

Geen recht op tijdelijke visums voor Syrische vluchtelingen

Citation for published version (APA):

Chamon, M., & De Coninck, J. (2017). Geen recht op tijdelijke visums voor Syrische vluchtelingen. *SEW: Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 382-389.

Document status and date:

Published: 01/01/2017

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

143 **Geen recht op tijdelijke visums voor Syrische vluchtelingen**

Zaak C-638/16 PPU, X en X/ Belgische Staat

Arrest van 7 maart 2017 (Grote kamer),
ECLI:EU:C:2017:173; conclusie van
A-G P. Mengozzi van 7 februari 2017,
ECLI:EU:C:2017:93

Asiel en migratie – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Rechtsbescherming – Legale migratie – Europees Hof van Justitie

I. Inleiding

In het recente arrest *X en X* werd het Hof van Justitie voor de eerste maal gevraagd om artikel 25 lid 1 onderdeel a van de Visumcode te interpreteren.¹ De Visumcode² harmoniseert de procedure en voorwaarden voor het bekomen van een kortetermijnvisum door derdelanders voor de Schengenlidstaten. Artikel 32 van de Visumcode lijst de gevallen op waarin de aflevering van een visum geweigerd wordt, evenwel '[o]nverminderd artikel 25, lid 1'. Onderdeel a van dit artikel 25 lid 1 schrijft voor dat er bij wijze van uitzondering een visum *wordt* afgegeven wanneer een lidstaat *dit nodig acht* op humanitaire gronden of gelet op internationale verplichtingen.³ De problematische formulering van deze bepaling mag hier reeds duidelijk zijn: enerzijds legt de aanhef van artikel 25 lid 1 een verplichting op om een visum af te leveren (wordt afgegeven, *est délivré, wird erteilt, sono rilasciati*), anderzijds laat onderdeel a van lid 1 de aflevering van een visum aan de inschatting van de lidstaat over (nodig acht, *estime nécessaire, erforderlich hält, ritiene necessario*).⁴

Een en ander doet de vraag rijzen of lidstaten nu wel of niet verplicht zijn om visums met een territoriale beperkte geldigheid (hierna: TBG-visums) af te leveren, gelet op het Handvest van de grondrechten van de EU (hierna: Handvest) en de mensenrechtenverdragen die ze onderschreven hebben, wanneer derdelanders een visum aanvragen op grond van humanitaire redenen. Dit probleem stelde zich ook in het bodemgeschil

dat aanleiding gaf tot de prejudiciële verwijzing *in casu*. Hadden de bevoegde Belgische autoriteiten een beoordelingsmarge bij de afwijzing van de aanvragen voor TBG-visums ingediend bij het Belgisch consulaat in Libanon door een Syrisch gezin van vijf, wonende te Aleppo?

2. Hoofddeding en rechtsvragen

De Syrische familie van vijf telt drie minderjarige kinderen niet ouder dan tien jaar.⁵ Gelet op het aanhoudend geweld in de desbetreffende stad alsook de aangegeven gijzeling en foltering van de vader, verzocht de familie TBG-visums te bekomen voor België om, eenmaal op Belgisch grondgebied aangekomen, asiel aan te vragen.⁶ Hiertoe stak de vader in oktober 2016 de grens over naar Libanon en werden de aanvragen in het Belgisch consulaat te Beiroet ingediend op grond van artikel 25 lid 1 onderdeel a van de Visumcode.⁷ Hierna keerde de vader terug naar Aleppo om zich te vervoegen bij zijn familie in afwachting van de beslissing omtrent de visumaanvragen.⁸

De Belgische autoriteiten waren van mening dat de familie de voorziene verblijfstermijn van drie maanden niet zou naleven en wezen op grond hiervan verschillende malen de aanvragen af.⁹ De familie had immers expliciet aangegeven dat, bij het bekomen van een TBG-visum en na aankomst op Belgisch grondgebied, ze onmiddellijk asiel zou aanvragen om op die manier te ontvluchten aan het oorlogsgeweld in Syrië.¹⁰ De Belgische autoriteiten wezen de aanvragen af aangezien de Syrische familie de bedoeling had langer dan 90 dagen in België te verblijven en omdat het toekennen van een TBG-visum de facto erop zou neerkomen dat asiel aangevraagd werd in een diplomatieke post.¹¹ Tegen de afwijzing werd beroep ingesteld voor de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (RvV).

De voorgaande feiten en procedures gaven in essentie aanleiding tot drie rechtsvragen. De RvV ging ervan uit dat het geschil onder het Unierecht kwam en stelde twee inhoudelijke prejudiciële vragen aan het Hof, maar vooraleer het Hof deze kon beantwoorden diende het een preliminaire vraag naar zijn bevoegdheid te beantwoorden. In eerste instantie werd door België immers geponeerd dat het Unierecht niet van toepassing was

op de zaak daar de Syrische familie *de facto* een langlopend visum zou aangevraagd hebben (1).¹² Slechts indien België in het ongelijk zou gesteld worden op dit punt, zou het Hof zich kunnen buigen over de eigenlijke prejudiciële vragen. Deze kwamen in essentie hierop neer: hoe dient de verwijzing naar 'internationale verplichtingen' in artikel 25 lid 1 onderdeel a verstaan te worden? Wordt hiermee het Handvest, het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM)¹³ en het Vluchtelingenverdrag¹⁴ bedoeld (2)?¹⁵ Ten tweede polste de RvV de draagwijdte van de beoordelingsmarge van de lidstaten onder artikel 25 lid 1 onderdeel a van de Visumcode in het toekennen van een TBG-visum om humanitaire redenen als uitzondering op de weigeringsgronden voor een visum vervat in artikel 32 van de Visumcode (3).¹⁶

3. Conclusie van de advocaat-generaal en het arrest van het Hof

3.1. Conclusie A-G Mengozzi

In een bijzonder emotionele, wat geenszins wil zeggen juridisch niet overtuigende, conclusie adviseerde advocaat-generaal Mengozzi het Hof op elk van de drie rechtsvragen in het voordeel van de Syrische familie.

Wat betreft de preliminaire vraag aangaande de toepasselijkheid van het Unierecht, steunde A-G Mengozzi vooreerst op het feitelijk verloop van de aanvraagprocedure. Deze verliep immers in al haar fases volgens de Visumcode.¹⁷ De Belgische overheid had haar beslissingen omtrent de ontvankelijkheid en de gegrondheid van de aanvragen op grond van de respectievelijke bepalingen in de Visumcode genomen (artikel 19 en 32 *juncto* 25 van de Visumcode).¹⁸ Gedurende de gehele procedure werd ook gebruikgemaakt van het eenvormig formulier voor visumaanvragen overeenkomstig de Visumcode.¹⁹

Naast deze puur feitelijke overwegingen steunde de A-G ook op een tekstuele en teleologische interpretatie van de Visumcode zelf. Deze maakt een duidelijk onderscheid tussen de *ontvankelijkheid* van een visumaanvraag, waardoor de Visumcode al dan niet van toepassing kan verklaard worden op de feiten, en de *gegrondheid* van een visumaanvraag, die pas nagegaan kan worden op het

moment dat de visumaanvraag al ontvankelijk is verklaard.²⁰ De ontvankelijkheid van een visumaanvraag zoals uitgelegd in artikel 19 van de Visumcode, vereist immers niet dat er inhoudelijke motivering of bewijsmateriaal wordt gegeven.²¹ Dergelijke gronden en bewijzen worden pas behandeld in het kader van de gegrondheid van de aanvraag die medebepaald wordt door artikel 32 *juncto* 25 van de Visumcode. Volgens de advocaat-generaal kan de motivering ten grondslag aan de aanvraag bijgevolg 'hooguit een grond vormen om de aanvragen van verzoekers in het hoofdgeding af te wijzen, overeenkomstig de regels van die code, maar zeker geen grond om die code niet toe te passen'.²² Ten slotte ontkracht de A-G de overige argumenten van de Belgische regering om tot de conclusie te komen dat het Unierecht, en dus ook het Handvest, daadwerkelijk van toepassing was.²³

