

Vergaderjaar 2022–2023

32 317

JBZ-Raad

Nr. 787

BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN JUSTITIE EN VEILIGHEID

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 4 november 2022

In het verslag van de JBZ-Raad Luxemburg van 9 en 10 juni 2022 (Kamerstuk 32 317, nr. 764)(vreemdelingen- en asielonderwerpen) heb ik het Kamerlid Podt (D66) toegezegd terug te komen op de juridische verantwoordelijkheid die Nederland wel of niet heeft in het kader van Frontex operaties en pushbacks. In deze brief zet ik, mede namens de Minister van Buitenlandse Zaken en de Minister van Defensie, de zienswijze van kabinet over dit vraagstuk uiteen.

Allereerst wens ik te onderstrepen dat het Europese Grens- en Kustwacht Agentschap (hierna: Frontex) een belangrijke rol speelt bij EU-grensbeheer. Frontex ondersteunt de lidstaten bijvoorbeeld via de gemeenschappelijke operaties met het effectief beheren van de buitengrenzen en het waarborgen van een veilig Schengengebied, door middel van bestrijding van irreguliere migratie en grensoverschrijdende criminaliteit. De lidstaten blijven echter primair verantwoordelijk voor het beheer ten aanzien van hun segmenten van de EU-buitengrenzen.¹ Het staat voorop dat grensbeheer te allen tijde uitgevoerd dient te worden conform het geldende Europese en internationale recht en misstanden dienen nadrukkelijk voorkomen te worden. Afgelopen jaar is er veel aandacht geweest voor pushbacks, de vermeende betrokkenheid van Frontex hierbij en aantijgingen over breder mismanagement binnen Frontex. Het kabinet volgt de ontwikkelingen en de berichtgeving hierover nauwlettend.

Om verder in te kunnen gaan op de mate van aansprakelijkheid die Nederland heeft in het kader van Frontex-operaties, is het van belang allereerst het juridische kader en de bijbehorende vereisten te behandelen. Het is van belang te weten (i) of deze handelingen aan Nederland toegerekend kunnen worden, en (ii) of Nederland daarbij in strijd handelt met voor hen toepasselijke internationale verplichtingen, in het bijzonder

¹ Artikel 7 lid 1 EGKW-verordening.

ten aanzien van mensenrechtenverdragen. Indien aan deze twee voorwaarden wordt voldaan is er sprake van internationaalrechtelijke aansprakelijkheid van Nederland.

Hieronder volgen algemene elementen voor het vaststellen van internationaalrechtelijke aansprakelijkheid. Dergelijke aansprakelijkheid moet per incident worden vastgesteld op basis van de feiten en de specifieke omstandigheden van een incident.

Toerekenbaarheid

Of handelingen in het kader van Frontex-operaties kunnen worden toegerekend aan Nederland, moet worden beoordeeld aan de hand van de artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid en de artikelen inzake de aansprakelijkheid van internationale organisaties aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties.

Op grond van de artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid wordt het handelen van een (orgaan van een) internationale intergouvernementele organisatie met eigen rechtspersoonlijkheid toegerekend aan die organisatie. Frontex is een agentschap van de Europese Unie, een internationale organisatie met eigen rechtspersoonlijkheid. Dat betekent dat, op grond van internationaal recht, het handelen van Frontex in eerste instantie aan de Europese Unie, en niet aan een lidstaat toegerekend moet worden.² Zo kan de EU aansprakelijk worden gehouden voor pushbacks indien geconcludeerd wordt dat Frontex hier bij betrokken is. Kortom, zoals de ACVZ in de *policy brief* zelf omschrijft: enkel het lidmaatschap van de EU maakt een staat nog niet juridisch verantwoordelijk.

Het handelen van Nederlandse overheidsfunctionarissen blijft daarentegen wel toerekenbaar aan Nederland.³ Alleen indien Nederland zijn overheidsfunctionarissen volledig ter beschikking gesteld heeft aan een andere staat of een internationale organisatie, en daarbij geen enkele zeggenschap meer heeft over deze overheidsfunctionarissen, verschuift de toerekenbaarheid van het handelen van deze overheidsfunctionarissen naar die andere staat of internationale organisatie. Dit is het geval indien de Nederlandse grenswachters onder het exclusieve gezag staan van Frontex of het gastland.

