

NOTA RONDE TAFEL 22/1/2015
Tweede Kamer – Den Haag

1.

De Onderzoeksraad voor Veiligheid (OVV) heeft zijn eindrapport over de ramp met de MH17 op 13 oktober 2015 gepubliceerd. Een indrukwekkend rapport dat een zeer breed inzicht verschaft in de feitelijke toedracht van het neerschieten van de Boeing 777 van Malaysian Airlines. Het onderzoek vond plaats in een bijzondere geopolitieke context en de Onderzoeksraad heeft zijn aanbevelingen niet alleen aan de direct betrokken partijen, maar ook aan de internationale luchtvaartgemeenschap gericht.

Met name omtrent de vliegroutes over potentiële conflictgebieden zijn zowel aanbevelingen gedaan op het niveau van de Internationale Burgerluchtvaart Organisatie (ICAO) als aanbevelingen terzake van het optreden van de Oekraïense autoriteiten. Daarnaast heeft de OVV een aantal soevereine en regionale aspecten gesignaleerd die niet in de aanbevelingen zijn verwerkt. Dat laat ruimte voor een nadere verkenning en om mogelijk tot een verdere uitwerking te komen. De IFPA wil hieraan een bijdrage leveren.

De aanbevelingen van de Raad over de rol en de verantwoordelijkheid van betrokken overheden bij de afwegingen omtrent het overvliegen van conflictgebieden lijken zich te beperken tot:

- De exclusieve verantwoordelijkheid van de soevereine staat die in of boven haar territorium met voor de burgerluchtvaart relevante conflicten te maken heeft, om tot (gedeeltelijke) sluiting van het luchtruim te besluiten;
- De constatering dat een nationale overheid geen zeggenschap heeft over de beoordeling van de veiligheid in het luchtruim van andere staten; en
- De constatering dat de risicoanalyse ten behoeve van een te vliegen route uiteindelijk de verantwoordelijkheid is van de luchtvaartmaatschappij.

In deze visie dient een overheid de haar bekende dreigingen of risico's in een luchtruim elders door te geven aan luchtvaartmaatschappijen die onderworpen zijn aan haar regelgeving en toezicht, zonder dat er sprake is van een expliciete zorgplicht. Voor een in het eigen land gevestigde luchtvaartmaatschappij, heeft de overheid de verantwoordelijkheid als (systeem-) toezichthouder voor de vliegveiligheid. Daaronder valt overigens ook het beoordelen van de wijze waarop de luchtvaartmaatschappij invulling geeft aan deze verantwoordelijkheid.

Deze interpretatie plaatst andere overheden dan de betrokken territoriale staat in een passieve rol met diffuse en beperkte verantwoordelijkheden. Dat leidt tot een aantal fundamentele problemen:

- Iedere soevereine staat is verantwoordelijk voor de veiligheid van het luchtverkeer boven het eigen grondgebied. Daarnaast draagt een staat verantwoordelijkheden voor de veiligheid van luchtvaartmaatschappijen, luchtvaartuigen en luchtvaartpersoneel die onder de nationale en toepasselijke EU regelgeving vallen. Dit is ook internationaal vastgelegd in het Verdrag van Chicago en de beginselen van ICAO. Die verantwoordelijkheid omvat ook het beoordelen van een dreigingsanalyse in nauwe samenwerking met betrokken luchtvaartmaatschappijen en, waar nodig, andere staten.

- De staat wiens luchtvaartmaatschappijen onderwerp zijn van nationale veiligheidsregelgeving heeft uiteraard ook de verplichting tot handhaving van die regels, onder meer door, waar nodig, het opleggen van een vliegverbod over conflictgebieden. Dit voorkomt ook dat maatschappijen op basis van dezelfde informatie tot verschillende conclusies en maatregelen komen.

Het OVV rapport geeft aan dat meerdere staten hun publieke verantwoordelijkheid hebben erkend en genomen voor handhaving inzake veiligheid en beveiliging. Dit is allereerst de VS, met de al een aantal jaren van toepassing zijnde Special Federal Aviation Regulations (SFAR), die als zwaarste uitvoeringsmodaliteit kennen het opleggen van vliegverboden in risicogebieden aan Amerikaanse maatschappijen. Meer recent hebben ook het VK, Duitsland en Frankrijk dergelijke stappen genomen. Deze laatste twee landen besloten hiertoe eerst na de ramp met MH17.

