

Annexe 4 (publique)

Arrêt de la Cour d'appel de
La Haye
du 18 décembre 2012
(Aff. M. Charif Manda
Ndadza Dz'na et crts c/ L'Etat
néerlandais,
n° 200.114.941/01)

arrest

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector Civiel recht

Zaaknummer : 200.114.941/01

Zaak-/rolnummer rechtbank : 424426/KG ZA 12-808

arrest van 18 december 2012

inzake

de Staat der Nederlanden (Ministerie van Buitenlandse Zaken en Ministerie van Veiligheid en Justitie),
zetelend te 's-Gravenhage,
appellant,
hierna te noemen: de Staat,
advocaat: mr. E.J. Daalder te 's-Gravenhage,

tegen

1. **Charif Manda Ndadza Dz'na,**
2. **Pierre-Célestin Mbodina Iribi,**
3. **Floribert Ndjabu Ngabu,**

allen verblijvende te Scheveningen in het Detention Centre van het Internationaal Strafhof,
geïntimeerden,
hierna te noemen: Dz'na, Iribi respectievelijk Ngabu en tezamen Dz'na c.s.,
advocaat: mr. W.P. den Hertog te 's-Gravenhage.

Het geding

Voor het verloop van het geding tot het arrest van het hof van 29 oktober 2012 in het incident, verwijst het hof naar dat arrest. Na dat arrest hebben Dz'na c.s. een memorie van antwoord (met producties) ingediend waarin zij de grieven van de Staat hebben bestreden. Op 19 november 2012 hebben partijen de zaak voor het hof doen bepleiten, de Staat door zijn advocaat en Dz'na c.s. door mrs. Ch. Samkalden, G. Sluiter en W. Eikelboom, advocaten te Amsterdam, allen aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. De Staat heeft bij die gelegenheid nog bij akte producties in het geding gebracht. Ten slotte is arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1.1 Nu geen grieven zijn gericht tegen de feiten die de voorzieningenrechter onder 1.1 tot en met 1.12 van zijn vonnis heeft weergegeven, zal ook het hof van deze feiten uitgaan.

1.2 Het gaat in deze zaak om het volgende. Dz'na c.s. zijn onderdanen van de Democratische Republiek Congo (DRC) die in de DRC waren gedetineerd op verdenking van betrokkenheid bij de dood van VN-militairen respectievelijk hoogverraad.

1.3 Dz'na c.s. en de DRC hebben er mee ingestemd dat Dz'na c.s. als getuigen zouden worden gehoord in de bij het Internationaal Strafhof te 's-Gravenhage (hierna: het ICC) aanhangige zaken tegen Germain Katanga en Mathieu Ngudjolo Chiu. Dz'na c.s. zijn daartoe overeenkomstig art. 93 lid 7 van het Statuut van Rome van het ICC van 17 juli 1998 (hierna: het Statuut) op 27 maart 2011 overgebracht naar het ICC. Zij zijn sinds die datum gedetineerd in het Detention Centre van het ICC te Scheveningen.

1.4 Dz'na c.s. hebben hun getuigenverklaringen voor het ICC op 3 mei 2011 afgerond. Art. 93 lid 7 sub b Statuut bepaalt:

"The person being transferred shall remain in custody. When the purposes of the transfer have been fulfilled, the Court shall return the person without delay to the requested State."

1.5 Dz'na c.s. hebben op 12 mei 2011 bij de Nederlandse autoriteiten asiel aangevraagd. Nadat de Staat aanvankelijk deze aanvragen niet in behandeling had genomen, heeft de rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats Amsterdam, in haar uitspraak van 28 december 2011 overwogen dat de omstandigheid dat Dz'na c.s. zich in de rechtsmacht van het ICC bevinden niet afdoet aan de toepasselijkheid van de in de Vreemdelingenwet 2000 voorziene procedures ten aanzien van de behandeling en beoordeling van asielaanvragen, en bepaald dat uiterlijk op 28 juni 2012 op die aanvragen diende te worden beslist.

1.6 Trial Chamber II van het ICC (hierna: de Trial Chamber), waarvoor Katanga en Chiu terecht staan en waarvoor Dz'na c.s. als getuigen zijn gehoord, heeft zich in een aantal uitspraken uitgelaten over de positie van Dz'na c.s. en de situatie die is ontstaan doordat zij, nadat zij hun getuigenverklaringen hadden afgerond, asiel hebben aangevraagd.