Wat betreft de eigenlijke prejudiciële vraag aangaande de toepassing van het Handvest en overige mensenrechten-instrumenten, merkt de A-G op dat de toepasselijkheid van het Handvest reeds volgt uit zijn conclusie dat de Visumcode inderdaad van toepassing was.²⁴ Rekening houdend met het feit dat de visumaanvragen niet plaatsvonden op het territorium van een lidstaat, brengt de A-G in herinnering dat, in tegenstelling tot het EVRM en het Vluchtelingenverdrag, er geen element van jurisdictie aanwezig hoeft te zijn opdat het Handvest van toepassing is.²⁵ Uit artikel 51 van het Handvest volgt immers dat het toepassing vindt zodra lidstaten 'het recht van de Unie ten uitvoer brengen'.²⁶ Aangezien de uitreiking van kortetermijnvisums beheerst wordt door een volledig geharmoniseerd Europeesrechtelijk kader, leidt het weinig twijfel dat België het Unierecht ten uitvoer bracht wanneer het oordeelde over de visumaanvragen door de Syrische familie.²⁷

Volgens A-G Mengozzi doet het feit dat de lidstaten onder artikel 25 van de Visumcode een bepaalde graad van discretie hebben om af te wijken van de weigeringsgronden vervat in artikel 32 van de Visumcode, op geen enkele wijze afbreuk aan die conclusie. Deze discretie werd immers door de Nieuwetgever aan de lidstaten gelaten en maakt een integraal deel uit van de Visumcode.²⁸ Een analoge redenering werd bevestigd in het arrest *N.S.*, waarin het Hof oordeelde dat niettegenstaande de discretie toegekend onder de Dublin-verordening om vrijwillig asielverzoeken aan te nemen, deze discretie alsnog

diende uitgevoerd te worden rekening houdend met het overkoepelend kader van de Dublin-verordening, inclusief de bepalingen aangaande *non-refoulement* daarin vervat.²⁹ Uit een en ander volgt dat de A-G concludeerde dat het Handvest van toepassing was, maar dat het geen internationale verplichting is in de zin van artikel 25 lid 1 onderdeel a van de Visumcode aangezien het deel uitmaakt van het primair Unierecht.³⁰ Het EVRM en het Vluchtelingenverdrag maken daarentegen wel internationale verplichtingen uit, maar aangezien zich bij deze instrumenten de bijzonder complexe rechtsvraag inzake 'rechtsmacht' stelt, oordeelde de A-G dat het Hof zich hierover niet diende uit te spreken daar het Handvest op zich reeds de nodige bescherming biedt.³¹

Ook met betrekking tot de tweede prejudiciële vraag, betreffende de draagwijdte van de beoordelingsmarge onder artikel 25 lid 1 onderdeel a van de Visumcode, om visumaanvragen uitzonderlijk toe te kennen wegens humanitaire redenen en/of internationale verplichtingen, was de A-G zeer duidelijk. Op grond van een tekstuele interpretatie oordeelt de A-G dat lidstaten verplicht kunnen zijn een visum af te leveren indien een aantal voorwaarden vervuld zijn.³² Artikel 32 lid 1 van de Visumcode stelt dat een visum niet toegekend mag worden in een aantal specifieke gevallen, maar dit 'onverminderd' de toepassing van artikel 25 lid 1 van de Visumcode.³³ De Belgische regering argumenteerde evenwel dat deze uitzondering enkel gold voor de gevallen vermeld in artikel 32 lid 1 onderdeel a maar niet voor artikel 32 lid 1 onderdeel b.³⁴ De A-G weerlegde dit overtuigend na een vergelijking van het scenario beschreven in artikel 32 lid 1 onderdeel b en de gronden voorzien in artikel 25 lid 1.³⁵ Deze redenering wordt overigens gesteerd door het feit dat artikel 25 lid 1 onderdeel a van de Visumcode juist werd ingevoerd om de strenge toepassing van de weigeringsgronden van de Visumcode te matigen ten voordele van individuen in precare omstandigheden.³⁶ Vervolgens argumenteerde de A-G – op grond van rechtspraak van zowel het Hof³⁷ als van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM), dat rekening houdend met de negatieve en positieve verplichtingen die berusten op lidstaten in het naleven van het *non-refoulement*-principe, er daadwerkelijk een verplichting kan bestaan om een TBG-visum af te leveren op grond van humanitaire redenen.³⁸ Teneinde tot een verplichting te komen moet er wel afdoende bewijs voorhanden zijn aangaande de algemene situatie in

het land van herkomst, de specifieke situatie van de betrokkenen en het gebrek aan reële alternatieven, om aan te tonen dat de personen daadwerkelijk in de reikwijdte van het *refoulement*-verbod vallen.³⁹ Volgens de A-G was dit alles ontegensprekelijk het geval *in casu* en rustte er dus een verplichting op België om de visums af te leveren.⁴⁰

3.2. Het arrest van het Hof

Zoals blijkt uit wat volgt heeft het Hof zich niet laten leiden door de conclusie van A-G Mengozzi. In eerste instantie oordeelt het Hof, conform zijn vaste rechtspraak, dat het niet beperkt noch gebonden is door de prejudiciële verwijzing van de nationale rechter en de daarin vermelde rechtsgronden, waardoor het bijgevolg alle uitleggingsgegevens kan aanreiken die nuttig zouden kunnen zijn voor de uitlegging van de prejudiciële vragen.⁴¹

Vervolgens herhaalt het Hof dat de Visumcode uitsluitend bedoeld is voor visums voor een duur van maximaal 3 maanden en dus enkel voor zulke aanvragen de procedures en voorwaarden harmoniseert.⁴² *In casu* leidt het Hof uit de feiten die ten grondslag liggen aan de verwijzingsbeslissing af, dat *de facto* langlopende visums in plaats van TBG-visums aangevraagd waren.⁴³ Aangezien er vooralsnog geen EU-regelgeving bestaat aangaande langlopende visums, concludeert het Hof dat deze materie onder de bevoegdheid van de lidstaten ressorteert en het Unierecht, en bijgevolg het Handvest, derhalve niet van toepassing is.⁴⁴ Het Hof benadrukt hierbij dat deze conclusie losstaat van de weigeringsgronden vervat in artikel 32 van de Visumcode, maar louter gestoeld is op het feit dat het doel van de visumaanvraag *in casu* het bekomen van een langlopend visum was in plaats van een TBG-visum.⁴⁵ Tot slot merkt het Hof op dat een andere conclusie een miskennis zou inhouden van de Dublin-verordening en de Asielprocedure-richtlijn.⁴⁶ Indien er een verplichting zou bestaan tot het toekennen van een TBG-visum voor humanitaire redenen, zou dit *de facto* impliceren dat derdelanders een aanvraag kunnen doen in een lidstaat naar keuze, om vervolgens in diezelfde lidstaat asiel aan te vragen – en aldus afbreuk te doen aan het Dublin-stelsel.⁴⁷ Bovendien zou dit impliceren dat TBG-visums *de facto* neerkomen op asielaanvragen bij consulaire en diplomatieke diensten, wat niet onder de toepassing van de Asielprocedure-richtlijn valt.⁴⁸ Als zodanig is het Hof van oordeel dat het Unierecht niet van toepassing is en bijgevolg geen verdere uitlegging vereist is.⁴⁹

4. Analyse

De motivering van het Hof in deze zaak is van dien aard dat het arrest als bijzonder controversieel de boeken zal ingaan, met name met betrekking tot de vraag inzake de toepasselijkheid van het Unierecht. Indien immers het Unierecht van toepassing is, heeft dit als gevolg dat – overeenkomstig artikel 51 van het Handvest – ook het Handvest van toepassing is.⁵⁹ Dit laatste is vooral relevant omdat de feiten zich afspelen buiten het territorium van de Unie en de feiten dus een extraterritoriaal element bevatten. Waar het juridisch kader van het EVRM en het Vluchtelingenverdrag⁵¹ extraterritoriale *rechtsmacht* vereisen vooraleer de waarborgen en rechten daarin vervat van toepassing zijn, is dit niet vereist onder Unierecht. Voor de toepassing van het Handvest is enkel van belang dat de lidstaten uitwerking geven aan Unierechtelijke regels – ongeacht waar deze uitwerking plaatsvindt.⁵² De primordiale vraag in dit licht is dan of een nationaalrechtelijke handeling kan aanschouwd worden als een uitvoering door de lidstaat van Unierechtelijke regelgeving. Het Hof was opmerkelijk summier wat betreft deze vraag en baseert zich op een alternatieve, vergeleken met deze van de verwijzende rechter en de A-G, lezing van de feiten om tot de conclusie te komen dat het Unierecht geen toepassing vindt *in casu*.⁵³

