

eist dat degenen die verantwoordelijk zijn voor het neerhalen van de MH17 ter verantwoording worden geroepen en dat alle staten volledig moeten meewerken om dit te realiseren (zie ook *KwartaalSignaal* 133, AAK20147674). Al spoedig besloten de vijf meest betrokken (slachtoffer)landen (Nederland, Maleisië, Oekraïne, Australië en België) de handen ineen te slaan via de oprichting van een Joint Investigation Team (JIT) en overige internationale juridische samenwerking bij vervolging en berechting van mogelijke verdachten van het plegen van misdrijven die verband houden met het neerhalen van de MH17. Een aanvankelijk voorstel om tot oprichting van een speciaal VN-tribunaal over te gaan, leed in de Veiligheidsraad op 29 juli 2015 schipbreuk als gevolg van een Russisch veto (zie *VN doc.* S/2015/562 en S/PV.749). Uiteindelijk hebben de vijf landen besloten om tot vervolging en berechting over te gaan in Nederland en naar Nederlands recht. Dit op basis van het passief nationaliteitsbeginsel: niet de dader maar het slachtoffer draagt de nationaliteit van de staat die het voortouw neemt bij vervolging en berechting van de daders. Daartoe is allereerst op 7 juli 2017 in Tallinn een verdrag tussen Nederland en Oekraïne gesloten, waarbij Oekraïne zijn strafrechtelijke rechtsmacht over de op zijn grondgebied gepleegde MH17-gerelateerde misdrijven aan Nederland overdraagt (zie *Trb.* 1017, 102).

Daarbij doet zich wel een aanzienlijke complicatie voor. Artikel 25 van de Oekraïense Grondwet bepaalt dat Oekraïense staatsburgers niet door Oekraïne kunnen worden uitgeleverd ten behoeve van een proces in een ander land, in casu Nederland. Deze bepaling is een vrijwel letterlijke kopie van wat ook de Russische Grondwet stipuleert. Om die reden staat in het Verdrag tussen Nederland en Oekraïne dat verdachten door middel van een videoverbinding aan het strafproces in Nederland kunnen deelnemen. De verdachte kan dan worden verhoord en berecht zonder dat deze behoeft te worden uitgeleverd. Het EHRM heeft al meermalen beslist dat deelname aan rechterlijke procedures via videoconferenties op zichzelf niet in strijd is met artikel 6 EVRM over de wezenskenmerken van een eerlijk proces, mits dit plaatsvindt op basis van een wettelijke regeling, een of meer legitieme doelstellingen, gelijke behandeling, en daadwerkelijke kans tot verdediging via een goede overdracht van beeld en geluid en met bijstand van een raadsman. Voorts is in de mogelijkheid van videoconferenties voorzien via een Tweede Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag aangaande wederzijdse rechtshulp in strafzaken. Nederland heeft daarbij destijds echter een verklaring afgelegd dat het geen gebruik wenst te maken van deze mogelijkheid. Voor dit specifieke geval en mede in het licht van de Oekraïense grondwetsbepaling laat Nederland nu zijn algemene uitgangspunt los dat een verdachte altijd fysiek aanwezig moet zijn bij zijn berechting.

Vanwege de grote gevoeligheid van het MH17-dossier zijn de goedkeuringswet en de uitvoeringswet van dit bilaterale verdrag met spoed aan de Staten-Generaal voorgelegd (zie *Kamerstukken* 34915 en 34916). Na eerdere goedkeuring door de Tweede Kamer, keurde ook de Eerste Kamer op 13 juli 2018 na een debat met minister Grapper-

VOLKENRECHT

AAK20188704

Ige F. Dekker, Nico J. Schrijver

1 Vliegcrash MH17: aansprakelijkheid individuen en Russische Staat

Het achterhalen van de ware toedracht van het neerhalen van vlucht MH17 van Malaysia Airlines op 17 juli 2014 boven het grondgebied van Oekraïne blijft de gemoederen beroeren. Bij de vliegcrash kwamen alle 298 inzittenden om, waaronder 196 Nederlanders. Op 21 juli 2014 nam de Veiligheidsraad unaniem Resolutie 2166 aan waarin de Raad

