 27 juni 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AA7335
Rb. Den Haag 28 november 2001, 01/136, *NJK* 2002/1
Rb. Alkmaar 16 februari 2005, ECLI:NL:RBALK:2005:AT0827, *JPF* 2005/63, m.nt. L.T.L.G. Pellis
Rb. Alkmaar 21 juni 2005, ECLI:NL:RBALK:2005:AT0827, *JPF* 2005/63, m.nt. L.T.L.G. Pellis
Rb. Den Haag 7 juli 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AY1710
Rb. Den Haag 18 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB3806
Rb. Utrecht 6 april 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM0846
Rb. Amsterdam 3 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9532
Rb. Rotterdam 23 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BS8929
Rb. Rotterdam 14 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU3005
Rb. Den Haag 11 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX0977
Rb. Rotterdam 12 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6769
Rb. Amsterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2651

Kantongerecht

Kantonrechter Rotterdam 13 april 1978, ECLI:NL:KTGROT:1978:AJ0358, *Prg*. 1979/1329
Kantonrechter Den Haag 8 juni 1983, ECLI:NL:KTGSGR:1983:AL1724, *Prg*. 1983/2022, m.nt. L.A.N.M. Barnhoorn.

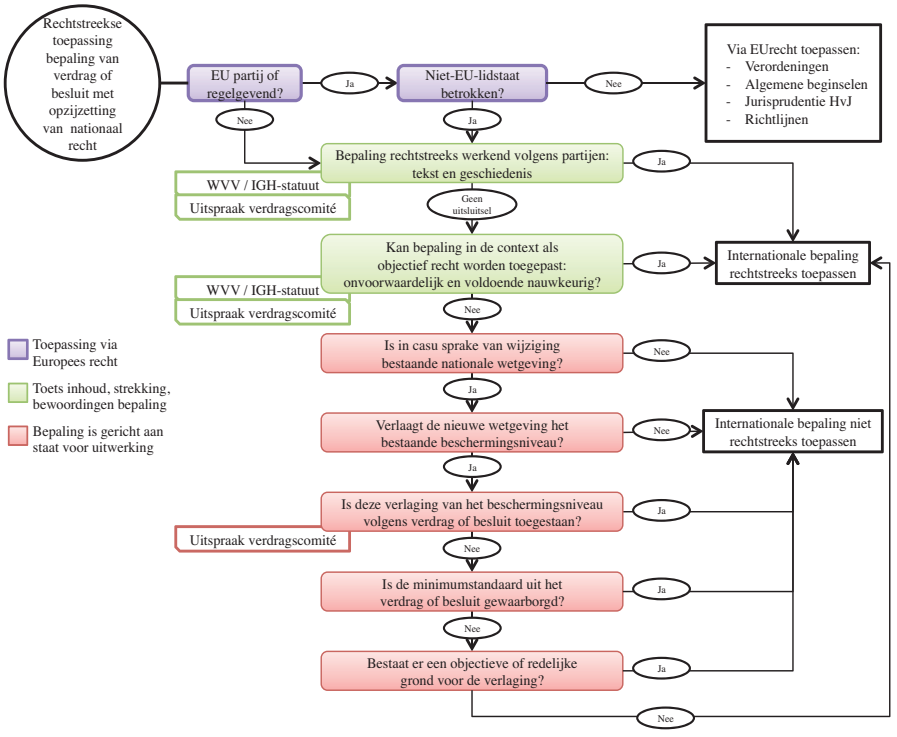
Ambtenarengerecht

Ambtenarengerecht Amsterdam 12 maart 1984, *NJCMbulletin* 1984, p. 245-252

Samenvatting (NL)

Samenvatting

Dit onderzoek is gericht op de ontwikkeling van een stappenplan ('stroomschema') voor de toepassing van internationaal recht in de nationale rechtsorde door de Nederlandse civiele rechter. Hierbij is rekening gehouden met zowel het nationale recht – met name de artikelen 93 en 94 Grondwet – als met internationale interpretatie- en toepassingsregels voor verdragen en andere (rechts)bronnen. In vier casestudies zijn verschillende wijzen van toepassing en interpretatie van internationaal recht geanalyseerd. Op basis van de hieruit volgende bevindingen en een onderlinge vergelijking van de casestudies zijn enkele suggesties gedaan om te komen tot een overzichtelijke handleiding voor de toepassing van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde, met name wanneer nationaal recht in strijd is met internationaal recht. Het hierna volgende stroomschema bevat een schematische weergave van de resultaten van dit onderzoek:



Theoretisch kader

In Hoofdstuk 2 zijn de verschillende internationale rechtsbronnen en interpretatiemiddelen onder de loep genomen. Hierbij is steun gezocht in de bekende – maar niet uitputtende – opsomming van artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof (IGH-statuut). Artikel 38(1) IGH-statuut vermeldt als primaire rechtsbronnen verdragen en ongeschreven gewoonterecht. Secundaire rechtsbron vormen de algemene rechtsbeginselen. Onder internationale rechtsbronnen worden ook bindende besluiten van internationale organisaties en eenzijdige rechtshandelingen van staten begrepen.

Hulpmiddelen – *subsidiairy means* – voor het vaststellen, toepassen en interpreteren van deze rechtsbronnen zijn volgens artikel 38(1) IGH-statuut de nationale en internationale jurisprudentie, alsmede de gezaghebbende literatuur. Wanneer het gaat om verdragen kunnen ook in het Weens Verdragenverdrag (WVV) – grotendeels bestaande in een codificatie van gewoonterechtelijke regels over de totstandkoming, inwerkingtreding en beëindiging van verdragen – middelen voor de toepassing en interpretatie worden gevonden. Voorbeelden hiervan zijn de uitleg te goeder trouw, aan de hand van de gewone betekenis van de termen in de context en het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Daarnaast aanvaardt het WVV verschillende aanvullende middelen, zoals de documenten over de voorbereidende werkzaamheden of een later overeengekomen gebruik van het verdrag door partijen. Niet alleen voor verdragen maar ook voor de interpretatie van besluiten van internationale organisaties worden deze middelen gebruikt. De hulpmiddelen en aanvullende middelen gezamenlijk worden in dit onderzoek 'interpretatiemiddelen' genoemd.

