

6 september 2013

Eerste Kamer

12/03329

LZ/TT

# Hoge Raad der Nederlanden

## Arrest

in de zaak van:

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van  
Defensie en Ministerie van Buitenlandse  
Zaken), gevestigd te 's-Gravenhage,

EISER tot cassatie,

advocaten:mr. G.J.H. Houtzagers,  
mr. M.W. Scheltema en  
mr. K. Teuben,

t e g e n

1. Mehida MUSTAFIĆ-MUJIĆ,  
wonende te Veenendaal,
2. Damir MUSTAFIĆ,  
wonende te Veenendaal,
3. Alma MUSTAFIĆ,  
wonende te Utrecht,

VERWEERDERS in cassatie,

advocaten:mr. R.P.J.L. Tjittes en  
mr. G.R. den Dekker.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de Staat en Mustafić c.s.; verweerders tot cassatie worden afzonderlijk aangeduid als Mehida, Damir en Alma.

#### 1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 265618/HA ZA 06-1672 van de rechtbank 's-Gravenhage van 10 januari 2007 en 10 september 2008;
- b. de arresten in de zaak 200.020.173/01 van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 5 juli 2011 en 26 juni 2012.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

#### 2. Het geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof van 5 juli 2011 en 26 juni 2012 heeft de Staat beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Mustafić c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen mondeling toegelicht door

hun advocaten, alsmede door mr. L. Zegveld, advocaat te Amsterdam, voor Mustafić c.s.

De conclusie van de Advocaat-Generaal P. Vlas strekt tot verwerping van het beroep.

Mr. Houtzagers heeft bij brief van 31 mei 2013 namens de Staat op die conclusie gereageerd; mrs. Tjittes en Den Dekker hebben eveneens bij brief van 31 mei 2013 namens Mustafić c.s. op die conclusie gereageerd.

### 3. Beoordeling van het middel

3.1 In deze zaak gaat het om gebeurtenissen die plaatsvonden kort na de val van de enclave Srebrenica op 11 juli 1995.

Rizo Mustafić was in dienst van het gemeentebestuur van Srebrenica en door dit gemeentebestuur bij Dutchbat gedetacheerd, om als elektricien werkzaam te zijn op de compound in Potočári waar Dutchbat gelegerd was. Na de val van de enclave had hij met zijn vrouw Mehida en zijn kinderen Damir en Alma zijn toevlucht gezocht op de compound. Het gezin kreeg op 13 juli 1995 te horen dat het de compound moest verlaten. Kort daarna is Mustafić door het Bosnisch-Servische leger of aanverwante paramilitaire groepen vermoord. Zijn vrouw en kinderen (hierna: Mustafić c.s.) stellen de Staat aansprakelijk

voor de schadelijke gevolgen hiervan. Volgens Mustafić c.s. heeft Dutchbat onrechtmatig gehandeld door Mustafić van de compound weg te sturen.

In de procedure bij de Hoge Raad staan twee vragen centraal: (i) kan het optreden van Dutchbat aan de Staat worden toegerekend, en (ii) was het optreden van Dutchbat onrechtmatig.

3.2 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten als vermeld in rov. 2.1-2.34 van het tussenarrest van het hof van 5 juli 2011. Samengevat weergegeven houden deze het volgende in.

(i) In verband met de gevechten die in 1991 in de voormalige republiek Joegoslavië waren uitgebroken, heeft de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties (hierna ook: de Veiligheidsraad) in 1992 besloten tot het instellen van de *United Nations Protection Force* (hierna: UNPROFOR), met hoofdkwartier in Sarajevo.

(ii) Srebrenica is een stad gelegen in het oosten van Bosnië-Herzegovina. Door het gewapende conflict ontstond in Srebrenica en omgeving een moslimenclave. Vanaf begin 1993 was de enclave Srebrenica omsingeld door het Bosnisch-Servische leger.

(iii) De Veiligheidsraad heeft in Resolutie 819 van 16 april 1993 Srebrenica aangemerkt als *safe area* en het Bosnisch-Servische leger opgeroepen zich uit de omringende gebieden terug te trekken. In Resolutie 836 van 4 juni 1993 heeft de Veiligheidsraad de lidstaten opgeroepen gewapende troepen en logistieke ondersteuning ter beschikking te stellen aan UNPROFOR.

(iv) Nederland heeft een bataljon van de Luchtmobiele Brigade ter beschikking gesteld aan UNPROFOR. De hoofdmacht van dit bataljon (hierna: Dutchbat) werd in de enclave Srebrenica gestationeerd. Eén compagnie infanterie werd in de stad Srebrenica gelegerd, de overige eenheden werden buiten de stad gelegerd op een verlaten fabrieksterrein te Potočari (hierna: de compound). Commandant van Dutchbat was luitenant-kolonel ('overste') Karremans. Plaatsvervangend commandant was majoor Franken.

(v) Op 5 en 6 juli 1995 is het Bosnisch-Servische leger onder aanvoering van generaal Mladić een aanval begonnen op de enclave Srebrenica. Op 11 juli 1995 is Srebrenica gewapenderhand door het Bosnisch-Servische leger ingenomen. Vanuit de stad Srebrenica kwam een vluchtelingenstroom op gang. Door Dutchbat zijn ruim 5.000 van deze vluchtelingen toegelaten op de compound,

onder wie 239 weerbare mannen tussen 16 en 60 jaar. De vluchtelingen die op de compound aanwezig waren, werden ondergebracht in een lege fabriekshal. Een veel groter aantal vluchtelingen (vermoedelijk omstreeks 27.000) verbleef te Potočari buiten de compound in de open lucht.

