

ANNOTATIE

M.N. e.a. t. België (EHRM (GK, ontv.), nr. 3599/18) – België niet verplicht humanitair visum af te leveren voor internationale bescherming

H. De Vylder

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 05-03-2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0505DEC000359918 (EHRC-2020-0139)

1. De zogenaamde humanitaire visum-zaak beroert in België al sinds 2016 de gemoederen. Aan de orde is de weigering van de Dienst Vreemdelingenzaken (DVZ) om humanitaire visa kort verblijf af te leveren aan een gezin uit Syrië. Volgens art. 25 van de EU-Visumcode kan een lidstaat een dergelijk visum afleveren wanneer de betrokken lidstaat het op humanitaire gronden, vanwege het nationale belang of gelet op internationale verplichtingen noodzakelijk acht. Het gezin vroeg de humanitaire visa aan met het oog op het indienen van een verzoek om internationale bescherming in België. Tot in 2017 werden dergelijke visa nochtans regelmatig toegekend aan derdelanders met als doel bij aankomst in België een verzoek om internationale bescherming te doen. Hoofdzakelijk personen geselecteerd in het kader van hervestigingsprogramma's, konden van die visa genieten. Maar ook personen die naar België kwamen in het kader van de omstreden reddingsoperatie van de toenmalige staatssecretaris voor asiel en migratie, kregen dergelijke visa.^[1] In beide gevallen was het doel in België een verzoek om internationale bescherming te doen.

De procedureslag die op de initiële weigeringsbeslissingen volgt, leidde tot drie maal toe tot een schorsing van de tenuitvoerlegging van de visumweigering door de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, de bevoegde rechtbank, gepaard gaande met het bevel om binnen de 48 uur nieuwe beslissingen te nemen rekening houdend met de uitzonderlijk

gevaarlijke situatie in Aleppo en het risico op een schending van art. 3 EVRM[2]. Bij de derde opschorting gaf de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen het bevel om binnen de 48 uur *laisser-passers* of visa geldig voor drie maanden af te geven.

De flagrante weigeringen van DVZ om de visa of *laisser passers* af te leveren, leiden de verzoekers ertoe om een dwangsom te vorderen bij de Kort Geding-rechter.[3] Ondanks het toekennen van de dwangsom, kon ook dit de DVZ er niet toe brengen effectief humanitaire visa af te leveren.

2. Hierop dienden de verzoekers klacht in bij het EHRM. Zij klaagden dat de weigering om hen de visa af te leveren leidt tot een schending van hun rechten onder art. 3, 6 en 13 EVRM. Het EHRM oordeelt dat de klacht met betrekking tot art. 3 EVRM niet-ontvankelijk is omdat de verzoekers zich niet binnen de rechtsmacht van de Belgische autoriteiten bevonden. De rechtsmacht is essentieel territoriaal en maar uitzonderlijk extraterritoriaal. Het feit dat de visumaanvraag gedaan werd in de Belgische ambassade in Libanon, volstond niet om de Belgische rechtsmacht te *triggeren*. Ook de klacht met betrekking tot art. 6 en 13 EVRM is volgens het Hof niet-ontvankelijk. Het Hof oordeelt dat het niet bevoegd is zich uit te spreken omdat de klacht geen burgerlijke, maar politieke rechten betreft.

In wat volgt, zal allereerst gefocust worden op de extraterritoriale reikwijdte van het EVRM. Vervolgens komt de vraag aan bod welke rol het EHRM kan spelen wanneer het recht op een eerlijk proces in het gedrang komt doordat nationale autoriteiten nalaten de rechten onder het EVRM te respecteren. Ter conclusie zal de uitspraak in haar ruimere context van de moeilijke toegang tot internationale bescherming geplaatst worden.

Extraterritoriale rechtsmacht van Verdragsstaten

3. Het Hof herhaalt zijn vaste rechtspraak dat de rechtsmacht van de verdragsstaten in hoofdzaak territoriaal is en uitgeoefend wordt op het grondgebied van de staten. Door te beslissen over de visa-aanvragen heeft de Belgische overheid beslissingen genomen over de toegangsvoorwaarden tot het Belgisch grondgebied maar dit volstaat niet om de verzoekers onder de territoriale rechtsmacht van België te brengen. Het loutere feit dat beslissingen die op nationaal niveau genomen worden een impact hebben op de situatie van in het buitenland verblijvende personen doet op zich geen rechtsmacht van de betrokken staat ontstaan over die personen.[4]