Verdragen vormen de belangrijkste formele bron in de internationale rechtspraktijk. Een verdrag is een schriftelijke overeenkomst van bindende aard, gesloten tussen twee of meer internationale rechtssubjecten – zowel staten als internationale organisaties. Een andere belangrijke internationale rechtsbron is het ongeschreven gewoonterecht. Dit is de oudste bron van recht. Deze bron bestaat uit twee elementen: de statenpraktijk, die uniform en omvangrijk moet zijn, en de *opinio juris*, de intentie en overtuiging van staten dat deze praktijk een verplichtend karakter heeft. Ook nationale jurisprudentie kan een bewijs zijn van de statenpraktijk en zo bijdragen aan de vorming van gewoonterecht. Door de groter wordende rol die internationale organisaties spelen in de totstandkoming van internationaal recht kan ook hun optreden in de vorm van niet-bindende aanbevelingen bijdragen aan de ontwikkeling van de gewoonterechtelijke praktijk of een signaalfunctie hebben ten aanzien van ontwikkelingen in het internationale recht.

In beginsel zijn al deze internationale rechtsbronnen van toepassing binnen de Nederlandse rechtsorde, maar bij de toepassing en interpretatie van deze bronnen door de Nederlandse rechter moet rekening worden gehouden met de artikelen 93 en 94 Grondwet: teneinde te onderzoeken of nationaal recht in strijd is met internationaal recht mag de rechter het nationale recht alleen toetsen aan bepalingen uit verdragen of uit besluiten van

internationale organisaties die bekendgemaakt zijn en 'een ieder verbinden'. Wanneer de internationale bepaling 'een ieder verbindt' en het nationale recht met deze bepaling in strijd is, moet de rechter hieraan de consequentie verbinden dat dit nationale recht geen toepassing vindt. De geschiedenis en betekenis van deze termen en de plaats van de artikelen 93 en 94 in het Nederlandse constitutionele systeem worden uiteengezet in Hoofdstuk 3.

Casestudies

Vervolgens is in dit onderzoek de toepassing en interpretatie van internationaal recht in vier casestudies onder de loep genomen door de bestudering van verschillende internationale (rechts)bronnen in onderling van elkaar verschillende rechtsgebieden. De bevindingen uit deze casestudies zijn getoetst aan regels uit het internationale recht (Hoofdstuk 2), en aan de nationale constitutionele inrichting (Hoofdstuk 3) en zijn vervolgens verwerkt in de bespreking en de stroomschema's in de conclusie (Hoofdstuk 8).

Interpretatie en toepassing van verdragen, de criteria en alternatieven voor de rechtstreekse werking

Het onderzoek in Hoofdstuk 4 focust op de kern van de artikelen 93 en 94 Grondwet: het vereiste van het 'een ieder verbinden' van bepalingen uit verdragen of besluiten van internationale organisaties. Aan de hand van het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) is onderzocht welke routes de rechter volgt voor het interpreteren en toepassen van bepalingen uit een verdrag. Op deze manier zijn de criteria in kaart gebracht voor het vaststellen van de rechtstreekse werking van internationale bepalingen en is gekeken naar de toepassing van niet rechtstreeks werkende bepalingen. Voor de vaststelling van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling gebruikt de Nederlandse rechter verschillende internationale interpretatiemiddelen, zoals de geschiedenis van de totstandkoming van het verdrag, de bedoeling van verdragspartijen en de inhoud en strekking van de bepaling zelf. Deze interpretatiemiddelen zijn onder andere te vinden in het Weens Verdragenverdrag (WVV). Ook betrekt de rechter in zijn overwegingen vaak de opvattingen van de regering omtrent de rechtstreekse werking van de verdragsbepaling(en) die zijn te vinden in de parlementaire geschiedenis van de goedkeuringswet van het desbetreffende verdrag.

Aan de hand van de in de vorige alinea genoemde interpretatiemiddelen bepaalt de rechter of de verdragsbepaling een verplichting bevat voor de staat om hieraan gevolg te geven of dat deze bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren en dus (door de rechter) rechtstreeks toegepast kan worden. In het merendeel van de gevallen leidt de conclusie dat een IVESCR-bepaling gericht is tot de staat tot het oordeel van de rechter dat de bepaling zich daarom niet leent voor

rechtstreekse toepassing. Deze maatstaf wordt door de Hoge Raad in het Rookverbodarrest (2014) anders geformuleerd: de opdracht aan de staat – en daarmee aan de wetgever om nationale wetgeving in lijn te brengen met de internationale bepaling – neemt niet weg dat een internationale bepaling nog steeds onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig kan zijn omschreven om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast. Hierbij is de parlementaire geschiedenis van de goedkeuringswet niet meer van doorslaggevend belang voor het aanvaarden van de rechtstreekse werking van de internationale bepaling. In het (hierboven weergegeven) stroomschema uit Hoofdstuk 8 bestaat de route voor toepassing nu uit twee stappen (groen gearceerd) die beide kunnen leiden tot rechtstreekse toepassing: zowel aan de hand van internationale interpretatiemiddelen als aan de hand van de maatstaf van het Rookverbodarrest.

Ondanks het ontbreken van rechtstreekse werking kunnen sommige van deze internationale bepalingen of de daarin vastgelegde normen wél worden toegepast in het nationale recht. De indirecte doorwerking van een verdragsbepaling is bijvoorbeeld mogelijk door aan (de strekking van) deze bepaling betekenis toe te kennen bij de uitleg en interpretatie van andere, wel rechtstreeks werkende nationale en internationale bepalingen. Een dergelijke toepassing is mogelijk via de methode beschreven in het stroomschema, namelijk wanneer er nationale wetgeving bestaat die uitwerking geeft aan een internationale bepaling of het veld beslaat waarop deze bepaling of de daarin vervatte norm betrekking heeft (rood gearceerd). Wanneer de staat aan een internationale bepaling doorwerking heeft gegeven via nationale wetgeving – door nieuwe wetgeving aan te nemen of door bestaande wetgeving gedurende langere tijd ongewijzigd te laten – mag deze werking door nieuwe wetgeving niet worden afgeschaft of verminderd tot onder het reeds bestaande beschermingsniveau. Dit beschermingsniveau geldt als minimum waarvan alleen onder bepaalde omstandigheden – zie de vragen in het stroomschema – kan worden afgeweken. Het afbreuk doen aan dit recht vormt daarmee een schending (van de norm) van de verdragsbepaling waardoor de rechter zich bevoegd kan achten deze wijziging via de hiervoor beschreven omweg te toetsen aan (de norm uit) de desbetreffende internationale bepaling. Of een dergelijke verlaging van het beschermingsniveau is toegestaan, kan ook worden voorgelegd aan een verdragscomité, wiens uitspraak door de rechter kan worden meegenomen in zijn beoordeling.