haus dit bilaterale verdrag tussen Nederland en Oekraïne goed. Inmiddels is het een grote vraag of de samenwerkende justitiële autoriteiten spoedig MH17-verdachten zullen weten op te pakken. Mede door het werk van samenwerkende inlichtingendiensten is inmiddels veel (maar niet alles) bekend over de ware toedracht van het neerhalen van de MH17 door BUK-luchtdoelraketten van Russische makelij en over de mogelijke plegers en medeplegers van dit misdrijf. Maar of zij snel – dan wel ooit – als verdachten voor de Haagse rechtbank (met als zittingslocatie het Justitieel Complex Schiphol) zullen staan is zeer de vraag. Omdat een strafprocedure voor de Nederlandse rechter nabestaanden wel enige genoegdoening zou kunnen verschaffen, voorzien het verdrag en de uitvoeringswet uitgebreid in de mogelijkheid van een inbreng van de nabestaanden van de slachtoffers uit de 17 verschillende landen.

Naast de strafrechtelijke aansprakelijkheid van individuen speelt de vraag naar de aansprakelijkheid van staten onder het internationale recht voor het neerhalen van de MH17. Hierover heeft de minister van Buitenlandse Zaken op 9 maart 2018 een brief aan de Tweede Kamer gestuurd (zie *Kamerstukken* 2017/18, 33997, 114). Nederland kan alleen een andere staat aansprakelijk stellen voor het neerhalen van de MH17 als die staat een internationaalrechtelijke verplichting heeft geschonden die aan die staat kan worden toegerekend. De brief gaat ook in op de juridische gevolgen van aansprakelijkheid van staten voor het neerhalen van de MH17, en noemt compensatie en genoegdoening als mogelijke vormen van rechtsherstel. Ook wordt ingegaan op de te volgen procedure en de samenloop met andere procedures (zoals strafrechtelijke vervolging van mogelijke daders). Op 24 mei 2018 publiceerde het JIT een nieuw rapport waarin het concludeerde dat de raketinstallatie (BUK) waarmee vlucht MH17 werd neergehaald onderdeel was van de 53e luchtafweerbrigade van het Russische leger. Eerder, in 2016, had het JIT al geconcludeerd dat de BUK-installatie vanuit Rusland was vervoerd naar een gebied in Oost-Oekraïne dat op dat moment onder leiding stond van de pro-Russische separatisten en dat de raket vanuit dit gebied was afgeschoten. In deze rapporten zagen Australië en Nederland aanleiding om de Russische Federatie via een diplomatieke nota formeel aansprakelijk te stellen voor het neerhalen van de vlucht MH17 (zie *Kamerstukken* 2017/18, 33997, 117 en bijlage, 25 mei 2018). De twee landen stellen dat Rusland vanwege zijn rol in het neerhalen van de vlucht MH17 verscheidene internationaalrechtelijke verplichtingen heeft geschonden. Om die reden eisen zij dat Rusland: 1. zijn verantwoordelijkheid voor deze internationaal onrechtmatige daad erkent; 2. onmiddellijk al deze daden beëindigt; 3. Australië en Nederland garandeert dat dergelijke onrechtmatige daden niet herhaald zullen worden; en 4. Australië en Nederland volledig schadeloos stelt voor al het leed en de schade die veroorzaakt zijn door deze internationale onrechtmatige daden. Beide landen verzoeken Rusland om met hen in onderhandeling te treden over deze schendingen van het internationale recht en de juridische consequenties daarvan. Bij het uitblijven van een antwoord of in geval

van een onbevredigend resultaat sluiten zij niet uit dat zij de MH17-kwestie gaan voorleggen aan een internationale rechter of organisatie om een oordeel te vellen. Dit staat los van het strafrechtelijk onderzoek en de mogelijke vervolging en berechting van de individuele daders; de beide trajecten kunnen elkaar volgens de regering wederzijds versterken. De onderzoeksrapporten over de vliegramp MH17 van de Onderzoeksraad voor Veiligheid, waaronder *MH17 Crash*, 13 oktober 2015, zijn te raadplegen via website www.onderzoeksraad.nl.

