

# ECLI:NL:GHDHA:2024:191

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	12-02-2024
Datum publicatie	12-02-2024
Zaaknummer	200.336.130/01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBDHA:2023:19744, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep kort geding
Inhoudsindicatie	levering F-35 onderdelen aan Israël in strijd met Gemeenschappelijk Standpunt EU en Wapenhandelsverdrag?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### GERECHTSHOF DEN HAAG

Civiel recht

Zaaknummer hof: 200.336.130/01

Zaaknummer rechtbank: C/09/657026 KG ZA 23-991

### Arrest van 12 februari 2024

in de zaak van

**1 Stichting Oxfam Novib,**

kantoor houdend in Den Haag,

**2 Stichting Vredesbeweging PAX Nederland,**

kantoor houdend in Utrecht,

### **3 Stichting The Rights Forum,**

kantoor houdend in Amsterdam,

appellanten in het principaal hoger beroep,

verweerders in het incidenteel hoger beroep,

advocaten: mr. L. Zegveld en mr. T.J.R. van der Sommen in Amsterdam,

tegen

### **de Staat der Nederlanden (Ministerie van Buitenlandse Zaken),**

zetelend in Den Haag,

verweerder in het principaal hoger beroep,

appellant in het incidenteel hoger beroep,

advocaten: mr. R.W. Veldhuis en mr. E.V. Koppe in Den Haag.

Het hof zal partijen hierna noemen Oxfam Novib, Pax en The Rights Forum (tezamen: Oxfam Novib c.s.) enerzijds en de Staat anderzijds.

## **1 De zaak in het kort**

- 1.1 Vanuit Woensdrecht worden onderdelen voor het F-35 gevechtsvliegtuig naar een aantal landen gedistribueerd, onder andere naar Israël. Deze onderdelen worden beschouwd als militaire goederen, wat betekent dat voor de export vanuit Nederland een vergunning nodig is. Die vergunning is in 2016 verleend.
- 1.2 Op 7 oktober 2023 heeft Hamas een aanval op Israël uitgevoerd, waarbij opzettelijk vele burgers zijn gedood, verwond en ontvoerd. Israël heeft op deze aanval gereageerd door aanvallen in de Gazastrook uit te voeren, de basis van waaruit Hamas opereert.
- 1.3 Naar aanleiding van de aanvallen van Israël in de Gazastrook heeft de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking (hierna: de Minister) beoordeeld of de uitvoervergunning voor F-35 onderdelen naar Israël kon worden gehandhaafd. Het resultaat van deze beoordeling was dat de Minister heeft besloten niet in de vergunning in te grijpen.
- 1.4 Oxfam Novib c.s. zijn het niet eens met de beslissing van de Minister. Oxfam Novib c.s. zijn van mening dat Israël door haar aanvallen in de Gazastrook het humanitaire oorlogsrecht schendt. Volgens Oxfam Novib c.s. vallen er disproportioneel veel burgerslachtoffers in Gaza, omdat Israël ook burgerdoelen aanvalt en verder bij haar aanvallen onvoldoende rekening houdt met de gevolgen voor de burgerbevolking. Oxfam Novib c.s. vorderen dat de rechter de Staat beveelt ervoor te zorgen dat de uitvoer van F-35 onderdelen vanuit Nederland naar Israël stopt.
- 1.5 Het hof is het met Oxfam Novib c.s. eens dat er een duidelijk risico bestaat dat met de F-35 ernstige schendingen van het humanitaire oorlogsrecht worden gepleegd. Op grond van verschillende internationale regelingen waarbij Nederland partij is moet Nederland in zón geval beperkingen opleggen ten aanzien van de uitvoer van militaire goederen. Dat betekent dat Nederland geen F-35 onderdelen naar Israël mag uitvoeren. De Minister is bij haar besluit om niet in de uitvoervergunning in te grijpen ten onrechte deze internationale verplichtingen niet nagekomen. Het hof beveelt de Staat dan ook de verdere uitvoer van F-35 onderdelen naar Israël te beletten.

## **2 Het procesverloop**

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit de volgende stukken:

- het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 15 december 2023, hierna: het (bestreden) vonnis, met de stukken van de eerste aanleg;
- de dagvaarding in turbo-spoedappel van 29 december 2023 waarmee Oxfam Novib c.s. in hoger beroep zijn gekomen van het bestreden vonnis en waarin zij tegen dat vonnis vijf grieven hebben aangevoerd en hun eis hebben gewijzigd (met producties 47 tot en met 81);
- de memorie van antwoord tevens memorie van grieven in incidenteel appel van de Staat (met producties 23 tot en met 39);
- producties 82 tot en met 100 van Oxfam Novib c.s.;
- de memorie van antwoord in het incidenteel appel van Oxfam Novib c.s. (met productie 101).

2.2 Op 22 januari 2024 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden. De advocaten hebben de zaak toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen die zij hebben overgelegd.

### 3 De feiten en achtergronden van deze zaak

#### *Het F-35 programma*

- 3.1 Nederland is één van de landen die als partner deelnemen aan het F-35 Lightning II-programma inzake de productie en het onderhoud van het in de Verenigde Staten (VS) geproduceerde F-35 gevechtsvliegtuig (de F-35). Nederland is een van de afnemers van de F-35. Israël is ook een afnemer van de F-35, maar geen partner in het F-35 programma.
- 3.2 Ten behoeve van het onderhoud van de F-35 zijn wereldwijd drie hubs opgezet, waarin (door de VS aangeleverde) onderdelen liggen opgeslagen om te worden doorgeleverd aan landen die over de F-35 beschikken. De in de hubs aanwezige F-35 onderdelen zijn eigendom van de VS en blijven dit totdat deze zijn gemonteerd in de F-35. In Nederland (Woensdrecht) is een dergelijke hub gevestigd, het Logistiek Centrum Woensdrecht. Vanuit de Nederlandse hub worden F-35 onderdelen geleverd aan onder meer Israël.

#### *Regelgeving met betrekking tot de uitvoer van (onderdelen van) militaire goederen*

##### *- nationale regelgeving*

- 3.3 De (onder 3.2 bedoelde) onderdelen voor de F-35 worden beschouwd als militaire goederen. De uitvoer of uitvoer van militaire goederen vanuit Nederland is op grond van art. 5 lid 1 respectievelijk art. 11 lid 1 van het (op de Algemene Douanewet gebaseerde) Besluit strategische goederen<sup>1</sup> (Bsg) verboden, tenzij daarvoor een vergunning is verleend. Een dergelijke vergunning wordt in ieder geval niet verleend voor zover dit voortvloeit uit internationale verplichtingen.<sup>2</sup> Tot die internationale verplichtingen behoren het Gemeenschappelijk Standpunt van de Europese Raad (zie hierna 3.6 e.v.) en het Wapenhandelsverdrag<sup>3</sup> (het *Arms Trade Treaty*).<sup>4</sup> De Minister kan een beschikkingsbevoegde<sup>5</sup> uitsluiten van het gebruik van een algemene uitvoervergunning of algemene uitvoervergunning ter bescherming van wezenlijke veiligheidsbelangen, openbare orde of openbare veiligheid (art. 6a lid 3 respectievelijk art. 13 lid 3 Bsg).
- 3.4 De Minister heeft in 2016 op grond van het Bsg bij ministeriële regeling de Regeling Algemene Vergunning NL009 (hierna: AV009) vastgesteld.<sup>6</sup> Deze algemene vergunning is alleen van toepassing op de levering van militaire goederen aan partijen aangesloten bij het F-35-programma. AV009 is zowel een algemene uitvoervergunning, een algemene uitvoervergunning, als een algemene overdrachtsvergunning.<sup>7</sup> Voor zover in deze zaak van belang kunnen op grond van AV009 F-35 onderdelen vanuit het depot Woensdrecht worden geleverd aan Israël, zonder dat voor elke afzonderlijke levering een aparte vergunning nodig is.
- 3.5 In AV009 is wat betreft de geldigheidsduur ervan geen einddatum bepaald en deze is dus in beginsel van kracht zolang het F-35 project loopt.<sup>8</sup> Art. 8 van AV009 luidt als volgt:

*De Algemene Vergunning NL009 mag niet langer worden gebruikt indien de geregistreerde gebruiker of beschikkingsbevoegde door de Minister in kennis zijn gesteld dat geïntegreerde buitenlandpolitieke- of veiligheidsafwegingen zich verzetten tegen voortgezet gebruik van de Algemene Vergunning NL009. Een kennisgeving om die reden kan te allen tijde plaatsvinden.*

De beschikkingsbevoegde is degene die bevoegd is over de militaire goederen te beschikken (art. 1 Bsg). De gebruiker is de beschikkingsbevoegde die zich heeft geregistreerd om gebruik te maken van AV009. Israël als land van bestemming is dus niet de beschikkingsbevoegde of gebruiker in de zin van AV009.

##### *-EU regelgeving: het EUGS*

- 3.6 Op 8 december 2008 heeft de Raad van de Europese Unie op grond van art. 15 (thans: art. 29) van het Verdrag betreffende de Europese Unie een Gemeenschappelijk Standpunt vastgesteld (hierna: het EUGS).<sup>9</sup> De lidstaten zijn daarin overeengekomen dat zij de uitvoer van militaire goederen en

technologie zullen toetsen aan de in het EUGS opgenomen normen. In het EUGS is in de overwegingen onder meer opgenomen dat staten die militaire goederen uitvoeren een bijzondere verantwoordelijkheid dragen, dat de lidstaten vastbesloten zijn hoge gemeenschappelijke normen vast te stellen die worden gezien als minimum voor het betrachten van terughoudendheid bij overdracht van militaire goederen door alle lidstaten en vastbesloten zijn de uitvoer te voorkomen van militaire goederen die voor binnenlandse onderdrukking of internationale agressie kunnen worden gebruikt, dan wel tot regionale instabiliteit kunnen bijdragen. Het EUGS is in 2019 gewijzigd, onder meer in verband met de inwerkingtreding van het Wapenhandelsverdrag, waarbij alle lidstaten partij zijn.<sup>10</sup> Het secretariaat-generaal heeft een Gids voor de gebruiker bij het EUGS gepubliceerd, als hulpmiddel voor de lidstaten bij de uitvoering van het EUGS (hierna: de Gebruikersgids).<sup>11</sup>

### 3.7 Het EUGS bepaalt in art. 2 lid 2 onder meer:

*Criterion 2: Eerbiediging van de mensenrechten in het land van eindbestemming en naleving van het internationaal humanitair recht in dat land*

(.)

