



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Frontex and human rights : responsibility in 'multi-actor situations' under the ECHR and EU public liability law

Fink, M.

Citation

Fink, M. (2017, December 13). *Frontex and human rights : responsibility in 'multi-actor situations' under the ECHR and EU public liability law*. The Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School of Leiden University. The Meijers Research Institute and Graduate School of the Leiden Law School of Leiden University, Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58101>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58101>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/58101> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Fink, Melanie

Title: Frontex and human rights : responsibility in 'multi-actor situations' under the ECHR and EU public liability law

Date: 2017-12-13

Samenvatting (Summary in Dutch)

Frontex en Mensenrechten: aansprakelijkheid onder het EVRM en het EU-recht in 'Multi-Actor Situaties'

Dit proefschrift onderzoekt de juridische aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen die kunnen plaatsvinden bij grenscontroles en terugkeeroperaties die zijn gecoördineerd door Frontex.

Frontex is een agentschap van de Europese Unie (EU) dat Schengenlanden ondersteunt ten behoeve van het beheer van hun buitengrenzen, onder andere door het organiseren van gezamenlijke operaties. In het kader van een gezamenlijke operatie ontvangt een lidstaat (aangeduid als het 'gastland') bijstand om grenscontroles uit te voeren nabij hun buitengrenzen of om derdelanders die geen recht hebben om te verblijven terug te sturen. De bijstand bestaat voornamelijk in aanvullende personele en technische middelen die beschikbaar zijn gemaakt door andere Schengenlanden (aangeduid als de 'deelnemende staten') of door Frontex. Bovendien financiert Frontex de operaties en coördineert het de activiteiten van de betrokken actoren.

Dit betekent bijvoorbeeld dat een migrant die een EU buitengrens over wil steken in Lidstaat A, een grenswacht kan tegenkomen van Lidstaat B, die gebruik maakt van apparatuur van Lidstaat C, in een operatie gefinancierd door Frontex. Dit werpt fundamentele vragen over de verdeling van aansprakelijkheid tussen de betrokken partijen, indien illegale activiteiten plaatsvinden tijdens een gezamenlijke operatie. Stel de volgende situatie voor: tijdens een grenscontrole op zee dwingt een schip een boot vol met migranten terug te keren naar de plaats van herkomst. Dit zou een schending kunnen opleveren van de mensenrechten van de personen op die boot, bijvoorbeeld van het verbod om personen terug te sturen naar een plaats waar ze te vrezen hebben voor vervolging of ernstige mishandeling. De operatie wordt gecoördineerd en gefinancierd door Frontex en uitgevoerd door Lidstaat A, maar met een schip en bemanning van Lidstaat B. De bemanning van het schip heeft niet uit zichzelf besloten om de boot met migranten terug te sturen. Vertegenwoordigers van Staten A, B, C, D en Frontex hebben samen de mogelijke handelwijze besproken en geconcludeerd dat dit de beste keuze was. Hoewel ieder van hen wellicht heeft bijgedragen aan de illegale activiteit, variëren de bijdrages in aard en omvang. Maar welke leidt tot aansprakelijkheid? Met andere woorden, wie draagt de consequenties voor de onrechtmatige gedraging?

Het doel van dit proefschrift is het verduidelijken van de toewijzing van aansprakelijkheid tussen de betrokken actoren in Frontex-operaties indien mensenrechtenschendingen plaatsvinden tijdens gezamenlijke operaties. Deze verduidelijking vervult twee doeleinden. Ten eerste versterkt het de positie van individuele slachtoffers van mensenrechtenschendingen. Door kennis te hebben van de rollen, bevoegdheden en gezag van elke betrokken actor, en van de regels over toewijzing van aansprakelijkheid, zullen slachtoffers beter in staat zijn om juridische stappen te ondernemen wanneer hun rechten zijn geschonden. Ten tweede, hoe meer duidelijkheid er is, hoe minder ruimte er is voor *blame shifting*, hetgeen op zichzelf een stimulans is om mensenrechtenverplichtingen na te leven. Belangrijk is dat problemen in het toewijzen van aansprakelijkheid niet uniek zijn voor gezamenlijke operaties onder coördinatie van Frontex, maar dat die vaker ontstaan wanneer meerdere actoren bijdragen aan een schadelijke, en wellicht onrechtmatige, uitkomst (*multi-actor situations*). Daarom is de reikwijdte van deze studie breder dan slechts Frontex-operaties: het biedt een wettelijk kader voor de toewijzing van aansprakelijkheid in multi-actor situaties in het algemeen.