2 Investeringsarbitrages en het EU-recht

Op 6 maart 2018 deed het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof), in de samenstelling van de Grote Kamer, een belangrijke uitspraak in de zogenoemde *Achmea*-zaak, waarin het Hof de arbitrageclausule in het bilaterale investeringsverdrag (BIT) tussen Nederland en Slowakije in strijd verklaart met het Unierecht (arrest in zaak C-284/16, *Slowaakse Republiek vs Achmea BV*). Uit het arrest volgt dat de op basis van dergelijke verdragen ingestelde arbitragetribunalen krachtens het EU-recht niet bevoegd zijn geschillen over de interpretatie en toepassing van deze BITs te beslechten. Deze onverenigbaarheid was al jaren onderwerp van discussie en zeer omstreden. Dat bleek ook uit het feit dat veel lidstaten hun uiteenlopende opvattingen gedurende de procedure kenbaar maakten aan het Hof. Veel zuidelijke lidstaten, met de Europese Commissie, vonden dergelijke arbitrageclausules in investeringsverdragen tussen twee lidstaten – zogenoemde intra-EU-BITs – in strijd met het Unierecht, terwijl de noordelijke lidstaten, waaronder Nederland, daarin geen probleem zagen. Deze laatste opvatting verwoordde ook de advocaat-generaal Wathelet, in een uitvoerige en informatieve conclusie.

De directe aanleiding voor de zaak ligt in een geschil tussen de Nederlandse verzekeraar Achmea en Slowakije over de vraag of enkele maatregelen van de Slowaakse regering uit 2006, die de liberalisering van de zorgverzekeringsmarkt in Slowakije gedeeltelijk ongedaan maakte, in strijd was met de BIT tussen Nederland en Slowakije uit 1992. Een van die maatregelen verbood aanbieders van particuliere zorgverzekeringen daarop gemaakte winsten uit te keren. Zoals de meeste BITs, maakt ook deze – in artikel 8 – het mogelijk dat een buitenlandse investeerder het geschil met de gaststaat voorlegt aan een internationaal arbitragetribunaal, wat Achmea in 2008 deed. Slowakije vocht van meet af aan de bevoegdheid van het tribunaal aan. Het stelde onder meer dat het BIT met Nederland als beëindigd moest worden beschouwd omdat de bescherming van investeerders sinds de door toetreding van Slowakije tot de EU onder het Verdrag betreffende de Werking van de EU (hierna VWEU) viel, voor Slowakije het latere verdrag (zie art. 30 en 59 Weens Verdragenverdrag). Het tribunaal verwierp de Slowaakse argumenten omdat de investeringsbescherming onder beide verdragen verschilt, en besliste in 2010 dat het bevoegd was. Het oordeelde twee jaar later dat de Slowaakse maatregelen in

strijd waren met de BIT en dat Achmea recht had op een schadevergoeding van 22 miljoen euro (met rente bijna 30 miljoen). Slowakije gaf echter niet op en vocht de geldigheid van de uitspraak van het tribunaal aan bij de Duitse rechter – die daartoe bevoegd was omdat Frankfurt de vestigingsplaats van het tribunaal was. Het was uiteindelijk het Bundesgerichtshof, de hoogste Duitse federale rechter voor burgerlijke en strafzaken, dat de kwestie van de mogelijke strijdigheid van de arbitrageclausule in het BIT met het EU-recht, als prejudiciële vraag, in 2016 voorlegde aan het Hof.

Zoals Hof wel vaker doet bij belangrijke arresten, start het zijn beantwoording van de prejudiciële vragen met een beknopte uiteenzetting van de fundamentele kenmerken van het EU-recht. Daarbij wijst het Hof erop dat het de taak heeft erop toe te zien dat een internationaal verdrag geen inbreuk maakt op de bevoegdheidsverdeling, zoals vastgelegd in de EU-verdragen, en op de autonomie van de Europese constitutionele rechtsorde. Deze taak is, in de eerste plaats, verzekerd door artikel 344 VWEU, dat bepaalt dat de lidstaten voor de oplossing van geschillen over de interpretatie en toepassing van de EU-Verdragen alleen de in deze Verdragen voorziene methoden van geschillenbeslechting mogen gebruiken. In de tweede plaats, door artikel 267 VWEU, dat het Hof, via de prejudiciële procedure, verantwoordelijk maakt voor een eenvormige uitleg van het EU-recht. Vervolgens gaat het Hof na of de arbitrageclausule in een tussen lidstaten gesloten BIT – een zogenoemd intra-EU-BIT – met deze artikelen verenigbaar is. De conclusie is, zoals al boven aangegeven, negatief, en dit oordeel steunt op drie vaststellingen.