1.7 In zijn uitspraak van 9 juni 2011 heeft de Trial Chamber onder meer het volgende overwogen. Op de Trial Chamber rust op grond van art. 21 lid 3 Statuut de plicht het Statuut en de andere rechtsbronnen vermeld in art. 21 leden 1 en 2 Statuut toe te passen op een wijze die niet onverenigbaar of in strijd is met internationaal erkende mensenrechten. Het ICC heeft op grond van art. 68 Statuut de plicht getuigen te beschermen, maar deze plicht is beperkt tot bescherming tegen het risico dat getuigen lopen vanwege de door hen voor het ICC afgelegde verklaring. De Nederlandse autoriteiten dienen te beslissen welke verplichtingen voor hen uit het *non-refoulement* beginsel (onder meer neergelegd in art. 33 Verdrag van Geneve) voortvloeien. Indien het ICC thans uitvoering zou geven aan art. 93 lid 7 Statuut door Dz'na c.s. naar de DRC te retourneren, dan zouden Dz'na c.s. hun recht om asiel aan te vragen niet langer kunnen uitoefenen. Bovendien zou Nederland niet mogen meewerken aan het transport van Dz'na c.s. naar het vliegveld, omdat dat in strijd zou komen met het *non-refoulement* beginsel. Meer in het bijzonder overwoog de Trial Chamber:

"80. For the time being, the witnesses under a detention order issued by the Congolese authorities shall remain detained in the custody of the Court pursuant to article 93(7) of the Statute and rule 192 of the Rules. The Chamber does not endorse the Registry's argument that their continued detention would have no legal basis now that they have completed their testimony before the Court.

81. In the Chamber's view, the legal instruments cited above authorise the Court to maintain the witnesses in its custody. Those provisions shall continue to apply until such time as the Chamber has ruled on the critical issue of whether the obligation under article 93(7) of the Statute to return the witnesses can be implemented without contravening the Court's other

obligations under article 68 of the Statute and without violating the three witnesses' internationally recognised human rights.

(.....)

85. The question remains as to what should be decided in the event that the Court considers that the protective measures are satisfactory pursuant to article 68 of the Statute, but the decision of the Dutch authorities on asylum or *non-refoulement* is still pending. Once satisfied of the proposed protective measures, there would in principle be no reason for the Court to delay the witnesses' return to the DRC any further. However, the fact that an asylum procedure is still ongoing does not in and of itself permit the Court to order a person's return pursuant to article 93(7) of the Statute. Neither that article nor the Rules contemplate this unprecedented situation. Hence, a solution must be sought as soon as possible in consultations between the Court, the host State and the DRC in order to determine whether these witnesses should remain in detention and, if so, in whose custody. During this consultation procedure, the witnesses will remain in the Court's custody, in accordance with article 93(7) of the Statute. In any event, since their testimony is now complete and since the three asylum applicants are in detention, it is imperative that the Dutch authorities examine the applications as soon as possible, since the processing of their applications must in no way cause any unreasonable delay to their detention under article 93(7) of the Statute. For this last reason, the Chamber must emphasise that the Court cannot contemplate holding these witnesses in custody indefinitely."

1.8 In zijn uitspraak van 24 augustus 2011 overwoog de Trial Chamber onder meer dat, gelet op de door de DRC verstrekte garanties met betrekking tot de veiligheid van de getuigen, de voorwaarden voor de terugkeer van Dz'na c.s. naar de DCR zijn vervuld. Meer in het bijzonder overwoog de Trial Chamber:

"14. From the Chamber's point of view, the Court has fulfilled its obligations under article 68 of the Statute and there are no further grounds to delay the return of the three detained witnesses to the DCR. As the Chamber held in its decision of 9 July 2011, the current finding that the requirements of article 68 of the Statute have been met is limited to risks related to the cooperation of the witnesses with the Court. The Chamber thus takes no position on the alleged risk for violations of the human rights of the detained witnesses in the DCR, or indeed on the question of their alleged persecution by the DCR authorities.

15. However, for the reasons explained in its decision of 9 July 2011, so long as the request for asylum is still pending before the Dutch authorities, the Court cannot request that the Host State facilitate their return to the DRC. The fact that the asylum request is still pending makes their return temporarily impossible from a legal point of view.

16. The question is now whether [Dz'na c.s., hof] should remain detained pending the final outcome of their request for asylum in The Netherlands and, if so, who should assume responsibility for detaining them. (.....)

17. It is therefore incumbent upon the Registry to commence a consultation process with the authorities of the Netherlands and the DCR at once. (.....) In any event, given that the obligation of the Court to detain the three witnesses has now, in principle, come to an end, the Chamber is of the view that a solution must be found urgently."