Het onderzoek is verdeeld in drie hoofdonderdelen. Het eerste deel, **hoofdstuk 2**, bespreekt de bevoegdheden van Frontex en de betrokken lidstaten. De aard en omvang van de bijdrage van elke actor en het gezag dat zij uitoefenen over de ingezette middelen, zijn allemaal relevant bij het bepalen van het bestaan en de mate van hun aansprakelijkheid. Hoofdstuk 2 onderzoekt dus de specifieke rol en het gezag van Frontex en de lidstaten tijdens gezamenlijke operaties. Er wordt dieper ingegaan op het bundelen van de operationele middelen voorafgaand aan operaties, het proces van implementatie, de coördinerende organen en instrumenten, en de procedures voor incidenten gerelateerd aan fundamentele rechten. Het zwaartepunt van dit hoofdstuk ligt echter op het gezag van de betrokken actoren over de ingezette operationele middelen, en met name op het besluitvormingsproces en de bevelsstructuur.

Hoofdstuk 2 laat zien dat de deelnemende lidstaten hun gezag over de middelen die ze leveren tijdens gezamenlijke operaties gedeeltelijk overdragen aan het gastland en aan Frontex. Het gastland heeft een sleutelrol in de besluitvorming over de inzet van middelen en het beschikt over vergaande bevoegdheden om instructies te geven aan de eigen functionarissen en deelnemende functionarissen van andere lidstaten. Deelnemende lidstaten die een bijdrage leveren met groot (meestal militair) materieel, zoals schepen en vliegtuigen, behouden echter een wezenlijk gedeelte van het gezag door middel van twee mechanismes. Ten eerste zijn deze lidstaten vertegenwoordigd in het orgaan dat de operatie coördineert (*Joint Coordination Board*) door een zogeheten *National Official*. De *National Official* moet worden geraadpleegd zodra een besluit van grote invloed is op het groot materieel van een deelnemende lidstaat. Ten tweede, bij elk schip of vliegtuig dat wordt ingezet, zet een deelnemende lidstaat een Commandant in die verantwoordelijk is voor het gezag over het personeel.

Het tweede en derde gedeelte van dit onderzoek, **Hoofdstuk 3 en 4**, bespreken de regels over de toewijzing van aansprakelijkheid in multi-actor situaties en passen deze regelgeving toe op Frontex operaties. Twee aansprakelijkheidsregimes dienen als raamwerk voor de analyse: aansprakelijkheid voor inbreuken op het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), en aansprakelijkheid op grond van het EU recht voor inbreuken op het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest). De belangrijkste reden voor deze keuze is dat beide vormen van aansprakelijkheid kunnen worden vastgesteld door de rechter na een beroep door een individu en dat beide vormen in principe geschikt zijn om vragen te behandelen over de toewijzing van aansprakelijkheid.

In zowel het EVRM- als EU-recht worden twee soorten aansprakelijkheid onderscheiden. Ten eerste is er de aansprakelijkheid die *direct* ontstaat na een mensenrechtenschending tijdens een operatie, aangeduid als primaire of directe aansprakelijkheid. Stel, een persoon wordt uitgezet in strijd met het verbod van *refoulement*, dan is de primaire aansprakelijkheid de aansprakelijkheid die rechtstreeks voortvloeit uit de schending. Ten tweede is er de aansprakelijkheid die ontstaat als gevolg van *gedrag dat verband houdt met de primaire schending*, hier aangeduid als geassocieerde of indirecte aansprakelijkheid. Indirecte aansprakelijkheid vloeit voort uit het niet beschermen van een individu tegen mensenrechtenschendingen waarvoor een andere actor primair aansprakelijk is. Als een persoon wordt uitgezet in strijd met het verbod van *refoulement* en het gastland is hier direct aansprakelijk voor, dan kunnen Frontex of andere deelnemende lidstaten desalniettemin eveneens aansprakelijk worden gehouden wegens het niet voorkomen van deze inbreuk.

Hoofdstuk 3 onderzoekt de toewijzing van aansprakelijkheid op basis van EVRM-recht tussen de deelnemende staten in Frontex-operaties voor inbreuken van het EVRM die kunnen optreden tijdens deze operaties. De analyse is gebaseerd op het internationale aansprakelijkheidsrecht zoals toegepast door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Het internationale aansprakelijkheidsrecht wordt opgevat als de regels zoals weergegeven in de *Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ASR)* en de *Articles on the Responsibility of International Organisations (ARIO)* zoals geformuleerd door de *International Law Commission* in respectievelijk 2001 en 2011.

