

ANNOTATIE

WS e.a. t. Frontex (Gerecht, T-600/21) – Niet Mijn Schuld: Frontex's Verantwoordelijkheid voor Mensenrechtenschade in WS t. Frontex

M. Gkliati

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 06-09-2023, ECLI:EU:T:2023:492 (EHRC-2023-0217)

I. Inleiding - Achtergrond

1. De zaak WS et al. tegen Frontex^[1] is een belangrijke mijlpaal in de ontwikkeling van de aansprakelijkheid van EU-organen aan de buitengrenzen van de EU. De eerste eis tot schadevergoeding tegen Frontex, de *Europese grens- en kustwacht*, voor mensenrechtenschendingen betreft een gezin van Syrische vluchtelingen die asiel hadden aangevraagd in Griekenland, maar in plaats daarvan werden teruggestuurd naar Turkije in een door Frontex gecoördineerde retourvlucht.
2. De eisers stelden materiële en immateriële schade te hebben geleden door het optreden van Frontex voor, tijdens en na de terugkeeroperatie. De uitspraak roept kritische vragen op over het directe causale verband in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (HvJEU) en hiaten in de aansprakelijkheid voor mensenrechtenschendingen.

II. Contextualisering van de rol van Frontex in het Europese migratiebeheer

3. Om het belang van deze zaak te begrijpen, is het essentieel om de bredere context van de rol van Frontex in het Europese migratiebeheer te schetsen. Sinds de afschaffing van de binnengrenzen binnen het Schengengebied, zien we een toenemende nadruk op de controle

van de buitengrenzen, waarvan wordt beweerd dat het een tegenwicht vormt voor vrij verkeer.[2] Terwijl de invoering van veilige en legale toegangskanalen beperkt blijft, is de ontwikkeling van '*beleid van non-entrée*',[3] of 'ugly-duckling policies'[4] meer in het algemeen, snel gegaan.

4. Deze verschuiving naar controle aan de buitengrenzen, die wordt aangedreven door politieke ontwikkelingen van intolerantie en nationalistisch protectionisme (eigen volk eerst) en die sinds 2015 wordt bestempeld als een reactie op de 'vluchtelingen crisis', heeft geleid tot de beveiliging van grenstoezicht. In dit nieuwe tijdperk van beveiliging heeft Frontex, het EU-agentschap voor grens- en kustbewaking, zich ontpopt tot een centrale speler in het geïntegreerde grensbeheer. Frontex-operaties worden gehost door een lidstaat aan de buitengrenzen (of sinds 2019 door een derde land) en worden uitgevoerd met de deelname van verschillende andere EU-lidstaten.

5. De afgelopen jaren is Frontex kritisch gevolgd en beschuldigd van mensenrechtenschendingen, met name in verband met pushbacks in Griekenland en Hongarije. Mediaberichten in november 2020 brachten Frontex in verband met terugdrijvingen aan de Grieks-Turkse grens, wat leidde tot onderzoeken door verschillende organen, waaronder de werkgroep Frontex van het Europees Parlement en het Europees Bureau voor fraudebestrijding (OLAF).[5] Deze onderzoeken brachten gevallen van verborgen bewijs en schendingen van de grondrechten aan het licht, met als hoogtepunt het aftreden van de uitvoerend directeur van Frontex, Fabrice Leggeri. Toch blijft er nog veel te wensen over als het gaat om de algehele verantwoordingsplicht van het agentschap.[6] Het gebrek aan verantwoordingsplicht van het agentschap ondermijnt het respect voor de rechtsstaat zo sterk dat men zich afvraagt of Frontex, de EU-buitengrenzen en de rechtsstaat wel gelijktijdig kunnen bestaan, en mogelijk een 'onmogelijke drie-eenheid' vormen.[7]

6. In deze context werd met veel verwachting uitgekeken naar de uitspraak over de eerste schadeclaim tegen Frontex wegens mensenrechtenschendingen. Een dergelijke zaak heeft inderdaad het potentieel om echte verandering te brengen in het klimaat van straffeloosheid dat zich aan de buitengrenzen van de EU ontwikkelt.