*- De lidstaten evalueren de houding van het ontvangende land ten opzichte van belangrijke, in instrumenten van internationaal humanitair recht vastgelegde beginselen, en*

*c) weigeren een uitvoervergunning indien er een duidelijk risico bestaat dat de uit te voeren militaire goederen of technologie gebruikt worden bij het begaan van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht.*

*- het Wapenhandelsverdrag*

### 3.8 Op 24 december 2014 is het Wapenhandelsverdrag in werking getreden. In de considerans van het Wapenhandelsverdrag is (in de authentieke Engelse taal) het volgende opgenomen:

*Acknowledging that peace and security, development and human rights are pillars of the United Nations system and foundations for collective security and recognizing that development, peace and security and human rights are interlinked and mutually reinforcing,*

()

*Bearing in mind that civilians, particularly women and children, account for the vast majority of those adversely affected by armed conflict and armed violence,*

()

*Recognizing the voluntary and active role that civil society, including non-governmental organizations, and industry, can play in raising awareness of the object and purpose of this Treaty, and in supporting its implementation,*

()

*Determined to act in accordance with the following principles;*

*Principles*

()

*- Respecting and ensuring respect for international humanitarian law in accordance with, inter alia, the Geneva Conventions of 1949, and respecting and ensuring respect for human rights in accordance with, inter alia, the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights;*

3.9 Art. 7 Wapenhandelsverdrag luidt (voor zover hier van belang):

**Article 7. Export and Export Assessment**

*1.If the export is not prohibited under Article 6, each exporting State Party, prior to authorization of the export of conventional arms () under its jurisdiction and pursuant to its national control system, shall, in an objective and non-discriminatory manner, taking into account relevant factors (), assess the potential that the conventional arms or items:*

*()*

*(b)could be used to:*

*(i)commit or facilitate a serious violation of international humanitarian law;*

*()*

*3.If, after conducting this assessment and considering available mitigating measures, the exporting State Party determines that there is an overriding risk of any of the negative consequences in paragraph 1, the exporting State Party shall not authorize the export.*

*-verhouding EUGS en Wapenhandelsverdrag*

3.10 Het EUGS is in 2019 aangepast in verband met (onder meer) de tenuitvoerlegging van het Wapenhandelsverdrag.<sup>12</sup> Het hof leidt daaruit af dat naar de opvatting van de Raad er na die aanpassing geen inhoudelijke verschillen bestaan tussen het Wapenhandelsverdrag en het EUGS. Partijen gaan daar kennelijk ook vanuit. Zij hebben geen onderscheid gemaakt tussen de inhoudelijke bepalingen van het EUGS en die van het Wapenhandelsverdrag. Het hof gaat er in het navolgende dan ook vanuit dat de hiervoor geciteerde onderdelen van art. 2 lid 2 EUGS en art. 7 Wapenhandelsverdrag met elkaar in overeenstemming zijn en dat het duidelijk risico dat uit te voeren militaire goederen gebruikt worden bij het begaan van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (EUGS) naar inhoud en strekking niet verschilt van het *overriding risk* dat de uit te voeren militaire goederen *could be used to commit or facilitate a serious violation of international humanitarian law* (Wapenhandelsverdrag).<sup>13</sup> Als het hof hierna verwijst naar het EUGS moet daaronder tevens worden verstaan het Wapenhandelsverdrag, tenzij uit de context anders blijkt.

*-art. 1 Geneefse Conventies en art. 1 lid 1 Eerste Aanvullend Protocol bij die Conventies*

3.11 Oxfam Novib c.s. hebben onder meer een beroep gedaan op het gemeenschappelijke art. 1 van de Geneefse Conventies van 1949 (en het gelijklopende art. 1 lid 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij die Conventies van 1977). Deze bepaling luidt:

*The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention [this Protocol] in all circumstances.*

3.12 Het gemeenschappelijke artikel 1 van de Geneefse Conventies en art. 1 lid 1 Eerste Aanvullend Protocol bevat internationaal gewoonterecht.<sup>14</sup> Het is een bepaling die meer dan een aansporing aan de verdragspartijen bevat: het is een bindende verplichting voor de partijen bij het verdrag.<sup>15</sup> De overheersende opvatting in de literatuur is dat de verplichting *to ensure respect* niet alleen een interne maar ook een externe dimensie heeft, in die zin dat de verdragspartijen een verplichting hebben om te verzekeren dat een andere staat in overeenstemming handelt met (onder meer) internationaal humanitair recht.<sup>16</sup> Dit is bevestigd door het Internationaal Gerechtshof.<sup>17</sup> Dit betekent dat staten positieve stappen moeten nemen om andere staten ertoe te bewegen in overeenstemming te handelen met de Geneefse Conventies en het Aanvullend Protocol, in ieder geval waar het om ernstige overtredingen gaat.<sup>18</sup> Hoe ernstiger de inbreuk op het internationale humanitaire recht, hoe meer van een andere staat wordt verwacht om de inbreuk te doen stoppen. Het gaat hier om een inspanningsverbintenis: een staat is verplicht te doen wat redelijkerwijs binnen zijn vermogen ligt in de gegeven omstandigheden.<sup>19</sup> Meer in het bijzonder moet worden aangenomen dat de verplichting van art. 1 meebrengt dat indien een staat ervan op de hoogte is dat een andere staat ernstige schendingen van internationaal humanitair recht begaat met behulp van de door de eerste staat

geleverde wapens, het in strijd is met art. 1 om deze wapenleveranties voort te zetten.<sup>20</sup>

#### *Ontwikkelingen sinds 7 oktober 2023*

- 3.13 Op 7 oktober 2023 heeft Hamas vanuit de Gazastrook aanvallen op Israël uitgevoerd, waarbij ongeveer 1200 personen, voornamelijk burgers onder wie ook jonge kinderen, opzettelijk zijn gedood. Ook heeft Hamas ongeveer 240 personen als gijzelaars meegenomen, van wie velen tot op de dag van vandaag niet zijn vrijgelaten. Tussen partijen is (terecht) niet in geschil dat Hamas zich hiermee aan oorlogsmisdaden heeft schuldig gemaakt.
- 3.14 Israël heeft op deze aanval gereageerd door aanvallen uit te voeren op doelen in de Gazastrook. Daarbij zijn bombardementen uitgevoerd en zijn Israëlische troepen Gaza binnengetrokken. Als gevolg van deze aanvallen zijn inmiddels (minstens) 19.000 personen om het leven gekomen, onder wie 7.700 kinderen. Meer dan 52.000 personen zijn gewond geraakt.
- 3.15 In verband met deze ontwikkelingen heeft de Minister onderzocht of, zoals voorzien in art. 8 AV009, geïntegreerde buitenlandpolitieke- of veiligheidsafwegingen zich verzetten tegen voortgezet gebruik van deze vergunning. De Minister heeft geconcludeerd dat dit niet het geval is. Dit standpunt is nadien niet veranderd. Daarbij heeft de Minister de volgende overwegingen in haar afweging betrokken: (i) Israël moet voor zijn voortbestaan kunnen reageren op (terreur)dreigingen uit de (fundamenteel onveilige) regio en heeft er groot belang bij dat uitbreiding van het conflict naar de regio wordt voorkomen door onder meer de afschrikwekkende werking die van de F-35 uitgaat, (ii) het eventuele risico dat de F-35 onderdelen gebruikt zouden kunnen worden bij ernstige schendingen van het humanitair oorlogsrecht, maar het staat niet vast dat Israël het humanitair oorlogsrecht schendt, (iii) stopzetting van de levering van F-35 onderdelen aan Israël zou zeer grote schade aanrichten aan de goede betrekkingen van Nederland met Israël en de Verenigde Staten en zou ook het vertrouwen beschadigen van andere bondgenoten die deelnemen aan het F-35 project, en (iv) op basis van AV009 is het niet mogelijk een bepaald land als bestemming uit te sluiten van leveringen; alle leveranciers aan Israël zouden dan uitgesloten moeten worden, maar dat zou betekenen dat die leveranciers dan ook niet meer aan andere landen mogen leveren zodat telkens individuele vergunningen zouden moeten worden aangevraagd, hetgeen belemmerend werkt.<sup>21</sup>

#### *De eisende partijen: Oxfam Novib c.s.*

- 3.16 Oxfam Novib is een stichting die onder meer als statutaire doelstelling heeft het bevorderen van een wereldsamenleving waarin de sociaaleconomische tegenstellingen tussen arm en rijk worden doorbroken, waarin de welvaart van de wereld rechtvaardig is verdeeld, en waarin mensen en bevolkingsgroepen elkaars culturen kunnen leren kennen en respecteren en ten behoeve van hun ontwikkeling samenwerken op basis van gemeenschappelijke verantwoordelijkheid en onderlinge solidariteit (art. 2.1). De statuten vermelden verder dat Oxfam Novib haar doel onder meer tracht te bereiken door het in het algemeen bevorderen van al hetgeen dat zou kunnen leiden tot het tot stand komen van een wereldrechtsorde, waarvan een universele ontwikkelingsstrategie een integraal deel vormt (art. 2.3 onder g). Oxfam Novib heeft medewerkers die in Gaza verblijven en zich daar in samenwerking met Palestijnse organisaties bezig houden met humanitaire hulp en ontwikkelingssamenwerking.
- 3.17 Pax is een stichting die onder meer als statutaire doelstelling heeft het beschermen van burgers tegen oorlogsgeweld, het beëindigen van gewapende conflicten en het bijdragen aan vreedzame en rechtvaardige samenlevingen, het bevorderen van mensenrechten alsmede het bijdragen aan de internationale rechtsorde en een cultuur van vrede in Nederland en wereldwijd en al hetgeen met vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin van het woord.
- 3.18 The Rights Forum is een stichting die zich blijkens haar statuten ervoor inzet dat het conflict tussen Israël en de Palestijnen wordt beëindigd door het sluiten van vrede op basis van het internationale recht: verdragen, resoluties van de Verenigde Naties, uitspraken van het Internationaal Gerechtshof, dat de partijen bij dit conflict zich, ook zolang een vredesregeling uitblijft, gedragen overeenkomstig het humanitair oorlogsrecht en met eerbiediging van de rechten van de mens, dat de regering van Nederland ernst maakt met de opdracht, haar door de Grondwet gegeven, de ontwikkeling van de internationale rechtsorde te bevorderen, ook in Israël en de bezette Palestijnse gebieden en dat de Europese Unie, daartoe ook door Nederland aangemoedigd, haar verantwoordelijkheid als economische

en daardoor ook politieke grootmacht ten volle neemt door de partijen bij dit conflict te noodzaken zich te onthouden van schendingen van het internationale recht.

#### *De standpunten van partijen in het kort*

- 3.19 Oxfam Novib c.s. hebben dit kort geding tegen de Staat aangespannen omdat zij het er niet mee eens zijn dat de Staat toestaat dat vanuit Nederland F-35 onderdelen worden uitgevoerd naar Israël. Oxfam Novib c.s. zijn van mening dat de Staat de (verdere) export van F-35 onderdelen vanuit het depot Woensdrecht moet beletten. Oxfam Novib c.s. voeren hiertoe kort gezegd het volgende aan. Israël maakt zich bij de aanvallen op doelen in Gaza schuldig aan schendingen van internationaal humanitair recht, althans het duidelijke risico bestaat dat Israël zich daaraan schuldig maakt. Israël valt in strijd met het humanitair oorlogsrecht burgerdoelen aan en brengt bij de aanval op militaire doelen disproportionele schade toe aan burgers. Ook is er volgens Oxfam Novib c.s. een betrouwbare aanwijzing van een ernstig risico op dreigende genocide. Gelet hierop is de Staat volgens Oxfam Novib c.s. op grond van het EUGS, het Wapenhandelsverdrag en andere verdragen en internationaalrechtelijke verplichtingen gehouden de verdere export van F-35 onderdelen te beletten.
- 3.20 De Staat verwerpt het standpunt van Oxfam Novib c.s. De Staat voert in de eerste plaats aan dat Oxfam Novib niet ontvankelijk is in haar vorderingen omdat Oxfam Novib volgens de Staat de belangen waarvoor zij in deze procedure stelt op te komen niet volgens haar statuten behartigt. Daarnaast geldt dat noch het EUGS noch het Wapenhandelsverdrag een staat verplichten om een eenmaal afgegeven vergunning opnieuw te toetsen op grond van later opgekomen omstandigheden. Bovendien mocht de Minister op grond van art. 8 AV009 een bredere afweging maken, waarin zij ook andere belangen zoals de relatie met Israël en de VS laat meewegen. De door de Minister gemaakte afweging kan door de rechter slechts beperkt worden getoetst, omdat op het gebied van (nationale) veiligheid en buitenlands beleid aan de Staat een grote beleids- en beoordelingsvrijheid toekomt. Verder bestrijdt de Staat dat tot uitgangspunt zou kunnen worden genomen dat de F-35 gevechtsvliegtuigen betrokken zijn bij schendingen van internationaal humanitair recht. Daarvoor is onvoldoende informatie beschikbaar over de precieze rol van de F-35s en over de omstandigheden en afwegingen betreffende concrete gevechtshandelingen, zoals bombardementen. Volgens de Staat is evenmin aangetoond dat er een risico is op genocide.