Hoofdstuk 3 is verdeeld in vier secties. De eerste bespreekt de grondslagen van het internationaal aansprakelijkheidsrecht, de relatie met het EVRM, en de toepassing ervan op EU-lidstaten wanneer zij handelen binnen EU-recht. De daaropvolgende sectie gaat in op de voorwaarden voor aansprakelijkheid. Dit proefschrift veronderstelt dat er reeds een schending heeft plaatsgevonden, waarmee focus ligt op de *toerekening* van het gedrag, hetgeen de enige andere voorwaarde is voor het doen ontstaan van aansprakelijkheid. De derde sectie van hoofdstuk 3 analyseert de primaire aansprake-

lijkheid onder het EVRM en omvat een discussie over de regels inzake de toerekening van gedrag en de toepassing daarvan op de betrokken actoren in gezamenlijke operaties. De fundamentele regel is dat het gedrag van een persoon die is aangewezen door een lidstaat of een internationale organisatie als 'hun orgaan', kan worden toegerekend aan die lidstaat of internationale organisatie (Artikel 4 ASR en Artikel 6 ARIO). Bij Frontex-operaties betekent dit dat het gedrag van personeel in beginsel is toe te schrijven aan de entiteit die hen heeft ingezet. Echter, de cruciale vraag is hoe de overdracht van gezag over ingezet personeel van invloed is op de toerekening van hun gedrag.

De relevante regels zijn te vinden in Artikel 6 ASR en 7 ARIO, die in detail worden besproken in Hoofdstuk 3. Artikel 6 ASR heeft betrekking op de situatie dat een orgaan van een land ter beschikking wordt gesteld van een andere land, en het benoemt de voorwaarden voor het toerekenen van gedrag van het 'geleende' of 'overgedragen' orgaan aan het ontvangende land. De gelijksoortige bepaling in artikel 7 ARIO heeft betrekking op de situatie dat een orgaan van een land of een internationale organisatie ter beschikking wordt gesteld aan een (andere) internationale organisatie. Hoewel de situaties in de twee artikelen op elkaar lijken, hanteren ze verschillende drempels voor de toerekening van het gedrag van het 'geleende' orgaan aan de ontvangende entiteit. Artikel 6 ASR vereist volledige en exclusieve inhoudelijke controle om te spreken van een 'overdracht' van een orgaan van de ene staat naar de andere. Daarentegen bepaalt Artikel 7 ARIO dat gedrag van het 'geleende' orgaan toe te rekenen is aan de ontvangende organisatie indien en voor zover de laatstgenoemde *feitelijke* controle uitoefent, die niet per se exclusief hoeft te zijn.

Uit de toepassing van deze regels op Frontex-operaties vloeit voort dat gedrag van lokaal personeel en ingezette functionarissen door lidstaten of Frontex toegerekend kan worden aan het gastland. De primaire aansprakelijkheid van gedrag in strijd met het EVRM tijdens Frontex-operaties ligt dus bij het gastland. Anderzijds zal de inzet van groot materieel door deelnemende staten, zoals schepen of vliegtuigen, toe te rekenen blijven aan de oorspronkelijke lidstaat. Belangrijk is dat noch deelnemende lidstaten die niet bijdragen door middel van groot materieel, noch de Europese Unie gewoonlijk directe aansprakelijkheid oplopen.

Ten slotte analyseert het vierde gedeelte van hoofdstuk 3 de indirecte aansprakelijkheid. In het bijzonder stelt het de vraag of lidstaten die niet direct aansprakelijk zijn voor een specifieke inbreuk toch aansprakelijk kunnen zijn voor het bijdragen aan de inbreuk, of voor het niet voorkomen ervan. Vragen over indirect aansprakelijkheid worden bestudeerd in het licht van de 'verplichting om te beschermen' onder de doctrine van positieve verplichtingen zoals ontwikkeld door het EHRM. In beginsel kunnen lidstaten aansprakelijk zijn als ze nalaten om mensenrechtenschendingen door anderen te voorkomen. Dit vereist echter dat de lidstaat kennis had van,

of kennis had moeten hebben van, de inbreuk en dat het de middelen had om de inbreuk te voorkomen. Met betrekking tot Frontex-operaties laat de analyse zien dat waarschijnlijk alleen het gastland en de deelnemende landen die groot materieel zoals schepen bijdragen, aansprakelijkheid kunnen zijn op basis hiervan. Dit is vooral zo omdat zij de mogelijkheid hebben de gang van zaken tijdens de gezamenlijke operaties te beïnvloeden. Andere lidstaten oefenen niet voldoende controle uit over individuen die getroffen zijn door gezamenlijke operaties om hen binnen hun rechtsmacht te brengen in de zin van Artikel 1 EVRM. Bij deze staten wordt de ‘verplichting om te beschermen’ onder het EVRM dus niet geactiveerd.

