

Vergaderjaar 2017–2018

33 997

Vliegcramp MH17

Nr. 114

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 9 maart 2018

In het plenair debat van 6 september 2017 over het gezamenlijk besluit van de JIT-landen dat vervolging van verdachten van het neerhalen van vlucht MH17 in Nederland volgens Nederlands recht kan plaatsvinden (Handelingen II 2016/17, nr. 99, item 7), heeft mijn voorganger toegezegd U per brief te informeren over de juridische mogelijkheden om staten daarvoor aansprakelijk te stellen. Deze brief, mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid, bevat een uiteenzetting van deze mogelijkheden.

1. Inleiding

In deze brief wordt ingegaan op de mogelijkheden andere staten aansprakelijk te stellen op grond van het internationaal recht. Zoals in antwoord op Kamervragen eerder is aangegeven, sluit Nederland geen enkele juridische optie uit (zie Kamerstuk 33 997, nr. 102 van 18 augustus 2017). In deze brief wordt eerst ingegaan op het ontstaan van staatsaansprakelijkheid, vervolgens komen de gevolgen daarvan aan de orde, en tenslotte worden mogelijkheden besproken om staatsaansprakelijkheid te effectueren.

2. Het ontstaan van staatsaansprakelijkheid

Een staat is aansprakelijk op grond van het internationaal recht wanneer deze staat (de aansprakelijke staat) ten opzichte van een andere staat een internationaalrechtelijk onrechtmatige daad gepleegd heeft. Hiervoor is vereist dat er een internationaalrechtelijke verplichting bestaat tussen twee of meer staten en dat deze verplichting door een van die staten niet is nagekomen. Het handelen of nalaten dat de schending heeft veroorzaakt moet kunnen worden toegerekend aan de staat die aansprakelijk wordt gesteld. In de regel kan handelen of nalaten van individuen niet worden toegerekend aan een staat, tenzij de band tussen het individu en de staat dermate sterk is dat het individu geacht kan worden namens de staat te handelen. Dit is niet alleen het geval bij handelen of nalaten van

staatsorganen, maar ook indien een staat een directe en specifieke opdracht tot handelen of nalaten aan een individu heeft gegeven.

Een benadeelde staat is een staat die, in juridische zin, stelt nadeel te hebben ondervonden als gevolg van een handelen of nalaten door een andere staat. Ter onderbouwing van deze claim zal de benadeelde staat onderzoek moeten doen naar de feiten, vast moeten stellen welke relevante internationaalrechtelijke rechten en plichten er gelden tussen de twee staten en of het handelen of nalaten van een andere staat heeft geleid tot een schending van de desbetreffende rechten en plichten. Vervolgens moet de benadeelde staat vaststellen of het handelen of nalaten dat de beweerde schending heeft veroorzaakt, kan worden toegerekend aan een andere staat. Bij dit onderzoek is bewijsvergaring van groot belang. Wil de benadeelde staat aannemelijk kunnen maken dat een andere staat aansprakelijk is onder internationaal recht, zal de benadeelde staat over bewijsmateriaal dienen te beschikken waaruit dit blijkt.

Het ontstaan van staatsaansprakelijkheid voor het neerhalen van vlucht MH17

Om vast te stellen of een andere staat aansprakelijk kan worden gesteld voor het neerhalen van vlucht MH17 moet onderzocht worden of sprake is van een schending van een internationaalrechtelijke verplichting en of deze aan een staat of meerdere staten kan worden toegerekend. Dit betreft een ander onderzoek dan het onderzoek van de Onderzoeksraad voor Veiligheid dat reeds is afgerond. Dit betreft eveneens een ander onderzoek dan het strafrechtelijk onderzoek door het Joint Investigation Team (JIT) dat nog loopt. Het onderzoek van de Onderzoeksraad voor Veiligheid betrof de technische toedracht van het neerstorten van vlucht MH17. Dit onderzoek was niet gericht op de schuldvraag. Wel kan met betrekking tot de bewijsvoering tot onderbouwing van de claim van staatsaansprakelijkheid gebruik worden gemaakt van de uitkomsten van het onderzoek van de Onderzoeksraad voor Veiligheid. Het strafrechtelijk onderzoek van het JIT richt zich op de individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid. Desalniettemin kan ook het bewijsmateriaal dat in het kader van dit onderzoek is verzameld relevant zijn voor de bewijsvoering voor staatsaansprakelijkheid voor het neerhalen van vlucht MH17. Hoewel gebruik zou kunnen worden gemaakt van de resultaten van het onderzoek van de Onderzoeksraad voor Veiligheid en de uitkomsten van het strafrechtelijk onderzoek, is het dus mogelijk dat aanvullend bewijs nodig zal zijn om de aansprakelijkheid van een staat of staten vast te kunnen stellen.