## **4 De procedure**

- 4.1 Oxfam Novib c.s. vorderen in dit kort geding, samengevat en voor zover nog van belang in hoger beroep, dat de Staat wordt bevolen de (feitelijke) uitvoer en doorvoer van F-35 onderdelen naar Israël te staken en geen nieuwe uitvoer of doorvoer daarvan meer toe te staan, totdat dit niet meer in strijd is met de verplichtingen van de Staat. Ook vorderen Oxfam Novib c.s. de Staat te gebieden de uitvoer en doorvoer op grond van de AV009 met eindbestemming Israël in overeenstemming te brengen met de internationale verplichtingen van de Staat, zoals het EUGS en het Wapenhandelsverdrag. De Staat heeft deze vorderingen bestreden.
- 4.2 De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van Oxfam Novib c.s. afgewezen. Het oordeel van de voorzieningenrechter komt op het volgende neer.
- (i) Oxfam Novib is ontvankelijk in haar vordering. Gelet op haar statutaire doelstelling behartigt Oxfam Novib ook de belangen van (Palestijnse) burgers in Gaza die slachtoffer zijn, dan wel dreigen te worden van oorlogsgeweld en kan zij opkomen voor het algemeen belang dat is gediend bij het naleven van internationaal humanitair oorlogsrecht, mensenrechten en het voorkomen van genocide. Bovendien heeft Oxfam Novib een eigen belang in verband met de werknemers die in Gaza verblijven en die daar te vrezen hebben voor hun leven.
- (ii) AV009 is voorafgaand aan de vaststelling daarvan getoetst aan de criteria vermeld in het EUGS. Er zijn thans weliswaar nieuwe omstandigheden door het oplaaien van het Israëlisch-Palestijns conflict, maar noch het EUGS noch het Wapenhandelsverdrag bevat de verplichting een eenmaal afgegeven vergunning opnieuw te toetsen als de omstandigheden wijzigen.
- (iii) De Staat heeft wel de verplichting om te beoordelen of het voortgezet gebruik van AV009 voor wat betreft Israël in stand kan blijven, maar hij heeft de vrijheid daarbij een bredere afweging te maken



dan uitsluitend aan de criteria van het EUGS te toetsen. Bij die (bredere) toetsing komt aan de Staat een grote beleids- en beoordelingsruimte toe, omdat het gaat om vragen die nauw verband houden met vragen van (nationale) veiligheid en buitenlands beleid.

(iv) Wat betreft de vraag hoe de uitgevoerde F-35 onderdelen worden aangewend, is relevant of de uit te voeren onderdelen gebruikt worden bij het begaan van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht. Als de F-35 een bijdrage levert aan het kunnen uitvoeren van bombardementen door andere vliegtuigen is aan dit vereiste voldaan. Gezien de geavanceerde eigenschappen waarover de F-35 beschikt is zeer aannemelijk dat de F-35 deze bijdrage levert daar waar sprake zou zijn van schendingen.

(v) Het standpunt van de Staat dat specifieke informatie over de concrete gevechtshandelingen ontbreekt is niet onbegrijpelijk. De beoordeling van de Minister ziet uitsluitend op het gebruik van de F-35. De gevolgen van andere oorlogshandelingen van Israël, hoe verwerpelijk die ook (kunnen) zijn, kunnen in deze beoordeling niet worden betrokken.

(vi) De redenering van de Minister dat de F-35, mede door de afschrikwekkende werking ervan, voor Israël ook van groot belang is om uitbreiding van het conflict naar de regio te voorkomen is niet onbegrijpelijk. Ook kon de Minister in redelijkheid meewegen dat een aantasting van AV009 een negatieve invloed zal hebben op de betrekkingen met de landen die binnen het programma samenwerken, waaronder de VS en Israël.

(vii) Art. 8 AV009 lijkt, anders dan de Staat aanvoert, de mogelijkheid te bieden om alleen een (geregistreerde) gebruiker (Israël) in kennis te stellen dat voortgezet gebruik van de vergunning niet langer is toegestaan. Wel is aannemelijk dat een wijziging in de logistieke keten van het programma een verslechterde operationele gereedheid tot gevolg zal hebben en daarmee een negatieve invloed kan hebben op de nationale veiligheid van de bij het F-35-project betrokken landen.

(viii) De conclusie is dat de Minister in redelijkheid tot haar beslissing heeft kunnen komen.

#### 4.3 In hoger beroep hebben Oxfam Novib c.s. hun eis gewijzigd. Zij vorderen thans, bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest:

I. De Staat te gebieden per direct iedere (feitelijke) uitvoer en doorvoer van F-35 onderdelen met eindbestemming Israël te (doen) staken, in ieder geval totdat de bodemrechter uitspraak heeft gedaan of tot het moment dat de uitvoer en doorvoer niet meer in strijd is met verplichtingen die op de Staat rusten; althans de Staat te gebieden thans (opnieuw) te beoordelen of de voortgezette (feitelijke) uitvoer en doorvoer van F-35 onderdelen naar Israël doorgang mag hebben;

II. De Staat te verbieden per direct nieuwe uit- en doorvoer van F-35 onderdelen met eindbestemming Israël toe te staan, in ieder geval totdat de bodemrechter uitspraak heeft gedaan of tot het moment dat de uit- en doorvoer niet meer in strijd is met verplichtingen die op de Staat rusten; althans de Staat te gebieden om thans (opnieuw) te beoordelen of nieuwe uit- en doorvoer van F-35 onderdelen met eindbestemming Israël toegestaan kan worden;

III. De Staat te gebieden onverwijld de uit- en doorvoer op grond van de Regeling Algemene Vergunning NL009 met eindbestemming Israël in overeenstemming te brengen met de internationale verplichtingen van de Staat die volgen uit onder meer het Gemeenschappelijk Standpunt en het Wapenhandelsverdrag, althans binnen een termijn die het hof geraden acht;

IV. Althans zodanige voorzieningen te treffen die het hof geraden acht;

V. De Staat te veroordelen in de kosten van dit geding, althans de kosten van partijen te compenseren, met de bepaling dat indien deze kosten niet zijn betaald binnen veertien dagen na de datum waarop het arrest is gewezen, wettelijke rente daarover verschuldigd zal zijn.

#### 4.4 Oxfam Novib c.s. hebben vijf grieven aangevoerd tegen het vonnis van de voorzieningenrechter. In grief 1 betogen Oxfam Novib c.s. dat de voorzieningenrechter een onjuist toetsingskader hanteert door slechts na te gaan of de Staat in redelijkheid heeft kunnen komen tot zijn handelwijze. Europese en internationale verplichtingen van de Staat moeten leiden tot staking van de export van F-35-onderdelen. Met grief 2 betogen Oxfam Novib c.s. dat de feiten kwalificeren als schendingen van het humanitair oorlogsrecht, als genocide en als mensenrechtenschendingen, althans als een reëel risico op dergelijke schendingen, die worden gepleegd met behulp van F-35s. Grief 3 houdt in dat de Staat

op grond van zijn verplichtingen onder het algemene volkenrecht, de Geneefse Conventies, het Genocideverdrag en diverse mensenrechtenverdragen gehouden is de export van F-35 onderdelen te staken. Oxfam Novib c.s. voeren in grief 4 aan dat de Staat verplicht is de export van F-35 onderdelen naar Israël te staken op grond van het EUGS en het Wapenhandelsverdrag. Oxfam Novib c.s. betwisten dat AV009 bij vaststelling in 2016 aan het EUGS is getoetst en bovendien, aldus Oxfam Novib c.s., had de Staat na 7 oktober 2023 AV009 opnieuw aan het EUGS moeten toetsen, wat tot een negatieve beoordeling had moeten leiden. Daarnaast is AV009 in strijd met hogere regelgeving en daarom onmiskenbaar onverbindend. Met grief 5 komen Oxfam Novib c.s. op tegen de toetsing door de voorzieningenrechter van de door de Minister gemaakte belangenafweging. Indien al van een dergelijke belangenafweging zou mogen worden uitgegaan, dan heeft de voorzieningenrechter onvoldoende meegewogen dat er een duidelijk risico bestaat op ernstige schendingen van het oorlogsrecht door de inzet van F-35s. Aan de wel door de voorzieningenrechter in aanmerking genomen omstandigheden heeft hij ten onrechte of teveel gewicht toegekend.

- 4.5 De Staat heeft bij memorie van antwoord de grieven bestreden en incidenteel hoger beroep ingesteld. Daarbij voert de Staat in de eerste plaats aan dat de voorzieningenrechter Oxfam Novib ten onrechte ontvankelijk heeft verklaard in haar vorderingen. Verder is de Staat van mening dat de voorzieningenrechter van een onjuist toetsingskader is uitgegaan. Deze (incidentele) grief komt er kort gezegd op neer dat de burgerlijke rechter (in kort geding) het handelen van de Staat inzake wapenexport niet of slechts zeer beperkt kan toetsen aan het EUGS en het Wapenhandelsverdrag.

## **5 Beoordeling van het hoger beroep**

### *A. Ontvankelijkheid van Oxfam Novib*

- 5.1 Het hof zal eerst ingaan op de incidentele grief van de Staat, waarin hij aanvoert dat de voorzieningenrechter Oxfam Novib ten onrechte ontvankelijk heeft geacht in haar vorderingen. De grief houdt in dat Oxfam Novib stelt op te komen voor de belangen van (Palestijnse) burgers in Gaza die slachtoffer zijn, dan wel dreigen te worden, van oorlogsgeweld en voor het algemeen belang dat is gediend bij het naleven van humanitair oorlogsrecht, mensenrechten en het voorkomen van genocide en bij het Nederlands wettelijk kader over exportbeleid. Volgens de Staat vallen deze belangen niet onder de statutaire doelstelling van Oxfam Novib. Volgens de Staat valt niet in te zien hoe het verbod op de uitvoer van F-35 onderdelen een wereldsamenleving bevordert. Daarnaast meent de Staat dat Oxfam Novib niet kan worden ontvangen in haar vorderingen die zij als werkgever heeft ingesteld, omdat de belangen van Oxfam Novib in deze procedure al door Pax en The Rights Forum worden behartigd. De wet zou volgens de Staat niet toelaten dat individuele gedupeerden als partij optreden in een procedure waarin hun belangen reeds door een collectieve belangenbehartiger worden behartigd.
- 5.2 De grief faalt. In de eerste plaats ligt voor de hand dat een wereldsamenleving impliceert dat landen en volken met elkaar in vrede leven. Het is duidelijk dat daarvan thans in Gaza geen sprake is. Het door Oxfam Novib met deze zaak nagestreefde belang is dat Israël ophoudt met de (door Oxfam Novib gestelde) schendingen van het internationale humanitair recht. Dat belang valt onder het doel van het bevorderen van een (vreedzame) wereldsamenleving. In de tweede plaats bepalen de statuten van Oxfam Novib dat zij dit doel, het bevorderen van een wereldsamenleving, onder meer tracht te bereiken door het bevorderen van het tot stand komen van een wereldrechtsorde (art. 2.3 onder g). Oxfam Novib wil met dit geding bereiken dat Nederland niet langer bijdraagt aan schending van het internationaal humanitair recht doordat Nederland zijn internationaalrechtelijke verplichtingen op het gebied van de wapenexport veronachtzaamt. Dat doel kan onmiskenbaar bijdragen aan het tot stand brengen van een wereldrechtsorde.
- 5.3 De conclusie is dat Oxfam Novib reeds op deze gronden ontvankelijk is in haar vorderingen. Het hof hoeft dus niet in te gaan op de vraag of Oxfam Novib ook in haar hoedanigheid van werkgever ontvankelijk is.

### *B. Duidelijk risico op ernstige schendingen van internationaal humanitair recht?*

- 5.4 Een belangrijke grondslag voor de vorderingen van Oxfam Novib c.s. is het standpunt dat er een duidelijk risico bestaat dat de naar Israël uit te voeren F-35 onderdelen gebruikt worden bij het

begaan van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht in de zin van art. 2 lid 2 onder c) EUGS (hierna ook: het duidelijke risico). Volgens Oxfam Novib c.s. leidt het bestaan van dit duidelijke risico tot de verplichting van de Staat een eind te maken aan de uitvoer dan wel doorvoer van F-35 onderdelen vanuit Woensdrecht naar Israël.