Interpretatie en toepassing van verdragen met behulp van interpretatiemiddelen uit het internationale recht

Uit het onderzoek in Hoofdstuk 4 komt naar voren dat de Nederlandse rechter voorafgaand aan het vaststellen van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen vaak ook (enkele aspecten van) het verdrag interpreteert. Hoofdstuk 5 gaat hierop verder in en behandelt de internationale interpretatieregels en interpretatiemiddelen. Deze zijn met name te vinden in het WVV en artikel 38 IGH-statuut. De casestudy in dit hoofdstuk richt zich op

twee privaatrechtelijke verdragen: het Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen (HKOV) en het Verdrag voor grensoverschrijdend wegvervoer (CMR-verdrag). Voor een uniforme werking van deze verdragen en de acceptatie van buitenlandse rechterlijke beslissingen is het van belang dat rechters uit verschillende landen het verdrag op gelijke wijze toepassen en interpreteren. Enkele hulpmiddelen hierbij zijn databases waarin uitspraken worden verzameld en internationale organen die uitspraak doen over de interpretatie en toepassing van het verdrag.

Dit onderzoek laat zien dat de Nederlandse civiele rechter de weg weet te vinden naar de interpretatieregels uit het WVV en artikel 38 IGH-statuut ten behoeve van de interpretatie van begrippen of bepalingen uit bovenstaande internationale verdragen. Deze interpretatie vindt veelal plaats aan de hand van de voorbereidende werkzaamheden van het verdrag, de literatuur en de rechtspraak in verdragsluitende staten en de uitspraken van comités die zijn opgericht om toe te zien op de naleving van het verdrag. Wanneer het gaat om mensenrechtenverdragen, kunnen deze uitspraken door de Nederlandse rechter als 'gezaghebbend' worden gekwalificeerd. De uitspraak van een verdragscomité bevat de visie op de reikwijdte of betekenis van (bepalingen uit) het verdrag en is van belang voor de naleving van het verdrag door staten. Een nadere bestudering van het gebruik van verdragscomitéuitspraken laat zien dat de Nederlandse rechter deze dikwijls toepast, óók wanneer de Nederlandse regering tegen het gebruik hiervan bezwaren heeft geuit. De toepassing kan dan leiden tot de vaststelling van een verdragsschending en dus een onrechtmatige handeling van de staat. Ook een verdrag dat niet rechtstreeks werkt volgens de artikelen 93 en 94 Grondwet kan via de uitspraak van een verdragscomité voorrang krijgen op nationaal recht. Naar aanleiding van deze bevindingen is ook de 'uitspraak van een verdragscomité' aan het stroomschema toegevoegd als middel waaruit de werking van een internationale verdragsbepaling kan worden afgeleid.

Interpretatie en toepassing van verdragen waar Europees en internationaal recht samenlopen

Het interpreteren van internationaal recht kent niet alleen internationale en nationale invloeden maar ook invloeden vanuit de Europese Unie (EU). De casestudy in Hoofdstuk 6 gaat over de interpretatie van internationale verdragen wanneer dit verdrag een gebied bestrijkt dat ook door de EU is geregeld of wanneer de EU partij is bij het internationale verdrag. In deze gevallen verloopt de doorwerking van het verdrag niet volgens de nationale doorwerkingsregels van de artikelen 93 en 94 Grondwet, maar via het EU-recht. Het Hof van Justitie van de EU is dan voor de lidstaten de hoogste rechter voor de interpretatie van het verdrag en het EU-recht.

Ook wanneer de EU geen partij is bij een internationaal verdrag kan de interpretatie van een verdrag beïnvloed worden door EU-recht. Dit doet zich voor wanneer EU-lidstaten de uitleg van het Hof van Justitie volgen voor de invulling van begrippen uit een internationaal verdrag dat over eenzelfde onderwerp gaat. Tussen EU-lidstaten onderling is dit een juiste interpretatiewijze, maar dit is niet het geval wanneer niet alle bij de zaak betrokken verdragspartijen EU-lidstaat zijn omdat deze staten niet hebben ingestemd met het EU-recht, maar alleen met het internationale verdrag. Dat deze gevallen voorkomen is aangetoond aan de hand van uitspraken over het HKOV en de EU-Verordening Brussel II-bis – beide hebben betrekking op kinderontvoering. Zo wordt de uitspraak van het Hof van Justitie over de interpretatie van de Brussel II-bis Verordening door de Nederlandse Hoge Raad (correct) gebruikt in een zaak waarbij Griekenland is betrokken, maar vervolgens gebruikt de lagere rechter dit arrest als leidraad voor de interpretatie van het internationale verdrag, het HKOV, in zaken met onder andere Argentinië, Zuid-Afrika en Peru. Deze zaken laten zien dat het EU-recht ongemerkt zijn intrede kan doen in de uitleg van een internationaal verdrag. Het onderzoek toont aan dat alertheid moet worden betracht wanneer een internationaal verdrag een equivalente regeling kent binnen de Europese Unie, of wanneer niet-EU-lidstaten zijn betrokken in een zaak waarin de uitleg van een verdrag wordt gevraagd. Dit is in het stroomschema weergegeven met de eerste twee vragen (paars gearceerd) omdat de betrokkenheid en regelgeving van de EU tot de meest verstrekkende gevolgen kan leiden: er moet ingevolge het EU-recht voor de doorwerking van internationaal recht een andere route worden gevolgd dan ingevolge de artikelen 93 en 94 Grondwet en er moet bij betrokkenheid van niet EU-lidstaten rekening worden gehouden met mogelijke beïnvloeding van de interpretatie van internationaal recht door EU-recht.

Interpretatie en toepassing van internationaal gewoonterecht

Veranderingen in de internationale statenpraktijk vinden hun weerslag in nationale en internationale literatuur, rechtspraak en uitspraken van verdragscomités en komen door de toepassing van deze verschillende interpretatiemiddelen terecht in de nationale rechtsorde. Deze interpretatiemiddelen zijn ook van belang voor de toepassing van het ongeschreven gewoonterecht. Hierover gaat de casestudy in Hoofdstuk 7. Aan de hand van het internationaal gewoonterechtelijke begrip 'immuniteit' is onderzocht welke rechtsbronnen en interpretatiemiddelen de Nederlandse rechter gebruikt om de reikwijdte van dit begrip vast te stellen.