4.1. Toepassing van EU-recht

De draagwijdte van artikel 51 van het Handvest werd verder uitgeklaard door het Hof in het arrest *Fransson* waaruit blijkt dat de band tussen de nationale maatregel en het uitwerken van Unierechtelijke regelgeving zeer flexibel is.⁵⁴ Zo merkten R. van der Hulle en R. van der Hulle in een eerder nummer van *SEW* op dat het Hof in *Fransson* voor de ruime benadering van het begrip ‘ter uitvoering brengen’ heeft gekozen.⁵⁵ Dit impliceert louter dat er een directe link moet zijn tussen een nationale maatregel en het Unierecht dat uitgevoerd wordt.⁵⁶ Dat deze link beperkt of slechts gedeeltelijk is, doet er dan niet toe. Zoals het Hof bevestigt in het arrest *Fransson*, kunnen ook *gemengde* situaties,⁵⁷ waarin zowel zuiver nationaal als Unierecht wordt toegepast, (deels) gevat worden door het Unierecht en derhalve getoetst worden aan het Handvest.⁵⁸ *In casu* oordeelde het Hof evenwel dat de situatie noch analoog aan *Melloni* (volledig onder Unierecht), noch analoog aan *Fransson* (gedeeltelijk onder Unierecht) was, waardoor

het Handvest simpelweg niet van toepassing kan zijn.

Zoals reeds opgemerkt is deze conclusie van het Hof opmerkelijk en lijkt ze enkel verklaarbaar indien men het politieke belang van deze zaak in ogenschouw neemt. Immers, zoals ook de A-G opmerkte, hebben zowel de aanvragers als de Belgische overheid gedurende de hele procedure de Visumcode gevolgd in de veronderstelling dat deze van toepassing was.⁵⁹ Er werd geen langlopend visum aangevraagd, wat te onderscheiden valt van een TBG-visum om humanitaire redenen.⁶⁰ Zelfs indien de familie in kwestie inderdaad voor ogen had om langer te blijven, volgt hieruit nog altijd niet dat ze *de facto* een aanvraag indiende voor een langlopend visum. De familie beoogde immers om internationale bescherming in de vorm van asiel te verkrijgen. Beide (asiel en langlopend visum) kunnen uiteraard niet gelijkgesteld worden aan elkaar.⁶¹ Dat het Hof zich waagt aan het maken van een intentieproces van de Syrische familie is hoogst opmerkelijk en lijkt niet te stroken met de duidelijke rolverdeling in de prejudiciële procedure tussen de Unierechter en de nationale rechter (zie verder). Dat het Hof bovendien de intenties van de familie manifest foutief kwalificeert (verzoek om langlopend visum in plaats van verzoek om asiel) is nog verwonderlijker.

Ook naar recht overtuigt de redenering van het Hof niet. Hier moet opgemerkt worden dat artikel 25 lid 1 onderdeel a een uitzondering voorziet op artikel 32 van de Visumcode dat de gronden oplijst voor het weigeren van een visum. Zo wordt een visum normaliter geweigerd, ‘indien er redelijke twijfel bestaat over [een aanvrager] zijn voornemen om het grondgebied van de lidstaten te verlaten vóór het verstrijken van de geldigheid van het aangevraagde visum’.⁶² Deze weigeringsgrond doet dus niets af aan de toepassing van artikel 25 lid 1 a van de Visumcode.⁶³ Ook in dit licht kan de redenering van het Hof dus niet overtuigen. Een lidstaat kan niet zomaar weigeren een TBG-visum af te leveren door op te werpen dat de aanvrager vermoedelijk langer dan 3 maand in de Schengenzone zal verblijven, zoals het Hof *in casu* lijkt te suggereren. Artikel 25 lid 1 onderdeel a voorziet juist in een mogelijkheid om een TBG-visum te verlenen zelfs indien er redelijke twijfel is over het voornemen van de aanvrager om zijn verblijf tot 3 maand te beperken.

In aanvulling op het voorgaande, dient opgemerkt te worden, zoals de A-G correct deed,

dat de Visumcode zeer duidelijk een onderscheid maakt tussen de ontvankelijkheid van een visumaanvraag (artikel 19) en de gegrondheid van een visumaanvraag (artikel 32 *juncto* 25). Het is immers zo dat de motivering voor een visumaanvraag overeenkomstig de Visumcode irrelevant is in de fase van de ontvankelijkheidsverklaring.⁶⁴ Dit wordt, zoals aangehaald door de A-G, bevestigd door het feit dat wat betreft de ontvankelijkheid (en dus de toepassing van de Visumcode) er geen motivering van de aanvraag vereist is. Artikel 19 luidt immers als volgt:

‘Artikel 19

1. Het bevoegde consulaat gaat na of:
 - de aanvraag is ingediend binnen de in artikel 9, lid 1, genoemde termijn;
 - de aanvraag de elementen, genoemd in artikel 10, lid 3, onder a), b) en c), bevat;
 - de biometrische gegevens van de aanvrager zijn verzameld, en
 - de visumleges zijn geïnd.
2. Indien het bevoegde consulaat vaststelt dat aan de voorwaarden van lid 1 is voldaan, is de aanvraag ontvankelijk en
 - volgt het consulaat de procedures van artikel 8 van de VIS-verordening, en
 - onderzoekt het consulaat de aanvraag nader (...)’

De redenen voor de visumaanvraag worden – zoals aangegeven in artikel 19 lid 2 van de Visumcode – pas in rekening gebracht bij de beoordeling van de gegrondheid van de eigenlijke aanvraag overeenkomstig artikel 23, 32 en 25 van de Visumcode. De redenering van het Hof staat dan ook haaks op een tekstuele interpretatie van de Visumcode.

Het is cruciaal om bij dit alles te benadrukken dat artikel 25 lid 1 onderdeel a van de Visumcode juist een versoepeling van de weigeringsgronden onder artikel 32 van de Visumcode beoogde, teneinde in uitzonderlijke gevallen alsnog een TBG-visum toe te laten voor humanitaire redenen en/of internationale verplichtingen.⁶⁵ Deze uitzonderingen, die op de totaliteit van de weigeringsgronden van toepassing zijn, inclusief de weigeringsgrond vervat in artikel 32 lid 1 onderdeel b aangaande individuen waarvan gevreesd wordt dat ze de voorziene verblijfs-termijn zouden overschrijden, zoekt juist rekening te houden met precare omstandigheden alsook internationale verplichtingen die hierop van toepassing zijn. Een, tekstuele, teleologische en *effet-utile*-interpretatie

van de Visumcode lijkt dus in tegenspraak met de redenering die het Hof *in casu* uitwerkte.

De ongemakkelijke vraag die zich hier dan stelt is hoe het Hof, niettegenstaande de juridische argumenten in het tegendeel, tot de conclusie kon komen dat de Visumcode niet van toepassing was. Toepassing makend van Ockhams scheermes moeten we die redenen niet in de juridische sfeer zoeken. Vermoedelijk zocht, en vond, het Hof een juridische weg om tot het gewenste politieke resultaat, geen verplichting om de aangevraagde visums af te leveren, te bekomen. Niet enkel België, maar ook 13 andere lidstaten en de Commissie hadden hiervoor immers gepleit. In die zin lijkt het arrest van het Hof een schoolvoorbeeld van consequentisme. De gevolgen van de alternatieve opties (Visumcode wel of niet van toepassing) werden nagegaan, waarbij geconcludeerd werd dat het politiek niet wenselijk was dat het arrest van het Hof als gevolg zou hebben dat asiel de facto aangevraagd kon worden in lidstatelijke ambassades en consulaten. In functie hiervan werd vervolgens de uiteindelijke juridische redenering uitgewerkt. Vanuit een zuiver rechtsgeleerd perspectief is de huidige zaak dan problematisch omdat de juridische acrobatieën die nodig zijn om tot de niet-toepassing van de Visumcode te concluderen, niet kunnen overtuigen.