- 5.5 Voor de toetsing van de vraag of sprake is van een duidelijk risico zal het hof eerst kort beschrijven welke verplichtingen het humanitair oorlogsrecht aan strijdende partijen oplegt (b.1). Vervolgens zal het hof uiteenzetten van welke feiten en rapportages het uitgaat (b.2). Tot slot van dit hoofdstuk B zal het hof nagaan wat de rol van de F-35 in de oorlogsvoering in Gaza is (geweest) (b.3).

*b.1. verplichtingen onder het humanitair oorlogsrecht*

- 5.6 Internationaal humanitair recht is het recht dat van toepassing is in, kort gezegd, oorlogssituaties en strekt ter bescherming van personen die niet of niet meer aan de vijandelijkheden deelnemen. Onder internationaal humanitair recht en humanitair oorlogsrecht wordt in beginsel hetzelfde verstaan. De twee termen worden hierna door elkaar heen gebruikt. De regels van humanitair oorlogsrecht zijn met name neergelegd in de Geneefse Conventies van 1949 en in het Eerste Aanvullend Protocol bij deze Conventies van 1977. Nederland is partij bij de Geneefse Conventies en het Eerste Aanvullend Protocol.<sup>22</sup> Overigens is een aanzienlijk deel van de regels van het Eerste Aanvullend Protocol internationaal gewoonterecht.<sup>23</sup>

- 5.7 Tussen partijen lijkt geen verschil van inzicht te bestaan over de normen van humanitair oorlogsrecht, waaraan het militaire optreden van Israël in de Gazastrook moet worden getoetst. Die normen gelden uiteraard ook voor Hamas en hiervoor is reeds opgemerkt dat niet ter discussie staat dat Hamas met haar aanvallen op 7 oktober 2023 oorlogsmisdaden heeft gepleegd. Dat Israël met haar aanvallen op Gaza op deze misdaden reageert en uit zelfverdediging zegt te handelen, betekent echter niet dat de Staat niet meer hoeft na te gaan of Israël zich houdt aan de normen van humanitair oorlogsrecht. Ook de omstandigheid dat aannemelijk is dat Hamas burgers als menselijk schild gebruikt, hoe verwerpelijk en ongeoorloofd dat ook is, betekent niet dat de regels omtrent de bescherming van burgers niet meer van toepassing zijn.<sup>24</sup>

- 5.8 Op grond van het humanitair oorlogsrecht moet onderscheid worden gemaakt tussen militaire doelen (*combatants* en *military objectives*) enerzijds en burgerdoelen (*civilians* en *civilian objects*) anderzijds. Onder *military objectives* worden verstaan *objects which by their nature, location and purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage*.<sup>25</sup> Alleen militaire doelen zijn een legitiem doelwit van gewapende aanvallen.

- 5.9 Zogenaamde *indiscriminate attacks*, aanvallen die geen onderscheid maken tussen militaire doelen en burgerdoelen, zijn verboden.<sup>26</sup> Burgerdoelen mogen niet worden aangevallen. Bij twijfel over de vraag of iets een militair doel of een burgerdoel is moet worden aangenomen dat het gaat om een burgerdoel.<sup>27</sup> Indien een militair doel wordt aangevallen moet een inschatting worden gemaakt of een dergelijke aanval bijkomende schade (*collateral damage*) aan burgerdoelen toebrengt. Indien dergelijke *collateral damage excessive [is] in relation to the concrete and direct military advantage anticipated* mag de aanval niet plaatsvinden.<sup>28</sup> Bij het uitvoeren van militaire operaties moet constante zorg worden betracht om burgers en burgerdoelen te sparen, waaronder het geven van een effectieve waarschuwing vooraf, tenzij de omstandigheden dit niet toelaten.<sup>29</sup> Het aanvallen van onder meer *agricultural areas* en *drinking water installations* is verboden.<sup>30</sup>

*b.2. feiten en rapporten waarvan het hof in dit kort geding uitgaat*

- 5.10 Het hof gaat uit van de volgende feiten, die door Oxfam Novib c.s. zijn gesteld en die door de Staat niet dan wel onvoldoende gemotiveerd zijn weersproken:

a. bijna de helft van de door Israël op Gaza gegooidde bommen zijn domme bommen, dat wil zeggen ongeleide bommen die doorgaans niet of minder precies zijn;<sup>31</sup>

b. 60% van alle wooneenheden in Gaza is verwoest of beschadigd; 1,9 miljoen mensen, bijna 85% van de bevolking van Gaza, zijn ontheemd;<sup>32</sup>

c. IDF (Israeli Defence Force, hof) woordvoerder Rear Admiral Daniel Hagari heeft blijkens de website van het IDF verklaard:<sup>33</sup>

*These neighborhoods are densely populated urban areas that Hamas thought they could use for their purposes, using the Gazan population as human shields. These strikes are only the beginning when it comes to the city of Gaza. The IAF [Israeli Air Force, hof] continues to strike every neighborhood we have even a chip of intelligence regarding terrorist activity in.*

d.OCHA (United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs) rapporteerde dat op 19 december 2023 het dodental in Gaza 19.667 (Palestijnse) personen bedroeg, onder wie 5.153 vrouwen en 7.729 kinderen, en het aantal gewonden 52.586;<sup>34</sup>

e.uit hetzelfde rapport van OCHA blijkt: 44% van de huishoudens in Gaza rapporteert *very severe hunger*, 11% *severe hunger* en 31% *moderate hunger*; elf bakkerijen worden als vernietigd gerapporteerd; sinds 7 november 2023 is geen bakkerij meer operationeel en op 15 november 2023 is de laatste operationele graanmolen gebombardeerd;<sup>35</sup>

f.uit hetzelfde OCHA rapport blijkt: *hospitals are under heavy strikes en the number of functional hospitals has dropped from 36 to 8*; ook de Nederlandse regering wijst erop dat veel van de 36 ziekenhuizen in Gaza niet meer functioneren door onder andere een gebrek aan brandstof en schade door beschietingen, terwijl volgens het humanitair oorlogsrecht ziekenhuizen te allen tijde worden ontzien en beschermd;<sup>36</sup>

g.Israël bombardeert watervoorzieningen;<sup>37</sup>

h.in een artikel van +972 Magazine wordt geschreven dat Israël voorheen *power targets* slechts aanviel nadat daarin verblijvende burgers waren geëvacueerd, maar dat in het huidige conflict in Gaza niet op evacuatie wordt gewacht; de Chief of Staff van de Israëlische luchtmacht bevestigt dat de voorheen geldende *roof knocking policy*, waarmee burgers gewaarschuwd werden om het aan te vallen pand te verlaten, niet meer wordt toegepast.<sup>38</sup>

5.11 Het hof neemt ook de volgende rapportages en signaleringen van (agentschappen van) de Verenigde Naties en internationale mensenrechtenorganisaties in aanmerking:

a.twee rapportages van Amnesty International van 20 oktober 2023 en 5 december 2023<sup>39</sup>, waarin Amnesty International aan de hand van onderzoek ter plaatse concludeert dat burgerdoelen zijn aangevallen, althans dat sprake is van *indiscriminate attacks*, dat niet alle mogelijke voorzorg was betracht om burgers te ontzien en dat deze aanvallen als oorlogsmisdaden moeten worden onderzocht omdat er *damning evidence* is dat Israël oorlogsmisdaden begaat;

b.[Rapporteur 1] , *Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health* van de UN Human Rights Council, heeft blijkens een persbericht van de Verenigde Naties van 7 december 2023<sup>40</sup> gezegd dat in Gaza ten minste 364 aanvallen op gezondheidsdiensten zijn geconstateerd, dat het Al-Indonesi ziekenhuis 35 keer is gebombardeerd, dat *the healthcare infrastructure in the Gaza strip has been completely obliterated* en dat sprake is van een onmetelijk aantal schendingen van de speciale bescherming die burgers, kinderen en medisch personeel genieten onder internationaal humanitair recht;

c.de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties heeft op 15 november 2023 een resolutie aangenomen waarin diepe zorg wordt uitgesproken over het disproportionele effect van de situatie in Gaza op kinderen en waarin alle partijen worden opgeroepen hun verplichtingen onder internationaal humanitair recht na te leven;<sup>41</sup>

d.[Rapporteur 2] , *UN Special Rapporteur on the right to adequate housing*, heeft blijkens een persbericht van 8 november 2023 de aanvallen op burgerdoelen in Gaza (*domicide* volgens hem) veroordeeld en erop gewezen dat ook als *combatants* (Hamas strijders, hof) hun toevlucht nemen in burgerwoningen het verboden is een heel appartementengebouw aan te vallen indien dat tot disproportionele schade leidt;<sup>42</sup>

e.blijkens een persbericht van 19 oktober 2023 hebben negen VN experts (waaronder [Rapporteur 3] , *Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian Territory occupied since 1967*), gewezen op de *wilful and systematic destruction of civilian homes and infrastructure, known as domicile*, en verklaard dat Israël *crimes against humanity* pleegt waarvoor geen rechtvaardiging of uitzondering bestaat;<sup>43</sup>

f. blijkens een persbericht van 8 december 2023 heeft een groot aantal VN Experts gesignaleerd dat het door het Israëliëse leger uitgevoerde *massive bombardment* onverenigbaar is met internationaal humanitair recht en dat het leger ziekenhuizen, scholen, vluchtelingenkampen, woningen, markten en religieuze gebouwen niet heeft ontzien.<sup>44</sup>

5.12 De Staat heeft de bevindingen van Amnesty International in twijfel getrokken. De Staat vraagt zich af of Amnesty International zelf de Gazastrook heeft kunnen bezoeken. Ook stelt de Staat dat voor een oordeel over de legitimiteit van geweldgebruik specifieke operationele informatie nodig is waarover een ngo als Amnesty International niet beschikt. Het hof stelt voorop dat bevindingen van ngos als Amnesty International uiterst serieus moeten worden genomen, met name waar het gaat om de vraag of het internationaal humanitair recht is geschonden. Dat is kennelijk ook de opvatting van de minister van Buitenlandse Zaken in haar brief aan de Tweede Kamer van 18 november 2023.<sup>45</sup> Ook blijkens de considerans van het Wapenhandelsverdrag (3.8 hiervoor) kunnen ngos een rol spelen bij de uitvoering van dat verdrag. Daarnaast kunnen volgens de Gebruikersgids bij de toepassing van criterium 2 van het EUGS rapporten van internationale ngos aanvullend worden gebruikt.<sup>46</sup> Dit brengt mee dat het hof er in dit kort geding van uitgaat dat Amnesty International is afgegaan op informatie die zij betrouwbaar acht. Dit betreft met name de bevinding van Amnesty International dat talloze burgers zijn omgekomen, terwijl ter plaatse geen aanwezigheid van militaire activiteiten kon worden vastgesteld.

5.13 De Staat heeft ook de bevindingen van de VN experts bestreden. Volgens de Staat heeft de *UN Special Rapporteur on the right to adequate housing* geen bijzondere expertise ten aanzien van het humanitair oorlogsrecht en beschikt hij niet over adequate informatie om een dergelijke complexe beoordeling te kunnen maken. Van andere standpunten van de *Special Rapporteurs* stelt de Staat dat deze geen valide juridische oordelen over de inzet van de F-35 of het Israëliëse gewapende optreden inhouden. Het hof gaat er echter vanuit dat de *Special Rapporteurs* zeer wel in staat moeten worden geacht een inschatting te maken van de feitelijke situatie in Gaza en van de vraag of burgerdoelen zijn getroffen en of toegebrachte schade proportioneel is. Het is op zichzelf juist dat uit deze bronnen niet een definitief juridisch oordeel kan worden afgeleid over de vraag of Israël het humanitair oorlogsrecht heeft geschonden, maar dat is ook niet nodig. Het gaat in dit kort geding immers om de vraag of er een duidelijk risico op dergelijke schendingen bestaat.