(vi) Op 11 juli 1995 aan het eind van de middag heeft minister van Defensie Voorhoeve in een telefoongesprek met generaal Nicolai, chef-staf van 'HQ UNPROFOR' (het commando van UNPROFOR in Bosnië-Herzegovina, voorheen aangeduid als 'BH Command'), ingestemd met het evacueren van de vluchtelingen. Karremans ontving later die dag om 18.45 uur een fax van generaal Gobillard, wnd. commandant van HQ UNPROFOR, met daarin de instructie tot het voeren van onderhandelingen met het Bosnisch-Servische leger en het beschermen van de vluchtelingen.

(vii) In de avond van 11 juli 1995 ontving generaal Janvier (*Force Commander* van UNPF, sinds 1 april 1995 de naam van het oorspronkelijke UNPROFOR) de Nederlandse chef Defensiestaf Van den Breemen en de plaatsvervangend bevelhebber Van Baal, die vanuit Nederland naar Zagreb waren gekomen om te overleggen over de in Srebrenica ontstane situatie. De deelnemers aan dat gesprek waren het erover eens dat zowel Dutchbat als de vluchtelingen

dienden te worden geëvacueerd, waarbij wat de evacuatie van de vluchtelingen aanging, UNHCR de eerstverantwoordelijke zou zijn.

(viii) In de avond van 11 juli 1995 heeft Karremans twee besprekingen gevoerd met Mladić. Karremans heeft in het eerste gesprek onder meer gezegd dat hij van het *BH Command* alsmede van de nationale autoriteiten het verzoek had gekregen om in verband met de val van de enclave te onderhandelen over de terugtrekking van het Nederlandse bataljon en zorg te dragen voor de (veilige) terugtrekking van de vluchtelingen.

(ix) In de vroege ochtend van 12 juli 1995 sprak Karremans telefonisch met Voorhoeve. Voorhoeve zei tegen Karremans: 'redt wat er te redden valt'. Gedurende die ochtend heeft Karremans een laatste bespreking met Mladić gehad over de evacuatie van de vluchtelingen. Mladić heeft ermee ingestemd dat Karremans het lokale personeel met Dutchbat zou meenemen. Door Dutchbat is een lijst gemaakt van ongeveer 29 personen die behoorden tot het lokale personeel en die met Dutchbat mee zouden evacueren.

(x) Nadat aan minister Voorhoeve verslag was uitgebracht van deze laatste bespreking, gaf Voorhoeve opdracht aan zijn medewerkers om aan UNPROFOR te laten weten dat

Dutchbat onder geen beding mocht meewerken aan een aparte behandeling van de mannen.

(xi) Aan het begin van de middag van 12 juli 1995 zijn de eerste vluchtelingen die buiten de compound verbleven, met bussen van de Bosnische Serviërs weggevoerd. Tegen het einde van de ochtend van 13 juli 1995 waren alle vluchtelingen die buiten de compound verbleven, weggevoerd. Vervolgens zijn die middag ook de vluchtelingen die op de compound verbleven, met door de Bosnische Serviërs aangevoerde voertuigen weggevoerd.

(xii) Gedurende de periode waarin de vluchtelingen werden weggevoerd, bereikten militairen van Dutchbat op verschillende tijdstippen signalen dat de Bosnische Serviërs misdaden tegen met name de mannelijke vluchtelingen pleegden. Vóór het eind van de middag van 13 juli 1995 was onder meer geconstateerd dat er lijken van vermoorde mannen waren aangetroffen, dat de (weerbare) mannelijke vluchtelingen naar het 'witte huis' 300 à 400 meter buiten de compound werden gebracht en daar met fysiek geweld werden ondervraagd, en dat buiten dit huis de bezittingen van de mannelijke vluchtelingen, waaronder hun identiteitspapieren, op een hoop waren gegooid en binnen dit huis moslimmannen verbleven met doodsangst in de ogen.

(xiii) Rizo Mustafić was de echtgenoot van Mehida en de vader van Damir en Alma. Mustafić was vanaf het begin van 1994 als elektricien werkzaam voor Dutchbat. Hij was in dienst van het gemeentebestuur van Srebrenica (de Opština) en door de Opština bij Dutchbat gedetacheerd. Mustafić had na de val van Srebrenica samen met zijn vrouw en kinderen zijn toevlucht gezocht op de compound. Zij verbleven daar in het kantoortje van waaruit hij gewoonlijk werkte.

(xiv) Op 13 juli 1995 heeft Mustafić te kennen gegeven dat hij met zijn gezin op de compound wilde blijven. De (Nederlandse) adjudant personeelszaken Oosterveen heeft daarop gereageerd met de mededeling dat dat niet kon omdat iedereen, met uitzondering van het VN-personeel, weg moest. Aan het eind van de middag van 13 juli 1995, nadat de overige vluchtelingen de compound hadden verlaten, is ook Mustafić met zijn gezin vertrokken. Buiten de poort van de compound is hij door het Bosnisch-Servische leger of aanverwante paramilitaire groepen vermoord; zijn gezin heeft het overleefd.