In het licht van de typische rol die het Hof wordt toegedicht in de Europese integratie kan dit verwonderlijk lijken. Is dit Hof, dat het recht gebogen heeft naar de politieke wens van de lidstaten, niet hetzelfde Hof als in *Cassis de Dijon*, *Baumbast*, enz. waarin het juridisch veel controversiëlere beslissingen (het toepasselijk achten van de Visumcode zou immers juridisch niet controversieel geweest zijn) nam ondanks het verzet van de lidstaten? Hier zij opgemerkt dat het Hof zich niet meer begeeft in een domein van low politics zoals bij aanvang van de Europese integratie. Naarmate het Unierecht zich ontdoet van zijn puur economische inslag, raakt het in toenemende mate aan high politics.⁶⁶ In zulke domeinen is de ruimte voor het Hof veel beperkter en treedt het veel terughoudender op. Een voortrekkersrol in de Europese integratie in domeinen van high politics ziet het Hof duidelijk niet voor zichzelf weggelegd.

4.2. Toepasselijkheid Handvest van de grondrechten van de Unie – implicaties

In lijn met de A-G had het Hof moeten concluderen dat de Visumcode *in casu* van toepassing is. Dit zou betekend hebben dat ook het Handvest toepassing vindt. De vraag stelt zich dan, in hoeverre het Handvest de beoordelingsmarge van lidstaten onder artikel 25 lid 1 onderdeel a van de Visumcode inperkt en/of de geldigheid van de oorspronkelijke weigeringsbeslissing aantast. Teneinde dit vast te stellen dient vooreerst rekening gehouden te worden met artikel 52 van het Handvest dat de draagwijdte van het Handvest in algemene termen vastlegt.

4.2.1. Beperkingen aan het Handvest

Artikel 52 lid 3 van het Handvest stelt in het bijzonder dat de waarborgen en rechten in het Handvest die gelijk zijn aan de rechten en waarborgen vervat in het EVRM op gelijke wijze dienen geïnterpreteerd te worden en de daaruit voortvloeiende verplichtingen dezelfde zijn zoals verstaan onder het EVRM door het EHRM.⁶⁷ Dit werd verder uitgeklaard in de 'Toelichtingen bij het Handvest' waarin wordt verduidelijkt dat de interpretatie van de rechten en waarborgen in het Handvest nooit de autonomie van de Unie in het gedrang mag brengen.⁶⁸ Hierbij is wel een belangrijke nuancering noodzakelijk – de toelichtingen bij het Handvest maken eveneens duidelijk dat de bescherming geboden aan corresponderende rechten in het Handvest nooit een lagere standaard van bescherming mogen krijgen dan de beschermingsstandaard geboden door het EVRM en het EHRM.⁶⁹ Met andere woorden, voor wat betreft corresponderende rechten fungeert het EVRM als de absolute minimumnorm, waaronder de waarborgen en rechten van het Handvest nooit mogen gaan. Een absolute bovengrens wordt daarentegen niet voorzien. Lidstaten behouden dus de bevoegdheid om meer bescherming te bieden dan het geval zou zijn onder het EVRM en het Handvest,⁷⁰ voor zover ze de *Melloni*-doctrine respecteren. In deze laatste zaak verduidelijkte het Hof immers dat lidstaten enkel een ruimere bescherming kunnen bieden (op grond van het nationale recht) indien de voorrang, eenheid en werking van het Unierecht niet in het gedrang komt.⁷¹ Het voorgaande impliceert dat om in overeenstemming te zijn met het Handvest er rekening moet gehouden worden met de standaarden inherent aan het EVRM, met als gevolg dat de standaard van bescherming geboden door het Handvest hier niet onder

mag gaan, doch wel erboven indien dit geen negatieve consequenties met zich meebrengt voor de autonome EU-rechtsorde.

4.2.2. Weigeringsbeslissing – schending van het Handvest?

Houdt het weigeringsbesluit om visums af te leveren een schending in van het Handvest, met name artikel 4 betreffende het verbod op foltering en artikel 18 betreffende het recht op asiel? Het antwoord op deze vraag hangt af van de interpretatie van artikel 25 van de Visumcode, een kwestie waar het Hof uiteraard nooit aan toekomt. Artikel 25 geeft in eerste instantie volledige discretie aan de lidstaten om visums af te leveren op grond van humanitaire redenen en/of internationale verplichtingen. Tezelfdertijd is het denkbaar dat zulke internationale verplichtingen en de verplichting om het Unierecht conform het Handvest uit te voeren, de discretie van de lidstaten dermate inperkt dat ze verplicht zouden kunnen zijn om van de uitzonderingsbepaling van artikel 25 van de Visumcode gebruik te maken om visums in individuele gevallen af te leveren.⁷²

De beoogde bescherming en draagwijdte van het Handvest, wordt medebepaald door nationale grondwettelijke tradities en het EVRM.⁷³ Eigen aan deze gemeenschappelijke waarden is het principe van *non-refoulement*, dat als toepassing van het verbod op foltering op absolute wijze wordt beschermd. Dit laatste wil zeggen dat er geen legitieme beperkingen op het verbod van *non-refoulement* mogelijk zijn, zoals evenzeer bevestigd door het Hof van Justitie.⁷⁴

Het *non-refoulement*-principe in de Europeesrechtelijke betekenis houdt in dat een individu niet teruggestuurd kan worden naar een derde land waar hij of zij het risico loopt om vervolgd te worden wegens onder andere ras en nationaliteit, maar ook indien de persoon in kwestie een gegronde vrees heeft voor zijn/haar leven, en/of een gegronde vrees heeft om blootgesteld te worden aan foltering of mensionwaardige omstandigheden.⁷⁵ Dit impliceert niet dat een individu automatisch een recht op asiel heeft bij een vaststelling van dergelijke risico's en dergelijk recht op asiel kan evenmin afgeleid worden uit het EVRM.⁷⁶ Desalniettemin is het *non-refoulement*-principe cruciaal en inherent aanwezig bij internationale bescherming geboden door middel van asiel. Dit beschermingsstatuut houdt niet alleen negatieve verplichtingen in, zoals het niet opleggen van een terugstuurmaatregel die dit principe zou schenden, maar omvat evenzeer positie-

ve verplichtingen.⁷⁷ Deze verplichtingen vereisen van lidstaten, conform de rechtspraak van zowel het EHRM⁷⁸ als het Hof,⁷⁹ dat maatregelen worden genomen teneinde te voorkomen dat individuen in dergelijke situaties terechtkomen.⁸⁰ Als gevolg hiervan, dienen de betrokken autoriteiten actief na te gaan in welke mate de algemene situatie en mensenrechtenbescherming in het land van herkomst mensonwaardig is en een potentiële schending van het *non-refoulement*-principe zou kunnen opleveren.⁸¹ Meer dan dat dient ook nagegaan te worden wat de persoonlijke situatie is van de betrokkenen opdat afdoende kan vastgesteld worden of ze binnen een eventueel erbarmelijke situatie daadwerkelijk geen bescherming genieten, en of er geen reële alternatieven voorhanden zijn.⁸² Volgens één strekking in de rechtsleer is het onder de standaard van bescherming van het EVRM verder irrelevant of het over een daadwerkelijke *terugstuurmaatregel* gaat, of eerder een weigering om toegang te verlenen tot het grondgebied.⁸³ Uit onder andere de EHRM-rechtspraak aangaande het verlenen van visums door diplomatieke of consulaire diensten in derde landen zou immers volgen dat de rechtsmacht van een Verdragspartij (vermeld in artikel 1 EVRM) ook extraterritoriaal kan uitgeoefend worden.⁸⁴ Dit impliceert dat ook bij het verlenen van visums EVRM-lidstaten het EVRM dienen toe te passen inclusief het principe van *non-refoulement*. Op dergelijke wijze wordt het verbod op *refoulement* ook op extraterritoriale wijze toegepast en het absolute karakter daarvan des te meer bestendigd.