Het is van groot belang om verder inzicht te krijgen in de beweegredenen van de overheden die voor en na de ramp met MH17 gebieden hebben geïdentificeerd waar de vliegveiligheid door dreigingen van buitenaf in het geding kan zijn. Waar nodig wordt aan hun luchtvaartmaatschappijen een vliegverbod voor dergelijke gebieden opgelegd. Frankrijk is een van de landen die inmiddels tot een meer actieve rol van de overheid hebben besloten; en er zijn dan ook vliegverboden opgelegd aan Franse luchtvaartmaatschappijen. Daarbij werd is ook nadrukkelijk werd beoogd om verschillende interpretaties door luchtvaart- maatschappijen van beveiligingsinformatie te voorkomen.

We kunnen dus constateren dat ook in Europe toonaangevende luchtvaartnaties na de ramp met MH17 hun verantwoordelijkheden hebben genomen in overeenstemming met het Verdrag van Chicago en de uitgangspunten van ICAO. Dit besluit heeft men zelfs willen (en kunnen) nemen zonder de feitenkennis uit het rapport van de Onderzoeksraad te willen afwachten. Leidraad voor dat beleid is de feitelijke zorgplicht van de overheid voor “safety en security” van zijn burgers en het recht van de burger daarop.

Het invoeren van regels voor een systeemaanpak van veiligheid voor luchtvaartmaatschappijen en luchtverkeersdiensten ontslaat de regelgever niet van de verantwoordelijkheid voor een effectief toezicht. Met name bij inlichtingen betreffende beveiliging, die vaak niet of onvoldoende gevalideerd kunnen worden, is de bevoegdheid van de betrokken staat om een vliegverbod op te leggen aan haar luchtvaartmaatschappijen van essentieel belang. In dit verband kan vastgesteld worden dat ook de recente ICAO website met beveiligingsinformatie uitsluitend niet bindende informatie bevat die is vergezeld van een integrale afwijzing van enige verantwoordelijkheid van ICAO voor de verstrekte informatie.

Het is duidelijk, dat een staat in ieder geval vrij is om terzake regels te maken. Dat is ook door ICAO bevestigd. Een aantal luchtvaartwetgevingen kennen dan ook algemene (crisis)bevoegdheden waarop in urgente zaken stappen een beroep gedaan kan worden. Het lijkt dan ook niet goed mogelijk, nu de verplichting voor het waken over veilig vliegen als een overkoepelende norm wordt gezien, om naar ICAO te verwijzen als argument voor afwezigheid van nationale regels of andere mogelijkheden tot ingrijpen.

De vraag is natuurlijk, of een eventueel ontbreken van specifieke nationale regelgeving voor het verbieden van vluchten door Nederlandse carriers en met in Nederland geregistreerde luchtvaartuigen als een verwijtbare nalatigheid kan worden gezien. Dit is het moment voor juridisch-theoretische beschouwingen over overheidsaansprakelijkheid en internationale verplichtingen. naar aanleiding van verantwoordelijkheid. Er is in ieder geval de urgente vraag of een en ander na MH17 niet met enige voortvarendheid moet worden aangepakt.

Het US Department of Transport (DOT) heeft in dit verband al in maart 2015 de code-sharing partners van Amerikaanse luchtvaartmaatschappijen gewezen op hun mogelijke aansprakelijkheden wanneer de FAA een vliegverbod instelt voor de Amerikaanse maatschappijen. Dat kan een aanzet zijn voor verdere discussies over vergelijkbare scenario's bij andere globale allianties van luchtvaartmaatschappijen.

Met de kennis van de opstelling van zowel de VS als een aantal EU lidstaten lijkt het nu opportuun dat ook de Nederlandse overheid dit thema nadrukkelijk adresseert in haar reactie op de aanbevelingen van de OVV. Daarbij speelt onder meer de vraag aan de orde wat het standpunt van de overheid is ten aanzien van haar rol, indachtig de beleidswijziging die naar aanleiding van MH17 bij een aantal toonaangevende luchtvaartlanden heeft plaatsgevonden, en die door sommigen al enige tijd geleden is geoperationaliseerd.