(xv) Dutchbat heeft de compound op 21 juli 1995 verlaten.

(xvi) Het overgrote deel van de weerbare mannen die door de Bosnische Serviërs zijn afgevoerd, is door hen vermoord. In totaal zijn door de Bosnische Serviërs

vermoedelijk meer dan 7.000 mannen om het leven gebracht, velen door massa-executies.

3.3 Mustafić c.s. vorderen in dit geding onder meer een verklaring voor recht dat de Staat aansprakelijk is voor de schade uit onrechtmatige daad jegens Rizo Mustafić en Mustafić c.s., en dat de Staat jegens Mustafić c.s. is gehouden tot vergoeding van de schade die zij als gevolg daarvan hebben geleden en nog zullen lijden. Voor zover in cassatie van belang hebben Mustafić c.s. aan hun vordering het verwijt ten grondslag gelegd dat de Staat (Dutchbat) Mustafić van de compound heeft gestuurd.

3.4 De rechtbank heeft de vorderingen van Mustafić c.s. afgewezen. Zij honoreerde het verweer van de Staat dat het optreden van Dutchbat uitsluitend aan de Verenigde Naties - en dus niet (mede) aan de Staat - moet worden toegerekend, en oordeelde dat dit betekent dat de Staat niet aansprakelijk kan worden gehouden voor een eventueel door Dutchbat gepleegde onrechtmatige daad.

3.5.1 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en voor recht verklaard dat de Staat jegens Mustafić c.s. uit hoofde van onrechtmatige daad

aansprakelijk is voor de schade die zij hebben geleden en zullen lijden als gevolg van de dood van Mustafić. Het hof oordeelde dat het aan Dutchbat verweten optreden aan de Staat kan worden toegerekend.

3.5.2 Het hof heeft deze toerekening als volgt gemotiveerd (rov. 5.1-5.20 tussenarrest).

Het criterium met betrekking tot de vraag of het optreden van Dutchbat aan de Verenigde Naties dan wel aan de Staat moet worden toegerekend, is wie van beiden *effective control* over Dutchbat had op het moment van het in dit geding bedoelde optreden. De algemeen aanvaarde opvatting is dat, indien een Staat troepen ter beschikking stelt aan de Verenigde Naties voor het uitvoeren van een vredesmissie, het antwoord op de vraag aan wie een specifiek optreden van dergelijke troepen moet worden toegerekend ervan afhankelijk is wie van beiden *effective control* heeft over het desbetreffende optreden. Algemeen aanvaard wordt dat het mogelijk is dat meer dan een partij *effective control* heeft zodat niet uitgesloten is dat toepassing van dit criterium ertoe leidt dat toerekening aan meer dan één partij kan plaatsvinden. Dit bracht het hof ertoe alleen te onderzoeken of de Staat *effective control* uitoefende over

het verweten optreden en in het midden te laten of ook de Verenigde Naties *effective control* bezat.

Vervolgens heeft het hof geconcludeerd dat de Staat *effective control* bezat over het optreden dat Mustafić c.s. aan Dutchbat verwijten, zodat dit optreden aan de Staat kan worden toegerekend.

3.5.3 Ten aanzien van de gestelde onrechtmatigheid van het optreden van Dutchbat heeft het hof onder meer het volgende overwogen (rov. 6.1-6.21 tussenarrest).

Dutchbat had aan het begin van de avond van 13 juli 1995 niet mogen bewerkstelligen dat Mustafić de compound verliet, vanwege de wetenschap die Dutchbat inmiddels bezat over de risico's waaraan Mustafić daardoor zou worden blootgesteld. Dit betekent niet dat hetzelfde geldt ten aanzien van de andere vluchtelingen die de compound reeds eerder hadden verlaten. Het hof heeft daarover geen uitspraak gedaan. Gelet op de - voor Dutchbat kenbare - ernstige consequenties die voor Mustafić aan het verlaten van de compound waren verbonden en gelet op de kennelijke wens van Mustafić eerder die dag om op de compound te mogen blijven, had Dutchbat nogmaals, beoordeeld naar de situatie van dat moment, een afzonderlijke afweging moeten maken. Onvoldoende is

gebleken dat het bezit van een VN-pas een voorwaarde voor evacuatie samen met Dutchbat was die de Bosnische Serviërs hadden gesteld. Bovendien is het hof ervan uitgegaan dat op de compound een VN-pas voor Mustafić had kunnen worden gemaakt.

Het hof heeft geconcludeerd dat de Staat, door te bewerkstelligen dat Mustafić de compound verliet en hem niet mee te nemen naar veilig gebied, als gevolg waarvan Mustafić de dood heeft gevonden, onrechtmatig jegens Mustafić c.s. heeft gehandeld, zowel op grond van het nationale recht van Bosnië-Herzegovina als op grond van schending van het op verdragenrecht berustende recht op leven en het verbod op onmenselijke behandeling. De Staat is op grond van het nationale recht van Bosnië-Herzegovina aansprakelijk voor het optreden van de leden van Dutchbat. Toerekening aan de Staat volgt tevens uit het beginsel van *effective control*.