Nederlandse grenswachters als teamlid in een operatie handelen op instructie van de ontvangende lidstaat, gebaseerd op de Europese Grensen- en Kustwachtverordening (hierna: EGKW-Verordening) en het operationele plan. De operationele instructies worden gegeven door de ontvangende lidstaat, en dienen in overeenstemming te zijn met het operationele plan.⁴ Nederlandse grenswachters blijven als Nederlandse overheidsfunctionaris formeel onder Nederlands gezag vallen, ook al verstrekt Nederland geen opdrachten/instructie. Zij kunnen een opdracht weigeren uit te voeren indien deze opdracht strijdig is met het unierecht, het

² Op basis van het EU-recht is Frontex een agentschap van de EU en heeft het eigen rechtspersoonlijkheid (artikel 93 lid 1 EGKW-verordening). Frontex kan aansprakelijk worden gehouden voor alle activiteiten die het overeenkomstig de EGKW-verordening verricht (artikel 97 EGKW-verordening). Ook kan beroep bij het EU-Hof van justitie worden ingesteld wegens niet-contractuele aansprakelijkheid van Frontex (artikel 98 EGKW-verordening) overeenkomstig de voorwaarden van artikel 340 VWEU.

³ De ultieme verantwoordelijkheid, de zogenaamde «*full command*», blijft voor militairen bij Nederland conform artikel 97 lid 2 Grondwet. Grenswachters van de Koninklijke Marechaussee zijn rechtspositioneel militairen en staan onder gezag van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid.

⁴ Artikel 43 lid 1 EGKW Verordening.

internationale recht of met het operationele plan. Hun handelen kan daarom in beginsel worden toegerekend aan Nederland.

Schending internationale verplichting

Aansprakelijkheid voor Nederland ontstaat alleen indien zowel de relevante handelingen aan Nederland kunnen worden toegerekend, alsmede dat deze handelingen een schending opleveren van een internationaalrechtelijke verplichting. Onder het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), waarnaar de ACVZ verwijst, geldt dat Nederland verplicht is de rechten en vrijheden te verzekeren van eenieder die zich binnen zijn rechtsmacht bevindt.⁵ De Frontex-operaties waarover de zorgen worden geuit, vinden niet plaats op het grondgebied van Nederland. De vraag is daarom of vermeende slachtoffers zich binnen de Nederlandse rechtsmacht bevinden. Rechtsmacht kan echter ook extraterritoriaal uitgeoefend worden. Onder geldende jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), kan alleen maar aan het vereiste van artikel 1 EVRM worden alleen voldaan, indien aangenomen kan worden dat Nederland in deze context, op exceptionele basis, ofwel effectieve controle uitoefende over het grondgebied waar rechthebbenden zich bevinden, ofwel door middel van zijn functionarissen gezag of controle uitoefende over rechthebbenden. Daarbij kan worden gedacht aan gevallen waarin een individu in detentie wordt genomen en daardoor onder de controle van overheidsfunctionarissen wordt gebracht. Of van enige vorm van uitoefening van (extraterritoriale) rechtsmacht sprake is, moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.

Conclusie

Het geïntegreerd grensbeheer is een gezamenlijke verantwoordelijkheid van Frontex en de autoriteiten van lidstaten, waarbij de lidstaten primair verantwoordelijk blijven voor hun segmenten van de EU-buitengrenzen. Nederland kan alleen aansprakelijk zijn voor operaties van Frontex waarbij schendingen van internationaal plaatsvinden, indien i) de handelingen van Frontex aan Nederland kunnen worden toegerekend, en ii) er sprake is van rechtsmacht voor Nederland onder het toepasselijk mensenrechtenverdrag en Nederland vervolgens in strijd met een internationale verplichting onder dat verdrag heeft gehandeld. Dit kan slechts worden beoordeeld aan de hand van de feitelijke omstandigheden van het specifieke geval. Dus net als de ACVZ concludeert, is dat niet het geval enkel door lidmaatschap van de EU. Zelfs als Nederland juridisch gezien niet aansprakelijk is voor handelingen door Frontex, acht het kabinet het van belang dat Nederland zich ervoor blijft ervoor inspannen dat de EU-buitengrenzen op een wijze worden bewaakt die grondrechten waarborgt. Dit neemt het kabinet zeer serieus.

Bovendien geldt, onverlet bovenstaande conclusie over internationaalrechtelijke aansprakelijkheid van Nederland, dat wanneer er sprake is van een vermeende schending van het Unierecht door Frontex, er bij het EU-Hof beroep tegen Frontex kan worden ingesteld wegens niet-contractuele aansprakelijkheid voor door Frontex veroorzaakte schade.

Tot slot moet worden opgemerkt dat de genoemde internationaalrechtelijke vraagstukken vanzelfsprekend niet alleen relevant zijn voor het onderhavige vraagstuk waarover de ACVZ zich heeft gebogen.

⁵ Artikel 1 EVRM.

Het is daarom van belang de grootste zorgvuldigheid te betrachten bij de interpretatie en toepassing van de gangbare criteria voor aansprakelijkheid, met het oog op implicaties voor vele andere uiteenlopende kwesties en situaties.

De Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,
E. van der Burg