Allereerst is onderzocht op welke wijze de grenzen van de immuniteit door de rechter worden vastgesteld. Er bestaat immers een onderscheid tussen overheidshandelingen en private handelingen van de overheid. Hiervoor oriënteert de Nederlandse rechter zich op de internationale interpretatiemiddelen en toetst hij de stand van zaken aan de internationale verdragspraktijk, literatuur en rechtspraak uit verschillende landen. Uit het

onderzoek blijkt dat de Nederlandse rechter uit deze verschillende bronnen de bestaande consensus afleidt en zo het bestaan van de gewoonterechtelijke regel van staatsimmuniteit vaststelt. Hij heeft hierbij ook houvast aan de rechtspraak van het Internationaal Gerechtshof, dat op eenzelfde wijze het bestaan en de inhoud van het gewoonterecht bepaalt ten aanzien van de staatsimmuniteit. Uit dit onderzoek blijkt vervolgens dat de rechter voor de reikwijdte van de immuniteit en het vaststellen van de criteria die bepalen of sprake is van een overheidshandeling juist mínder op het internationale en méér op het nationale recht georiënteerd is. Dit blijkt ook uit de voorrang die in de rechtspraak wordt gegeven aan de opvattingen die gebruikelijk zijn in de 'forumstaat' Nederland en het gebruik van de term 'Nederlands volkenrecht' als bron voor de vaststelling van de reikwijdte van de immuniteit. In deze gevallen is onduidelijk op welke (internationale) bronnen de Nederlandse rechter zijn interpretatie en toepassing van het internationale gewoonterecht baseert.

Naast de immuniteit van staten komt in dit hoofdstuk ook het beroep op immuniteit door internationale organisaties aan de orde. Deze immuniteit is beperkter dan de staatsimmuniteit en wordt de 'functionele immuniteit' genoemd: de immuniteit die nodig is om als internationale organisatie te kunnen functioneren. In de onderzochte gevallen weegt de rechter deze functionele immuniteit af tegen de fundamentele rechten waaraan Nederland als gastheerstaat is gebonden, bijvoorbeeld de toegang tot de rechter uit artikel 6 EVRM. De rechter stelt criteria op voor het toetsen van de interne rechtsgang voor medewerkers van internationale organisaties. Deze beperking op de gewoonterechtelijke immuniteit zou met behulp van bronnen uit het internationale recht onderbouwd moeten worden, maar kent in de Nederlandse rechtspraak vooral invloeden vanuit Europa. Net als in Hoofdstuk 6 wordt ook hier geconcludeerd dat gewaakt moet worden voor een onjuiste vermenging van Europees en internationaal recht.

Conclusie

De Nederlandse rechter wordt geacht zich uit te spreken over de juiste interpretatie en toepassing van internationaal recht, wat meebrengt dat hij niet alleen kennis moet hebben van (de toepassing van) de nationale doorwerkingsregels, maar ook op de hoogte moet zijn van internationale interpretatieregels en -middelen. De casestudies en het stroomschema geven aan waar de rechter deze informatie vindt en kan vinden. De gevonden werkwijzen blijken niet consistent en gaan in enkele gevallen in tegen het internationale recht. In algemene zin kan een grotere bewustwording van de oorsprong van internationale rechtsbronnen en de rol van de verschillende interpretatiemiddelen de toepassing en het gebruik van deze rechtsbronnen verbeteren. Daarnaast laten de casestudies zien dat tussen inhoudelijk verschillende rechtsgebieden wél overeenkomsten bestaan wat betreft de gebruikte bronnen en de rol die de rechter heeft – of zou moeten hebben – in het toepassen

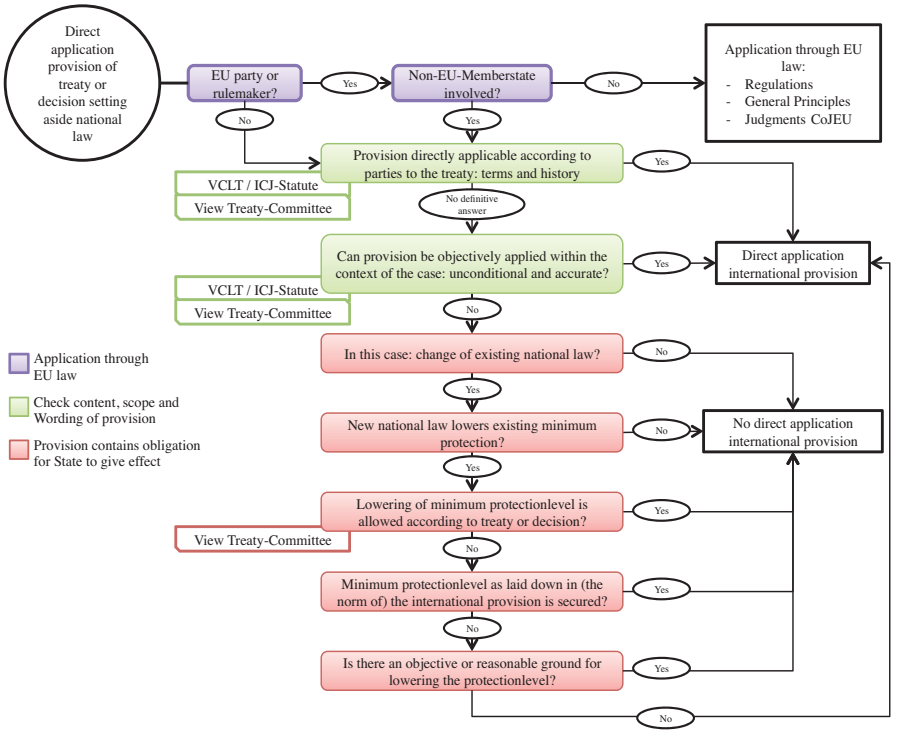
en interpreteren van internationaal recht. In de nationale rechtspraak worden deze overeenkomsten niet of nauwelijks benoemd. Omdat de rechter steeds vaker wordt geconfronteerd met vragen rond de interpretatie van het internationale recht, kan een grensoverschrijdende bestudering van verschillende rechtsgebieden een welkome stimulans vormen voor de juiste toepassing en interpretatie van het internationale recht in de nationale rechtsorde. In dit onderzoek is getracht hieraan een bijdrage te leveren.

Samenvatting (EN)

Summary

Judgment across borders
the application and interpretation of international law in Dutch civil law

The aim of this research is to develop a 'flowchart' for the application of international law in the national legal order by the Dutch judiciary in civil cases. Both national law – especially the articles 93 and 94 of the Dutch Constitution – and international rules for the interpretation and application of international legal sources are thereby taken into account. In order to analyse the different ways of application and interpretation, four casestudies are conducted. Based on (a comparison between) the results of these casestudies, some suggestions are given for the application of international law. The following flowchart shows the final results of this research schematically:



Theoretical outline

Chapter 2 describes the international sources of law and the various means of interpretation, based on the well-known – but not exhaustive – enumeration in article 38 of the Statute for the International Court of Justice (ICJ-Statute). Article 38(1) ICJ-Statute lists the primary sources of international law: treaties and customary law. Secondary source are the general principles of law, 'recognized by civilized nations'. Next to these, the binding resolutions of international organizations and the unilateral acts of states are also considered to be sources of law.