*Kan het optreden van Dutchbat aan de Staat worden toegerekend?*

3.6.1 De onderdelen 1-3 van het middel richten klachten tegen de overwegingen en beslissingen van het hof in

rov. 5.7-5.20 van het tussenarrest met betrekking tot de toerekening van het optreden van Dutchbat aan de Staat.

3.6.2 Het hof heeft het betoog van Mustafić c.s. verworpen dat deze toerekening niet naar regels van internationaal gewoonterecht, maar naar nationaal Bosnisch recht moet plaatsvinden. Het overwoog daartoe dat het niet gaat om de vraag of militairen van Dutchbat jegens Mustafić onrechtmatig hebben gehandeld, maar om de vraag of op grond van een al dan niet tussen de Staat en de Verenigde Naties gesloten overeenkomst tot het ter beschikking stellen van troepen, het optreden van deze militairen moet worden toegerekend aan de Staat, de Verenigde Naties of eventueel aan beide. De vraag of een dergelijke overeenkomst is gesloten, wat deze inhoudt en welke gevolgen deze heeft, ook voor de vraag welke partij civielrechtelijk voor het optreden van Dutchbat aansprakelijk is, moet worden beantwoord naar internationaal recht. (rov. 5.3.2 tussenarrest)

Deze oordelen worden in cassatie niet bestreden. Dit betekent dat bij de beoordeling van de klachten die de Staat richt tegen het oordeel van het hof dat het verweten optreden van Dutchbat aan de Staat kan worden toegerekend, ervan moet worden uitgegaan dat deze

toerekeningsvraag uitsluitend naar regels van internationaal recht dient te worden beantwoord.

3.7 Voor de vaststelling van de in het ongeschreven internationaal recht ontwikkelde regels die bepalen onder welke voorwaarden gedragingen kunnen worden toegerekend aan een staat respectievelijk een internationale organisatie, zal worden aangesloten bij twee door de *International Law Commission* van de Verenigde Naties (ILC) opgestelde regelingen: de *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* van 2001 (hierna: DARS) en de *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations* van 2011 (hierna: DARIO).

3.8.1 Bij de beantwoording van de vraag of het verweten optreden van Dutchbat aan de Staat kan worden toegerekend, is in de eerste plaats van belang hetgeen is bepaald in de DARS, Part One 'The internationally wrongful act of a State', Chapter II 'Attribution of conduct to a State', waarvan art. 4 en 8, voor zover thans van belang, als volgt luiden:

**Article 4**

**Conduct of organs of a State**

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international

law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.

2. (...)

#### Article 8

##### Conduct directed or controlled by a State

The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.

3.8.2 Uit art. 4 en 8 DARS volgt dat het optreden van Dutchbat aan de Staat kan worden toegerekend, indien Dutchbat dient te worden aangemerkt als organ van de Staat (art. 4 lid 1 DARS) dan wel indien Dutchbat bij zijn optreden feitelijk handelde *on the instructions or under the direction or control* van de Staat (art. 8 DARS).

3.9.1 In de procedure voor het hof heeft het debat tussen partijen zich toegespitst op de vraag of de omstandigheid dat Dutchbat door de Staat ter beschikking was gesteld aan de Verenigde Naties, meebrengt dat het optreden van Dutchbat niet - op de voet van art. 4 lid 1 of 8 DARS - aan de Staat kan worden toegerekend, maar uitsluitend aan de Verenigde Naties. In verband met dit laatste is van belang hetgeen is bepaald in de DARIO.

3.9.2 De art. 6 en 7 DARIO, die staan in Part Two 'The internationally wrongful act of an international organization', Chapter II 'Attribution of conduct to an international organization', luiden als volgt:

**Article 6**

**Conduct of organs or agents of an international organization**

1. The conduct of an organ or agent of an international organization in the performance of functions of that organ or agent shall be considered an act of that organization under international law, whatever position the organ or agent holds in respect of the organization.

2. The rules of the organization shall apply in the determination of the functions of its organs and agents.

**Article 7**

**Conduct of organs of a State or organs or agents of an international organization placed at the disposal of another international organization**

The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct.

Art. 48 DARIO, dat staat in Part Four 'The implementation of the international responsibility of an international organization', Chapter I 'Invocation of the responsibility of an international organization', luidt, voor zover thans van belang, als volgt:

**Article 48**

**Responsibility of an international organization and one or more States or international organizations**

1. Where an international organization and one or more States or other international organizations are responsible for the same internationally wrongful act, the responsibility of each State or organization may be invoked in relation to that act.
2. (...)

3.9.3 In het bij art. 7 DARIO behorende *Commentary* wordt (onder 1) de verhouding van deze bepaling tot art. 6 DARIO als volgt toegelicht:

'When an organ of a State is placed at the disposal of an international organization, the organ may be fully seconded to that organization. In this case the organ's conduct would clearly be attributable only to the receiving organization. The same consequence would apply when an organ or agent of one international organization is fully seconded to another organization. In these cases, the general rule set out in article 6 would apply. Article 7 deals with the different situation in which the seconded organ or agent still acts to a certain extent as organ of the seconding State or as organ or agent of the seconding organization. This occurs for instance in the case of military contingents that a State places at the disposal of the United Nations for a peacekeeping operation, since the State retains disciplinary powers and criminal jurisdiction over the members of the national contingent. In this situation the problem arises whether a specific conduct of the seconded organ or agent is to be attributed to the receiving organization or to the seconding State or organization.'