1.9 In zijn uitspraak van 16 september 2011 vermeldt de Trial Chamber dat de DCR zich op

Zaaknummer: 200.114,941/01

4

het standpunt stelt dat Dz'na c.s. onmiddellijk moeten worden teruggezonden naar de DRC en dat de Nederlandse autoriteiten van mening zijn dat zij gedetineerd dienen te blijven in het Detention Centre van het ICC in afwachting van een beslissing op hun asielaanvraag.

1.10 In zijn uitspraak van 1 maart 2012 heeft de Trial Chamber onder meer overwogen:

"11. As a result of the failure of the consultations to produce any alternative solution, the Court has found itself bound in the following position. On the one hand, since the witnesses have finished their testimony and their security in the DCR in case of return is guaranteed, the Court has no reason anymore to maintain custody over the witnesses and should return them. On the other hand, the Court's obligation to return the witnesses has been suspended until the final outcome of their asylum claim. Given this situation, the Court has had so far no other choice but to keep the three detained witnesses in its custody, in accordance with article 93(7) of the Statute. This situation continues until today.

(.....)

18. Although the detention of the witnesses by the DRC and the custody of the Court are clearly interrelated, the Chamber has no authority to review the detention of the witnesses by the DRC. The Chamber notes, in this regard, that the Court has not been advised by the DRC of any change in their detention status. In the absence of such notification by the Congolese authorities, the witnesses are to remain in detention while they are in the custody of the Court.

(.....)

20. As regards the legality of the continued detention of the witnesses by the Court since the completion of their testimony, the Chamber notes that the custody of the Court on the basis of article 93(7) of the Statute has so far been maintained because the existence of the asylum claim has engendered an extraordinary situation, in which the Court has very little room for manoeuvre. The Chamber reiterates, in this respect, that the processing of the witnesses' asylum applications must not cause the unreasonable extension of their detention under article 93(7) of the Statute and that, in light of *inter alia* Article 21(3) of the Statute, the Court cannot contemplate prolonging their custody indefinitely. "

1.11 In zijn uitspraak van 1 juni 2012 heeft de Trial Chamber onder meer beslist op het verzoek van Dz'na c.s. om te verklaren dat de voortgezette detentie de primaire verantwoordelijkheid van de 'Host State' (Nederland) is en niet langer een kwestie is die binnen de exclusieve rechtsmacht van het ICC valt. Dat verzoek is niet toegewezen. De Trial Chamber overwoog onder meer:

"14. As it recalled at paragraph 1 above, the Court currently has custody of the Detained Witnesses under article 93(7) of the Statute. In its aforementioned decisions of 9 June and 24 August 2011, as reiterated in its decision of 1 March 2012, the Chamber clearly set out the grounds for their detention, also stating unequivocally that "the processing of the witnesses' asylum applications must not cause the unreasonable extension of their detention under article 93(7) of the Statute [...]". Accordingly, in response to the third issue raised by duty counsel, the Chamber need only refer him to these two decisions, both public documents which can therefore be tendered in court if necessary. (...)"

1.12 Bij beschikkingen van 31 oktober 2012 heeft de minister voor Immigratie, Integratie en

Asiel (met toepassing van art. 1F van het Vluchtelingenverdrag) de asielaanvragen van Iribi en Ngabu afgewezen en tevens beslist dat er geen aanleiding is te oordelen dat sprake is van een reëel risico op schending van, onder meer, art. 3 EVRM of van een "flagrant denial of justice" in strijd met art. 6 EVRM. Op de asielaanvraag van Dz'na is nog geen beslissing genomen.

1.13 In dit kort geding vorderen Dz'na c.s. de Staat te gebieden om, zakelijk weergegeven, binnen een door de rechter te stellen termijn aan het ICC te verklaren dat Nederland bereid is hen van het ICC over te nemen en daartoe met het ICC in overleg te treden. Dz'na c.s. leggen aan hun vordering ten grondslag, kort gezegd, dat de Staat onrechtmatig jegens hen handelt door te weigeren aan hun overdracht door het ICC mee te werken. De Staat houdt aldus een met art. 5 en 13 EVRM strijdige situatie in stand waarin Dz'na onrechtmatig zijn gedetineerd zonder dat hun daartegen een rechtsmiddel ter beschikking staat.