Slechts in uitzonderlijke gevallen kunnen ook handelingen die een verdragsstaat buiten zijn grondgebied stelt of die er gevolgen hebben, een uitoefening van rechtsmacht uitmaken in de zin van art. 1 EVRM.[5] Dit is het geval wanneer een staat effectieve autoriteit en controle over een individu uitoefent. Een staat oefent bijvoorbeeld rechtsmacht uit wanneer gewapende

troepen effectieve controle uitoefenen over een gebied buiten hun nationale grondgebied, of wanneer zij die controle uitbesteden aan een ondergeschikte lokale administratie.[6] Ook de acties of nalatigheden van diplomatiek of consulaire personeel van een verdragsstaat kunnen rechtsmacht uitlokken wanneer zij in hun officiële hoedanigheid in het buitenland gezag uitoefenen over burgers van die staat en hun eigendommen of wanneer zij fysieke macht of controle uitoefenen over bepaalde personen.[7]

Het Hof oordeelt echter dat de vaste rechtspraak met betrekking tot de extraterritoriale uitoefening van rechtsmacht niet van toepassing is op de huidige situatie. Consulaire functies aangaande visa kunnen niet als een vorm van autoriteit of controle beschouwd worden. De verzoekers begaven zich vrij in en uit de ambassade eerder dan daar bescherming te zoeken. Administratieve controle van de Belgische staat over de ambassade is op zich niet voldoende om de persoon die de Belgische ambassade betreedt onder de rechtsmacht van België te brengen.[8]

Ook het voeren van administratieve procedures op nationaal niveau doet in dit geval geen extraterritoriale rechtsmacht ontstaan. Bepalend daarvoor is het feit dat het (a) administratieve en geen strafrechtelijke procedures betreft, (b) deze werden geïnitieerd door personen die geen verdere band met de betrokken staat hebben dan de procedures die zij op eigen initiatief hebben ingesteld en (c) zonder dat de keuze voor die staat voortvloeit uit een verdragsverplichting.[9] Het Hof roept in dat het tegendeel ertoe zou leiden dat eenzijdige keuzes, zoals het indienen van een visumaanvraag, van personen waar ook ter wereld de quasi-universele toepassing van het EVRM tot stand zouden brengen en de verdragsstaten ertoe zouden verplichten om elke persoon voor wie een schending van art. 3 EVRM dreigt toe te laten tot zijn grondgebied.[10]

4. De rechtspraak over extraterritorialiteit in het kader van migratiecontrole, wint aan belang. De controle van de Europese buitengrenzen en migratiestromen wordt in toenemende mate geëxternaliseerd. Het verleggen van grenzen en uitbesteden van grenscontrole, mag echter geen vrijgeleide zijn voor mensenrechtenschendingen. In het Grote Kamer arrest *Hirsi Jamaa* stelde het EHRM dat de push back-operaties van migranten op volle zee door de Italiaanse marine, onder de verantwoordelijkheid van Italië vielen.[11] In het Grote Kamer arrest *N.D. en D.T.* oordeelde het EHRM dat de verzoekers die slachtoffer werden van push back-operaties aan de hekken om de Spaanse enclaves in Marokko te betreden, onder de Spaanse rechtsmacht vielen.[12] Dit was het geval ook al bereikten zij nooit effectief het Spaanse grondgebied. Gemeenschappelijk aan beide zaken lijkt echter het feit dat er sprake was van 'fysieke controle' over de migranten, en niet louter administratieve controle.

Het EHRM wacht echter de taak de grenzen van de extraterritoriale rechtsmacht van staten

duidelijker af te lijnen zeker in de zaken waar de autoriteit en de controle louter functioneel is en geen fysiek element kent.[13] Die gelegenheid heeft het EHRM in de hangende zaak *S.S.*[14] In die zaak is de vraag aan de orde of Italië verantwoordelijkheid draagt voor de pull-back operaties van migranten die de Libische kustwacht uitvoerde met ondersteuning van de Italiaanse autoriteiten. Een interessante benadering is die van Violeta Moreno-Lax. Zij pleit voor een functioneel concept van jurisdictie dat los staat van fysieke controle of territorialiteit, maar dat een specifieke staat verantwoordelijk houdt in verhouding tot een specifiek individu in een specifieke situatie. Bepalend daarbij is de uitoefening van soevereiniteit en autoriteit. Ze betoogt dat de determinerende factor voor de effectiviteit van controle de capaciteit is om het verloop van bepaalde gebeurtenissen en situaties waarin individuen zich bevinden die bij die gebeurtenissen betrokken zijn, te bepalen.[15]

De rol van het EHRM wanneer geconfronteerd met nationale onwil

5. De verzoekende partij klaagde in tweede instantie over een schending van art. 6 EVRM in combinatie met art. 13 EVRM omwille van de onmogelijkheid de beslissing van de nationale rechtbanken uit te voeren. De bevoegde rechtbank had immers de DVZ verschillende malen veroordeeld tot het afleveren van de visa, zelfs op straffe van een dwangsom, maar die arresten werden nooit uitgevoerd.