Subsidiary means for the determination of the rules of law are listed in article 38(1)(d) ICJ-Statute: judicial decisions and the teachings of the most highest qualified publicists. Also the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) – largely a codification of international customary law on matters concerning the adoption, entry into force and termination of treaties – contains various means for the application and interpretation of treaties between states. For example, article 31 VCLT states that 'a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose', and should take into account 'any subsequent practice in the application of the treaty'. Supplementary means of interpretation are also found in article 32 VCLT, such as the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion. The Dutch judiciary used these means for both the interpretation of treaties as for the interpretation of binding resolutions of international organizations. In this research, the subsidiary and supplementary means are taken together and called 'means of interpretation'.

The most important formal source of international law is the treaty: a written agreement of binding nature, agreed upon by two or more international subjects – both states and international organizations. Another important – and the oldest – source of international law is customary law. Customary law contains two elements: state practice, which must be uniform and widely spread, and *opinio juris*, the belief of states that this practice is a legal obligation. National case-law can be proof of state practice and thus contribute to the development of customary law. Also the non-binding acts of international organizations, such as recommendations, can contribute to this development because of their growing participation in the realization of international law.

All these international sources of law and means of interpretation are applicable in the Dutch legal order. But when the claim is made before the Dutch judiciary that national law is in conflict with rules of international law and national law should therefore be set aside, the judge must take into account the articles 93 and 94 of the Dutch Constitution: only the provisions of a treaty or a binding decision of an international organization that have been made public, can act as self-executing provisions of international law and be applied directly. When the judge finds that an international provision is binding and national law is in conflict with this provision, the national law

should be set aside and the international provision should be applied. The history and meaning of the terms used and the placing of the Articles 93 and 94 in the Dutch Constitution are explained in Chapter 3.

Casestudies

The application and interpretation of international law is examined in four fields of law, each with their own characteristics regarding the various sources of law and means of interpretation. The findings of these studies are compared to the rules of international law (Chapter 2) and Dutch Constitutional law (Chapter 3) and presented in the flowcharts of Chapter 8.

The criteria for determining the self-executing power of provisions

The research in Chapter 4 focusses on the core of the articles 93 and 94 of the Dutch Constitution: the requirement of the self-executing power of provisions from international treaties or decisions of international organizations. Using case-law concerning the International Convention of Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), the course and direction for the interpretation and application of international provisions is examined and the criteria for the self-executing power are defined. The Dutch judiciary uses different means of interpretation to establish the self-executing power, such as the circumstances of the conclusion of the treaty, the intention of the parties concluding the treaty and the content and purpose of the treaty. These means of interpretation can all be found in the VCLT. Next to these, the judiciary often includes the perspective of the Dutch government on the self-executing power of the treaty provisions in his judgment. This perspective can be found in the parliamentary history concerning the approval of the treaty.

Based on these means of interpretation, the judiciary decides either that a treaty provision contains the obligation for the State (and legislator) to give effect to this provision by drawing up national laws, or that this provision is considered to be self-executing and can be applied directly within the national legal order. In most cases, the judge finds that the ICESCR-provision is directed to the state and therefore not self-executing. In the 2014 Rookverbodarrest (ban-on-smoking-judgment), the Supreme Court alters this either-or reasoning and states that an international provision can be directed to the state – and legislator – to align national laws with this international provision, but can in concrete cases still be considered unconditional and accurate enough to be directly applicable within the national legal order. The final flowchart from Chapter 8 gives the two steps for the direct application of international law (in green): both through international means of interpretation, as via the criterion given by the Supreme Court.

Despite their lack of self-executing power, some of the international provisions – or the norms they hold – can still be applicable in the national legal order. The indirect application of a treaty provision is possible by

giving power to the (scope of) the provision when applying other, directly applicable, national and international provisions. This method is described in the flowchart, when national law gives effect to or covers the field of (the norm of) the international rule (in red). When national law gives effect to an international provision – either by making a new law or by not changing laws for a long period of time and thus apparently taking the view that the existing law is sufficiently giving effect to the international provision – this effect cannot be discarded or diminished by the coming into force of new national laws. This minimum level of protection can only be deviated from under certain circumstances as described in the flowchart. To discard or diminish this minimum level is a violation of (the norm of) the international provision for which the judiciary can find himself qualified to compare the new national law to (the norm of) this international provision in which case the latter acts as a self-executing provision. Whether lowering this minimum level is allowed by the treaty can be subject of the view of a treaty committee. These views should therefore be taken into account by the judiciary.

Interpretation and application of treaties using international means of interpretation

The research in Chapter 4 shows that the judiciary interprets (certain aspects of) the international treaty before he establishes the self-executing power of a provision from this treaty. Chapter 5 takes a closer look at the means and rules for this interpretation of treaties. These means are mostly found in the VCLT and article 38 of the ICJ-statute. The case study in this chapter examines two private law treaties: the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (Hague Abduction Convention) and the Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR-treaty). A uniform execution and interpretation of these treaties is paramount for the acceptance of foreign judgments.

The Dutch judiciary knows his way around the means of interpretation form the VCLT and the ICJ-statute to interpret provisions of the above-mentioned treaties. For this interpretation, most often are used the preparatory work of the treaty, judicial decisions and the teachings of the most highest qualified publicists in the treaty's member states, and the views of committees established to monitor compliance with the treaty. In the case of human rights treaties, the Dutch judiciary considers these views as being 'authoritative'. The view of a treaty includes the reach or meaning of the treaty and its provisions and is important for measuring treaty-compliance. The research on the use of these views shows that the Dutch judiciary applies these views even when the Dutch government has explicitly opposed against the use of these views. The application of a view – even when the treaty is not 'self-executing' according to the criteria of the Articles 93 and 94 Dutch Constitution – can establish the violation of a treaty and thus an unlawful act of the State. As a result of these findings, the committee-view is added to the flowchart as a means of interpretation of international (treaty) provisions.

Interpretation and application of treaties when European and international law converge

The interpretation of international law is influenced not only by international or national law, but also by European Union law. The casestudy in Chapter 6 applies to the interpretation of international treaties when the EU is party to the treaty or when the EU knows regulations in that field of law. In these cases, the national application of the treaty does not follow through the Articles 93 and 94 of the Dutch Constitution, but follows from EU-law. For Member States of the EU, the Court of Justice of the EU (EU-Court) is the highest authority for the interpretation of both the treaty and EU-law.