Bovenstaande uitlegging van het *non-refoulement*-beginsel had het Hof als minimumnorm moeten hanteren bij de interpretatie van de relevante artikelen in het Handvest.⁸⁵ Hier zou geopperd kunnen worden dat, onder een *Melloni*-analoge redenering, het Hof de effectiviteit van het Dublin-systeem zou hebben kunnen inroepen, zij het op fundamenteel verschillende wijze van hoe Dublin *in casu* gebruikt werd. De effectiviteit van het Dublin-systeem zou immers niet ingeroepen worden om tot de niet-toepasselijkheid van het Unierecht te concluderen,⁸⁶ maar om de invulling van het *non-refoulement*-beginsel te identificeren in een geval waarbij het Hof erkend zou hebben dat België inderdaad de Visumcode had toegepast.

Echter, een *Melloni*-analoge redenering, waarbij de hogere EVRM-standaard, ter vrijwaring van de autonomie van het Unierecht, moet wijken voor een lagere standaard

onder het Handvest (zoals de hogere grondwettelijke standaard in *Melloni* moest wijken), lijkt uitgesloten door de Toelichtingen bij het Handvest.⁸⁷ Bovendien is het ook problematisch in dit opzicht dat het Hof voorlopig nog geen objectieve test heeft uitgewerkt waarmee kan worden nagegaan of en wanneer de autonomie van het Unierecht in het gedrang wordt gebracht door een toepassing van hogere mensenrechtenstandaarden zoals gegarandeerd onder het EVRM of nationale grondwetten. Hoewel deze afweging altijd sterk zaakafhankelijk zal zijn, en het definiëren van een objectieve test dus geenszins evident is, moet opgemerkt worden dat de rechtspraak van het Hof op dit punt vooralsnog weinig bevredigend is. De redenering van het Hof beperkt zich voorlopig immers tot de, beperkt geargumenteerde, conclusie dat de toepassing van de een of de andere mensenrechtenstandaard als gevolg zou hebben dat de effectiviteit van een Unierechtelijke regel ondermijnd zou worden.⁸⁸ Hoe dan ook doet de invulling van het *non-refoulement*-beginsel door het EHRM een aantal vragen rijzen in verband met de feiten in deze specifieke zaak.

Het is immers zo dat de personen in kwestie niet 'louter' in een oorlogsgebied wonen, maar dat er ook aantoonbare redenen lijken te zijn waarom deze individuen specifiek een gegronde vrees hebben voor hun leven en voor een schending van het verbod op foltering.⁸⁹ Een bijkomende factor is dat er kinderen betrokken zijn die de leeftijd van tien nog niet bereikt hebben.⁹⁰ Overeenkomstig het EVRM dient rekening gehouden te worden met bijzondere kwetsbare groepen van kinderen bij het bepalen of er een schending van het *refoulement*-verbod zou ontstaan en meer algemeen, bij het beschermen van de rechten vervat in het EVRM. Als laatste moet er rekening gehouden worden met de mogelijkheid om zich te hervestigen in naburige (veilige) staten.⁹¹ In het licht hiervan lijkt het betwifelbaar – daar het volgens het EVRM als minimumnorm niet relevant zou zijn of het gaat over een terugstuurregel of een toegangsweigering – dat het EHRM tot de conclusie zou komen dat België conform het *non-refoulement*-beginsel kan handelen zonder de familie de toegang te verlenen tot zijn grondgebied. In dit opzicht mag niet uit oog verloren worden waarom dergelijke vormen van internationale bescherming bestaan en waarom deze überhaupt opgenomen worden in (inter)nationale wetgeving. Indien niet ter bescherming van oorlogsvluchtelingen die duidelijk

aangetoond hebben dat ze in hun specifieke gevallen niet terug kunnen vallen op de bescherming van de staat en in een bijzonder kwetsbare situatie zitten, riskeert artikel 25 lid 1 onderdeel a van de Visumcode een legedoos te zijn. Des te meer omdat deze uitzondering dan enkel ingeroepen zou kunnen worden voor medische redenen en omdat lidstaten voor het overige *carte blanche* zouden hebben bij het invullen van hun 'nationaal belang'. Daar waar het Hof bijzonder bezorgd lijkt om de effectiviteit van het Dublin-systeem te vrijwaren, lijkt het de effectiviteit van artikel 25 lid 1 onderdeel a te verwaarlozen.

4.3. Overige bemerkingen

4.3.1. Een gemiste kans

De beslissing van het Hof in deze zaak is niet enkel juridisch betwifelbaar. Meer algemeen is het ook een gemiste kans om duidelijkheid te scheppen op een aantal punten. In eerste instantie had het Hof zich kunnen uitspreken over de verhouding tussen de verschillende luiken vervat in artikel 25 lid 1 onderdeel a van de Visumcode. Vooralsnog blijft de onduidelijkheid omtrent de reikwijdte van de discretie daarin vervat, nazinderen, en dit ten koste van de rechtszekerheid voor verzoekers van TBG-visums. Bovendien heeft het Hof hier een kans laten liggen om zich uit te spreken over het faciliteren van legale migratie, een doelstelling die werd opgenomen als een van de doelstellingen in de Migratieagenda⁹² van 2015, maar ook in verschillende vormen van (bindende) secundaire wetgeving zoals de Visumcode zelf.⁹³ Het komt uiteraard niet aan het Hof toe om dit *proprio motu* uit te werken. Toch is het frappant dat het Hof het principe van de effectiviteit aanhaalt ter bescherming van de veiligheidsvraag in het kader van asiel en migratie, maar dit niet doet wat betreft het beschermen van een humaan en menswaardig asiel- en migratiebeleid. Zoals aangehaald door Moreno-Lax,⁹⁴ is het voorts ongelukkig dat het Hof alweer de kans heeft laten liggen om zich uit te spreken over artikel 18 van het Handvest, daar het Handvest een van de weinige instrumenten is die het recht op asiel expliciet beschermt. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon, is er evenwel weinig verduidelijkt hieromtrent. Uit de voorbereidende werken van artikel 18 van het Handvest blijkt dat dit artikel verder beoogt te gaan dan een louter 'proceduureel' recht om asiel te vragen, zonder te verduidelijken welke inhoud het artikel dan wel concreet toekomt.⁹⁵ Volgens Den Heijer

behelst het recht op asiel zoals neergelegd in het Handvest niet enkel het *non-refoulement*-principe aangezien dit al opgenomen is in artikel 4 en 19 van het Handvest, maar zolang het Hof zich hier niet expliciet over uitspreekt, blijft het gissen naar de betekenis van het recht op asiel.⁹⁶

4.3.2. Disfunctionele dialoog?

Het huidige arrest bestendigt de limieten aan de harmonieuze samenwerking die het Hof en het EHRM hadden voor Advies 2/13. Niettegenstaande de behoorlijk vruchtbare samenwerking tot op heden lijkt het er meer en meer op dat een dergelijke vorm van samenwerking onder druk komt te staan door externe factoren zoals de huidige toename in asiolverzoeken binnen lidstaten. Als gevolg van dergelijke druk bevindt het Hof zich in een moeilijke positie waarin het afdoende waarborgen dient te bieden aan derdelanders die internationale bescherming aanvragen in een EU-lidstaat, maar dient het evenzeer rekening te houden met het soevereine recht van de lidstaten om te beslissen wie al dan niet toegang krijgt tot hun territorium. Desalniettemin is het arrest van het Hof ook geen vrijgeleide voor de lidstaten. Hoewel het Hof bevestigt dat de lidstaten *in casu* niet gebonden zijn door het Unierecht, blijven zij gebonden door de rechten en waarborgen vervat in het EVRM. Dit arrest bevestigt dat er geen Unierechtelijke verplichting is tot het toekennen van een visum in geval van humanitaire noodzaak en/of internationale verplichtingen, maar dit staat los van de vraag wat de verplichtingen zijn van de lidstaten onder het EVRM. Een lezing van vaststaande rechtspraak van het EHRM hieromtrent lijkt in de richting te wijzen van een verplichting om een visum af te leveren, aangezien een weigering een schending van het *non-refoulement*-beginsel zou inhouden (zie eerder).