3. De juridische gevolgen van staatsaansprakelijkheid

De aansprakelijke staat heeft een aantal verplichtingen ten opzichte van de benadeelde staat. Ten eerste moet de aansprakelijke staat de schending van het internationaal recht beëindigen in het geval die schending voortduurt. Ten tweede moet de aansprakelijke staat adequate garanties bieden om herhaling te voorkomen als de omstandigheden hierom vragen. Ten derde is de aansprakelijke staat verplicht te zorgen voor volledig rechtsherstel.

Dit rechtsherstel kan verschillende vormen aannemen waarop de benadeelde staat achtereenvolgens aanspraak kan maken: restitutie, compensatie en genoegdoening. Restitutie houdt in dat de aansprakelijke staat de gevolgen van zijn schending ongedaan maakt. Indien restitutie niet (meer) mogelijk is, kan de benadeelde staat aanspraak maken op compensatie. Compensatie houdt in dat de aansprakelijke staat de

materiële en immateriële schade vergoedt. De compensatie ter vergoeding van schade geleden door individuen wordt betaald aan de benadeelde staat en deze staat kan de compensatie vervolgens ter beschikking stellen aan de individuen.

Indien restitutie en/of compensatie niet leidt tot volledig rechtsherstel, kan de benadeelde staat aanspraak maken op genoegdoening. Genoegdoening kan verschillende vormen aannemen. Een gebruikelijke vorm van genoegdoening bestaat uit het in het openbaar erkennen van aansprakelijkheid en het aanbieden van formele excuses. Een andere vorm van genoegdoening is het uitvoeren door de aansprakelijke staat van een onderzoek naar de omstandigheden die hebben geleid tot de schending van internationaal recht.

De juridische gevolgen van staatsaansprakelijkheid voor het neerhalen van vlucht MH17

Het neerstorten van vlucht MH17 en het verlies van 298 mensenlevens is een verschrikkelijke tragedie. Dit verlies en het onbeschrijflijke verdriet dat daarmee gepaard gaat, kan niet meer ongedaan worden gemaakt. In de context van het neerhalen van vlucht MH17 kunnen echter nog wel voortdurende verplichtingen bestaan, zoals in het kader van uitlevering of de rechtshulp aan de staat of staten die de oorzaken van en verantwoordelijkheid voor het neerhalen onderzoeken. Een weigering van rechtshulp kan dus wel leiden tot een schending van internationaal recht die voortduurt. Deze weigering kan vervolgens leiden tot een verplichting tot medewerking. Daarnaast kunnen de benadeelde staat of staten de aansprakelijke staat of staten vragen adequate garanties te bieden om herhaling te voorkomen. Deze kunnen de vorm hebben van toezeggingen van de aansprakelijke staat of staten waarin duidelijk wordt gemaakt op welke manier herhaling voorkomen kan worden. Hierbij kan worden gedacht aan verscherping van wetgeving, toezicht en handhaving.

Vervolgens moeten de aansprakelijke staat of staten volledig rechtsherstel bieden. Om te kunnen bepalen op welke manier volledig rechtsherstel kan worden bereikt moeten de aard en hoogte van de schade als direct gevolg van het neerhalen van vlucht MH17 worden bepaald. Het neerhalen van vlucht MH17 kan echter niet meer ongedaan worden gemaakt. Als vorm van rechtsherstel ligt restitutie daarom in dit geval niet in de rede. Dit betekent dat naar de andere vormen van rechtsherstel moet worden gekeken. Ten eerste kan compensatie worden gevraagd. Om de hoogte van de compensatie vast te stellen moet worden bepaald wat precies, uitgedrukt in geld, de materiële en immateriële schade als direct gevolg van het neerhalen van vlucht MH17 is geweest. Naast compensatie zou ook genoegdoening kunnen worden gevraagd. Deze genoegdoening kan de vorm hebben van formele en openbare excuses van de aansprakelijke staat of staten, alsmede van medewerking aan de vervolging en berechting door deze staat of staten van verdachten in het strafrechtelijk proces. Dit laatste is reeds onder meer geëist in Resolutie 2166 (2014) van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties.

4. Het effectueren van staatsaansprakelijkheid

Staatsaansprakelijkheid kan in elk geval worden ingeroepen door de benadeelde staat. Een benadeelde staat moet aantonen dat hij nadeel heeft ondervonden van de internationale onrechtmatige daad van een andere staat.