III. De feiten in deze zaak

7. Verzoekers, een familie van Syrische burgers die op het hoogtepunt van de oorlog in Syrië Aleppo ontvluchtten, kwamen in oktober 2016 aan op het Griekse eiland Milos en gaven formeel te kennen dat zij internationale bescherming wilden aanvragen. Hun verzoek werd echter nooit geregistreerd en zes dagen later werd het gezin overgebracht naar Turkije in een gezamenlijke terugkeeroperatie van Frontex en Griekenland. Van daaruit zijn ze vervolgens

naar Irak verhuisd, waar ze momenteel verblijven.

8. Het terugsturen van vluchtelingen zonder hen de gelegenheid te geven asiel aan te vragen of het uitzettingsbevel aan te vechten, vormt een schending van het internationale en Europese recht, waaronder het recht op asiel, het verbod op non-refoulement, de terugkeerrichtlijn en de European Border and Coast Guard Verordening (EBCG-Verordening).[8] Verzoekers maakten gebruik van de individuele klachtenregeling van het agentschap en dienden een klacht in over hun terugkeer naar Turkije. Zij dienden ook een klacht in tegen Griekenland bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, waar de partijen uiteindelijk tot een minnelijke schikking kwamen.[9] Met betrekking tot de interne klacht oordeelde de uitvoerend directeur van Frontex dat de klachten geen betrekking hadden op acties van het agentschap, maar alleen op acties van de Griekse autoriteiten, en daarom stuurde hij de klacht door naar de nationale autoriteiten. Omdat de rol van Frontex in de terugkeeroperatie niet aan de orde kwam, wendden de verzoekers zich tot het HvJEU.

9. De verzoekers stelden dat hun schade het gevolg was van de niet-nakoming door het agentschap van zijn verplichtingen inzake terugkeeroperaties, het operationele plan, de Frontex-coördinator, de evaluatie van de operatie, de bescherming van de grondrechten en de individuele klachtenregeling (EBCG-Verordening, Standard Operating Procedure, Gedragscode voor terugkeeroperaties).[10] De verzoekers beweerden dat Frontex in strijd handelde met verplichtingen zoals non-refoulement, recht op asiel, verbod op collectieve uitzetting, rechten van het kind, verbod op vernederende behandeling, recht op behoorlijk bestuur en recht op doeltreffende rechtsmiddelen. Ze claimden materiële en immateriële schade door Frontex's onrechtmatig gedrag voor, tijdens en na de terugkeeroperatie, inclusief reiskosten, levensonderhoud in Turkije en Irak, en juridische bijstand. De immateriële schade omvatte angst, vrees en lijden tijdens de terugkeer en de reis.

IV. Bevindingen van het Hof

10. De voorwaarden voor EU-aansprakelijkheid, zoals uiteengezet in artikel 340 VWEU, omvatten a) onrechtmatige gedraging, b) werkelijke schade, en c) een oorzakelijk verband tussen de gestelde gedraging en de schade. Het Hof benadrukt in de onderhavige zaak het cumulatieve karakter van deze voorwaarden.

11. De verzoekers stellen dat het feit dat Frontex de grondrechten niet heeft geëerbiedigd, heeft geleid tot hun onrechtmatige terugkeer, met zowel materiële als immateriële schade tot gevolg. Het Hof heeft echter in eerste instantie het oorzakelijk verband tussen het gedrag van Frontex en de gestelde schade onderzocht. Het Hof stelde dat de schade een "voldoende rechtstreeks gevolg van de gedraging" moet zijn, waarbij de gedraging de "bepalende oorzaak

van de schade" moet zijn. Het directe causale verband moet door de verzoekers worden aangetoond.