De constructieve dialoog die nodig is tussen het Hof en het EHRM om de standaarden onder het EVRM en het Handvest coherent te houden, lijkt onvoldoende gegarandeerd. Hierdoor dreigt de toepassing van de standaarden inzake mensenrechtenbescherming door de lidstaten disfunctioneel te worden.⁹⁷ Het is immers onduidelijk of en hoe zij beide standaarden met elkaar kunnen verenigen.

4.3.3. Disfunctionele dialoog bis?

Dit arrest raakt niet alleen aan de (problematische) relatie tussen het Hof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, maar ook aan de samenwerkingsrelatie tus-

sen de nationale rechter en het Hof in het kader van de prejudiciële procedure. In tussen klassieke bewoordingen omschrijft het Hof deze zelf als volgt:

‘(...) in het kader van de samenwerking tussen het Hof van Justitie en de nationale rechterlijke instanties waarin artikel [267 VWEU] voorziet, [is] het uitsluitend een zaak (...) van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het aan hem voorgelegde geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het doen van zijn uitspraak te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt.

(...)
Wanneer de door de nationale rechters gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van een bepaling van [Unie]recht, is het Hof dus in beginsel verplicht uitspraak te doen, tenzij *duidelijk* blijkt dat de prejudiciële vraag in werkelijkheid ertoe strekt via een kunstmatig geschil een uitspraak van het Hof uit te lokken of het Hof adviezen te doen geven over algemene of hypothetische vragen of dat de gevraagde uitlegging van het [Unie]recht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die nodig zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen.’⁹⁸

Het is uiteraard ook niet vreemd voor het Hof om prejudiciële vragen, zoals gesteld door de nationale rechter, te herformuleren, teneinde tot een nuttig prejudicieel arrest te komen.⁹⁹ Zoals reeds opgemerkt is de conclusie van het Hof dat de Visumcode niet toepasselijk is *in casu*, heel betwifelbaar, laat staan dat de niet-toepasselijkheid van de Visumcode, waar de nationale rechter van uitging, *manifest* is. Dat het Hof, wars van het feitelijk verloop van de aanvraagprocedure en de inschatting van de verwijzende rechter, cavalier secul speelt, lijkt te botsen met de constructieve dialoog die de procedure onder artikel 267 VWEU veronderstelt. Dat het Hof geconfronteerd was met een openlijk meningsverschil tussen de Belgische verwijzende rechter en de Belgische regering, doet hier niets aan af. In andere zaken stelt het Hof zich in zulke gevallen terughoudender op en gaat het af op de feitelijke en juridische context zoals geschetst door de verwijzende rechter, niet door zijn interveniërende lidstaat.¹⁰⁰

5. Concluderende opmerkingen

Door de hele Europese Unie werd reikhalzend uitgekeken naar de uitspraak van het Hof in deze zaak. Voor personen op zoek naar internationale bescherming (en praktijkjuristen) wordt, door het arrest, een deur gesloten. Dit tot grote opluchting van de lidstaten. Indien het Hof de redenering van A-G Mengozzi zou gevolgd hebben, zou dit immers, in het discours van sommige lidstaten, tot een tsunami van asielaanvragen bij de lidstatelijke consulaten en ambassades geleid hebben. Het plan B was dan om deze consulaten en ambassades in bepaalde derde staten tijdelijk te sluiten. Maar zover is het dus niet gekomen.

Intussen heeft de Belgische Raad voor Vreemdelingenbetwistingen bij arrest van 30 maart (nr. 184 913) ook uitspraak gedaan en het beroep van de Syrische familie afgewezen, aangezien zij geen belang meer had bij de annulatie van de bestreden beslissingen. Daar de initiële aanvraag van de familie gebaseerd was op de Visumcode en de staatssecretaris naar Belgisch recht niet verplicht is om de aanvraag te herkwalficeren (naar een aanvraag voor langlopende visums), kon de verzochte vernietiging geen voordeel opleveren.

Daarmee komt deze saga voorlopig, maar niet volledig ten einde. Nu is immers enkel uitgeklaard dat derdelanders zich in situaties zoals *in casu*, niet kunnen beroepen op het Unierecht. De vraag naar de uitlegging en toepassing van het EVRM blijft vooralsnog open.

J. De Coninck¹⁰¹ en M. Chamon¹⁰²

Voetnoten

- HvJ EU, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173 (*X en X/Belgische Staat*).
- Verordening (EG) 810/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot vaststelling van een gemeenschappelijke visumcode (Visumcode), *PbEU* 2009, L 243/1.
- Naast deze twee gronden staat artikel 25 lid 1 onderdeel a ook toe dat een lidstaat een TBG-visum aflevert wanneer hij dit nodig acht ‘vanwege het nationale belang’ op grond van humanitaire redenen of internationale verplichtingen.
- Artikel 25 Visumcode.
- Conclusie van A-G P. Mengozzi bij C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:93 (*X en X/Belgische Staat*), punt 31-39; HvJ EU, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, r.o. 19-28 (*X en X/Belgische Staat*).
- Ibid.*
- Ibid.*, r.o. 19.
- Conclusie van A-G P. Mengozzi, punt 31-39; HvJ EU, C-638/16 PPU,