Hoofdstuk 3 behandelt ook de aansprakelijkheid voor het geven van hulp of bijstand onder internationaal publiekrecht. De relevante regel, zoals vastgelegd in Artikel 16 ASR, stelt dat aansprakelijkheid voor ‘medeplichtigheid’ ontstaat zodra een staat hulp of bijstand verleent die het wezenlijk makkelijker maakt voor de ontvangende staat om een internationale onrechtmatige daad te plegen, op voorwaarde dat de ‘hulpverlenende’ staat kennis heeft van de internationale onrechtmatige daad en dat het zelf ook gebonden is aan de primaire verplichting die wordt geschonden door de ontvangende staat. Het is hierbij niet nodig dat de medeplichtige staat verplicht was om af te zien van hun bijdrage onder bijvoorbeeld het EVRM. Met andere woorden, een deelnemende staat kan aansprakelijk worden gehouden voor medeplichtigheid in een mensenrechtenschending van een gastland, ongeacht of het slachtoffer van de schending binnen de rechtsmacht van die staat valt volgens Artikel 1 EVRM. Hoewel deze regel in theorie de lacune vult die ontstaat in situaties waarin het EVRM niet van toepassing is, houdt het EHRM normaal gesproken landen niet op deze grond aansprakelijk.

Hoofdstuk 4 onderzoekt de toewijzing van aansprakelijkheid tussen Frontex en EU-lidstaten die betrokken zijn bij Frontex-operaties, als ook tussen deze lidstaten onderling, voor schendingen van het Handvest. ‘Aansprakelijkheid’ verwijst enerzijds naar de niet-contractuele aansprakelijkheid van Frontex onder Artikel 60(3) van de oprichtingsverordening (Verordening 2016/1624), gebaseerd op de non-contractuele aansprakelijkheid van de Unie op grond van Artikel 340 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie. Anderzijds verwijst het naar het beginsel van lidstaatsaansprakelijkheid zoals ontwikkeld door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU).

Hoofdstuk 4 heeft dezelfde structuur als Hoofdstuk 3. Het begint met het uiteenzetten van de basis van EU-wetgeving inzake aansprakelijkheid. Vervolgens gaat het in op de voorwaarden voor aansprakelijkheid en de toepassing ervan bij schendingen van fundamentele rechten. In het EU-recht ontstaat aansprakelijkheid alleen als de schending van individuele rechten kan worden aangemerkt als voldoende gekwalificeerd, en als er een causaal verband bestaat tussen de schending en de schade die het slachtoffer lijdt. De analyse focust zich op de voorwaarde van de ‘voldoende gekwalifi-

ceerde schending'. Hoofdstuk 4 stelt vast dat een inbreuk gebaseerd op een *redelijke* onrechtmatige interpretatie van een geschonden bepaling niet voldoende gekwalificeerd is, maar dat een inbreuk gebaseerd op een *onredelijke* onrechtmatige interpretatie dat wel kan zijn.

De derde sectie behandelt de primaire aansprakelijkheid. Het ontwikkelt algemene regels over de toewijzing van aansprakelijkheid op basis van de jurisprudentie van het HvJ-EU inzake inbreuken op EU-recht in het kader van het gedeeld gezag tussen de Unie en de lidstaten. Het belangrijkste beginsel dat kan worden afgeleid uit de jurisprudentie van het Hof is dat aansprakelijkheid volgt uit beslissingsbevoegdheid. Een entiteit die discretionaire bevoegdheid geniet is wettelijk in staat om een rechtmatige boven een onrechtmatige gedraging te kiezen, en wanneer voor de laatste optie wordt gekozen volgt aansprakelijkheid. Dat deze keuzemogelijkheid in de praktijk kleiner is dan volgt uit de wet, is gewoonlijk niet relevant. Dit betekent dat met betrekking tot elke schending van een fundamenteel recht, gepleegd door functionarissen ingezet tijdens een Frontex-operatie, de actor die de bevoegdheid had om het gedrag dat ten grondslag lag aan de schendingen op een juridisch bindende wijze te bepalen, aansprakelijk is.