1.14 De voorzieningenrechter heeft de vordering van Dz'na c.s. toegewezen. De voorzieningenrechter overwoog daartoe het volgende. Niet ontkend kan worden dat Dz'na c.s. zich thans in een uitzichtloze (detentie)situatie bevinden. Sinds de uitspraak van 24 augustus 2012 acht het ICC zich op grond van het Statuut gehouden Dz'na c.s. terug te zenden naar de DRC, maar de thans nog lopende asielprocedure staat aan het op grond van art. 93 lid 7 van het Statuut te geven bevel tot terugzending in de weg. Op een spoedige afronding van de asielprocedure bestaat geen uitzicht. Dit betekent dat Dz'na c.s. zich sinds 24 augustus 2012 niet meer in een rechtmatige vorm van detentie bevinden. Zij hebben geen uitzicht op invrijheidstelling of berechting binnen redelijke termijn en het is onduidelijk of zij de rechtmatigheid van hun detentie kunnen voorleggen aan een bevoegde rechterlijke instantie. Het ICC noch de DRC is in staat aan de thans ontstane situatie een einde te maken. Het verweer van de Staat dat hij geen rechtsmacht heeft faalt. Het is niet uitgesloten dat de vestiging van het ICC op Nederlands grondgebied wel voldoende aanknopingspunten biedt om rechtsmacht van Nederland aan te nemen. Dit geldt in het bijzonder nu het de Nederlandse asielprocedures zijn die in de weg staan aan terugzending van Dz'na c.s. naar de DRC. De Staat is gehouden de asielaanvragen te behandelen. Het kan niet aan Dz'na c.s. worden verweten dat zij een asielverzoek hebben ingediend. De Staat dient zich het lot van Dz'na c.s. aan te trekken en hen niet hangende de asielprocedures onder detentie van het ICC te laten.

1.15 In zijn uitspraak van 9 oktober 2012 in de zaak Longa/Nederland heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in een zaak waarin het eveneens ging om een in Nederland gedetineerde, Congolese getuige bij het ICC, samengevat het volgende beslist:

- (a) Het enkele feit dat klager gedetineerd is op Nederlands grondgebied is onvoldoende om vragen rond de rechtmatigheid van zijn detentie binnen de "rechtsmacht" van Nederland te brengen als bedoeld in art. 1 EVRM. Zolang klager noch teruggezonden is naar de DRC noch overgedragen is aan de Nederlandse autoriteiten op hun verzoek, blijft de rechtsgrond voor zijn detentie de afspraak die het ICC en de DRC hebben gemaakt op grond van art. 93 lid 7 van het Statuut.
- (b) De detentie van klager had een basis in bepalingen van internationaal recht die het functioneren van het ICC regelen en die bindend zijn voor Nederland. Het EVRM verplicht een Staat, die zich bereid heeft verklaard om als gastland voor een internationaal strafrechtelijk tribunaal op te treden, niet om de rechtmatigheid te beoordelen van een detentie die berust op een afspraak die is gemaakt tussen dat tribunaal en staten die geen partij zijn bij het EVRM.

- (c) Staten zijn in beginsel niet verplicht om onderdanen van andere staten op hun grondgebied toe te laten om de uitkomst van immigratie procedures af te wachten. Uit het feit dat Nederland zich bereid heeft verklaard om klagers asielaanvraag in behandeling te nemen volgt niet de verplichting om dan ook de rechtmatigheid van zijn detentie te beoordelen en zo nodig zijn invrijheidstelling op Nederlands grondgebied te gelasten.

1.16 Bij arrest van 29 oktober 2012 heeft dit hof in het door de Staat aanhangig gemaakte incident, de uitvoerbaarheid bij voorraad van het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter geschorst.

2.1 Met grief 1 komt de Staat op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat Dz'na c.s. zich niet meer in een rechtmatige vorm van detentie bevinden. Volgens de Staat is de titel voor de detentie nog steeds gelegen in art. 93 lid 7 Statuut en volgt dit ook uit de uitspraak van het EHRM inzake Longa. Van een uitzichtloze situatie is volgens de Staat geen sprake. In grief 2 voert de Staat met een beroep op de uitspraak inzake Longa aan dat hij geen rechtsmacht heeft over Dz'na c.s.