Het Gerecht oordeelde dat de vorderingen van de verzoekers een "direct causaal verband" missen. Het merkte op dat bepaalde kosten, zoals de kosten voor smokkelaars naar Griekenland, dateren van vóór de terugkeeroperatie en niet rechtstreeks aan Frontex kunnen worden toegerekend. Belangrijker nog, het Gerecht stelde dat de vorderingen van de verzoekers zijn gebaseerd op de onjuiste veronderstelling dat hun schade zou zijn vermeden indien Frontex rechtmatig had gehandeld en zijn verplichtingen in verband met de grondrechten was nagekomen.

12. Hoewel het Hof erkende dat het agentschap krachtens de EBCG-verordening en het Handvest van de grondrechten van de EU de grondrechten moet eerbiedigen, wees het ook op de beperkte rol van Frontex bij terugkeeroperaties. Het benadrukte dat het agentschap is belast met het verlenen van technische en operationele ondersteuning aan de lidstaten en geen toegang heeft tot de inhoud van terugkeerbesluiten of besluiten over het verlenen van internationale bescherming, die tot de uitsluitende bevoegdheid van de lidstaat behoren.

13. Gezien de onbevoegdheid van Frontex ten aanzien van terugkeer- en asielbesluiten, oordeelde het Hof dat er geen direct causaal verband bestaat tussen het gedrag van Frontex en de gestelde schade. Eventuele schade komt in beginsel uitsluitend voor rekening van Griekenland. Bijgevolg verwierp het Hof de vordering tot schadevergoeding in haar geheel. Aangezien de voorwaarden voor EU-aansprakelijkheid cumulatief van toepassing zijn en niet was voldaan aan de voorwaarde van causaliteit, achtte het Hof het niet nodig om de andere voorwaarden volgens zijn vaste rechtspraak te onderzoeken.[11]

V. Rechtsmiddelen voor het HvJEU

14 De zaak belicht de rol van het HvJEU bij het waarborgen van de handhaving van het EU-recht door middel van een vordering tot schadevergoeding (art. 268, 340 VWEU), een vordering tot nietigverklaring (art. 263 VWEU) of een beroep wegens nalaten (art. 265 VWEU). De nietigverklaring van een handeling van het agentschap of het nalaten ervan, in strijd met de Verdragen, is onderhevig aan juridische toetsing door het Hof op basis van art. 263 VWEU. Wanneer een individu tracht deze juridische toetsing in gang te zetten met betrekking tot de handelingen en nalatigheden van Frontex, dan wordt deze geconfronteerd met strikte toegankelijkheidsvereisten. Dit komt doordat de toetsbaarheid van de handelingen van het agentschap ter discussie kan worden gesteld, vooral omdat de meeste handelingen geen directe juridische gevolgen vis-a-vis individuen lijken te hebben. De combinatie van strenge toegankelijkheidsvereisten voor individuen bij het HvJEU en de beperkte

herzienbaarheid van de handelingen van het agentschap vormen aanzienlijke obstakels, wat de opties voor juridische toetsing (zoals een beroep tot nietigverklaring en nalaten) praktisch onuitvoerbaar maakt.[12]

De schadevergoedingsactie komt naar voren als de meest geschikte rechtsgang voor individuen die Frontex ter verantwoording willen roepen. Met dit rechtsmiddel kan de aansprakelijkheid van Frontex rechtstreeks worden aangepakt en kan eventuele schade die het agentschap in de loop van zijn activiteiten heeft veroorzaakt, worden vergoed. Het brengt echter unieke procedurele uitdagingen met zich mee, waaronder de bewijslast en het vaststellen van een direct causaal verband in een omgeving met meerdere actoren.