The interpretation of an international treaty can also be influenced by EU-law when the EU is not a party to the treaty. This research has demonstrated that EU-Member States follow the decisions of the EU-Court when purpose and meaning are given to provisions from EU-regulations that are also used in international treaties. When only Member States are involved with the application of the treaty, this might be correct, but it's a different matter when not all the involved states are Member States. These States are only bound by the international treaty, not by EU-laws. Examples of this practice are shown by examining Dutch judgments on the Hague Abduction Convention and the EU Brussels II-bis Regulation, both holding provisions on child abduction. An EU-Court judgment on the interpretation of Brussels II-bis is (correctly) used by the Dutch Supreme Court in a child-abduction case with Greece. But then the Supreme Court judgment is used as a manual for the application of the international Hague Abduction Convention in child-abduction cases with Argentina, South-Africa and Peru. This shows how the existence of EU-law in a certain field can result in the EU-driven interpretation of international law in that same field. The judiciary should therefore be cautious when dealing with international law in case of similar EU-laws and know what the correct sources for treaty-interpretation are when non-EU-Member-States are involved. These aspects concern the first two questions in the flowchart (in purple), because involvement of the EU – either as a party to the treaty or as legislator – has the most far stretching consequences. It can mean that another route has to be followed for the application of international law than via the Articles 93 and 94 of the Dutch Constitution. Next to that, judges should be aware of the influence of EU-law for the interpretation of international law.

Interpretation and application of international customary law

Changes in international state practice bear consequences in national and international literature, judicial decisions and views by treaty committees and enter the national legal order by application of these means. This way, means of interpretation can be of importance for the application of customary law, the subject of Chapter 7. The casestudy about 'immunity' is used to discover what sources of law and what means of interpretation are used by the Dutch judiciary to establish the reach of customary law.

The research first focusses on the way in which the boundaries of immunity are established, because of the distinction between private acts and the acts of State. The Dutch judiciary deduces these boundaries from international means of interpretation and checks his findings to the international treaty practice, international literature and foreign judicial decisions, thus establishing the consensus and the existing customary rule of state immunity. Decisions of the ICJ are made up in the same way, and support the judiciary in his search. However, for the scope of this immunity and for establishing the criteria to decide whether an act is indeed an act of State, the Dutch judiciary is less drawn to international law and leans more towards the national law to base his findings on. Evidence of this is the priority given to the Dutch point of view on the matter and use of the term 'Dutch international law' as the source for establishing the scope of immunity. In these cases, it is not clear on what (international) means of interpretation the findings of the Dutch judiciary are based on.

Next to the immunity of States, Chapter 7 also attends to the immunity of international organizations. The scope of this immunity is more narrow than that of States and is called 'functional immunity': the immunity necessary to function as an international organization. The Dutch judiciary weighs this functional immunity against the fundamental human rights that are binding in the Netherlands, for example the right to a fair trial (article 6 ECHR) and gives criteria to test the internal judicial process for the employees of these international organizations. This restriction on the customary rule of immunity should be based on international sources of law, but the Dutch judiciary is mostly influenced by European law. Similar to the conclusion in Chapter 6, the judiciary should watch out for an unjust mixture of European and international law.

Conclusion

The Dutch judiciary has a duty to interpret and apply international law and should therefore have knowledge of the (application) of the national and international rules and means of interpretation. The casestudies and the flowchart indicate and point out where this information can and should be found. The working method of the Dutch judiciary is not consistent and in some cases in conflict with international law. Generally speaking, becoming more conscious of the sources of international law and the role of different means of interpretation could improve the application and use of these sources of law. Next to this, the casestudies show that between differing fields of law with respect to content, there are similarities in the sources that are used and the role the judiciary has – or should have – in applying and interpreting international law. In national judgments, these similarities are seldom mentioned. Because the judge is more and more confronted with questions concerning the interpretation of international law, a transgressing study of various fields of law can be a welcome stimulus for the right application and interpretation of international law in the national legal order.

Curriculum vitae

Bregje Anneloes (Anneloes) Kuiper-Slendebroek is op 11 september 1985 geboren te Leiderdorp en opgegroeid in Amersfoort. Zij volgde aldaar middelbaar onderwijs aan de Gereformeerde Scholengemeenschap Guido de Brès en deed in 2004 VWO-examen in de richting Economie en Maatschappij. Vanaf 2004 studeerde Kuiper-Slendebroek rechten aan de Universiteit Leiden. In 2010 studeerde zij af in de rechtsgeleerdheid met als specialisatie Internationaal Publiekrecht. Tijdens en na haar studie was Kuiper-Slendebroek werkzaam als juridisch adviseur en secretaris klachtencommissie bij een zorginstelling in Den Haag. Na een aantal jaar keerde zij terug naar haar Alma Mater en was van november 2011 tot en met juni 2016 – eerst als promovenda en later als onderzoeks- en onderwijsmedewerker – verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht. In deze periode werkte zij ook enige maanden als docent aan het Instituut voor Publiekrecht.

Trefwoordenregister

A
Agfa/Schoolderman
-arrest 86
-criterium 87
algemene rechtsbeginselen 30
Arbeidskostenforfait-arrest 61, 210

B
bed-bad-brood-regeling 86, 125
beschermingsniveau 92, 210
besluit van internationale organisatie
aanbeveling (niet-bindend besluit) 34
interpretatieregels WVV 27
uitspraak verdragscomité 34
bevoegdheidsregel 58
buiten toepassing laten 62

C
CMR-verdrag 11, 101, 118
artikel 2 113
contextuele benadering 79
Costa/ENEL-arrest 135

D
Dekolonisatieverklaring 21
discriminatie 120
doorwerking
dualisme 38
gematigd monisme 38, 48
monisme 38, 40
dualiteit van nationale rechtspraak 159
dwingende norm 18

E
eenvormig uniform privaatrecht 99
effectieve rechtsbescherming 60
Europees Sociaal Handvest 77, 122
artikel 4 80
Europees Sociaal Handvest (herzien)
artikel 17 123, 125
artikel 31 123, 125
Europees Verdrag betreffende de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen en betreffende het herstel van het gezag over kinderen 97
Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 80, 86
artikel 3 86, 123
artikel 6 186, 190
artikel 8 86, 123
Europese Overeenkomst inzake de Immuniteit van Staten 159, 166, 168
Europese Unie
Hof van Justitie 134
rol bij interpretatie 139
rechtstreekse werking regelgeving 137
supranationale rechtsorde 133, 135
Verordening 261/2004 143
verordeningen 134
hiërarchie - 130
Executie-Verdrag 97