Op dit moment kan niet uitgesloten worden dat de risicoanalyse van een luchtvaartmaatschappij voor een vlucht over conflictgebied vertrekkend uit bijvoorbeeld Amsterdam in belangrijke mate kan verschillen van een andere voor vlucht uit London, Parijs, Frankfurt etc. Dat is geen aanvaardbare situatie. Met name in (pan-)Europees verband is er alle reden voor een diepgaand onderzoek naar een harmonisering van soevereine verantwoordelijkheden op Europees niveau.

De Europese Commissie heeft op dit moment uitgebreide regelgevingsbevoegdheden voor de luchtvaart en de luchtverkeersleiding in de EU en de daarmee geassocieerde andere pan-Europese Staten. De Europese Commissie zal binnenkort met verdere voorstellen komen voor, onder meer, een herziening van de SES regelgeving en de bevoegdheden van EASA. Dat lijkt een goed uitgangspunt voor Europese initiatieven voor het vliegen over conflictgebieden waarin de verantwoordelijkheid voor de handhaving van de veiligheid inzake het vliegen over conflictgebieden eenduidig en op zowel Europees als Internationaal niveau aan de orde wordt gesteld.

2.

Het betreft onder meer de problematiek van het inschatten van potentieel onvolledige beveiligingsinformatie, de besluitvorming en de daarbij behorende verantwoordelijkheden.

De vraag die opkomt – ook voor Nederland – is of, behalve de staat op of boven wiens grondgebied een conflict is ontstaan, ook andere staten besluiten kunnen nemen ter bescherming van hun luchtvaartmaatschappijen, luchtvaartuigen, bemanning en natuurlijk passagiers. Met name de zorgplicht voor de veiligheid en beveiliging van de burgerluchtvaart van deze verschillende categorieën van staten is hier van groot belang.

Dit vraagstuk is m.i. niet volledig uit de verf gekomen in het OVV rapport, dat overigens wel aangeeft dat de Verenigde Staten, het Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en Duitsland hun maatschappijen na de MH17 ramp hebben verboden om door (delen van) het Oekraïense luchtruim te vliegen.

Daarbij moet ook worden opgemerkt, dat in het rapport van de Commissie van Toezicht op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten (CTIVD), dat als bijlage bij het OVV rapport gevoegd is, de conclusie is opgenomen dat de Rijksoverheid geen zeggenschap heeft over de keuzes die Nederlandse luchtvaartmaatschappijen maken over het gebruik van een buitenlands luchtruim en dus hiervoor ook geen verantwoordelijkheid draagt. Dit lijkt, , een aanvechtbare conclusie.

3.

MH 17 was een codeshare met KL4103. De vraag die zich hier stelt is te weten of de Minister van Verkeer en Waterstaat op grond van art 4.5 , of in analogie hiermee, van de Nederlandse Wet luchtvaart geen aanwijzingen dien en kom geven met betrekking tot de luchtuitvoering. Men wist dat het gevaarlijk vliegen was op de betreffende route.

Het verbod te vliegen tot 32.000 voet was mogelijks onvoldoende, en werd het risico onvoldoende ingeschat.

4.

Als er wordt gesproken om de daders te berechten moet er wel sprake zijn van een degelijk strafrechtelijk onderzoek. De vraag die zich stelt is of er wel sprake is van een degelijk objectief onderzoek. Iedereen doet wat hij wil zonder dat er m.i. een degelijke controle bestaat omtrent hetgeen onderzocht moet worden, alsmede er ook in toezien op de wijze van een objectief onderzoek.

De vraag die zich dan vervolgens stelt op welke wijze kunnen de daders worden berecht. Er zijn m.i. twee opties: - een procedure bij de Haagse Rechtbank of het internationaal strafhof, ergo eventueel ook voor de Rechtbanken in Oekraïne.

Voor vervolging voor het Internationaal Strafhof moet er dan wel degelijk sprake zijn van een oorlogsmisdrijf. Voor een aantal stemmen is er hier wel degelijk sprake van een oorlogsmisdrijf. De daders namen het risico om burgerslachtoffers te maken door een raket af te schieten. Persoonlijk twijfel ik eraan of de daders bewust waren van de grote kans dat door het afschieten van de betreffende raket er burgerslachtoffers zouden vallen. Ik ben dan ook de mening toegedaan dat de daders wel een vergissing hebben gemaakt. Tevens stelt zich de vraag of men weet wie de eigenlijke daders zijn. De betreffende BUK waren zowel in het bezit van de Russen, de Oekraïners en de separatisten....