Bij nadeel ondervonden door onderdanen van een staat gelden extra voorwaarden voor de bescherming van hun rechten (uitoefening van diplomatieke bescherming). Zo moet de benadeelde staat aantonen dat de

personen voor wie hij opkomt zijn nationaliteit bezitten. Ook moet hij aantonen dat deze personen de nationale rechtsmiddelen hebben uitgeput in de staat of staten die aansprakelijk gesteld worden. Op deze laatste verplichting bestaan uitzonderingen, met name wanneer het uitputten van nationale rechtsmiddelen onmogelijk dan wel in hoge mate onredelijk kan worden geacht.

Voor het bestaan van staatsaansprakelijkheid is het niet per se nodig dat dit wordt vastgesteld door een internationaal juridische instantie. Een aansprakelijk gestelde staat kan deze aansprakelijkheid aanvaarden en in overleg met de benadeelde staat tot een bevredigende oplossing komen. Indien dit niet het geval is, kan de benadeelde staat het geschil onder voorwaarden voorleggen aan een internationale rechter of arbitraal tribunaal.

Anders dan binnen de meeste nationale stelsels biedt het internationaal recht in geval van een schending daarvan niet automatisch toegang tot een internationale rechter of arbitraal tribunaal. De bevoegdheid van een internationale rechter, zoals het Internationaal Gerechtshof, of een arbitraal tribunaal hangt af van de erkenning van deze bevoegdheid door de partijen bij het geschil. Als de betrokken partijen niet de bevoegdheid van de internationale rechter of arbitraal tribunaal ten aanzien van het geschil hebben aanvaard, mag deze zich niet over de zaak buigen. Zelfs indien de betrokken staten de rechtsmacht van een internationale rechter of arbitraal tribunaal ten aanzien van een bepaald geschil hebben aanvaard, kan het internationaal recht de betrokken staten verplichten te proberen het geschil (eerst) op een andere manier op te lossen. Hierbij kan worden gedacht aan het houden van consultaties en/of het voeren van onderhandelingen.

Wanneer een staat een andere staat aansprakelijk stelt voor een internationaalrechtelijk onrechtmatige daad, zal de benadeelde staat in de regel de aansprakelijke staat eerst schriftelijk informeren over de aansprakelijkstelling.

Gewoonlijk volgen daarop consultaties waarin de benadeelde staat de aansprakelijkstelling toelicht en de andere staat de mogelijkheid krijgt om te reageren. Indien uit deze consultaties blijkt dat er sprake is van een geschil (bijvoorbeeld wanneer de aansprakelijkgestelde staat aansprakelijkheid ontkent of de feiten betwist), kunnen partijen besluiten over te gaan tot onderhandelingen, de instelling van een commissie om de feiten te onderzoeken of de inschakeling van een derde partij om te bemiddelen. Deze stappen kunnen meerdere jaren in beslag nemen. Indien ook dit geen resultaten oplevert, kan de benadeelde staat overwegen verdere juridische stappen te zetten in de vorm van het eenzijdig initiëren van een juridische procedure, zoals het voorleggen van het geschil aan een internationale rechter of arbitraal tribunaal. Voorwaarde hiervoor is dus wel dat de staat die aansprakelijk wordt gesteld deze vorm van beslechting van het geschil heeft aanvaard.

Indien het besluit genomen wordt om een geschil via een internationale rechter of een arbitraal tribunaal te beslechten, zullen de eisende staat of staten dan ook moeten aantonen dat de rechter of arbiter in deze zaak bevoegd is en dat de zaak ontvankelijk is. Deze procedurele rechtsvragen moeten eerst beantwoord worden alvorens op de inhoud van de zaak ingegaan kan worden. Deze fase van de procedure kan enkele jaren in beslag nemen.

Naast geschillenbeslechting bestaat de mogelijkheid voor een staat wiens rechten zijn geschonden om onder strikte voorwaarden unilaterale maatregelen te nemen om de aansprakelijke staat te dwingen zijn

verplichtingen onder internationaal recht na te leven. Over deze manier van handhaving van internationaal recht verwijs ik naar een brief van 13 april 2011 daarover (Kamerstuk 32 500 V, nr. 166).

Het effectueren van staatsaansprakelijkheid voor het neerhalen van vlucht MH17

Met betrekking tot het neerhalen van vlucht MH17 kunnen de nationaliteit van de slachtoffers, de plaats van registratie van het vliegtuig waarmee de vlucht uitgevoerd werd, en de plaats waar het vliegtuig neerkwam een grondslag vormen voor het verkrijgen van de status van benadeelde staat. Vervolgens moet vastgesteld worden of het nadelige gevolgen voor de staat zelf (direct nadeel) en/of voor zijn onderdanen (indirect nadeel) betreft. Indien het indirect nadeel betreft, zal beoordeeld moeten worden of nationale rechtsmiddelen al dan niet zijn of moeten worden uitgeput.