3.9.4 In het *Commentary* bij Part Two, Chapter II DARIO (onder 4) wordt opgemerkt dat art. 6-9 DARIO niet noodzakelijkerwijs ertoe leiden dat een gedraging uitsluitend wordt toegerekend aan een internationale organisatie - hetgeen leidt tot *exclusive responsibility*

van de internationale organisatie - maar dat deze bepalingen de mogelijkheid openlaten dat een gedraging wordt toegerekend aan een internationale organisatie én een staat - hetgeen dan leidt tot *dual attribution* aan de internationale organisatie en die staat:

'Although it may not frequently occur in practice, dual or even multiple attribution of conduct cannot be excluded. Thus, attribution of a certain conduct to an international organization does not imply that the same conduct cannot be attributed to a State; nor does attribution of conduct to a State rule out attribution of the same conduct to an international organization. One could also envisage conduct being simultaneously attributed to two or more international organizations, for instance when they establish a joint organ and act through that organ.'

Hiermee strookt dat art. 48 lid 1 DARIO uitdrukkelijk de mogelijkheid openlaat dat meer dan één staat of organisatie in geval van een internationale onrechtmatige daad voor de gevolgen daarvan kan worden aangesproken.

3.9.5 Ten slotte wordt in het *Commentary* bij art. 7 DARIO (onder 4) opgemerkt:

'The criterion for attribution of conduct either to the contributing State or organization or to the receiving organization is based according to article 7 on the factual control that is exercised over the specific conduct taken by the organ or agent placed at the receiving organization's disposal. As was noted in the comment by one State, account needs to be taken of the "full factual circumstances and particular context".'

3.10.1 Onderdeel 1 klaagt dat het hof in rov. 5.7 en 5.8 van het tussenarrest heeft miskend dat een VN-troepenmacht die is ingesteld krachtens Hoofdstuk VII van het VN-Handvest en onder *command and control* van de Verenigde Naties is gesteld - zoals in dit geval UNPROFOR, waarvan Dutchbat deel uitmaakte - een organ van de Verenigde Naties vormt. Dit betekent dat de toerekening van het optreden van een dergelijke troepenmacht moet geschieden aan de hand van art. 6 DARIO en niet aan de hand van art. 7 DARIO. Toepassing van art. 6 DARIO brengt mee dat het optreden van Dutchbat in beginsel steeds en uitsluitend aan de Verenigde Naties moet worden toegerekend, aldus het onderdeel.

3.10.2 Uit het *Commentary* bij art. 7 DARIO (zie hiervoor in 3.9.3) blijkt dat deze toerekeningsregel onder meer van toepassing is op de situatie dat een staat in het kader van een VN-vredesmissie troepen ter beschikking stelt aan de Verenigde Naties, waarbij *command and control* (de gezags- en bevelsverhouding) aan de Verenigde Naties worden overgedragen, maar de *disciplinary powers and criminal jurisdiction* (het organieke bevel) bij de zendstaat blijven berusten. In de vaststellingen van het hof ligt besloten dat deze situatie zich in het

onderhavige geval voordoet. In rov. 5.10 van het tussenarrest heeft het hof immers - in cassatie onbestreden - vastgesteld dat niet in geschil is dat Nederland als troepenleverende staat zeggenschap behield over de personele aangelegenheden van de ter beschikking gestelde militairen, die bij de Staat in dienst bleven, alsmede de bevoegdheid behield deze militairen disciplinair en strafrechtelijk te straffen. De klacht van onderdeel 1 dat het hof heeft verzuimd de toerekeningsregel van art. 6 DARIO toe te passen en ten onrechte de toerekeningsregel van art. 7 DARIO heeft toegepast, treft dan ook geen doel.

3.11.1 Onderdeel 2 richt een reeks van klachten tegen de rov. 5.8-5.20 van het tussenarrest, waarin het hof bij de toepassing van de toerekeningsregel van art. 7 DARIO op het onderhavige geval, invulling heeft gegeven aan de maatstaf van *effective control*.

3.11.2 Voor zover aan deze klachten het betoog ten grondslag ligt dat het internationaal recht uitsluit dat een gedraging wordt toegerekend zowel aan een internationale organisatie als aan een staat, en dat het hof aldus ten onrechte ervan is uitgegaan dat de

mogelijkheid zich voordeed dat zowel de Verenigde Naties als de Staat *effective control* over het verweten optreden van Dutchbat uitoefenden, berusten zij op een onjuiste rechtsopvatting. Zoals hiervoor in 3.9.4 is overwogen, sluit het internationaal recht, in het bijzonder art. 7 DARIO in verbinding met art. 48 lid 1 DARIO, de mogelijkheid van *dual attribution* van een bepaalde gedraging niet uit.

Daarom kon het hof in het midden laten of de Verenigde Naties *effective control* uitoefenden over het optreden van Dutchbat in de vroege avond van 13 juli 1995. Ook als dat het geval was, leidt dat immers niet noodzakelijkerwijs tot *exclusive responsibility* van de Verenigde Naties.