Zo men de zaak voor de Haagse rechter zou willen brengen meen ik dat dit niet alleen diegene zijn de raket hebben afgevuurd maar ook hun bevelhebber. Bvb. een generaal of een politieke verantwoordelijke staatshoofden kunnen echter niet berecht worden gezien zij beschikken over een immuniteit. Om een oorlogsmisdrijf te kunnen bewijzen, moet er opzet worden aangetoond. Het O.M. moet hier dit objectief naar voren brengen. Tevens dient het bewijs betrouwbaar te zijn.

Dezelfde bewijsproblematiek stelt zich voor een procedure het Internationaal Strafhof. Het hof kan oorlogszaken berechten.

Probleem dat zich wel stelt is dat men hier te maken heeft met een UN organisatie en dienen de landen tevens ook de betreffende bevoegdheid van het hof te aanvaarden.

Zo men zou opteren voor een bijzonder strafhof dient er een betreffende overeenkomst te bestaan.

Evenwel vrees ik dat zulke procedures zeer lang duren, en dat het verleden heeft aangetoond dat er weinig resultaat kan verwacht worden.

Daarenboven moeten de verdachten ook fysiek aanwezig zijn.

Met betrekking tot het strafhof is het nu ook zo dat o.a. haar veto heeft gesteld om de resolutie goed te keuren.

Ik ben de mening toegedaan dat men de ganse MH17 problematiek thans aanwendt om geopolitieke redenen, en eigenlijke vervolging van de daders in se als een element gebruikt voor politieke doeleinden. De daders moeten uiteraard wel vervolgd worden, maar het ziet er nu naar uit dat de politiek een belangrijkere rol speelt dan de eigenlijke vervolging.

De tegenstellingen tussen de protagonisten USA-West-Europa en Rusland zijn thans van dien aard dat ik vrees dat er van een degelijke berechting weinig in huis zal komen.

Alzo blijkt dat er gegevens door diverse partijen werden achtergehouden, welk uiteraard vraagtekens doet rijzen omtrent mogelijkheid van een degelijk objectief strafrechtelijk onderzoek.

Naar nabestaanden van de slachtoffers is het essentieel dat er gewezen wordt opdat de nabestaanden zeer veel waarde hechten aan volledige duidelijkheid terzake van de internationale maar ook de nationale aspecten hiervan, m.n. om de grootst mogelijke zekerheid te hebben dat anderen ook nog geconfronteerd kunnen worden met al hun leed.

Evenwel is dit m.i. in casu niet het geval.

Volledigheidshalve dient er gewezen te worden naar de mogelijkheden welke bestaan met betrekking tot een berechting.

Het Joint Investigation Team is uiteraard bezig met een strafrechtelijk onderzoek, doch uitkomst ervan moet nog bekeken worden.

Met betrekking tot mogelijkheden zijn er m.i. zes rechtbanken.

Een internationale of hybride rechtbank: dit zou kunnen opgezet worden met 2/3 steun van de lidstaten van de UN Verenigde Naties. Dit zou een internationale legitimiteit hebben. Sancties uitgaande van de UN zouden eventueel kunnen worden opgelegd aan Staten welke niet meewerken met de betreffende rechtbank. Doch 2/3 te verkrijgen van 193 lidstaten om de oprichting van zulke rechtbank te realiseren zou wel eens een zeer moeilijke oefening kunnen blijken.

Een rechtbank samengesteld uit leden van de betrokken staten: de vijf landen die de Joint Investigation Team hebben opgesteld zouden zelf een rechtbank kunnen oprichten (Nederland, België, Oekraïne, Maleisië en Australië). Dit zou zeer uniek zijn. Het probleem is m.i. dat de Staten welke bij de oprichting betrokken zouden zijn, ook betrokken zijn bij het sinister, welk uiteraard zou kunnen leiden tot een indruk van een niet objectieve rechtsmacht.