- ECLI:EU:C:2017:173, r.o. 19-28 (*X en X/Belgische Staat*).
- 9 HvJ EU, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, r.o. 19-28 (*X en X/Belgische Staat*).
- 10 *Ibid.*
- 11 Conclusie van A-G P. Mengozzi, punt 33.
- 12 *Ibid.*, punt 44-45.
- 13 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950, Raad van Europa.
- 14 Verdrag betreffende de status van vluchtelingen van 28 juli 1951, United Nations, *United Nations Treaty Series*, vol. 189, p. 137.
- 15 HvJ EU, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, r.o. 28 (*X en X/Belgische Staat*).
- 16 *Ibid.*
- 17 Conclusie van A-G P. Mengozzi, punt 49.
- 18 *Ibid.*
- 19 *Ibid.*
- 20 *Ibid.*
- 21 *Ibid.*, punt 60.
- 22 *Ibid.*, punt 51.
- 23 *Ibid.*, punt 57-59 en 70.
- 24 *Ibid.*, punt 73-76.
- 25 *Ibid.*, punt 103-104.
- 26 Artikel 51 Handvest.
- 27 Conclusie van A-G P. Mengozzi, punt 77-80.
- 28 *Ibid.*, punt 81.
- 29 *Ibid.*, punt 82-83.
- 30 *Ibid.*, punt 108.
- 31 *Ibid.*, punt 104-105 en 107.
- 32 *Ibid.*, punt 120-137.
- 33 *Ibid.*, punt 119.
- 34 Concreet komt dit erop neer dat de Belgische regering argumenteerde dat de uitzondering van artikel 25 lid 1 van de Visumcode niet kan ingeroepen worden wanneer 'er redelijke twijfel bestaat over de echtheid van de door de aanvrager overgelegde bewijsstukken of over de geloofwaardigheid van de inhoud ervan, de betrouwbaarheid van de verklaringen van de aanvrager of zijn voornemen om het grondgebied van de lidstaten te verlaten vóór het verstrijken van de geldigheid van het aangevraagde visum'.
- 35 Conclusie van A-G P. Mengozzi, punt 119.
- 36 *Ibid.*, punt 118.
- 37 *Ibid.*, punt 137.
- 38 *Ibid.*, punt 139.
- 39 *Ibid.*, punt 140.
- 40 *Ibid.*, punt 149.
- 41 HvJ EU, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, r.o. 39 (*X en X/Belgische Staat*).
- 42 *Ibid.*, r.o. 42.
- 43 *Ibid.*, r.o. 42-44.
- 44 *Ibid.*, r.o. 44-45.
- 45 *Ibid.*, r.o. 47.
- 46 *Ibid.*, r.o. 48-49.
- 47 *Ibid.*, r.o. 48-49.
- 48 *Ibid.*, r.o. 49.
- 49 *Ibid.*, r.o. 50-51.
- 50 Artikel 51 Handvest. Zie hierover M. de Mol, A. Pahladsingh & L.R. van Heijnin- gen, 'Inroepbaarheid in rechte van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: Toepassingsgebied en het onderscheid tussen "rechten" en "beginse- len"', *SEW* 2012, afl. 6, p. 223-230.
- 51 Conclusie van A-G P. Mengozzi, punt 104; EHRM 12 december 2001, 52207/99 (*Bankovic and others/Belgium*).
- 52 A. Ward, 'Part 1 – Commentary on the Ar- ticles of the EU Charter', in: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner & A. Ward (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Com- mentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1422, par. 51.23.
- 53 HvJ EU, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, r.o. 51 (*X en X/Belgi- sche Staat*).
- 54 Ward 2014, p. 1418-1421.
- 55 R. van der Hulle & R. van der Hulle, 'De arresten Åkerberg Fransson en Melloni gerelativeerd', *SEW* 2014, afl. 2, p. 104. Borowsky merkt daarentegen op dat het Hof een derde gevalsituatie identificeerde, naast zijn *Wachauf*- (de strikte benadering volgens Van der Hulle en Van der Hulle) en *ERT*- (de ruime benadering volgens Van der Hulle en Van der Hulle) gevalsituaties: 'In einer Situation, die wohl weder als "Durchführung" des Unionsrechts im en- geren Sinne noch als Bekräftigung bzw. Einschränkung einer Grundfreiheit anzu- sehen ist, hat er gleichwohl den Anwen- dungsbereich der Charta als eröffnet an- gesehen.' Zie M. Borowsky, 'Art. 51', in: Mayer, *Charta der Grundrechte der Euro- päischen Union*, 4. Auflage 2014, Rn. 30b.
- 56 Ward 2014, p. 1432. In *Gueye en Salmerón Sánchez* oordeelde het Hof dat er geen di- recte link was. Het Spaanse recht schreef een verplicht contactverbod uit bij veroor- delingen wegens huishoudelijk geweld, waarbij de Spaanse rechter zich afvroeg of zo een verplicht contactverbod (ook indien de slachtoffers met de daders willen blijven samenwonen) niet in strijd was met het Kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure. Het Hof oordeelde dat Spanje het kaderbesluit *in casu* niet uitvoerde aangezien dit besluit niet het materiële strafrecht van de lidsta- ten viseerde. Zie HvJ EU, gevoegde zaken C-483/09 en C-1/10, ECLI:EU:C:2011:583 (*Gueye en Salmerón Sánchez*).
- 57 De 'gemengde situatie' in *Fransson* bestond eruit dat Fransson vervolgd werd voor BTW- en andere belastingfraude, waarbij enkel voor de BTW-fraude een link met het Unierecht bestond.
- 58 Ward 2014, p. 1419, par. 51.14 en 51.15.
- 59 Conclusie van A-G P. Mengozzi, punt 49.
- 60 Artikel 1 *juncto* 25 Visumcode.
- 61 Artikel 1 Verordening (EU) 32/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrek- king van de internationale bescherming (herschikking) (Asielprocedure Richtlijn), *PbEU* 2013, L 180/60.
- 62 Artikel 32 Visumcode.
- 63 *Ibid.*
- 64 Artikel 19 lid 2 Visumcode.
- 65 Conclusie van A-G P. Mengozzi, punt 118; zie ook V. Moreno-Lax, 'Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v État belge', *EU Migration Law Blog*, 21 februari 2017, <http://eumigrationlawblog.eu/asylum-visas-as-an-obligation-under-eu-law-case-ppu-c-63816-x-x-v-etat-belge/>.
- 66 Het onderscheid tussen low en high poli- tics is ontleend aan de neofunctionalistis- che theorie. De economische en techni- sche domeinen waarin de Europese inte- gratie werd aangevat, behoren tot low poli- tics waarin het Hof als apolitieke actor een rol kan spelen. De intergouvernementele kritiek op het neofunctionalisme wijst erop dat in domeinen van high politics (zoals asiel, belastingen, defensie, enz.), supra- nationale actoren niet eenzelfde rol (als in domeinen van low politics) kunnen spelen.
- Zie M. Eilstrup-Sangiovanni, *Debates on European Integration*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2006, p. 99.
- 67 Zie artikel 52 lid 3 van het Handvest.
- 68 Toelichting bij artikel 52, Toelichtingen Handvest, par. 3.
- 69 Toelichting bij artikel 52, Toelichtingen Handvest, par. 4.
- 70 Ward 2014, p. 1496, par. 52.121.
- 71 HvJ EU, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, r.o. 60 (*Stefano Melloni/Ministerio Fiscal*).
- 72 Hierbij merkt De Schutter, op basis van *Kadi I*, op dat de Unie de lidstaten niet in de positie mag brengen waar ze verplicht worden om de naleving van ander interna- tionaal recht waardoor zij gebonden zijn in het gedrang te brengen. Zie hiervoor: O. De Schutter, 'Human Rights and the Rise of International Organisations: The Logic of Sliding Scales in Law of Interna- tional Responsibility', in: J. Wouters (red.), *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations*, Antwerpen: Intersentia 2010, p. 58.
- 73 Zie artikel 53 van het Handvest.
- 74 HvJ EU, gevoegde zaken C-411/10 en C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, r.o. 106 (*NS e.a./Secretary of State for the Home De- partment*); Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten, *Handboek Europees recht op het gebied van asiel, grenzen en im- migratie*, Luxembourg: Bureau voor publi- caties van de Europese Unie 2016, p. 65-66. Zie ook: E. Guild, 'Part 1 – Commen- tary on the Articles of the EU Charter – Article 19 Protection in the Event of Remov- al', in: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner & A. Ward (red.), *The EU Charter of Funda- mental Rights: A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 559 par. 19.54.
- 75 *Ibid.*
- 76 *Ibid.*; EHRM 26 oktober 1991, 13163/87, par. 102 (*Vilvarajah a.o./UK*).
- 77 EHRM 28 februari 2008, 37201/06, par. 128-129 (*Saadi/Italy*).
- 78 *Ibid.*
- 79 HvJ EU, gevoegde zaken C-404/15 en C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, r.o. 90 en 94 (*Pal Aranyosi en Robert Caldaranu*); HvJ EU, gevoegde zaken C-411/10 en C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, r.o. 94-98 (*NS e.a./ Secretary of State for the Home Department*).
- 80 Conclusie van A-G P. Mengozzi, punt 3.
- 81 *Ibid.*, punt 140.
- 82 *Ibid.*
- 83 In die zin merken Grabenwarter en Pabel op: 'Da es für den Betroffenen unerheblich ist, ob er aufgrund einer Ausweisung einer konventionswidrigen Behandlung aus- gesetzt wird oder aber ob dies bereits durch die Verweigerung der Einreise geschieht, kann grundsätzlich auch eine solche Ein- reiseverweigerung in den Schutzbereich des Art. 3 fallen.' Zie C. Grabenwarter & K. Pabel, *Europäische Menschenrechts- konvention – Ein Studienbuch*, München: Beck 2016, § 20, Rn. 76.
- 84 E. Brouwer, 'AG Mengozzi's conclusion in X and X v. Belgium on the positive obli- gation to issue humanitarian visas: A legiti- mate plea to ensure safe journeys for refugees', *CEPS Policy Insights* 2017/09, p. 4.
- 85 Toelichting bij artikel 52, Toelichtingen Handvest, par. 4.
- 86 HvJ EU, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, r.o. 48 (*X en X/Belgi- sche Staat*).
- 87 Hier dient opgemerkt te worden dat de toelichtingen bij het Handvest (artikel 52