### *b.3. inzet F-35*

5.14 Met betrekking tot de inzet van de F-35 boven Gaza gaat het hof uit van de volgende feiten, die door de Staat niet dan wel onvoldoende gemotiveerd weersproken zijn:

a. de Staat bevestigt dat de F-35 wordt ingezet ter ondersteuning van de in Gaza aanwezige Israëliëse grondtroepen;<sup>47</sup>

b. in een interview heeft een F-35 piloot onder meer verklaard dat de luchtmacht nu ongeveer een maand bezig is met het uitvoeren van aanvallen en verdedigingen, met name in Gaza, en dat we zeer belangrijke aanvallen hebben uitgevoerd die het Hamas-regime in de Gazastrook ernstig beschadigen en de afgelopen dagen zij aan zij hebben gewerkt met de grondtroepen en hen voorzien hebben van een luchtparaplu met enorme vuurkracht;<sup>48</sup>

c. uit een interview met een F-35 pilote van 13 januari 2023 blijkt dat zij doelen in Gaza bombardeert, dat de definitie van incidentele schade na 7 oktober 2023 sterk is gewijzigd (in die zin dat de mogelijkheid van incidentele schade minder snel leidt tot het ontzien van het doelwit) en dat, sinds de grondtroepen Gaza zijn binnengetrokken, er geen ruimte meer is om een wijk klein te maken omdat de grondtroepen van huis naar huis gaan;<sup>49</sup>

d. Air Force Lt Gen. [Lt Gen] (USAF) heeft verklaard dat de F-35 in operaties tegen Hamas wordt ingezet en dat het F-35 Programma sinds begin oktober *surge support* aan Israël heeft verleend, onder meer door het leveren van onderdelen.<sup>50</sup>

5.15 Anders dan de Staat heeft betoogd is het hof van oordeel dat de omstandigheid dat in het onder b genoemde interview slechts over de luchtmacht in algemene zin wordt gesproken niet los kan worden gezien van de geïnterviewde persoon, een F-35 piloot. Uit die samenhang kan niet anders worden afgeleid dan dat daarin wordt bevestigd dat de F-35 in Gaza wordt gebruikt. Op grond van de voornoemde feiten en omstandigheden gaat het hof er dan ook van uit dat de F-35 door Israël actief

wordt ingezet bij het conflict in Gaza, niet alleen bij het verlenen van steun aan grondtroepen maar ook bij het uitvoeren van bombardementen.

#### *b.4.conclusie ten aanzien van het duidelijke risico*

- 5.16 Het hof concludeert dat er vele aanwijzingen zijn dat Israël in een niet onaanzienlijk aantal gevallen het humanitaire oorlogsrecht heeft geschonden. Op zichzelf is juist dat over de vraag of in al deze gevallen het humanitair oorlogsrecht ook inderdaad *is* geschonden pas een definitief rechterlijk oordeel kan worden gegeven indien een nauwgezet feitenonderzoek heeft plaatsgevonden, waarin ook is nagegaan over welke informatie de commandant die bevel tot de desbetreffende aanval gaf beschikte en kon beschikken. Voor een oordeel over het duidelijke risico is een dergelijk definitief oordeel echter niet noodzakelijk. De beoordeling of een duidelijk risico bestaat ziet op mogelijk toekomstig gebruik van de te leveren militaire goederen en daaraan is een zekere mate van onzekerheid inherent. Bij de inschatting van de waarschijnlijkheid van dat toekomstig gebruik zal onder meer betekenis toekomen aan het gedrag van het land van bestemming in het recente verleden. Niet kan de eis worden gesteld dat gedragingen in het recente verleden pas een rol zouden kunnen spelen bij het inschatten van het duidelijke risico indien definitief is vastgesteld dat deze gedragingen het humanitair oorlogsrecht schonden. Dat zou de voorwaarde dat het moet gaan om een duidelijk risico immers grotendeels betekenisloos maken.
- 5.17 Uit de feiten komt naar voren dat grote aantallen burgerslachtoffers zijn gemaakt, waaronder duizenden kinderen, dat duizenden woonhuizen zijn verwoest, dat domme bommen worden gebruikt, dat elke woonwijk wordt aangevallen als er maar de geringste aanwijzing is dat er terroristische activiteit plaatsvindt, dat voorheen gehanteerde grenzen ten aanzien van *collateral damage* in het huidige conflict zijn verruimd, dat het beleid om burgers vóór een aanval te waarschuwen is losgelaten, dat drinkwatervoorzieningen, bakkerijen en een graanmolen zijn vernietigd, dat een ziekenhuis (het Al-Indonesi ziekenhuis) is gebombardeerd en dat veel van de ziekenhuizen in Gaza niet meer functioneren. Dat deze verwoestingen uitsluitend aan militaire doelen zijn toegebracht of legitieme *collateral damage* betreffen is, niet alleen gelet op de ongekenne omvang ervan, maar ook gezien de uitlatingen van Israëlische militairen zelf, niet aannemelijk. Het hof concludeert op grond van het voorgaande ook dat de schendingen van het internationaal humanitair recht waarop een duidelijk risico bestaat ernstig zijn.
- 5.18 Het hof voelt zich in deze conclusie gesteund door de conclusies van Amnesty International en van verschillende aan de Verenigde Naties verbonden experts. Op grond van wat hiervoor is overwogen ten aanzien van de inzet van F-35s boven Gaza concludeert het hof tevens dat in dit kort geding voldoende aannemelijk is geworden dat de F-35 is gebruikt bij deze schendingen van internationaal humanitair recht. Uit de hiervoor vermelde feiten blijkt voorshands afdoende dat de F-35s hebben deelgenomen aan aanvallen en bombardementen op Gaza. Ook echter indien ervan wordt uitgegaan dat de F-35s alleen ondersteuning hebben verleend aan de grondtroepen maakt dat de conclusie niet anders. Er is geen aanleiding het duidelijke risico alleen aanwezig te achten indien aantoonbaar is dat de F-35s zelf rechtstreeks ernstige schendingen van het humanitaire recht hebben gepleegd. Nu de oorlogshandelingen van Israël in de Gazastrook met een duidelijk risico op ernstige schendingen van humanitair oorlogsrecht gepaard zijn gegaan en de F-35s ter ondersteuning van die oorlogshandelingen zijn ingezet, bestaat het duidelijke risico dat de uit te voeren F-35 onderdelen gebruikt worden bij het begaan van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht. In dit verband wijst het hof op art. 7 Wapenhandelsverdrag, waarin het verbod niet alleen geldt wanneer de uit te voeren militaire goederen *could be used to commit a serious violation of international humanitarian law*, maar ook als deze *could be used to facilitate a serious violation of international humanitarian law*.
- 5.19 De conclusie is dat er een duidelijk risico bestaat dat naar Israël uit te voeren F-35 onderdelen gebruikt zullen worden bij het begaan van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht in de zin van art. 2 lid 2 onder c) EUGS.

*C. Leidt het duidelijke risico ertoe dat de Staat de uitvoer van F-35 onderdelen naar Israël moet staken?*

5.20

In dit hoofdstuk C behandelt het hof de vraag in hoeverre de Staat, gegeven het duidelijke risico dat in de na 7 oktober 2023 ontstane situatie de uit te voeren F-35 onderdelen gebruikt worden bij het begaan van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht, ertoe kan worden gehouden de uitvoer van F-35 onderdelen naar Israël te beletten. Oxfam Novib c.s. voeren aan dat de Minister, naar aanleiding van de gebeurtenissen na 7 oktober 2023, verplicht was AV009 opnieuw<sup>51</sup> te toetsen aan het EUGS. Daarnaast voeren Oxfam Novib c.s. aan dat de beslissing van de Minister om niet in AV009 in te grijpen op gebrekkige wijze tot stand is gekomen omdat de Minister daarbij niet de juiste toets heeft aangelegd en de in aanmerking genomen belangen verkeerd heeft gewogen.

5.21 Het hof zal eerst (c.1) nagaan of op grond van het internationale recht, in het bijzonder het EUGS en het Wapenhandelsverdrag, de Staat verplicht is om naar aanleiding van de gebeurtenissen na 7 oktober 2023 AV009 (opnieuw) aan de (dwingende) criteria van het EUGS en het Wapenhandelsverdrag te toetsen. Het hof zal die vraag positief beantwoorden. Vervolgens (c.2) zal het hof ingaan op de stelling van de Staat dat burgers geen rechten aan dergelijke verplichtingen kunnen ontleen omdat het EUGS en het Wapenhandelsverdrag geen rechtstreekse werking hebben en geen rechten beogen te verlenen aan burgers, zodat de beslissing van de Minister om niet in te grijpen in AV009 niet door de Nederlandse (burgerlijke) rechter kan worden getoetst. Het hof zal concluderen dat dat verweer niet opgaat. Ten slotte (c.3) zal het hof nagaan of de Staat zijn verplichtingen onder het EUGS, Bsg en AV009 correct heeft nageleefd. Het hof beantwoordt die vraag negatief.

*c.1.moest de Minister op grond van het internationale recht AV009 opnieuw toetsen aan de criteria van het EUGS (en het Wapenhandelsverdrag)?*

5.22 Het hof zal eerst ingaan op (i) de vraag of uit het EUGS (of het Wapenhandelsverdrag) de verplichting voortvloeit om in het licht van nieuwe relevante omstandigheden AV009 opnieuw te toetsen. Het hof zal verder nagaan (ii) wat het gevolg is indien bij een dergelijke herbeoordeling moet worden geconstateerd dat zich één van de dwingende weigeringsgronden van art. 2 EUGS voordoet.

5.23 De Staat voert aan dat art. 1 lid 1 bis EUGS slechts bepaalt dat indien nieuwe informatie beschikbaar komt, elke lidstaat wordt *aangemoedigd* reeds verleende uitvoervergunningen opnieuw te beoordelen, en dat art. 7 lid 7 Wapenhandelsverdrag een vergelijkbare bepaling is. De Staat leidt daaruit af dat noch op grond van het EUGS noch op grond van het Wapenhandelsverdrag een verplichting bestaat om AV009 opnieuw te toetsen aan het EUGS indien nieuwe relevante omstandigheden optreden.

5.24 Het hof is dat niet met de Staat eens. Hoewel het EUGS en het Wapenhandelsverdrag wellicht niet de verplichting bevatten om elke verleende vergunning opnieuw te toetsen indien zich nieuwe omstandigheden voordoen, bestaat die verplichting wel in het onderhavige geval. Het onderhavige geval kenmerkt zich immers door de volgende omstandigheden: (i) AV009 is een vergunning die voor onbepaalde tijd is verleend, (ii) AV009 is in 2016 vastgesteld, de meest recente toetsing aan het EUGS heeft dus ruim zeven jaar geleden plaatsgevonden, en (iii) het gaat om gewijzigde omstandigheden die bestaan uit een duidelijk risico op ernstige schendingen van het humanitair oorlogsrecht, een dwingende weigeringsgrond onder het EUGS. Een redelijke uitleg van het EUGS in het licht van de doelstellingen ervan brengt mee dat in dit geval een nieuwe toetsing aan de criteria van het EUGS moet plaatsvinden. Het standpunt van de Staat dat tot het verrichten van een nieuwe toetsing geen verplichting bestaat zou tot het onaanvaardbare resultaat leiden, dat het doel van het EUGS volledig zou kunnen worden ondergraven door vergunningen voor onbepaalde tijd te verlenen die nooit meer zouden hoeven te worden getoetst, zelfs niet indien op een later tijdstip met de uitgevoerde militaire goederen ernstige schendingen van humanitair oorlogsrecht zouden worden gepleegd door het land van bestemming. Dat kan duidelijk niet de bedoeling zijn van het EUGS of het Wapenhandelsverdrag. Het zou niet in overeenstemming zijn met de wens van de lidstaten om in het EUGS hoge gemeenschappelijke normen ( ) als minimum voor de wapenexport vast te stellen<sup>52</sup> of met de verplichting van de staten onder art. 5 lid 5 Wapenhandelsverdrag om een effectief en transparant *controlesysteem* te hebben.