De analyse laat zien dat bij Frontex-operaties het gastland de juridische beslissingsbevoegdheid heeft en derhalve aansprakelijk is voor schendingen van fundamentele rechten tijdens gezamenlijke operaties. De meest relevante uitzondering is die van de groot materieel ingezet door deelnemende staten, zoals schepen en vliegtuigen. Het wettelijk gezag hierover is gedeeld tussen het gastland en de thuisstaat die toestemming moet geven over besluiten die van invloed zijn op het materieel. Schendingen van fundamentele rechten door personeel op schepen en vliegtuigen geeft dus aanleiding tot hoofdelijke aansprakelijkheid van zowel het gastland als de thuisstaat. Frontex daarentegen heeft voornamelijk invloed op het feitelijke gedrag tijdens de gezamenlijke operaties, maar heeft geen juridisch gezag. Zolang schendingen van fundamentele rechten niet het gevolg zijn van het gedrag van het eigen coördinerend personeel of van het Operationeel Plan zelf, draagt Frontex geen primaire aansprakelijkheid.

In het vierde gedeelte analyseert hoofdstuk 4 de indirecte aansprakelijkheid. Het bespreekt de vraag of Frontex zelf, of EU-lidstaten die niet direct aansprakelijk zijn voor een inbreuk, toch aansprakelijk kunnen zijn voor het bijdragen aan of het niet voorkomen van de inbreuk. Dit vereist dat een verplichting om toezicht te houden op een andere autoriteit in de uitoefening van Unierecht, of een verplichting om individuen te beschermen voor schendingen gepleegd door andere, wordt geschonden op een voldoende ernstige wijze. Aangezien het gastland primair aansprakelijk is voor de meeste schendingen, ontstaan vragen over indirecte aansprakelijkheid onder EU-recht meestal ten aanzien van Frontex en deelnemende staten.

De analyse in hoofdstuk 4 laat zien dat Frontex vergaande verplichtingen heeft om toezicht te houden op gedragingen van autoriteiten van de lidstaten tijdens gezamenlijke operaties. Hieronder valt ook de positieve verplichting om het EU-recht inzake fundamentele rechten te waarborgen. Indien het agentschap niet aan deze verplichtingen voldoet, kan dit leiden tot de aansprakelijkheid van Frontex, mits de schending van zijn verplichtingen als voldoende gekwalificeerd kan worden beschouwd. Aanzienlijk complexer is de indirecte aansprakelijkheid van deelnemende lidstaten. De verplichting om fundamentele rechten te waarborgen wordt geactiveerd zodra de lidstaten kennis hadden, of hadden moeten hebben, van een schending. Dit brengt met zich dat deelnemende lidstaten moeten handelen op basis van alle informatie die redelijkerwijs beschikbaar is. Maar zelfs als deze verplichting wordt geactiveerd in een specifiek geval, zal het niet-handelen door een staat meestal niet als een voldoende gekwalificeerde schending gelden. Het lijkt erop dat alleen deelnemende lidstaten met grote schepen en vliegtuigen, de kennis en de beschikbare middelen kunnen hebben die kunnen leiden tot een voldoende gekwalificeerde schending wanneer ze nalaten om individuen te beschermen.

Het laatste hoofdstuk, **hoofdstuk 5**, geeft een samenvatting van de belangrijkste bevindingen en de praktische gevolgen daarvan. Daarnaast identificeert het de obstakels waarmee individuen, wier mensenrechten zijn geschonden tijdens een Frontex-operatie, worden geconfronteerd bij het aansprakelijk houden van de betrokken actoren. De belangrijkste bevinding van dit onderzoek is dat alleen het gastland in zijn volle omvang aansprakelijkheid draagt voor mensenrechtenschendingen die plaatsvinden tijdens Frontex-operaties. Hoewel daarnaast Frontex en deelnemende lidstaten gedeeltelijk aansprakelijk kunnen zijn, zal een deel van hun bijdrage aan schendingen van mensenrechten tijdens gezamenlijke operaties niet de drempel halen die nodig is voor aansprakelijkheid onder zowel EVRM-als EU-recht. Een van de redenen hiervoor is dat geen van de 'aansprakelijkheidsmechanismes' systematisch rekening houdt met de vraag of de verweten gedraging deel uitmaakt van samenwerkingsactiviteiten. Met andere woorden, het feit dat verschillende publieke actoren samen meer kunnen doen dan ieder van hen afzonderlijk, vindt niet altijd weerslag in de aansprakelijkheid voor dat handelen. Hoofdstuk 5 doet een aantal aanbevelingen om de besproken belemmeringen aan te pakken.