3.11.3 Voor zover deze klachten betogen dat het hof een onjuiste maatstaf heeft gehanteerd bij zijn beoordeling of de Staat op het moment van het verweten optreden *effective control* over Dutchbat uitoefende, berusten zij eveneens op een onjuiste rechtsopvatting. In dit verband is van belang dat voor het aannemen van *effective control* door de Staat niet is vereist dat de Staat door het geven van instructies aan Dutchbat de bevelsstructuur van de Verenigde Naties heeft doorbroken dan wel zelfstandig

operationele bevelsbevoegdheid heeft uitgeoefend. Blijkens het hiervoor in 3.9.5 aangehaalde *Commentary* bij art. 7 DARIO komt het bij de toerekening van een gedraging aan de zendstaat of de internationale organisatie aan op de feitelijke zeggenschap (*factual control*) over het specifieke gedrag, waarbij alle feitelijke omstandigheden en de bijzondere context van het geval in ogenschouw moeten worden genomen. In de bestreden rechtsoverwegingen heeft het hof, in het licht van alle omstandigheden en de bijzondere context van het geval, onderzocht of de Staat de feitelijke zeggenschap had over het verweten optreden van Dutchbat. Aldus heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

3.12.1 Onderdeel 3 komt met een reeks van klachten op tegen het oordeel van het hof in rov. 5.8-5.20 van het tussenarrest dat de Staat *effective control* had over het verweten optreden van Dutchbat.

3.12.2 Dit oordeel van het hof berust onder meer op de volgende feiten en omstandigheden:

- De context waarin het verweten optreden van Dutchbat zich heeft afgespeeld, verschilt in een belangrijk

opzicht van de normale situatie waarin door een staat ter beschikking gestelde troepen onder bevel van de Verenigde Naties functioneren. Na 11 juli 1995 was de missie om Srebrenica te beschermen mislukt. Er was geen sprake meer van dat Dutchbat of UNPROFOR in een andere samenstelling de missie zou voortzetten of hervatten. (rov. 5.11 tussenarrest)

- Op 11 juli 1995 is door (de Force Commander van) de Verenigde Naties en de Nederlandse regering in onderling overleg besloten Dutchbat met de vluchtelingen te evacueren (rov. 5.11-5.16).

- Vanaf 11 juli 1995 trad een overgangperiode in, waarin de zaken in Potočari werden afgewikkeld. Een belangrijk onderdeel van de na 11 juli 1995 resterende taak van Dutchbat vormde de hulp aan en de evacuatie van de vluchtelingen. (rov. 5.17)

- Tijdens deze overgangperiode had naast de Verenigde Naties ook de Nederlandse regering in Den Haag zeggenschap over Dutchbat en oefende deze in de praktijk daadwerkelijk uit. De Nederlandse regering was nauw betrokken bij de evacuatie van Dutchbat en van de vluchtelingen alsmede de voorbereidingen daarop, en zij had de verweten gedragingen kunnen voorkomen indien zij daarvan tijdig op de hoogte was geweest. (rov. 5.18)

- Het verwijt van Mustafić c.s., vermeld hiervoor in 3.3, houdt verband met de wijze waarop door Dutchbat uitvoering is gegeven aan (instructies van de Nederlandse regering ten aanzien van) de evacuatie van de vluchtelingen (rov. 5.19).

3.12.3 Het oordeel van het hof dat de Staat *effective control* had over de door Mustafić c.s. aan Dutchbat - en daarmee aan de Staat - verweten gedragingen geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting over het begrip *effective control*. Dat oordeel is ook alleszins begrijpelijk gemotiveerd, gelet op de daaraan door het hof ten grondslag gelegde overwegingen, zoals hiervoor in 3.12.2 weergegeven. De omstandigheid dat de missie in feite was mislukt en dat Dutchbat daarom geen invloed meer kon doen gelden buiten de compound, doet niet eraan af dat de Staat wel *effective control* over de gedragingen van Dutchbat op de compound had. Daarop stuiten de klachten van onderdeel 3 af.

3.13 Hetgeen hiervoor is overwogen, leidt tot de slotsom dat de onderdelen 2 en 3 tevergeefs opkomen tegen het oordeel van het hof dat de Staat *effective control* had over de door Mustafić c.s. aan Dutchbat - en daarmee aan

de Staat - verweten gedragingen. Bij deze stand van zaken kon het hof op grond van de toerekeningsregel van art. 7 DARIO, die op dit geval van toepassing is - mede in het licht van hetgeen is bepaald in de toerekeningsregel van art. 8 DARS - tot het oordeel komen dat naar regels van internationaal recht het verweten optreden van Dutchbat aan de Staat kan worden toegerekend.

3.14 De overige klachten van de onderdelen 2 en 3 kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Onderdeel 4 bouwt voort op de onderdelen 1-3 en moet hun lot delen.

*Was het optreden van Dutchbat onrechtmatig?*

3.15.1 De onderdelen 5-9 van het middel richten klachten tegen de overwegingen en beslissingen van het hof in rov. 6.3-6.21 van het tussenarrest met betrekking tot de beoordeling van het verwijt dat Mustafić c.s. aan de Staat hebben gemaakt.