VI. Precedent analyseren

16. In de afgelopen jaren zijn er verschillende klachten ingediend bij het HvJEU over een gebrek aan transparantie in het werk van het agentschap[13] of een beroep tot nietigverklaring met betrekking tot een aanbesteding.[14] Het eerste beroep over de wettigheid van de handelingen van het agentschap met betrekking tot mensenrechtenschendingen werd ingediend op basis van artikel 265 VWEU (beroep wegens nalaten). Het Hof werd verzocht Frontex-operaties in de Egeïsche Zee op te schorten of te beëindigen vanwege ernstige en aanhoudende mensenrechtenschendingen volgens artikel 46, lid 4, van de EBCG-verordening. Het beroep werd echter niet-ontvankelijk verklaard vanwege ontvankelijkheidsproblemen.[15]

17. *WS t. Frontex* was echter de eerste zaak met betrekking tot de aansprakelijkheid van Frontex voor mensenrechtenschendingen. In deze zaak bleken, zoals verwacht, de eerdergenoemde uitdagingen met betrekking tot een schadevergoedingsactie verlammende obstakels te zijn bij het aansprakelijk stellen van het agentschap voor schendingen van de grondrechten.

18. In overeenstemming met zijn eerdere rechtspraak,[16] oordeelde het Hof dat de ingeroepen schade rechtstreeks moet voortvloeien uit de gestelde onrechtmatigheid. Het enkele feit dat de onrechtmatige gedraging een noodzakelijke voorwaarde vormde (een *conditio sine qua non*) voor het ontstaan van de schade, in die zin dat de schade zonder die gedraging niet zou zijn ontstaan, is niet voldoende om een causaal verband vast te stellen. Bijgevolg kan de schade *in casu* niet worden beschouwd als een rechtstreeks gevolg van het gedrag van Frontex.

19. Zo eng geïnterpreteerd door het Hof, blijkt het directe causale verband een te strenge eis voor de aansprakelijkheid van Frontex, aangezien zijn acties per definitie plaatsvinden in een

omgeving met meerdere actoren, waar een nexus van verantwoordelijkheden bestaat, en een veelheid van handelingen en nalatigheden van verschillende actoren het schadelijke resultaat kunnen veroorzaken. In feite kan de loutere betrokkenheid van het gastland voldoende zijn voor het HvJEU om de keten van oorzakelijk verband te doorbreken en de aansprakelijkheid van het agentschap te voorkomen.

20. Aangezien dit echter per geval wordt bepaald, is er in de jurisprudentie van het Hof nog ruimte voor minder restrictieve interpretaties. In *Missir Mamachi di Lusignano t. Commissie* leek het Hof te erkennen dat een bepaalde gedraging niet noodzakelijk de enige oorzaak van de schade hoeft te zijn om het oorzakelijk verband voldoende rechtstreeks te kunnen achten. Bovendien oordeelde het Hof in *Krohn* dat het oorzakelijk verband niet wordt verbroken door een uitvoeringshandeling van de staat indien deze niet zelfstandig handelde, maar op grond van bindende instructies van de Unie. Toegepast op Frontex had dit argument kunnen leiden tot de aansprakelijkheid van het agentschap indien zou zijn aangetoond dat de ontvangende staat geen discretionaire bevoegdheid had om af te wijken van door het agentschap genomen besluiten. Dit zou bij uitzondering het geval kunnen zijn, bijvoorbeeld met betrekking tot het recht van de EU om in te grijpen, en in de context van *de iure* niet-bindende maar feitelijk wezenlijke instructies van het agentschap. Terwijl het HvJEU in zijn jurisprudentie vaak het competentiemodel heeft bevestigd en aansprakelijkheid heeft toegewezen op basis van normatieve controle en *de jure* bevoegdheden, heeft het in de *KYDEP*-zaak geoordeeld dat dergelijke instructies die door de lidstaat als de facto bindend worden beschouwd, het oorzakelijk verband intact kunnen laten.[17] De restrictieve opvatting werd ook aangenomen door het Gerecht in de recente zaak *Kočner t. EUROPOL*.^[18] De zaak is momenteel in hoger beroep en het zal intrigerend zijn om te zien hoe het Hof zal reageren op de conclusie van advocaat-generaal Rantos, die suggereert dat het Hof een minder restrictieve benadering van het causaliteitsvereiste hanteert.^[19]