Het Hof onderzoekt enkel of die klachten onder het toepassingsgebied van art. 6 EVRM vallen. De striktere vereisten die art. 6 stelt, absorberen art. 13 EVRM, volgens het Hof. Het EVRM beschermt het recht op een eerlijk proces enkel in geschillen met betrekking tot burgerlijke rechten en verplichtingen. De verzoekers voerden aan dat het recht op uitvoering van een rechterlijke beslissing en het verkrijgen van compensatie, subjectieve rechten betreffen. Maar volgens het Hof is het bepalend of het voorwerp van de beslissing een burgerlijk recht betreft. Het uiteindelijke doel van de verzoekers is de toegang tot het Belgisch grondgebied. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM betreft de toegang, het verblijf en de verwijdering van het grondgebied van een staat geen burgerlijke rechten. Procedures met betrekking tot een politiek recht worden niet burgerlijk van aard omdat hun uitvoering wordt verzocht en het dispuut resulteert in een rechterlijke beslissing.[16]

In een tussenkomst voor het EHRM had de Orde van Franstalige en Duitstalige Balies van België gewezen op de subsidiaire rol van het EHRM. Wanneer de nationale instanties in gebreke blijven de Conventie-rechten te waarborgen, is het EHRM geroepen die schendingen te remediëren. Door zichzelf onbevoegd te verklaren omwille van het feit dat het uiteindelijke voorwerp van het geschil een politiek recht betreft, oefent het EHRM haar subsidiaire rol niet uit. Zo laat het EHRM echter een schending van één van de basisbeginselen van de democratie ongemoeid. De scheiding der machten is één van de grondregels in een democratisch bestel.

Kenmerkend voor de scheiding der machten is niet enkel de onafhankelijkheid van de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht, maar evenzeer de wederzijdse controlemechanismen. De rechterlijke macht is ervoor verantwoordelijk de daden van de uitvoerende macht te toetsen aan de geldende rechtsnormen, zoals het EVRM. De uitvoerende macht dient de rechterlijke uitspraken te respecteren en dus uit te voeren of – indien juridisch nog mogelijk – er tegen in beroep te gaan.

Zowel de burgerlijke rechtbank als de administratieve rechtbank (Raad voor Vreemdelingenbetwistingen) hadden een schending vastgesteld van de rechten van de verzoekers onder art. 3 EVRM. Maar de uitvoerende macht bleef in gebreke de rechterlijke beslissingen uit te voeren. De partij waartoe de bevoegde staatssecretaris behoorde, startte integendeel een campagne op die de rechters portretteerde als ‘wereldvreemd’ en ‘activistisch’.[17] Met een meer krachtdadige uitspraak van het EHRM had een duidelijk signaal kunnen worden gegeven, dat dergelijke flagrante schendingen van de democratische basisbeginselen niet toelaatbaar zijn. Het gevaar bestaat erin dat de huidige onbevoegdverklaring van het EHRM *geframed* wordt als een overwinning. Dat de rechtsstaat daarbij niet welvaart, is duidelijk.

Veilige en legale toegangswegen naar internationale bescherming?

6. De huidige uitspraak legt de paradox van het asielrecht bloot. De VN-Vluchtelingenconventie garandeert ééniéer de mogelijkheid om een staat om internationale bescherming te verzoeken. Die mogelijkheid ontstaat echter pas wanneer de betrokken persoon het grondgebied van die staat betreedt. Maar zelden kan dat grondgebied op wettelijke wijze bereikt worden. Bovendien leidt de tendens tot externaliseren van grenzen ertoe dat het in vele gevallen onhaalbaar of bijzonder gevaarlijk is om een land praktisch te bereiken. Ook ‘aan de grens’ asiel aanvragen, zonder eerst het grondgebied te betreden, is daardoor vaak uitgesloten.