2.2 De grieven zijn gegrond. Uitgangspunt in deze zaak is dat Dz'na c.s. in de DRC gedetineerd waren en dat zij om die reden, op grond van art. 93 lid 7 Statuut en het door het ICC met de DRC gemaakte afspraak, als getuigen bij het ICC eveneens werden gedetineerd. De titel voor de detentie van Dz'na c.s. was en is dan ook de titel op grond waarvan zij in de DRC werden gedetineerd. De detentie door het ICC is daarvan een afgeleide. Rechtsmiddelen tegen hun detentie als zodanig moeten Dz'na c.s. dan ook instellen in de DRC. Noch de Nederlandse rechter, noch het ICC (vergelijk de uitspraak van de Trial Chamber van 1 maart 2012 onder 18) heeft rechtsmacht om over de rechtmatigheid van die detentie een oordeel te geven, ook niet indien gesteld wordt dat hun voortgezette detentie of het ontbreken van rechtsmiddelen daartegen in de DRC in strijd is met internationaal erkende mensenrechten. Een uitzondering op deze regel kan niet gevonden worden in het door Dz'na c.s. gedane beroep op de door het EVRM gewaarborgde rechten, reeds omdat uit de uitspraak van het EHRM inzake Longa volgt dat het feit dat Dz'na c.s. zich op Nederlands grondgebied bevinden en daar asiel hebben aangevraagd, niet meebrengt dat vragen rond de rechtmatigheid van hun detentie binnen de rechtsmacht van Nederland zijn gebracht.

2.3 Anders dan Dz'na c.s. betogen leest het hof in de uitspraken van de Trial Chamber niet dat deze van oordeel zou zijn dat een titel voor voortgezette detentie ontbreekt. Over de vraag of de door de Congolese autoriteiten bevolen detentie (nog) rechtmatig is doet het ICC geen uitspraak (zie de uitspraak van 1 maart 2012 onder 18). Voor wat betreft de voortgezette detentie door het ICC begrijpt het hof de uitspraken van de Trial Chamber aldus, dat deze de voortgezette detentie door het ICC ongewenst acht nu het verhoor van Dz'na c.s. is afgerond, maar dat er door de asielaanvraag een bijzondere, onvoorziene situatie is ontstaan die het terugzenden van Dz'na c.s. naar de DRC juridisch onmogelijk maakt en dat, zolang terugzending onmogelijk is, art. 93 lid 7 Statuut de grondslag biedt voor voortgezette detentie. De hiervoor onder 1.11 geciteerde rechtsoverweging uit de uitspraak van 1 juni 2012 kan in redelijkheid niet anders begrepen worden.

2.4 Anders dan de voorzieningenrechter is het hof ook niet van oordeel dat Dz'na c.s. zich in een uitzichtloze situatie bevinden. Afgezien van de rechtsmiddelen die hun mogelijk ten dienste staan in de DRC (of bij internationale instanties: Dz'na c.s. stellen dat zij bij de Mensenrechtencommissie in Geneve een klacht tegen de DRC hebben ingediend), zal naar

Zaaknummer: 200.114.941/01

7

verwachting aan hun detentie door het ICC een einde komen nadat definitief over hun asielaanvraag is beslist. Het feit dat de asielprocedure nog geruime tijd kan duren betekent niet dat hun situatie uitzichtloos is.

2.5 Gezien het voorgaande komt het hof niet toe aan een beoordeling van de vraag of de detentie waarin Dz'na c.s. zich thans bevinden in strijd is met art. 5 of art. 13 EVRM. Vragen rond de rechtmatigheid van de detentie van Dz'na c.s. vallen immers niet binnen de Nederlandse rechtsmacht in de zin van art. 1 EVRM. Ook overigens rust op de Staat geen rechtsplicht Dz'na c.s. van het ICC over te nemen. De omstandigheid dat zij asiel in Nederland hebben aangevraagd brengt, noch naar Nederlands recht noch naar de bepalingen van het EVRM (vgl. de uitspraak inzake Longa), mee dat zij de uitkomst van de asielprocedure op Nederlands grondgebied mogen afwachten.

3.1 Het voorgaande betekent dat de grieven 3 en 4 geen behandeling behoeven. Het vonnis van de voorzieningenrechter kan niet in stand blijven. De vordering van Dz'na c.s. zal alsnog worden afgewezen.

3.2 Dz'na c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties, die van het incident daaronder begrepen.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis waarvan beroep, en opnieuw rechtdoende:
- wijst de vorderingen van Dz'na c.s. af;
- veroordeelt Dz'na c.s. in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg tot 26 september 2012 begroot op € 575,- voor verschotten en € 816,- voor salaris van de advocaat, en in hoger beroep tot heden begroot op € 758,17 voor verschotten en € 3.576,- voor salaris van de advocaat, en bepaalt dat over deze bedragen vanaf veertien dagen na deze uitspraak de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW verschuldigd zal zijn;
- verklaart dit arrest wat betreft de proceskostenvergoeding uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. S.A. Boele, A.E.A.M. van Waesberghe en E.M. Dousma-Valk en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 18 december 2012, in aanwezigheid van de griffier.