Een Nederlandse Rechtbank: Nederland kan internationale misdrijven door een nationaal rechtelijke rechtbank laten behandelen. De vraag die zich stelt is of één en ander objectief zou kunnen worden behandeld, minstens de indruk zou toch kunnen ontstaan dat de betrokken rechtbank niet objectief is.

Een onafhankelijke Rechtbank in een derde staat: hier zouden geen problemen zijn van legitimiteit. Doch welk land zou bereid zijn om zulk een rechtbank op haar grondgebied te willen hebben, de kosten dragen en men moet er ook nog rekening houden met de eventuele politieke problemen. Ik verwijs desbetreffend naar de Lockerbie rechtbank in Nederland waarin Schotse rechters zetelden.

Internationaal Strafhof: De zaak zou kunnen worden ingeleid door het land waar het misdrijf was gepleegd: dit zou Oekraïne zijn. Doch Kiev is nog steeds geen lid van het hof, het hof zou alleen individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de dader(s) behandelen, en niet van landen. Het hof zal ook moeten beslissen of de feiten voldoende ernstig zijn.

International Hof van Justitie: Als uit het onderzoek blijkt dat een Staat aansprakelijk is, dan zou het een Internationaal Hof van Justitie, als hoogste gerechtelijke instantie in het kader van de Verenigde Naties, de zaak kunnen nemen. Maar de betreffende sta(a)ten dienen wel de jurisdictie van het hof te aanvaarden.

Er wordt heel veel naar elkaar verwezen, doch er gebeurt heel weinig. In International Tribunaal oprichten op basis van de overeenkomst tussen de meest betrokken staten zoals Nederland, België, Oekraïne, Maleisië en Australië is mogelijk, dit Tribunaal zal dan niet onder de V1 vlag kunnen plaatsvinden. Zulk Tribunaal werd vroeger in het leven geroepen voor de vervolging van de verdachten in de Lockerbie ramp, en in het geval van MH17 zouden Nederlandse rechters aangesteld kunnen worden met openbare aanklager uit andere landen. Doch ik heb diverse vraagtekens omtrent om de redenen hierboven vermeld.

Tevens moet ik er wel op wijzen dat wat het Internationaal Strafhof betreft, Oekraïne en Maleisië welke nauw betrokken zijn bij de ramp geen partij zijn bij het Strafhof. De rechtsmacht is dan ook uitermate beperkt.

Mogelijkerwijze zou de veiligheidsraad van de UN op basis van chapter 7 van het UN charter een hof kunnen oprichten, doch of het werkzaam zal zijn is ten eerste twijfelachtig.

Wat het strafonderzoek betreft dient er wel aangestipt te worden dat op 8 september 2015 Oekraïne de bevoegdheid heeft aanvaard van het Strafhof voor misdrijven begaan op het grondgebied sinds 20 februari 2014, en de belofte heeft gedaan om samen te werken met het Strafhof inclusief de uitlevering van de verdachten. Evenwel werkt Rusland op dit vlak niet mee. Het standpunt van Rusland is ook begrijpelijk om de redenen hierboven vermeld.

Ik wens ook nog te verwijzen naar het akkoord genomen op 12 februari 2015 tussen Oekraïne, Rusland en de Organisation for Security Cooperation in Europe (OSCE) en de separatisten waarin een “Package of Measures for the Implementation of the Minsk agreements” 13 punten werd ondertekend een staakt het vuren te bereiken in Oost-Oekraïne en om de situatie te stabiliseren.

Artikel 5 van dit package voorziet: ‘Ensure pardon and amnesty by enacting the law prohibiting the prosecution and punishment of persons in connection with the events that took place in certain areas of the Donetsk and Luhansk regions of Ukraine.’

Het is m.i. niet zeer duidelijk of dit tot nationale amnestie zal leiden, toch dit zal zeker aangewend worden om niet over te gaan tot de vervolging van de mogelijke verdachten inzake.

Evenwel heeft men bij het goedkeuren van resolutie 2202 kunnen vaststellen dat de vertegenwoordigers van Nieuw Zeeland, Maleisië, toch ook Australië, België, Canada, Indonesië, Nederland en de Filippijnen.

In het kader hiervan kan er gesteld worden dat er van een degelijke vervolging op korte termijn weinig kans op succes bestaat.