5.25 Het standpunt van de Staat druist ook in tegen de strekking van art. 1 Geneefse Conventies (daaronder begrepen art. 1 lid 1 Eerste Aanvullend Protocol), dat immers de verplichting aan staten oplegt om *in all circumstances* te verzekeren dat een andere staat in overeenstemming handelt met internationaal humanitair recht. Met art. 1 Geneefse Conventies is niet te verenigen dat een staat die een vergunning voor wapenexport heeft verleend de ogen zou kunnen sluiten voor ernstige

schendingen van humanitair oorlogsrecht in het land van bestemming en zou weigeren daaraan gevolgen voor de vergunning te verbinden. In de Gebruikersgids bij het EUGS wordt naar de Geneefse Conventies en het Eerste Aanvullend Protocol verwezen ter verduidelijking van wat als ernstige schending van internationaal humanitair recht moet worden beschouwd.<sup>53</sup> Ook in de considerans van het Wapenhandelsverdrag (onder *principles*) wordt verwezen naar de Geneefse Conventies. Het ligt dan ook voor de hand om de normen van het EUGS en het Wapenhandelsverdrag zo uit te leggen dat geen strijd ontstaat met de verplichtingen onder art. 1 Geneefse Conventies of art. 1 lid 1 Eerste Aanvullend Protocol.

5.26 Uit het enkele feit dat het EUGS en het Wapenhandelsverdrag in algemene zin een aansporing aan de aangesloten staten bevatten om een nieuwe beoordeling uit te voeren indien de omstandigheden zijn gewijzigd, kan niet *a contrario* worden afgeleid dat daartoe nimmer enige verplichting zou bestaan. In een commentaar op art. 7 lid 7 Wapenhandelsverdrag wordt overigens opgemerkt dat vergunningen voor een bepaalde periode worden verleend, gewoonlijk voor 1 tot 5 jaar.<sup>54</sup> Dat is dus een heel andere situatie dan in het onderhavige geval.

5.27 Indien deze verplichte herbeoordeling leidt tot de constatering dat zich een dwingende weigeringsgrond uit art. 2 EUGS voordoet, zoals die van art. 2 lid 2 onder c) EUGS, moet de consequentie daarvan zijn dat de desbetreffende lidstaat een eind moet maken aan de verdere uitvoer van militaire goederen onder die vergunning, bijvoorbeeld door die vergunning in te trekken of te wijzigen. Anders zou de verplichting om onder de zich hier voordoende omstandigheden opnieuw een toets uit te voeren geen reële betekenis hebben. De verplichte weigeringsgrond van art. 2 lid 2 onder c) EUGS wordt in een dergelijke situatie een verplichte grond om de verdere uitvoer onder die vergunning te beëindigen.

5.28 Ook echter indien, anders dan hiervoor is overwogen, de Minister niet op grond van het EUGS tot hertoetsing verplicht was, had de Minister toch aan de dwingende weigeringsgrond van art. 2 lid 2 onder c) EUGS moeten toetsen. Het staat immers vast dat de Minister naar aanleiding van de gebeurtenissen na 7 oktober 2023 AV009 opnieuw hééft beoordeeld en dat de Minister bij die beoordeling óók heeft getoetst aan de criteria van het EUGS<sup>55</sup>. De Minister heeft dus kennelijk gehoor gegeven aan de aansporing van art. 1 lid 1 bis EUGS (en art 7 lid 7 Wapenhandelsverdrag) om AV009 in het licht van de nieuwe omstandigheden opnieuw te beoordelen. Het hof is van oordeel dat een redelijke uitleg van het EUGS meebrengt dat *als* een lidstaat op grond van nieuwe relevante informatie overgaat tot herbeoordeling van een verleende vergunning, deze lidstaat in ieder geval (ook) moet toetsen aan de in het EUGS neergelegde criteria. Als een lidstaat eenmaal overgaat tot herbeoordeling, of dat nu is een beoordeling aan het EUGS of (mede) een beoordeling aan andere normen (zoals die van art. 8 AV009), moet die lidstaat in ieder geval (ook) aan de dwingende criteria van het EUGS, zoals art. 2 lid 2 onder c) toetsen. Er is geen enkele reden om te veronderstellen dat als een lidstaat de aansporing van art. 1 lid 1 bis EUGS opvolgt, andere criteria zouden gelden dan die zijn opgenomen in het EUGS. Dit betekent dat ook in dit geval (vrijwillige hertoetsing) de verdere uitvoer onder een bestaande vergunning moet worden beëindigd als zich een dwingende weigeringsgrond als die van art. 2 lid 2 onder c) EUGS blijkt voor te doen.

5.29 De slotsom is dat de Minister naar aanleiding van de na 7 oktober 2023 ontstane situatie, op grond van de op de Staat rustende verplichtingen van internationaal recht, AV009 (opnieuw) diende te toetsen aan de dwingend voorgeschreven criteria van het EUGS. Dit betekent dat indien zich bij de herbeoordeling een van de dwingende weigeringsgronden van het EUGS voordoet, de uitvoer naar het desbetreffende land van bestemming niet meer mag worden toegestaan. Art. 2 lid 2 onder c) EUGS is een dergelijke dwingende weigeringsgrond: uitvoer moet worden geweigerd als sprake is van een duidelijk risico op ernstige schendingen van het internationaal recht. Hiervoor is geconstateerd dat dit duidelijke risico zich in dit geval voordoet.

*c.2.kan de rechter het handelen of nalaten van de Staat toetsen aan deze verplichtingen uit het EUGS en het Wapenhandelsverdrag?*

5.30 De Staat heeft aangevoerd dat de bepalingen van het EUGS (en het Wapenhandelsverdrag) geen rechtstreekse werking hebben en dat Oxfam Novib c.s. in deze zaak geen beroep kunnen doen op de bepalingen van het EUGS en het Wapenhandelsverdrag. Dit betoog gaat om twee redenen niet op.

5.31



In de eerste plaats bepalen art. 5 lid 4 Bsg (voor doorvoer) en art. 11 lid 3 Bsg (voor uitvoer) dat een vergunning in ieder geval niet wordt verleend voor zover dit voortvloeit uit internationale verplichtingen. Niet in geschil is dat het EUGS en het Wapenhandelsverdrag internationale verplichtingen in de zin van deze bepalingen zijn. Nu het nationale (Nederlandse) recht verwijst naar het EUGS en het Wapenhandelsverdrag, zijn de normen uit deze internationale instrumenten geïmporteerd in de Nederlandse rechtsorde, kan de rechter hieraan toetsen en is de vraag of die normen rechtstreekse werking hebben niet meer relevant.<sup>56</sup> In de toelichting op de hiervoor genoemde bepalingen van het Bsg is uitdrukkelijk vermeld dat in de praktijk steeds aan het EUGS wordt getoetst en dat ter verhoging van de transparantie en om buiten twijfel te stellen dat genoemde verdragsbepalingen [van het Wapenhandelsverdrag, hof] te allen tijde kunnen worden uitgevoerd, uitdrukkelijk in het Bsg wordt opgenomen dat de diverse vergunningen niet worden verleend indien anders in strijd wordt gekomen met internationale verplichtingen.<sup>57</sup> De toelichting vervolgt dan: Hiermee zijn de criteria van het Verdrag alsmede (mogelijk toekomstige) andere internationale verplichtingen op dit gebied toetsingscriteria in het kader van het besluit geworden (onderstreping hof).

5.32 In de tweede plaats moeten art. 8 AV009 en het Bsg, waarop AV009 berust, zo worden uitgelegd dat de Staat niet in strijd handelt met zijn internationaalrechtelijke verplichtingen jegens andere staten. De verplichting van de rechter tot verdragsconforme uitleg bestaat ongeacht de vraag of de desbetreffende verplichting rechtstreekse werking heeft in de zin van art. 93 Grondwet en vloeit voort uit het beginsel dat een norm van nationaal recht nooit mag worden uitgelegd of toegepast op een wijze waardoor de Staat zijn volkenrechtelijke verplichtingen schendt.<sup>58</sup> Hoewel de Staat vragen heeft opgeworpen over de precieze status van het EUGS, erkent ook hij dat het EUGS verplichtingen tussen staten schept en dat de Staat jegens de overige lidstaten verplicht is het EUGS na te leven.<sup>59</sup> Dit volstaat voor de conclusie dat de rechter verplicht is de nationale bepalingen voor zover mogelijk in overeenstemming met het EUGS uit te leggen. Dit geldt ook voor het Wapenhandelsverdrag.

5.33 Het is zeer goed mogelijk het Bsg, meer in het bijzonder art. 6a lid 3 en art. 13 lid 3 Bsg, en art. 8 AV009 conform het EUGS, het Wapenhandelsverdrag en art. 1 Geneefse Conventies (daaronder begrepen art. 1 lid 1 Eerste Aanvullend Protocol) uit te leggen. Art. 6a lid 3 en art. 13 lid 3 Bsg bepalen dat de Minister een beschikkingsbevoegde kan uitsluiten van het gebruik van een algemene doorvoervergunning of algemene uitvoervergunning ter bescherming van wezenlijke veiligheidsbelangen, openbare orde of openbare veiligheid. In art. 8 AV009 is de bevoegdheid van de Minister opgenomen om de geregistreerde gebruiker of beschikkingsbevoegde ervan in kennis te stellen dat geïntegreerde buitenlandpolitieke- of veiligheidsafwegingen zich verzetten tegen voortgezet gebruik. Het is heel goed mogelijk om wezenlijke veiligheidsbelangen en geïntegreerde buitenlandpolitieke- of veiligheidsafwegingen zo te begrijpen dat daaronder in voorkomend geval ook de normen vallen waaronder uitvoer van militaire goederen mag plaatsvinden, zoals de normen die voortvloeien uit het EUGS, het Wapenhandelsverdrag en art. 1 Geneefse Conventies. De in deze internationaalrechtelijke bepalingen genoemde veiligheidsafwegingen hangen immers nauw samen met de regulering van de wapenexport, zoals het Wapenhandelsverdrag onderkent met zijn verwijzing in de considerans naar art. 26 van het Handvest van de Verenigde Naties *which seeks to promote the establishment and maintenance of international peace and security with the least diversion for armaments of the world's human and economic resources*. Dat art. 8 AV009 niet aan een dergelijke uitleg in de weg staat wordt bovendien bevestigd door het feit dat de Minister zelf in haar herbeoordeling van AV009 op grond van art. 8 daarvan de criteria van het EUGS heeft meegewogen. Verdragsconforme uitleg betekent ook dat indien op grond van het EUGS of het Wapenhandelsverdrag een nieuwe toetsing plaatsvindt en zich een van de dwingende weigeringsgronden voordoet, de Minister verplicht is gebruik te maken van haar ruime bevoegdheden op grond van art. 6a lid 3, art. 13 lid 3 Bsg en art. 8 AV009. Dat deze bepalingen als bevoegdheid zijn geformuleerd maakt niet dat het onmogelijk is het Bsg en AV009 zo (verdragsconform) uit te leggen dat de Minister onder de in het EUGS genoemde omstandigheden verplicht is van deze bevoegdheden gebruik te maken, en wel door verdere uitvoer niet langer toe te staan.

5.34 Het verweer van de Staat over het ontbreken van rechtstreekse werking wat betreft de bepalingen van het EUGS en het Wapenhandelsverdrag stuit hierop af. De rechter kan de beslissing van de Minister om niet in te grijpen in AV009 toetsen aan art. 6a lid 3, art. 13 lid 3 Bsg en art. 8 AV009,

uitgelegd in overeenstemming met de criteria van het EUGS en het Wapenhandelsverdrag.

*c.3.heeft de Staat aan zijn verplichtingen ten aanzien van herbeoordeling van AV009 voldaan?*

5.35 De vraag is vervolgens of de Minister de hernieuwde beoordeling op juiste wijze heeft uitgevoerd en of zij daarbij, zoals zij verplicht was, correct getoetst heeft aan de criteria van het EUGS. Het hof is tot de conclusie gekomen dat dit niet het geval is en licht dat als volgt toe.