- lid 3) expliciet voorschrijven dat het 'door het Handvest geboden beschermingsniveau (...) in ieder geval nooit lager [mag] zijn dan het niveau dat door het EVRM wordt gewaarborgd'. Tegelijkertijd dient erop gewezen te worden dat het Hof van Justitie zich vooralsnog niet heeft uitgesproken over de vraag of het EVRM in alle gevallen de minimumnorm uitmaakt. In de zaak *J.N.* lijkt het Hof zich in bochten te wringen om deze vraag te omzeilen. Zie HvJ EU, C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84 (*J.N./Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*). Voor een bespreking, zie J. De Coninck, 'Rétention de demandeurs d'asile dans l'Union européenne et instruments parallèles de protection des droits fondamentaux', *Cahiers de droit européen* 2017 (te verschijnen).
- 88 HvJ EU, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, r.o. 59 (*Stefano Melloni/Ministerio Fiscal*); HvJ EU, gevoegde zaken C-411/10 en C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, r.o. 85 (*NS e.a./Secretary of State for the Home Department*).
- 89 Conclusie van A-G P. Mengozzi, punt 31-39; HvJ EU, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:173, r.o. 19-28 (*X en X/Belgische Staat*).
- 90 Conclusie van A-G P. Mengozzi, punt 31.
- 91 A-G Mengozzi oordeelde dat er geen zulke realistische alternatieven waren *in casu*. Zie conclusie van A-G P. Mengozzi, punt 153-154.
- 92 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's een Europese Migratieagenda, 13 mei 2015, Brussel, COM(2015)240 final, p. 4-10.
- 93 Zie overwegingen 3, 5 en 16 van de preambule van de Visumcode.
- 94 V. Moreno-Lax, 'Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v État belge', *EU Migration Law Blog*, 21 februari 2017, <http://eumigrationlawblog.eu/asylum-visas-as-an-obligation-under-eu-law-case-ppu-c-63816-x-x-v-etat-belge/>.
- 95 M. Den Heijer, 'Part 1 – Commentary on the Articles of the EU Charter. Article 18 – Right to Asylum', in: S. Peers, T. Hervey, J. Kenner & A. Ward (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 534, par. 18.37.
- 96 *Ibid.*
- 97 Zie hierover ook De Coninck, *Cahiers de droit européen* 2017 (te verschijnen).
- 98 HvJ EU, C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54, r.o. 36-37 (*Promusicae/Telefónica de España*) (eigen cursivering).
- 99 G. Vandersanden, *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles: Bruylant 2013, p. 97 e.v.
- 100 Zie recent nog HvJ EU, C-15/15, ECLI:EU:C:2016:464, r.o. 25 (*New Valmar/GPPH*). Hierbij moet opgemerkt worden dat het meningsverschil in *New Valmar* rond de correcte interpretatie van het nationale, i.p.v. het Unie-recht draaide. Dit doet uiteraard alsnog niets af aan het gegeven dat het Hof in *X en X* ook de *feitelijke* context zoals geschetst door de Belgische regering, i.p.v. door de verwijzende rechter, overnam in zijn oordeel.
- 101 Dra. Joyce De Coninck is academisch assistent aan het Ghent European Law Institute, Universiteit Gent (Jean Monnet Centre of Excellence).
- 102 Dr. Merijn Chamon is doctor-assistent aan het Ghent European Law Institute, Universiteit Gent (Jean Monnet Centre of Excellence) en gastprofessor aan de Universiteit Antwerpen.

144 **Tamil Tijgers versus Europese Unie: plaatsing op terrorismelijst geldig, indirecte toetsing mogelijk**

Zaak C-158/14, A, B, C en D/ Minister van Binnenlandse Zaken

Arrest van 14 maart 2017 (Grote kamer), ECLI:EU:C:2017:202; conclusie van A-G E. Sharpston van 29 september 2016, ECLI:EU:C:2016:734

Prejudiciële verwijzing – Gemeenschappelijk Buitenlands- en Veiligheidsbeleid – Beperkende maatregelen tegen bepaalde personen en entiteiten met oog op de strijd tegen terrorisme – Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931/GBVB – Kaderbesluit 2002/475/JBZ – artikel 2 lid 3 Verordening (EG) 2580/2001 – Opname van de organisatie 'Bewijzingsvijgers van Tamil Eelam (LTTE)' op de lijst van personen, groepen en entiteiten die betrokken zijn bij terroristische daden – Geldigheid van die opname – Overeenstemming met internationaal humanitair recht – Begrip 'terroristische daad' – Handelingen van strijdkrachten tijdens een gewapend conflict

1. Feiten en procesverloop

A, B, C en D zijn actief als fondsenwerfers voor de 'Liberation Tigers of Tamil Eelam', in het Nederlands doorgaans aangeduid als de Tamil Tijgers. Deze beweging was actief in de burgeroorlog in Sri Lanka tussen 1983 en 2009, werd uiteindelijk militair verslagen door het regeringsleger van president Mahinda Rajapaksa, maar zet clandestien de strijd voort.¹ Sinds 2006 staat de organisatie op de EU-lijst van terroristische organisaties.² Conform het wettelijk sanctieregime in Nederland, waarmee uitvoering wordt gegeven aan het EU-kader, zijn A, B, C en D onderworpen aan beperkende maatregelen, waaronder een bevrozing van tegoeden, en een verbod om voor of ten behoeve van hen financiële diensten te verrichten of hun economische middelen ter beschikking te stellen. Ze tekenden hiertegen bezwaar aan, dat ultimo 2010 is verworpen door de Nederlandse Minister van Buitenlandse Zaken. In 2011 veroordeelde de Rechtbank Den Haag het viertal wegens illegale fondsenwerving, maar werden de verdachten vrijgesproken van deelneming aan een terreurgroep.³

Bij die vrijspraak nam de rechtbank speciaal in overweging dat het conflict tussen de regering van Sri Lanka en de Tamil Tijgers zich laat kwalificeren als een niet-internationaal gewapend conflict in de zin van Aanvullend Protocol II bij de Geneefse Conventies.⁴ Ondertussen hadden A, B, C en D tegen het besluit van de minister beroep ingesteld, en na de verwerping daarvan door rechtbanken te Zwolle-Lelystad, Den Haag en Alkmaar, appel bij de Raad van State. Zij droegen daarbij als hoofdargument aan dat de sanctieoplegging illegaal is, omdat de Tamil Tijgers verwickeld zijn in een gewapend conflict in de zin van het internationaal humanitair recht, en dus niet als terroristische organisatie kunnen worden aangemerkt. De Raad van State raakte vervolgens in dubio over de geldigheid van de opname op de lijst. Zo overwoog hij onder meer dat, gelet op de overeenstemming tussen de definitie van een 'terroristische daad' in artikel 1 lid 3 Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931, en die van 'terroristisch misdrijf' in artikel 1 lid 1 Kaderbesluit 2002/475, wanneer handelingen van strijdkrachten tijdens een gewapend conflict niet zijn aan te merken als 'terroristisch misdrijf' in de zin van dat Kaderbesluit, zulke handelingen evenmin 'terroristische daden' kunnen vormen in de zin van Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931 en Verordening (EG) 2580/2001. Daarnaast constateerde hij dat relevante internationale antiterrorismeverdragen handelingen van strijdkrachten tijdens een gewapend conflict uitsluiten van hun werkingsfeer, wat suggereert dat zulke handelingen niet als terreurdaden moeten worden beschouwd. Hij twijfelde voorts of de appellanten misschien niet hadden kunnen slagen in een directe actie, in een poging om ex artikel 263 VWEU de plaatsing op de lijst aan te vechten bij het Gerecht. Ter opheldering van een en ander besloot de Raad van State een serie prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie: of de appellanten, mede gelet op artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, zonder twijfel ontvankelijk zouden zijn geweest bij een rechtstreeks beroep tot nietigverklaring tegen de EU-Uitvoeringsverordening; of handelingen van strijdkrachten tijdens een gewapend conflict in de zin van het internationaal humanitair recht, terroristische misdrijven kunnen zijn in de zin van Kaderbesluit 2002/475; of, in dat geval, handelingen van strijdkrachten tijdens een gewapend conflict in de zin van het internationaal humanitair recht, terroristische misdrijven