3.15.2 Dit verwijt is dat Dutchbat Mustafić van de compound heeft gestuurd. Blijkens rov. 6.3 van het tussenarrest heeft het hof dit verwijt beoordeeld aan de hand van twee normenstelsels. In de eerste plaats heeft het hof het verweten optreden van Dutchbat getoetst aan de bepalingen van het nationale recht van Bosnië-Herzegovina, welk recht volgens het hof naar Nederlands internationaal privaatrecht op de gestelde onrechtmatige daad van toepassing is. In de tweede plaats heeft het hof dit optreden getoetst aan de rechtsbeginselen die besloten liggen in art. 2 en 3 EVRM en art. 6 en 7 IVBPR (respectievelijk het recht op leven en het verbod op onmenselijke behandeling), omdat deze beginselen moeten worden beschouwd als regels van internationaal gewoonterecht die universele gelding hebben en waaraan de Staat is gebonden.

3.15.3 Blijkens rov. 6.20 van het tussenarrest heeft het hof geoordeeld dat de Staat, door te bewerkstelligen dat Mustafić de compound verliet en hem niet mee te nemen naar veilig gebied, waardoor Mustafić de dood heeft gevonden, onrechtmatig jegens Mustafić c.s. heeft gehandeld, zowel op grond van art. 154 Wet op het Verbintenissenrecht van Bosnië-Herzegovina als op grond

van schending van het recht op leven en het verbod op onmenselijke behandeling.

Vervolgens was het hof van oordeel dat de Staat op grond van art. 171 lid 1 Wet op het Verbintenissenrecht van Bosnië-Herzegovina aansprakelijk is voor het optreden van de leden van Dutchbat, die de schade *in the course of their work or in connection with work* hebben veroorzaakt. Toerekening aan de Staat volgt volgens het hof tevens uit het voormelde beginsel van *effective control*.

Voorts heeft het hof geoordeeld dat de Staat op grond van art. 155 Wet op het Verbintenissenrecht van Bosnië-Herzegovina aansprakelijk is voor de immateriële schade die Mustafić c.s. als gevolg van de dood van Mustafić hebben geleden en mogelijk nog lijden.

3.15.4 In rov. 6.21 van het tussenarrest is het hof tot de slotsom gekomen dat de vordering van Mustafić c.s. in die zin zal worden toegewezen dat voor recht wordt verklaard dat de Staat jegens Mustafić c.s. uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de schade die zij hebben geleden en zullen lijden als gevolg van de dood van Mustafić.

3.15.5 De onderdelen 5-9 van het middel bestrijden niet de hiervoor in 3.15.2 weergegeven beslissing van het hof om het verweten optreden van Dutchbat te beoordelen aan de hand van, enerzijds, het nationale recht van Bosnië-Herzegovina en, anderzijds, de rechtsbeginselen die besloten liggen in art. 2 en 3 EVRM en art. 6 en 7 IVBPR (respectievelijk het recht op leven en het verbod op onmenselijke behandeling).

Evenmin klagen de onderdelen 5-9 over onjuistheid van de hiervoor in 3.15.3 weergegeven oordelen van het hof voor zover deze inhouden dat toepassing van het nationale recht van Bosnië-Herzegovina meebrengt (i) dat de Staat jegens Mustafić c.s. onrechtmatig heeft gehandeld, door te bewerkstelligen dat Mustafić de compound verliet en hem niet mee te nemen naar veilig gebied, waardoor Mustafić de dood heeft gevonden, (ii) dat de Staat aansprakelijk is voor het optreden van de leden van Dutchbat, en (iii) dat de Staat aansprakelijk is voor de immateriële schade die Mustafić c.s. als gevolg van de dood van Mustafić hebben geleden en mogelijk nog lijden. Overigens belet art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO dat in cassatie de juistheid wordt onderzocht van deze oordelen van het hof voor zover zij

berusten op toepassing van het nationale recht van Bosnië-Herzegovina.

Voor zover de onderdelen 5-9 zich met motiveringsklachten keren tegen de beoordeling van het verweten optreden van Dutchbat aan de hand van het nationale recht van Bosnië-Herzegovina, verdient opmerking dat dergelijke klachten zich in dit geval niet laten beoordelen zonder daarbij ook de juistheid van het oordeel van het hof omtrent de inhoud en de uitleg van dat recht te betrekken, hetgeen meebrengt dat deze motiveringsklachten eveneens afstuiten op art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO.

Het vorenstaande brengt mee dat de hiervoor in 3.15.4 weergegeven slotsom waartoe het hof is gekomen, zelfstandig steunt op de in cassatie niet dan wel tevergeefs bestreden oordelen van het hof met betrekking tot het nationale recht van Bosnië-Herzegovina. De klachten die de onderdelen 5-9 richten tegen de beoordeling van het verweten optreden van Dutchbat aan de hand van de rechtsbeginselen die besloten liggen in art. 2 en 3 EVRM en art. 6 en 7 IVBPR (respectievelijk het recht op leven en het verbod op onmenselijke behandeling), kunnen dan ook niet tot cassatie leiden.

3.16 De Hoge Raad ziet aanleiding om naar aanleiding van de onderdelen 5-9 ten overvloede het navolgende te overwegen.

3.17.1 Onderdeel 5 strekt ten betoge dat aan beoordeling van het verweten optreden van Dutchbat aan de hand van de rechtsbeginselen die besloten liggen in art. 2 en 3 EVRM en art. 6 en 7 IVBPR in de weg staat dat de Staat in Srebrenica en op de compound in Potočári geen rechtsmacht als bedoeld in art. 1 EVRM en art. 2 lid 1 IVBPR had. Dit betoog faalt.