VII. Conclusie: Vormgeven aan het verantwoordingslandschap van Frontex

21. *WS et al. v. Frontex* vat de complexiteit en uitdagingen samen die inherent zijn aan het ter verantwoording roepen van een EU-agentschap in de huidige complexe realiteit van gedeeld bestuur. Wat belangrijk is om op te merken, is dat het Hof zijn afwijzing van de klacht niet baseerde op de bevinding dat de rechten van de verzoekers niet waren geschonden, een vraag die het helemaal oversloeg. Het oordeelde ook niet dat Frontex zich aan zijn wettelijke verplichtingen had gehouden. In feite ging het volledig voorbij aan de rol en de positieve verplichtingen van Frontex in het kader van de coördinatie van gezamenlijke terugkeeroperaties.^[20] In plaats daarvan hanteerde het een zeer hoge drempel voor een oorzakelijk verband en baseerde het zijn oordeel enkel op het feit dat het agentschap niet bevoegd was om asiel- of terugkeerbesluiten te beïnvloeden.

22. Uiteindelijk worden we niets wijzer over schendingen aan de buitengrenzen of de juridische afdwingbaarheid van de verplichtingen van het agentschap. Belangrijker nog is dat dit onbevredigende arrest licht werpt op de eisen van het HvJEU ten aanzien van het oorzakelijk verband, dat een leemte laat in de bescherming van mensenrechten en de rechtsstaat. De strikte interpretatie van de causaliteitsregels door het Hof is niet aangepast aan de veranderende multi-actor realiteit aan de buitengrenzen en het model van gedeeld bestuur waar verantwoordelijkheden met elkaar verweven raken. Als het HvJEU zijn legitimiteit als belangrijke speler voor de bescherming van de grondrechten wil behouden en de rechtsstaat in de EU wil beschermen, moet het een manier vinden om om te gaan met de realiteit van gezamenlijke aansprakelijkheid.

23. Toch markeert deze zaak een cruciaal moment. Hoewel de uitspraak verlamme uitdagingen aan het licht brengt, is het ook de wegbereider voor toekomstige juridische ontwikkelingen. Nu Frontex onder vuur blijft liggen, betekent deze zaak een stap in de richting van het definiëren van de contouren van verantwoordelijkheid in een complex web van actoren die betrokken zijn bij grenscontroleoperaties. Ondanks de afwijzing wil ik het blijvende belang van de zaak onderstrepen. *WS t. Frontex* is het eerste geval waarin een mensenrechtzaak tegen Frontex de ontvankelijkheidsfase is gepasseerd, wat een platform biedt voor toekomstige rechtszaken en de mogelijke herwaardering van de verantwoordelijkheden van Frontex. Zelfs een – voor verzoekers – ongunstige uitkomst ontslaat Frontex niet van zijn mensenrechten-verplichtingen. De deur blijft open staan voor volgende zaken om het verantwoordingskader van het agentschap vorm te geven in het zich ontwikkelende landschap van mensenrechten en verantwoordingsplicht aan de buitengrenzen van de EU.

Mariana Gkliati

Universitair Docent Migratie- en Asielrecht, Tilburg University

[1] *WS e.a. t. Europees Grens- en Kustwachtagentschap*, Gerecht (Zesde kamer) 6 september 2023, zaak T-600/21, ECLI:EU:T:2023:492.

[2] Alinea 2, Regulation (EU) 2016/399 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on a Union Code on the rules governing the movement of persons across borders (Schengen Borders Code).

[3] J. Hathaway, 'The Emerging Politics of Non-Entrée', 91 *Refugees* 40, 1992.

[4] T. Gammeltoft-Hansen, 'The Ugly Duckling: Denmark's Anti-Refugee Policies and

Europe's Race to the Bottom', Huffpost, 2016, link.

[5] Spiegel DE, 'EU-Antibetrugsbehörde erhebt schwere Vorwürfe gegen Frontex' (2022), link; European Parliament (LIBE Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs), 'Report on the Fact-finding Investigation on Frontex concerning Alleged Fundamental Rights Violations', 14.7.2021, link.