Als eerste stap zullen de benadeelde staat of staten de staat of staten die zij aansprakelijk stellen voor het neerhalen van vlucht MH17 schriftelijk moeten informeren over deze aansprakelijkstelling per diplomatieke nota. Dit kan gevolgd worden door consultaties over de inhoud van de aansprakelijkstelling en vervolgens door onderhandelingen tussen de betrokken staten. Hierbij kan, zoals hierboven ook aangegeven, overwogen worden om de hulp van een derde partij in te roepen.

Op basis van de identificatie van de relevante internationaalrechtelijke verplichtingen die niet nagekomen zouden kunnen zijn in de context van het neerhalen van vlucht MH17 (zie onder 2 hierboven) kan worden vastgesteld of er vormen van juridische geschillenbeslechting mogelijk zijn. Indien deze mogelijk bestaat en de benadeelde staat of staten ervoor kiezen om het geschil met de aansprakelijke staat of staten via een juridische procedure te beslechten, dient de voorgeschreven vorm van geschillenbeslechting te worden gevolgd.

Met betrekking tot verdragsverplichtingen geldt dat niet alle verdragen voorzien in een verplichte vorm van geschillenbeslechting. Als dit niet het geval is en niet op een andere manier is voorzien in verplichte rechtsmacht van een internationale rechter of arbitraal tribunaal, zullen de benadeelde staat en de aansprakelijke staat onderling overeen moeten komen op welke manier het geschil beslecht wordt. Hiervoor is vereist dat alle betrokken staten bereid zijn daaraan mee te werken.

5. Samenloop met andere procedures

Het inroepen van staatsaansprakelijkheid houdt in dat een staat een andere staat aansprakelijk stelt voor een schending van het internationaal recht. Deze vorm van aansprakelijkheid verschilt van strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid. Strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft betrekking op de vervolging en berechting van individuen en civielrechtelijke aansprakelijkheid vindt plaats op basis van nationaal recht en heeft, in de regel, betrekking op de relaties tussen burgers en bedrijven onderling. Daarnaast betreft staatsaansprakelijkheid de schending van een regel van internationaal recht, terwijl strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid in beginsel de schending van een regel van nationaal recht betreffen. Deze drie vormen van aansprakelijkheid sluiten elkaar overigens niet uit en kunnen tegelijkertijd of achtereenvolgens worden geëffectueerd.

Aansprakelijkstelling door een staat van een andere staat sluit andere juridische procedures met betrekking tot hetzelfde gebeurtenis dus niet uit. Burgers en bedrijven kunnen civielrechtelijke acties starten. Ook sluit

aansprakelijkstelling door een staat van een andere staat niet uit dat burgers en bedrijven strafrechtelijk vervolgd en berecht worden voor hun betrokkenheid bij dezelfde gebeurtenis.

Samenloop van staatsaansprakelijkheid met andere procedures voor het neerhalen van vlucht MH17

Verschillende niet-Nederlandse nabestaanden hebben individuele klachtprocedures aanhangig gemaakt bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens tegen Oekraïne en de Russische Federatie. Meer nabestaanden zouden de gang naar de Straatsburgse rechter kunnen maken. Ook heb ik uit de media vernomen dat civiele claims tegen vermeende betrokken personen en bedrijven worden voorbereid.

In de inleiding op deze brief heb ik in herinnering geroepen dat Nederland geen enkele juridische optie uitsluit en dat geldt dus ook voor de optie om een of meer staten aansprakelijk te stellen voor het neerhalen van vlucht MH17 op grond van het internationaal recht.

In deze brief heb ik uiteengezet dat voor het aansprakelijk stellen van een of meer staten voor het neerhalen van vlucht MH17 verschillende complexe juridische en procedurele stappen moeten worden doorlopen, waaronder het verzamelen van bewijsmateriaal en een analyse daarvan om te bepalen of een mogelijke schending van die verplichtingen aan een of meerdere staten kan worden toegerekend.

Hoewel een staatsaansprakelijkstelling en een strafrechtelijke vervolging van mogelijke daders elkaar mogelijk zouden kunnen versterken omdat uitkomsten uit de ene procedure nuttig zouden kunnen zijn voor de andere, zou tevens moeten worden voorkomen dat de ene procedure de andere nadelig beïnvloedt. Het neerhalen van vlucht MH17 raakt bovendien niet slechts Nederlandse belangen. Het is daarom goed denkbaar dat Nederland ook andere landen hierover consulteert. Over een keuze om al dan niet gebruik te maken van de optie van aansprakelijkstelling van een of meer staten zal ik Uw kamer informeren.

De Minister van Buitenlandse Zaken,
S.A.M. Kaag