3.17.2 Blijkens rechtspraak van het EHRM is niet uitgesloten dat een verdragsluitende staat in buitengewone omstandigheden ook buiten zijn grondgebied de in art. 1 EVRM bedoelde rechtsmacht heeft (vgl. EHRM 7 juli 2011, nr. 55721/07, NJ 2012/430 (Al-Skeini e.a./Verenigd Koninkrijk)).

3.17.3 In dit geval vloeide de aanwezigheid van Dutchbat in Srebrenica en op de compound in Potočári voort uit de deelname van Nederland aan UNPROFOR, terwijl UNPROFOR zijn bevoegdheid tot optreden in Srebrenica ontleende aan de tussen de Verenigde Naties en Bosnië-Herzegovina

gesloten *Agreement on the status of the United Nations Protection Force in Bosnia and Herzegovina* (zie rov. 2.6 van het tussenarrest). Een en ander brengt mee dat de Staat bevoegd was om door middel van Dutchbat op de compound rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM uit te oefenen.

Voorts kan niet worden gezegd dat de Staat na de val van de enclave op 11 juli 1995 en meer in het bijzonder op het moment van het aan Dutchbat verweten optreden, in de feitelijke onmogelijkheid verkeerde om op de compound rechtsmacht als vorenbedoeld uit te oefenen. Het hof is blijkens de door hem tot uitgangspunt genomen feiten ervan uitgegaan dat het Bosnisch-Servische leger het gezag van Dutchbat over de compound waarop Dutchbat zich had teruggetrokken, tot het vertrek van Dutchbat op 21 juli 1995 heeft gerespecteerd. Die feiten bieden voldoende grondslag voor het oordeel dat de Staat, door middel van Dutchbat, daadwerkelijk in staat is geweest toe te zien op de naleving jegens Mustafić van de in art. 2 en 3 EVRM en art. 6 en 7 IVBPR verankerde mensenrechten.

3.18.1 De onderdelen 7 en 9 betogen dat het hof in rov. 6.8 en 6.11-6.14 van het tussenarrest ten onrechte

met kennis achteraf het optreden van Dutchbat heeft beoordeeld. Het hof had dienen te beoordelen of Dutchbat, gelet op hetgeen de leiding daarvan op het moment van het verweten optreden bekend was, in redelijkheid heeft kunnen besluiten en handelen zoals het heeft gedaan, welke maatstaf het hof in rov. 6.18 van het tussenarrest wél heeft aangelegd. In dit verband bepleiten de onderdelen een 'terughoudende toetsing' door de rechter, in het bijzonder nu sprake was van een oorlogssituatie, Dutchbat ter plaatse geen rechtsmacht had en de leiding van Dutchbat ook diende te waken voor de veiligheid van de personen werkzaam bij Dutchbat.

3.18.2 De onderdelen missen feitelijke grondslag voor zover zij klagen dat het hof het optreden van Dutchbat met kennis achteraf heeft beoordeeld. Blijkens rov. 6.8, 6.11-6.14 en 6.18 van het tussenarrest heeft het hof telkens de in de onderdelen bepleite maatstaf aangelegd of Dutchbat, gelet op hetgeen Dutchbat destijds bekend was, in redelijkheid heeft kunnen besluiten en handelen zoals het heeft gedaan.

3.18.3 Voor zover de onderdelen het hof verwijten de noodzaak van een terughoudende toetsing te hebben

miskend, treffen zij evenmin doel, nu voor een dergelijke terughoudende toetsing geen grondslag kan worden gevonden in het ongeschreven internationaal recht, het EVRM dan wel het IVBPR, en overigens ook niet in het nationale Nederlandse recht.

De door de onderdelen bepleite terughoudende toetsing zou meebrengen dat voor de beoordeling door de rechter van de gevolgen van het optreden van een troepenmacht in het kader van een vredesmissie - in dit geval: de aan Dutchbat en daarmee de Staat verweten gedragingen - nagenoeg geen ruimte zou bestaan. Een zo vergaande terughoudendheid is onaanvaardbaar. Dat wordt niet anders doordat de Staat hiervan nadelige gevolgen verwacht voor de uitvoering van vredesoperaties door de Verenigde Naties en meer in het bijzonder voor de bereidheid van lidstaten om troepen voor dergelijke operaties ter beschikking te stellen. Dit behoort immers niet in de weg te staan aan de mogelijkheid van rechterlijke beoordeling achteraf van gedragingen van de desbetreffende troepenmacht. Daarbij dient de rechter inderdaad te verdisconteren dat het hier gaat om onder grote druk in een oorlogssituatie genomen beslissingen, maar dit heeft het hof niet miskend.

3.19 De onderdelen 10 en 11 bouwen voort op de voorafgaande onderdelen en moeten dus hun lot delen.

#### 4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Mustafić c.s. begroot op € 373,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president F.B. Bakels als voorzitter en de raadsheren C.A. Streefkerk, M.A. Loth, C.E. Drion en M.V. Polak, en in het openbaar uitgesproken door de vice-president F.B. Bakels op 6 september 2013.