Het EHRM herhaalt stelselmatig dat de verdragsstaten soeverein oordelen over de toegang, het verblijf en de verwijdering van vreemdelingen op hun grondgebied.[18] Maar het feit dat de verzoekers niet onder de rechtsmacht vallen, doet volgens het Hof in *M.N.* geen afbreuk aan het de inspanningen van de verdragsstaten om toegang tot asielprocedures via de diplomatieke posten te creëren.[19] Het Hof lijkt daarbij te erkennen dat veilige en legale toegangswegen ontbreken, en staten aan te bevelen wettelijke toegangswegen te voorzien, maar deze aanbeveling geniet geen enkele bindende kracht.

De toegang tot een land is steeds aan voorwaarden verbonden. Voor de Europese Unie-staten bepaalt de EU Visumcode welke voorwaarden gelden voor een kort verblijf. Die voorwaarden

worden meestal getoetst via het aanvragen van een visum bij de diplomatieke post. Ook wanneer de onderdanen van een bepaald land een visumvrijstelling genieten, dienen zij aan bepaalde voorwaarden te voldoen om een grondgebied van een ander land te betreden, bijvoorbeeld aantonen dat zij voldoende bestaansmiddelen hebben, ze het land weer gaan verlaten, ... Bij wijze van uitzondering bepaalt de Visumcode dat staten kunnen afwijken van de inreisvoorwaarden en een humanitair visum kunnen afleveren wanneer zij dat nodig achten op humanitaire gronden, vanwege het nationale belang of gelet op internationale verplichtingen.[20]

Het Hof van Justitie oordeelde in de zaak *X. en X.* echter dat humanitaire visa met het oog op het aanvragen van asiel niet onder de Visumcode vallen.[21] Onder de Visumcode en het Handvest zijn de lidstaten van de Europese Unie dan ook niet verplicht een dergelijk humanitair visum af te geven. Reden daarvoor is dat dergelijke aanvragen een verblijf van meer dan 90 dagen beogen en die vallen volgens het Hof onder het nationale recht. Ook op een humanitair visum voor een lang verblijf hebben de aanvragers geen recht. De Belgische vreemdelingenwet staat de autoriteiten toe dit visum op discretionaire basis toe te kennen.[22] Maar bij gebrek aan wettelijke voorwaarden en een procedure met bindende termijnen, is de uitkomst en behandelingsduur van een dergelijke visumaanvraag hoogst onzeker. Het verkrijgen van een humanitair visum moet dus als een gunst beschouwd worden, niet als een recht. Dit verklaart waarom zovelen hun leven blijven riskeren op gammele bootjes op de Middellandse Zee of gigantische sommen betalen aan smokkelaars.

De laatste jaren circuleerden binnen de Europese Unie voorstellen om de Visumcode te hervormen en een humanitair visum met het oog op het aanvragen van asiel te creëren. Onenigheid tussen de instituties zorgde er echter voor dat de hervorming uitbleef. Ook de oproep van het Europees Parlement aan de Commissie eind 2018 om wetgevend initiatief te nemen met betrekking tot een humanitair visum om asiel aan te vragen, leidde nog niet tot een antwoord van de Commissie.[23] Ter compensatie verwijst de Commissie naar haar voorstel van een verordening tot het invoeren van een EU-kader voor hervestiging.[24] Dit voorstel dateert uit 2016 en leidde intussen niet tot resultaat. In de praktijk zijn de verbintenissen tot hervestiging van de verschillende lidstaten bijzonder beperkt. België bijvoorbeeld verbindt zich er sinds 2013 jaarlijks toe een bepaald aantal vluchtelingen te hervestigen.[25] In de praktijk wordt het vooropgesteld aantal personen echter niet bereikt. Sinds juli 2019 is het hervestigingsprogramma bovendien volledig opgeschort wegens overbezetting van het opvangnetwerk voor asielzoekers.[26]

Uit het EU-recht en het intern Belgisch recht kan dus geen recht op een humanitair visum met het oog op een verzoek om internationale bescherming worden afgeleid. Maar ook het EHRM blaast warm en koud tegelijk over de toegang tot asielprocedures en lijkt de onwil van de

verdragsstaten te negeren. In *N.D. en D.T.* oordeelde het Hof dat de migranten die in een groep over de hekken aan de Spaanse grens klommen geen slachtoffer van collectieve uitwijzing werden. Volgens het EHRM is er geen sprake van collectieve uitwijzing wanneer verzoekers op illegale en gewelddadige manier de grens oversteken in plaats van gebruik te maken van de mogelijkheid tot een verzoek om internationale bescherming aan de grens of via de diplomatieke posten toegang verkrijgen tot Spaans grondgebied. In *M.N.* daarentegen oordeelt het EHRM dat verzoekers die een visumaanvraag indienen bij de diplomatieke post, niet onder rechtsmacht van de betrokken staat vallen waardoor het Hof onbevoegd is om zich uit te spreken over schendingen van het EVRM in geval van een visumweigering. Deze uitspraak maakt duidelijk dat ook het EVRM geen veilige en wettelijke toegang tot asiel waarborgt.