F
forumshopping 101

G
General Agreement on Tariffs and Trade 139
gewoonterecht 29, 119
codificatie 27, 159, 184
International Law Commission 27
interpretatie 186
ontwikkeling 167, 189
opinio juris 28, 164, 192
rechtspraak 158, 164
statenpraktijk 28, 31, 164, 192
verdrag als - 27
goed werkgeverschap 88
Grondwet
artikel 90 39
artikel 91 43, 45
artikel 92 45, 49
artikel 93 5, 46, 56
bekendmaking 56, 199
bepalingen 51
besluiten 49
een ieder 51
minimumstandaard 92
naar inhoud verbinden 54
terminologie 54
verbindende kracht 55
verdragen 49

waarborgkarakter 51
artikel 94 5, 46, 62
bepalingen 51
besluiten 49
een ieder 51
geen toepassing 62
onrechtmatige daad 57, 62
terminologie 54
toetsen aan gewoonterecht 57
uitzondering artikel 120 Grondwet 47, 57
verdragen 49
wettelijke voorschriften 57
artikel 95 45
artikel 120 47
toetsing aan de - 47
wijzigingsvoorstel 3, 44

H
Haags Kinderontvoeringsverdrag 11, 101, 118, 129, 146
artikel 13 111, 115, 117, 118
artikel 20 112
berusting 117
gewone verblijfplaats 109, 149
rapport explicatif 108
weigeringsgronden 103, 111, 116, 147
Harmonisatiewet-arrest 47, 76

I
IGH
Arrest Warrant case 31
Certain Expenses case 25
Corfu Channel case 30
Nuclear Weapons advice 34
North Sea Continental Shelf Cases 27
Nuclear Tests case 30, 32
Nuclear Weapons advice 26
Qatar-Bahrain case 22
South West Africa case 33
immuniteit
aardcriterium 161, 168, 180, 182
absolute - 161, 167
doelcriterium 161
executiemaatregelen 185
geschreven bronnen 183
acta jure gestionis 178
acta jure imperii 179
Nederlandse perceptie van - 175
par in parem non habet imperium 160
rechtsbronnen 182
relatieve - 161, 168, 170
staatsimmuniteit 164
- van executie 162, 170
criterium 171
- van internationale organisaties 162, 174, 186
bescherming werknemers 176
reikwijdte 174
toetsingscriteria artikel 6 EVRM 189
- van jurisdictie 162
- van overheidshandelingen 161
intergouvernementele organisaties 19, 50
Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten 60, 69, 120
artikel 26 85, 120
Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten 10, 22, 69, 95
artikel 2 85, 89, 91
artikel 6 85
artikel 7 72, 76, 80, 84, 87
artikel 11 67, 75, 89, 90
artikel 12 75
artikel 13 75, 78
Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind
artikel 3 123, 125
artikel 11 102
artikel 27 123
artikel 37 123
International Law Commission 132
internationale organisaties
rol van - 18
interpretatiemiddelen 18, 99, 106, 118, 151, 181, 198
algemene regel 98
documenten 98, 108
invloed EU 154
soft law 18
element 20
rechtspraak 158
interpretatieregels 98
interpretatieve verklaring 52
ius cogens 21, 190

K
Kaderverdrag
Wereldgezondheidsorganisatie 91
artikel 8 78
kinderontvoering
kwalificatie 102
Klimaatverdrag 137
Kruisraketten-arrest 17
Kyoto-Protocol 11

L
legaliteitsbeginsel 44

M
Marpol 73/78 140
Memorie van Toelichting 75, 77, 110, 112
kanttekening bij gebruik van - 83, 113
minimumstandaard 94, 205

Montevideo Convention
artikel 1 19

N
Nyugat-arrest 56

O
onderwijs - recht op 75, 78
ongeschreven recht
toepassing 40

P
Parallel Entry-arrest 87
parlementaire controle 44
parlementaire goedkeuring 43

R
rechtsbronnen 18
aanvullende - 31
besluiten van internationale organisaties 35, 49
kritiek 35
eenzijdige rechtshandelingen 32
gewoonterecht 29
uitspraken verdragscomités 126
verdragen 27, 68
rechtspersoonlijkheid
internationale organisaties 19
natuurlijke personen 19
niet-gouvernementele organisaties 19
staten 18
rechtstreekse werking 79
analoge bepalingen 207
contextuele benadering 53, 74, 79, 209
dichotome benadering 53, 73, 200, 209
Memorie van Toelichting 207
onderscheid werking 69
via EU 138
rechtsvorming 59, 61
redelijkheid en billijkheid 87
reflexwerking 88
Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen 44, 45
bekendmaking verdragen en besluiten 55
Rookverbod-arrest 78, 91, 208, 212

S
self-executing 54
sociale grondrechten 73
sociale mensenrechten 69, 74
Spoorwegstakingsarrest 77, 78
Staatscommissie Grondwet 42, 51
staatssoevereiniteit 160
stand still-bepaling 92
Staten-Generaal
goedkeuringsrecht 43
toets fundamentele beginselen 43
Statuut van het Internationaal Gerechtshof
algemene rechtsbeginselen 29
artikel 38 4, 21, 26, 115
verdragen 22
billijkheid 29
gewoonterecht 27
jurisprudentie 30
literatuur 30
subsequent practice *26*
voorwaarden 25
supranationale organisatie 50

T
toetsing
abstracte - 58
concrete - 58, 60
- verdrag aan internationale norm 37

U
uitspraakgebod 58
Uitvoeringswet internationale kinderontvoering 102
Universele Verklaring van de Rechten van de Mens 21

V
Van Gend en Loos-arrest 135
Verdrag betreffende de Europese Unie 136
Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 136
verdragen 26
binding 43
interpretatieve verklaring 52
parlementaire goedkeuring 43
samenloop van 136
stilzwijgende goedkeuring 44
voorbehoud 46
Verdrag inzake de Uitbanning van alle Vormen van Discriminatie van Vrouwen 77
verdragsclausule
voorrangopeisende - 131, 147
voorrangverlenende - 131
verdragscomité 126
bezwaren uitspraak 124
Comité voor de rechten van de Mens (IVBPR) 120
Economisch en Sociaal Comité (IVESCR) 82
Europees Comité voor Sociale Rechten (ESH) 86, 122
gezaghebbend oordeel 121, 125
Special Commission (HKOV) 100
verdragsconflict 131
Verdrag tegen Foltering 34

Verdrag van Aarhus 138
Verdrag van de Verenigde Naties inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen 159, 166, 169, 184
artikel 19 172
Verdrag van Luxemburg 129
Verdrag van Montreal 137, 143
Verdrag van Warschau 141
verhouding rechter-wetgever 5, 48, 52, 58, 61, 62, 93, 94, 163, 209
toepassing internationaal gewoonterecht 164
uitzondering - 61
Verordening Brussel II-bis 103, 146
gewone verblijfplaats 149
VN-Veiligheidsraad
resoluties 33, 50, 137, 208
Resolutie 1737 50, 137, 208
volkenrechtsconforme uitleg 59