[6] M. Gkliati, 'What's in a Name? Fragments of Accountability and the Resignation of the Frontex Executive Director' (Verfassungsblog, 6.9.2022), link.

[7] L. Marin, M. Gkliati, S. Tas, 'An "Impossible Trinity"? Frontex, EU External Borders and the Rule of Law' (Verfassungsblog, 5.9.2022), link. Zie ook de rest van de blogs van de Verfassungsblog series.

[8] Verordening (EU) 2019/1896 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2019 inzake de Europese grens- en kustwacht en tot intrekking van Verordening (EU) nr. 1052/2013 en Verordening (EU) 2016/1624.

[9] Resolution CM/ResDH(2023)244, Execution of the decisions of the European Court of Human Rights, Two cases against Greece, (Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2023 at the 1475th meeting of the Ministers' Deputies), App. No. 30520/17, L.H.M. AND OTHERS and App. No. 30660/22, Vaggelitsa BELLOU.

[10] De rechtbank verwijst naar Verordening (EU) 2016/1624 die toen geldig was. Verordening (EU) 2016/1624 is ingetrokken bij Verordening (EU) 2019/1896.

Verordening (EU) 2016/1624 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2016 inzake de Europese grens- en kustwacht en tot wijziging van Verordening (EU) 2016/399 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 863/2007 van het Europees Parlement en de Raad, Verordening (EG) nr. 2007/2004 van de Raad en Besluit 2005/267/EG van de Raad. Decision of the Executive Director No R-ED-2021-51, Standard Operating Procedure (SOP) – Serious Incident Reporting of 19/04/2021; Code of Conduct for Return Operations and Return Interventions Coordinated or Organised by Frontex.

[11] Arrest van 17 februari 2017, Novar tegen EUIPO, T726/14, EU:T:2017:99.

[12] Voor een diepgaandere analyse van de beschikbare juridische wegen, zie M. Gkliati, 'Frontex Before the Judge: The road for the judicial accountability of Frontex before the CJEU, the ECtHR and national Courts', in Vassilis Pergandis, Christos Zois (eds), *EU Responsibility in the International Legal Order: Human Rights – Comparative Approaches – Special Issue*/ ||||| |||

|||π||| ||||| ||| ||||| ||||| |||||, Sakkoulas Publishing, Athens – Thessaloniki, 2023.

[13] *Luisa Izuzquiza en Arne Semsrott t. Europees agentschap voor de bewaking van de grenzen en de kust (Frontex)*, Gerecht (Eerste kamer) 27 november 2019, zaak T-31/18, ECLI:EU:T:2019:815.

[14] *Leonardo SpA t. Europees agentschap voor de bewaking van de grenzen en de kust (Frontex)*, Gerecht (Negende kamer - uitgebreid) 26 januari 2022, zaak T-849/19, ECLI:EU:T:2022:28.

[15] *SS en ST t. Europees agentschap voor de bewaking van de grenzen en de kust (Frontex)*, Gerecht (Negende kamer) 7 april 2022, zaak T-282/21.

[16] *Transnational Company "Kazchrome" en ENRC Marketing t. Raad en Commissie*, Gerecht 30 november 2011, T-107/08, EU:T:2011:704.

[17] *KYDEP v Council of the European Union and Commission of the European Communities*, Gerecht 15 september 1994, C-146/91 ECLI:EU:C:1994:329.

[18] *Marián Kočner contre l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol)*, Arrêt du Tribunal (huitième chambre) du 29 septembre 2021 dans l'affaire T|528/20, affaire EU:T:2021:704.

[19] Opinion of Advocate General RANTOS, delivered on 15 June 2023 (1), in Case C|755/21 P, *Marián Kočner v European Union Agency for Law Enforcement Cooperation*.

[20] Gkliati, M. (2022). "The EU Returns Agency: The Commission's Ambitious Plans and Their Human Rights Implications," *European Journal of Migration and Law*, 24(4), 545-569.