Helena De Vylder

Jurist Vreemdelingenrecht Agentschap Integratie en Inburgering

[1] Federaal Migratiecentrum Myria, *Nota voor de Kamercommissie Binnenlandse Zaken, Algemene Zaken en Openbaar Ambt: Humanitaire visa: naar een omkaderd en transparant beleid, hoorzitting 29 januari 2019*, <https://www.myria.be/files/Myria-Nota-voor-de-Kamercommissie-290119.pdf>, p. 5.

[2] Raad voor Vreemdelingenbetwistingen nr. 176.588 van 20 oktober 2016, https://www.agii.be/sites/default/files/rvv_176577.pdf.

[3] Rechtbank van eerste aanleg Brussel nr. 16/3438/B van 25 oktober 2016, https://www.agii.be/sites/default/files/20161025_rb_brussel.pdf.

[4] *M.N. e.a. t. België*, par. 112-115.

[5] *Ibid*, par. 101.

[6] *Ibid*, par. 104-105.

[7] *Ibid*, par. 106.

[8] *Ibid*, par. 112-115.

[9] *Ibid*, par. 121.

[10] *Ibid*, par. 124.

- [11] *Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*, EHRM (GK) 23 februari 2012, nr. 27765/09, ECLI:CE:ECHR:2012:0223JUD002776509, *JV* 2012/171 m.nt. Zieck, «EHRC» 2012/91 m.nt. Terlouw en Pankratz.
- [12] *N.D. en N.T. t. Spanje*, EHRM (GK) 13 februari 2020, nrs. 8675/15 en 8697/15, ECLI:CE:ECHR:2020:0213JUD000867515, «EHRC Updates» 2020/88 m.nt. Den Heijer.
- [13] V. Stoyanova, 'M.N. and Others v Belgium: no ECHR protection from refoulement by issuing visas', *EJIL Talk* 12 mei 2020, <https://www.ejiltalk.org/m-n-and-others-v-belgium-no-echr-protection-from-refoulement-by-issuing-visas/>.
- [14] *S.S. e.a. t. Italië*, EHRM nr. 21660/18, gecommuniceerd op 26 juni 2019.
- [15] V. Moreno-Lax, 'The Architecture of Functional Jurisdiction : Unpacking Contactless Control – On Public Powers, S.S. and Others v. Italy, and the 'Operational Model'', *German Law Journal*, 2020, p.385-416.
- [16]** *M.N. e.a. t. België*, par. 127-142.
- [17] 'Magistraten begrijpen dat Theo Francken alle rechtsmiddelen uitput, maar de N-VA-campagne over 'wereldvreemde rechters' stuit tegen de borst.', *De Standaard* 9 december 2016, https://www.standaard.be/cnt/dmf20161209_02616518.
- [18] Zie o.m. *N. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 27 mei 2008, nr. 26565/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0527JUD002656505, par. 30, «EHRC» 2008/91 m.nt. Woltjer; *Ilias en Ahmed t. Hongarije*, EHRM (GK) 21 november 2019, nr. 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715, par. 125, «EHRC Updates» 2020/6 m.nt. Terlouw.
- [19] *M.N. e.a. t. België*, par. 126.
- [20] Art. 25, Visumcode.
- [21] *X. en X.*, HvJ EU (GK) 7 maart 2017, zaak C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, «EHRC» 2017/81 m.nt. Krommendijk, *JV* 2017/95 m.nt. Kok.
- [22] Art. 9 Wet van 5 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/1980/12/15/1980121550/justel>.
- [23] Europees Parlement, Resolutie van 11 december 2018 met aanbevelingen aan de Commissie betreffende humanitaire visa (2018/2271(INL)),

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0494_NL.html.

[24] Europees Parlement en Raad, Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een Uniekader voor hervestiging en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 516/2014 COM/2016/0468 final - 2016/0225 (COD), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=COM:2016:468:FIN>.

[25] Federaal Migratiecentrum Myria, 'Myriadoc 9: Een nieuw paradigma voor het Europese asielmodel: toegang tot bescherming onder druk', juli 2019, p. 73, <https://www.myria.be/files/Myriadoc-9-NL.pdf>.

[26] Fedasil, 'Hervestiging van vluchtelingen on hold', <https://www.fedasil.be/nl/nieuws/hervestiging/hervestiging-van-vluchtelingen-hold>.