W
Weens Verdragenverdrag 23, 100
aanvullende middelen 26
artikel 26 59, 68
artikel 27 26, 40, 70, 82
artikel 30 131, 132
artikel 31 98, 115, 144
artikel 32 26, 98, 108, 115
artikel 33 26, 114
artikel 34 132
binding 23, 24, 43
codificatie gewoonterecht 114
goede trouw 40
lex-posteriorregel 131
interpretatie 24
interpretatie besluit internationale organisatie 27
inwerkingtreding 24
kanttekening 99
nationaal recht 40
ondertekening 24, 43
pacta sunt servanda 23, 59, 68
pacta-tertiiregel 23, 132
ratificatie 24
subsequent agreements 108
subsequent practice 26, 133, 145-147, 150, 203, 208
indicatie gewoonterecht 26
internationale organisaties 25
totstandkoming 23
travaux préparatoires 108, 114
Weens Verdrag voor Diplomatiek Verkeer 183
Wet Algemene Bepalingen
artikel 13a 41, 42, 130, 158
wetgever
taak 43
wilsovereenstemming 45

Z
zwangerschapsverlof
recht op - 77

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2016 en 2017 verschenen:

MI-258 J.C.W. Gooren, *Een overheid op drift* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2015, ISBN 978 94 6203 973 5

MI-259 S. Tjandra, *Labour Law and Development in Indonesia* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016, ISBN 978 94 6203 981 0

MI-260 R.H.C. van Kleef, *Liability of football clubs for supporters' misconduct. A study into the interaction between disciplinary regulations of sports organisations and civil law* (diss. Leiden), Den Haag: Eleven International Publishing 2016, ISBN 978 94 6236 670 1

MI-261 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden & H.A. ten Oever (red.), *Core Concepts in the Dutch Civil Code. Continuously in Motion*, BWKJ nr. 30, Deventer: Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 725 5

MI-262 P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2016, ISBN 978 94 6290 235 0

MI-263 W. Wels, *Dead body management in armed conflict: paradoxes in trying to do justice to the dead*, (Jongbloed scriptieprijs 2015), Den Haag: Jongbloed 2015, ISBN 979 70 9003 825 9

MI-264 E.A. Fredericks, *Contractual Capacity in Private International Law,* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016

MI-265 J.H. Crijns, B.J.G. Leeuw & H.T. Wermink, *Pre-trial detention in the Netherlands: legal principles versus practical reality,* Research Report, Den Haag: Eleven International Publishing 2016, ISBN 978 94 6236 687 9

MI-266 B.E.E.M. Cooreman, *Addressing global environmental concerns through trade measures: Extra-territoriality under WTO law from a comparative perspective*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016

MI-267 J.E. van de Bunt, *Het rampenfonds*, (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 8219 685 6

MI-268 J.G.H. Altena, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 885 6

MI-269 D. van der Blom, *De verhouding van staat en religie in een veranderende Nederlandse samenleving,* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016, ISBN 978 94 6328 032 7

MI-270 J.M. Hartmann, *A blessing in disguise?! Discretion in the context of EU decision-making, national transportation and legitimacy regarding EU directives,* (diss. Leiden), Amsterdam: University Press 2016

MI-271 J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2016

MI-272 J. Wang, *Trends in social assistance, minimum income benefits and income polarization in an international perspective*, (diss. Leiden), Enschede: Gildeprint 2016, ISBN 978 94 6233 373 4

MI-273 A.J. Metselaar, *Drie rechters en één norm. Handhaving van de Europese staatssteunregels voor de Nederlandse rechter en de grenzen van de nationale procedurele autonomie,* Deventer: Wolters Kluwer 2016, ISBN 978 90 1313 988 4

MI-274 E.J.M. Vergeer, *Regeldruk vanuit een ander perspectief. Onderzoek naar de beleving van deregulering bij ondernemers*, (diss. Leiden)

MI-275 J.J. Oerlemans, *Investigating Cybercrime,* (diss. Leiden), Amsterdam: Amsterdam University Press 2017, ISBN 978 90 8555 109 6

MI-276 E.A.C. Raaijmakers, *The Subjectively Experienced Severity of Imprisonment: Determinants and Consequences,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing, 2016, ISBN 978 94 0280 455 3

MI-277 M.R. Bruning, T. Liefaard, M.M.C. Limbeek, B.T.M. Bahlmann, *Verplichte (na)zorg voor kwetsbare jongvolwassenen?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2016, ISBN 978 94 624 0351 2

MI-278 A.Q. Bosma, *Targeting recidivism. An evaluation study into the functioning and effectiveness of a prison-based treatment program*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2016

MI-279 B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer & J.M. Ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(procesrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, ISBN 978 94 6290 392 0

MI-280 J. Tegelaar, *Exit Peter Paul? Divergente toezichthoudersaansprakelijkheid in de Europese Unie voor falend financieel toezicht, bezien vanuit het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming*, (Jongbloed scriptieprijs 2016), Den Haag: Jongbloed 2017, ISBN 978 90 8959 129 6

MI-281 P. van Berlo et al. (red.), *Over de grenzen van de discipline. Interactions between and with-in criminal law and criminology*, Den Haag: Boom Juridisch 2017, ISBN 978 94 6290 390 6

MI-282 J. Mačkić, *Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-283 D.V. Dimov, *Crowdsourced Online Dispute Resolution*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 578 9

MI-284 T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 413 0

MI-285 A. Tonutti, *The Role of Modern International Commissions of Inquiry. A First Step to Ensure Accountability for International Law Violations?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-286 W. de Heer, *Gelijkheid troef in het Nederlandse basisonderwijs*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 697 7

MI-287 J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2017, ISBN 978 94 6290 427 9, e-ISBN 978 94 6274 772 2

MI-288 D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty. Designing an instrument to modernize international tax law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-289 L. Kovudhikulrungsri, *The right to travel by air for persons with disabilities* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-290 R. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017

MI-291 M. Diamant, *Het budgetrecht van het Nederlandse parlement in het licht van het Europees economisch bestuur*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 555 7

MI-292 R. Passchier, *Informal constitutional change: Constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-293 T. Leclerc, *Les mesures correctives aux émissions aériennes de gaz à effet de serre. Contribution à l'étude des interactions entre les ordres juridiques en droit international public*, Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI 294 M. Fink, *Frontex and Human Rights. Responsibility in 'Multi-Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017