5.36 Hoe de Minister is gekomen tot haar beslissing om niet in te grijpen in AV009 zal het hof afleiden uit hetgeen de Staat hierover heeft gesteld, omdat van die beslissing zelf geen schriftelijke vastlegging voorhanden is. De motivering van de beslissing van de Minister is hiervoor weergegeven (3.15). De Minister heeft zich beroepen op meer algemene buitenlandpolitieke belangen, zoals het recht van Israël om zichzelf te verdedigen en haar belang om uitbreiding van het conflict naar de regio te voorkomen, alsook de wens van Nederland om de goede betrekkingen met de Verenigde Staten en Israël niet te beschadigen. Daarbij heeft de Minister tevens te kennen gegeven dat de huidige situatie complex is en dat het daardoor niet mogelijk is vast te stellen of Israël het internationale humanitair recht heeft geschonden met gebruikmaking van de F-35. Aldus heeft de Minister miskend (i) dat het er niet om gaat of thans kan worden vastgesteld dat Israël het humanitaire oorlogsrecht (opzettelijk)<sup>60</sup> schendt met gebruikmaking van de F-35, maar of een *duidelijk risico* bestaat dat de F-35 gebruikt wordt bij dergelijke ernstige schendingen. Dat de Minister aan dat criterium heeft getoetst blijkt niet. Daarbij komt dat de eventuele complexiteit van de situatie geen reden mag zijn om de toets van art. 2 lid 2 onder c) EUGS op het duidelijke risico niet uit te voeren. Het EUGS verplicht nu eenmaal om die toets wel te verrichten. Voorts heeft de Minister miskend (ii) dat indien een dergelijk ernstig risico bestaat, zij reeds op grond van het EUGS *verplicht* is de uitvoer van F-35 onderdelen naar Israël te beletten ongeacht eventuele andere overwegingen van buitenlands beleid zoals de goede betrekkingen met Israël en de VS.

5.37 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de Minister AV009 na 7 oktober 2023 diende te toetsen aan de criteria van het EUGS, waaronder het dwingendrechtelijke art. 2 lid 2 onder c). Indien de Minister die verplichte toets niet heeft uitgevoerd is dat in strijd met het EUGS. Voor zover moet worden aangenomen dat de Minister de vereiste toets wel heeft uitgevoerd is dat gebeurd aan de hand van een onjuist beoordelingskader, aangezien voldoende is gebleken dat zij niet op correcte wijze aan het criterium van art. 2 lid 2 onder c) EUGS heeft getoetst doordat zij aan dit dwingendrechtelijke voorschrift geen voorrang heeft toegekend boven eventuele andere overwegingen van buitenlandpolitieke aard.

5.38 Het voorgaande betekent dat de Minister verplicht was de uitvoer en doorvoer van onderdelen van de F-35 naar Israël te toetsen en dat zij tot de conclusie had moeten komen dat deze uitvoer en doorvoer op grond van art. 2 lid 2 onder c) EUGS niet langer was toegestaan.

*D.Overige verweren van de Staat*

5.39 Voor zover de verweren van de Staat hiervoor nog niet behandeld zijn gaat het hof daarop thans in.

5.40 De Staat voert aan dat de burgerlijke rechter (in kort geding) bij een vordering als die van Oxfam Novib c.s. niet kan toekomen aan toetsing van het handelen van de Staat in het kader van AV009 aan het EUGS en het Wapenhandelsverdrag. Dat zou volgen uit de totstandkoming en het voorwerp van deze regelgeving. Zoals uit het voorgaande blijkt toetst het hof niet aan het EUGS of het Wapenhandelsverdrag, maar aan het Bsg en AV009, zoals uitgelegd in overeenstemming met deze internationaalrechtelijke instrumenten. De stelling van de Staat dat het EUGS en het Wapenhandelsverdrag geen rechtstreekse werking hebben en geen aanspraken beogen toe te kennen aan burgers is met het oog daarop niet relevant.

5.41 De Staat stelt zich verder op het standpunt dat de bepalingen van het Bsg en AV009 niet beogen de belangen te beschermen waarvoor Oxfam Novib c.s. in deze procedure stellen op te komen, te weten de bescherming van de (burger)bevolking in Gaza, of het belang dat de Staat de regelgeving op het gebied van de wapenexport naleeft. Dit verweer gaat niet op. Door de verwijzing in art. 5 lid 4 en art. 11 lid 3 Bsg naar internationale verplichtingen (waaronder ook volgens de Staat het EUGS en het Wapenhandelsverdrag vallen) heeft het Bsg (mede) tot doel de export van militaire goederen te verbieden voor zover (er een duidelijk risico bestaat dat) deze worden gebruikt bij het plegen van ernstige schendingen van het humanitair oorlogsrecht. Hetzelfde geldt voor de op het Bsg gebaseerde

AV009, die verdragsconform geïnterpreteerd mede deze doelstelling beoogt te verwezenlijken. Oxfam Novib c.s. zijn algemeen belang-organisaties die onder meer het doel nastreven dat met door Nederland geleverde wapenonderdelen geen ernstige schendingen van internationaal humanitair recht worden begaan en die als zodanig in dit geding ontvankelijk zijn. De normen van het Bsg en AV009 strekken dus wel degelijk tot bescherming van de belangen waarvoor Oxfam Novib c.s. in dit geding opkomen.

- 5.42 Een volgend verweer van de Staat houdt in dat de Staat doorslaggevend gewicht mocht toekennen aan (i) het belang van de F-35 voor de veiligheid van Israël, (ii) de te verwachten schade aan de goede betrekkingen van Nederland met Israël, de Verenigde Staten en de overige landen in het F-35 programma als de uitvoer van F-35 onderdelen wordt gestaakt en (iii) het risico voor het voortbestaan van het European Regional Warehouse in Woensdrecht. Dit verweer gaat niet op. De door de Staat opgevoerde belangen zijn geen belangen die gewicht in de schaal leggen als op grond art. 8 AV009 en het Bsg (verdragsconform uitgelegd) getoetst wordt aan de dwingendrechtelijke criteria van art. 2 lid 2 onder c) EUGS.
- 5.43 Over het belang van Israël om zichzelf met behulp van de geavanceerde F-35 te kunnen verdedigen in een mogelijke oorlog tegen landen of andere strijdersgroepen in de regio, merkt het hof desalniettemin nog het volgende op. Een dergelijke oorlog doet zich thans niet voor, maar als deze wel werkelijkheid zou worden heeft de Staat in beginsel de bevoegdheid een (nieuwe) vergunning te verlenen voor de export van F-35 onderdelen naar Israël, mits daaraan de voorwaarde wordt verbonden dat Israël de F-35 niet inzet bij haar operaties in Gaza. De Staat heeft uiteraard ook de bevoegdheid AV009 in die zin aan te passen.
- 5.44 De Staat voert verder aan dat art. 8 AV009 niet de mogelijkheid biedt om de uitvoer naar één land van eindbestemming (zoals Israël) uit te sluiten. Art. 8 AV009 zou slechts toelaten dat een geregistreerde gebruiker (dat zijn (rechts)personen die bevoegd zijn om in Nederland over militaire goederen te beschikken) uit te sluiten. De enige wijze waarop Israël met gebruikmaking van art. 8 zou kunnen worden uitgesloten zou volgens de Staat zijn alle gebruikers die aan Israël F-35 onderdelen leveren het gebruik van AV009 te ontzeggen. Dit verweer slaagt niet. Indien de Staat het meerdere kan (het volledig uitsluiten van een gebruiker) valt niet in te zien dat hij het mindere (een gebruiker uitsluiten voor zover deze aan Israël levert) niet zou mogen of kunnen doen. Overigens kan de Staat uiteraard ook AV009, een ministeriële regeling, te allen tijde zodanig wijzigen dat Israël wel als land van bestemming wordt uitgesloten, maar dat is aan de Staat.
- 5.45 De Staat brengt nog naar voren dat het feitelijke belang van Oxfam Novib c.s. bij deze procedure gering zo niet nihil is, omdat Israël de F-35 onderdelen toch wel op een andere manier (wellicht met vertraging) zal krijgen, bijvoorbeeld via rechtstreekse levering door de VS. Het hof kan niet speculeren over of vooruitlopen op de vraag of andere landen de F-35 onderdelen wel aan Israël zullen leveren als Nederland dat niet meer zou doen, en het hof kan ook niet beoordelen of dat wel rechtmatig zou zijn. Die andere landen hebben immers ook te maken met de (gewoonterechtelijke) verplichtingen die voortvloeien uit art. 1 Geneefse Conventies en met mogelijke andere nationale of internationale verplichtingen. Het belang van Oxfam Novib c.s. bij het beletten van de onrechtmatige uitvoer van militaire goederen vanuit Nederland naar Israël komt niet te ontbreken doordat andere landen eventueel ook onrechtmatig handelen door de leveranties over te nemen.<sup>61</sup>
- 5.46 De Staat heeft nog in algemene zin een beroep gedaan op de grote vrijheid die de Staat toekomt bij de beoordeling van kwesties die verband houden met (nationale) veiligheid en buitenlands beleid. Deze vrijheid bestaat waar de Staat beleidsvrijheid heeft, maar niet in een geval als dit waarin art. 2 lid 2 onder c) EUGS, respectievelijk de artikelen 5 lid 4 en 11 lid 3 Bsg dwingend voorschrijven in welke gevallen een vergunning *moet* worden geweigerd. In dit geval heeft de Staat slechts een zekere mate van vrijheid bij het beoordelen van de feiten. In dit geval had, zoals hiervoor overwogen, de Minister niet tot een andere beoordeling kunnen komen dan dat een duidelijk risico bestaat op ernstige schendingen van internationaal humanitair recht met de F-35. Art. 5 lid 4 en art. 11 lid 3 Bsg creëren ook niet, zoals de Staat aanvoert, uitsluitend een bevoegdheid voor de Minister. Deze bepalingen schrijven dwingend voor dat een vergunning *in ieder geval* niet wordt verleend voor zover dit voortvloeit uit internationale verplichtingen. Zoals hiervoor is overwogen geldt deze dwingendrechtelijke weigeringsgrond bij vergunningverlening ook indien een vergunning als de

onderhavige opnieuw wordt beoordeeld naar aanleiding van nieuwe omstandigheden, in die zin dat in dit laatste geval verdere uitvoer onder die vergunning moet worden belet.

5.47 De Staat heeft aangevoerd dat Nederland zich tegenover de VS ertoe heeft verbonden dat de F-35 onderdelen vanuit Nederland onbepaald kunnen worden doorgeleverd. Een verbod op de uitvoer of doorvoer van F-35 onderdelen vanuit Nederland naar Israël zou dan ook tot gevolg hebben dat Nederland zijn internationale verplichtingen jegens de VS schendt. Ook dit verweer faalt. Zoals de Staat terecht opmerkt moet de rechter bij een conflict tussen verdragsbepalingen alle betrokken belangen afwegen om te bepalen welk verdrag in het desbetreffende geval voorrang heeft.<sup>62</sup> Het hof onderkent het belang dat de Staat erbij heeft dat Nederland zijn internationale verplichtingen jegens de VS, een belangrijke bondgenoot, nakomt. Het belang bij naleving van de internationale verplichtingen van de Staat onder internationale instrumenten met betrekking tot de regulering van de wapenhandel en naleving van de norm van art. 1 Geneefse Conventies (daaronder begrepen art. 1 lid 1 Eerste Aanvullend Protocol) weegt evenwel zwaarder.

#### *E. Conclusie*

5.48 De conclusie is dat de Staat onrechtmatig handelt door niet in te grijpen in AV009 en door de uitvoer en doorvoer van F-35 onderdelen naar Israël niet te beletten. De grieven slagen in zoverre. Bij de behandeling van de overige grondslagen van hun vorderingen hebben Oxfam Novib c.s. geen belang. Het vonnis van de voorzieningenrechter kan niet in stand blijven.

5.49 De vordering van Oxfam Novib c.s. om de Staat te gebieden per direct iedere (feitelijke) uitvoer en doorvoer van F-35 onderdelen met eindbestemming Israël te (doen) staken is toewijsbaar, zij het dat het hof de Staat een termijn van 7 dagen zal geven om daartoe de nodige maatregelen te nemen. Daarnaast hebben Oxfam Novib c.s. geen belang bij hun overige vorderingen.