In de eerste plaats stelt het Hof vast dat een arbitrage-tribunaal onder een intra-EU-BIT ook bevoegd is het Unierecht te interpreteren en toe te passen. De arbitrageclausule in het Nederland-Slowakije BIT verwijst wat het toepasselijk recht betreft uitdrukkelijk naar andere verdragen tussen beide staten en naar het nationale recht van beide staten. Van dat laatste maakt het Unierecht deel uit, krachtens de beginselen van de rechtstreekse toepassing, de rechtstreekse werking en de voorrang van het Unierecht. In de tweede plaats stelt het Hof vast dat zo'n arbitrage-tribunaal niet kan worden beschouwd als rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU en dus niet bevoegd is een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof. Ten derde, stelt het Hof vast, dat niet gegarandeerd is dat de uitspraak van het tribunaal kan worden voorgelegd aan een rechterlijke instantie die wel bevoegd is om prejudiciële vragen te stellen. Dat is afhankelijk van het recht van de staat waar het tribunaal zijn zetel kiest. In het onderhavige geval was, op grond van het Duitse recht, alleen een toetsing van de geldigheid en strijd met de openbare orde mogelijk. Dat het Hof zo'n beperkte toetsing eerder voor commerciële of handelsarbitrage geen probleem achtte, verklaart het uit het feit dat deze arbitrages gegrond zijn op de vrije wil van de betrokken partijen, terwijl een investeringsarbitrage haar grond vindt in een verdrag tussen twee staten waarin deze de beslechting van investeringsgeschillen aan hun reguliere rechterlijke

instantie hebben onttrokken. Ook benadrukt het Hof dat de onderhavige situatie verschilt van die waar de EU bij verdrag met derden een rechterlijke instantie instelt die belast is met de interpretatie van dat verdrag en waarvan de beslissingen bindend zijn voor de instellingen van de EU, waaronder het Hof. De EU heeft bevoegdheid zich te onderwerpen aan dergelijke beslissingen, mits door deze beslissingen de autonomie van het Unie-recht niet wordt aangetast.

Mede onder verwijzing naar de beginselen van wederzijds vertrouwen en loyale samenwerking, komt het Hof uiteindelijk tot het oordeel

'dat met de artikelen 267 en 344 VWEU niet verenigbaar is een bepaling in een tussen lidstaten gesloten internationale overeenkomst [...] op grond waarvan een investeerder uit een van deze lidstaten, in geval van een geschil over investeringen in de andere lidstaat, tegen laatstgenoemde staat een procedure kan inleiden voor een arbitrage-tribunaal waarvan deze lidstaat zich ertoe heeft verbonden de bevoegdheid te aanvaarden'.

De uitspraak van het Hof treft in beginsel alle bestaande – ruim 190 – BITs tussen EU-lidstaten en de op grond daarvan te beslechten geschillen tussen een particuliere investeerder en een EU-lidstaat. Daarmee ontvalt een belangrijk element aan de intra-EU-BITs en, als gevolg daarvan, zal het interne EU-investeringsbeleid moeten worden aangepast (zie art. 207 VWEU). Of de uitspraak ook effect zal hebben voor honderden BITs van de EU-lidstaten (en/of de EU zelf) met derde landen – en op daarop gebaseerde investeringsarbitrages – is niet duidelijk maar is ook niet uitgesloten. In ieder geval is met de uitspraak een element toegevoegd aan de soms heftige discussies over de 'legitimiteit' van internationale investeringstribunalen en zal de Europese Commissie zich gesterkt weten om in toekomstige investeringsverdragen van de EU met derden te gaan voor instelling van een permanent Internationaal Investeringshof. Zie ook *KwartaalSignaal* 133, AAK20147674 en *KwartaalSignaal* 141, AAK20168238.

Zie verder E. de Brabandere, 'De Achmea-zaak voor het Europese Hof van Justitie. Het einde van intra-EU-investeringsverdragen?', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2018, afl. 3-4; J.I. Blanck, 'Slovak Republic v. Achmea BV: The Death Knell for Intra-EU-BITs?', *ASIL Insights* (22), afl. 8, 19 juni 2018. Zie ook *Ars Aequi* 2018, afl. 9, m.nt. A.S. Hartkamp.