5.50 De Staat heeft verzocht een eventueel bevel of gebod niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Daarbij wijst de Staat erop dat als het doel van Oxfam Novib c.s. is dat Israël de F-35 onderdelen niet meer ontvangt, dat doel met dit kort geding niet kan worden bereikt omdat de VS de onderdelen dan vanuit een andere plek aan Israël zullen leveren. Daarentegen zou toewijzing van de vordering onmiddellijke, onomkeerbare en immens grote gevolgen hebben voor de Staat en voor Nederlands positie in de wereld, in het bijzonder de betrekkingen met de VS en Israël. De Staat stelt verder dat ingrijpen in het leveringsproces de voorliggende vorm van defensiesamenwerking, en meer algemeen samenwerking op het terrein van defensie, onder grote druk zet en leidt tot twijfel aan de betrouwbaarheid van Nederland op dit gebied, met een navenant effect op de veiligheid van Nederland, Europa en deelnemende landen aan het F-35 project. Ook het voortbestaan van de locatie in Woensdrecht zou volgens de Staat op het spel staan.

5.51 Het hof is niet overtuigd door de argumenten van de Staat. Op het belang van Oxfam Novib c.s. is hiervoor reeds ingegaan, evenals op het aangevoerde belang van goede relaties met de VS en Israël. Die goede relaties zijn belangrijk, maar wegen niet op tegen het belang dat Nederland zijn verplichtingen onder het EUGS, het Wapenhandelsverdrag en art. 1 Geneefse Conventies nakomt. Het moet ook aan deze staten uit te leggen zijn dat de onafhankelijke rechter over de reikwijdte en het gewicht van deze verplichtingen anders denkt dan de regering. Hiervoor is ook al ingegaan op de gestelde disruptie van het leveringsproces van F-35 onderdelen vanuit Woensdrecht. De Staat heeft niet aannemelijk gemaakt dat het niet mogelijk is de levering van F-35 onderdelen aan alleen Israël te beletten terwijl de leveringen aan andere landen gewoon kunnen doorgaan. Ten slotte ziet het hof niet in dat door de enkele omstandigheid dat de rechter de Staat houdt aan door de Staat zelf gemaakte internationale afspraken, de betrouwbaarheid en veiligheid van Nederland en andere landen onder druk zou komen te staan. Dit heeft de Staat ook niet voldoende onderbouwd.

5.52 Het hof zal zijn uitspraak uitvoerbaar bij voorraad verklaren, zoals in een kort geding algemeen gebruikelijk is.<sup>63</sup> Indien het hof zijn uitspraak niet uitvoerbaar bij voorraad zou verklaren zou dit impliceren dat aan de vorderingen van Oxfam Novib c.s. het spoedeisend belang ontbreekt. Dat spoedeisend belang hebben Oxfam Novib c.s. wel en dat heeft de Staat als zodanig ook niet betwist.

5.53 Het hof zal aan het bevel niet de beperking verbinden dat het geldt tot het moment dat de uitvoer en doorvoer niet meer in strijd is met de verplichtingen die op de Staat rusten, zoals Oxfam Novib c.s. vorderen. Het is immers niet zonder meer duidelijk welke verplichtingen Oxfam Novib c.s. hiermee

bedoelen. Een dergelijke beperking is overigens ook niet nodig. Een rechterlijk verbod of bevel wordt immers steeds gegeven onder de veronderstelling dat de essentiële gronden die daaraan ten grondslag liggen blijven bestaan. Indien de omstandigheden zich zodanig wijzigen dat in het licht van de uitspraak moet worden aangenomen dat van onrechtmatig handelen geen sprake meer is, moet worden aangenomen dat een uitgesproken verbod of bevel niet langer geldt.<sup>64</sup>

5.54 De Staat zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties, die van het incidentele appel inbegrepen.

## 6 Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter van 15 december 2023, en opnieuw rechtdoende:
- gelast de Staat uiterlijk binnen 7 dagen na betekening van dit arrest iedere (feitelijke) uitvoer en doorvoer van F-35 onderdelen met eindbestemming Israël te (doen) staken;
- wijst af het meer of anders gevorderde;
- veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in beide instanties, tot op heden aan de zijde van Oxfam Novib c.s. begroot *in eerste aanleg* op 676,-- aan griffierecht en 129,14 aan kosten dagvaarding, en op 1.079,-- aan salaris van de advocaat, en *in (principaal en incidenteel) hoger beroep* op 798,- aan griffierecht en 129,14 aan kosten dagvaarding, en op 4.249,-aan salaris van de advocaat, en op 178,-- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met 92,-- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van 92,--, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen tot aan de dag van voldoening;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. S.A. Boele, A.E.A.M. van Waesberghe en H.J.M. Burg, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 12 februari 2024, in aanwezigheid van de griffier.

---

1 Stb. 2008, 252, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 31 augustus 2021, Stb. 2021, 420.

2 Art. 5 lid 4 en art. 11 lid 3 Bsg.

3 Trb. 2013 nr. 143.

4 In de toelichting op het Besluit van 3 februari 2015 (Stb. 2015, 71) tot wijziging van het Bsg is vermeld dat bij het verlenen van vergunningen aan deze internationale instrumenten wordt getoetst.

5 Een beschikkingsbevoegde is een natuurlijke of rechtspersoon die bevoegd is over militaire goederen te beschikken (art. 1 Bsg).

6 Regeling van 14 juli 2016, Stcrt. 2016, 44509, gewijzigd bij Regeling van 16 juli 2021, Stcrt. 2021, 36915.

7 Telkens zoals gedefinieerd in art. 1 Bsg. In deze zaak is de algemene overdrachtsvergunning niet van belang omdat deze betrekking heeft op export naar de Europese lidstaten en enkele landen die daaraan gelijk zijn gesteld (waaronder niet Israël).

8 Oxfam Novib c.s. hebben ter zitting onweersproken gesteld dat het F-35 project loopt tot 2065.

- <sup>9</sup> Gemeenschappelijk Standpunt 2008/944/GBVB van de Raad van 8 december 2008 tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor de controle op de uitvoer van militaire goederen en technologie, Pbl. EU L 335/99.
- <sup>10</sup> Besluit (GBVB) 2019/1560 van de Raad van 16 september 2019, Pbl EU L 239/16.
- <sup>11</sup> Gids voor de gebruiker 12189/19 van 16 september 2019.
- <sup>12</sup> Besluit (GBVB) 2019/1560 van de Raad van 16 september 2019, Pbl. L. 239/16, considerans onder (4).
- <sup>13</sup> In gelijke zin de Staat in memorie van antwoord nr. 5.6 en Gebruikersgids p. 53-54.
- <sup>14</sup> Geiß, *The Obligation to Respect and to Ensure Respect for the Conventions*, in: *The 1949 Geneva Conventions, a Commentary*, A. Clapham e.a., Oxford, 2015, p. 113.
- <sup>15</sup> Geiß, p. 113.
- <sup>16</sup> Geiß p. 120, 122, 123; ICRC Commentary of 2016 op art. 1 van de Eerste Geneefse Conventie par. 160.
- <sup>17</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, par. 159.
- <sup>18</sup> Geiß p. 123, 124-125.
- <sup>19</sup> Geiß p. 127.
- <sup>20</sup> Geiß p. 131; M. Sassòli, *State responsibility for violations of international humanitarian law*, 84 *IRRC* 846 (2002) p. 413; ICRC Commentary of 2016 op art. 1 van de Eerste Geneefse Conventie par.162.
- <sup>21</sup> Conclusie van antwoord nrs. 11.6-11.9. Zie ook pleitnota mr. Veldhuis in hoger beroep nrs. 8.1-8.4.
- <sup>22</sup> In het systeem van het Wapenhandelsverdrag is relevant of het *exporterende land* partij is bij een internationale overeenkomst waarin bepalingen van internationale humanitair recht zijn opgenomen. Overigens is in art. 7 Wapenhandelsverdrag *a serious violation of international humanitarian law* breder dan alleen de in een verdrag neergelegde beginselen. Vgl. *The Arms Trade Treaty, A Commentary*, S. Casey-Maslen e.a., Oxford 2016, nrs. 6.167 en 7.42.
- <sup>23</sup> M. Sassòli, *International Humanitarian Law*, 2019, par. 4.16.
- <sup>24</sup> Art. 51 lid 7 en 8 Eerste Aanvullend Protocol; V. Rusinova, *Human Shields* (par. 14), in: *The Law of Armed Conflict and the Use of Force*, F. Lachenmann en R. Wolfrum eds., Oxford 2017, p. 457.
- <sup>25</sup> Art. 52 lid 2 Eerste Aanvullend Protocol.
- <sup>26</sup> Art. 51 lid 4 Eerste Aanvullend Protocol.
- <sup>27</sup> Art. 50 lid 1 en art. 52 lid 3 Eerste Aanvullend Protocol.
- <sup>28</sup> Art. 51 lid 4 en 5 Eerste Aanvullend Protocol.
- <sup>29</sup> Art. 57 lid 1 en 2 (c) Eerste Aanvullend Protocol.
- <sup>30</sup> Art. 54 lid 2 Eerste Aanvullend Protocol.
- <sup>31</sup> Appeldagvaarding nr. 26; productie 49 Oxfam Novib c.s.
- <sup>32</sup> Appeldagvaarding nr. 26.
- <sup>33</sup> Appeldagvaarding nr. 26 voetnoot 23.
- <sup>34</sup> Productie 53 Oxfam Novib c.s.
- <sup>35</sup> Appeldagvaarding nr. 34.
- <sup>36</sup> Verslag van een schriftelijk overleg, antwoord 33 (prod. 3 Staat).
- <sup>37</sup> Appeldagvaarding nr. 30.
- <sup>38</sup> Productie 40 Oxfam Novib c.s. p. 18-19.
- <sup>39</sup> Producties 55 en 54 Oxfam Novib c.s.
- <sup>40</sup> Productie 60 Oxfam Novib c.s.
- <sup>41</sup> Productie 21 Oxfam Novib c.s.
- <sup>42</sup> Productie 24 Oxfam Novib c.s.
- <sup>43</sup> Productie 25 Oxfam Novib c.s.

- 44 Productie 48 Oxfam Novib c.s.
- 45 Productie 3 Staat p. 2.
- 46 p. 42.
- 47 Memorie van antwoord nr. 6.7.
- 48 Interview van 2 november 2023, productie 87B Oxfam Novib c.s.
- 49 Productie 88B Oxfam Novib c.s.
- 50 Productie 69 Oxfam Novib c.s. en appeldagvaarding 46 met voetnoten 90 en 91.
- 51 Oxfam Novib c.s. hebben bestreden dat AV009 in 2016 aan het EUGS is getoetst; het hof zal er veronderstellenderwijs vanuit gaan dat dat wel gebeurd is.
- 52 Considerans (3).
- 53 Gids voor de gebruiker 12189/19 van 16 september 2019 par. 2.10 en 2.11.
- 54 *The Arms Trade Treaty, A Commentary*, S. Casey-Maslen e.a., Oxford 2016, nr. 7.125.
- 55 Conclusie van antwoord nr. 11.6 en 11.9.
- 56 A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, 9e dr. (2022) p. 495-496.
- 57 *Stb.* 2015, 71.
- 58 Fleuren, in: *T&C Grondwet en Statuut*, art. 93 aant. 6 en de daar genoemde jurisprudentie.
- 59 Memorie van antwoord nr. 5.4.
- 60 Vgl. memorie van antwoord nr. 4.17. Opzet is niet een voorwaarde voor een (duidelijk risico) op ernstige schending van internationaal humanitair recht. Zie deze zin met betrekking tot het Wapenhandelsverdrag: *The Arms Trade Treaty, A Commentary*, S. Casey-Maslen e.a., Oxford 2016, nrs. 7.39 en 7.44.
- 61 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006; NJ 2020, 41 (Urgenda), rov. 5.7.7.
- 62 HR 30 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD7494; NJ 1991, 249 (Soering).
- 63 Asser *Procesrecht/Boonekamp* 6 2024/153.
- 64 Van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod als remedie* 2023/537.
-