

ANNOTATIE

N.M. t. België (EHRM, 43966/19) – Dertig maanden vreemdelingendetentie is niet in strijd met het EVRM

B. Schotel

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ,
ECLI:CE:ECHR:2023:0418JUD004396619 (EHRC-2023-0122)*

Feiten en oordeel

1. De klager, een derdelander met de Algerijnse nationaliteit, zat in België 30 maanden in vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting naar Algerije. Voor zijn aankomst in België was de derdelander veroordeeld door de Algerijnse strafrechter voor strafbare feiten in verband met terrorisme in Algerije. Tijdens zijn vreemdelingendetentie in België werd hij veroordeeld door de Belgische strafrechter voor strafbare feiten in verband met terrorisme gepleegd in Syrië (drie jaar voorwaardelijk). Daarom beschouwden de Belgisch autoriteiten hem als een gevaar voor de openbare orde en nationale veiligheid. Ondertussen proberen de autoriteiten de klager tevergeefs uit te zetten. Tijdens de vreemdelingendetentie startte de klager een asielprocedure. In dit verband hadden meerdere rechterlijke instanties zoals het EHRM, Hoven van Beroep te Brussel en Luik de Belgische Staat bevolen de uitzetting naar Algerije te staken om de klager in staat te stellen een asielaanvraag in te dienen en een definitief rechterlijk oordeel over de asielaanvraag af te wachten. De vreemdelingendetentie vond plaats op basis van verschillende bestuursrechtelijke besluiten. Drie 'normale' besluiten tot detentie met het oog op uitzetting (8 maanden) en een ministerieel besluit tot detentie hangende een asielprocedure omdat de vreemdeling een bedreiging voor de openbare orde vormde (22 maanden). De besluiten vinden hun wettelijke basis in de Belgische vreemdelingenwet.[1] De klager wordt uiteindelijk vrijgelaten omdat er een plek is vrijgekomen in een open opvanglocatie, zonder dat uit de feiten blijkt dat veiligheids- of

inlichtingendiensten een gunstig advies hebben afgegeven op basis van een nieuwe risicoanalyse.[2]

Volgens het EHRM (hierna het Hof) ging het hier om vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting (en niet om asieldetentie) en waren de detentie zelf en de duur ervan volledig in overeenstemming met art. 5 lid 1 sub f EVRM. Dit artikel is een uitdrukkelijke uitzondering op het recht op vrijheid. Het geeft namelijk de overheid de bevoegdheid om een vreemdeling van zijn vrijheid te ontnemen met het oog op uitzetting overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure.

Ik zal de belangrijkste argumenten van het Hof bespreken. De argumenten van het Hof zijn problematisch vanuit algemeen juridisch of rechtsstatelijk oogpunt.[3] Het Hof negeert namelijk zijn eigen jurisprudentie en past zijn jurisprudentie selectief toe. Bovendien geeft het Hof geen grondige juridische onderbouwing voor de standpunten die het inneemt in zijn jurisprudentie. Ik beperk me in deze annotatie tot de kwestie van de rechtmatigheid van de detentie zelf en haar duur.[4]

Noodzakelijkheid van detentie

2. De klager betwist de noodzakelijkheid van de vreemdelingendetentie. Met verwijzing naar zijn vaststaande rechtspraak antwoordt het Hof dat de noodzakelijkheid van de detentie geen vereiste is voor haar rechtmatigheid.[5] Het volstaat dat de detentie plaatsvindt met het oog op uitzetting. Met andere woorden, de detentie hoeft slechts bedoeld te zijn voor de uitzetting. De uitzetting van de vreemdeling zou dus ook zonder zijn detentie kunnen geschieden. Dit is inderdaad de vaststaande rechtspraak van het Hof. Straks zal ik kort aanstippen dat juridisch gezien deze jurisprudentie hoogst merkwaardig is. Maar op het eerste gezicht lijkt het Hof tenminste consistent met zijn eigen jurisprudentie.

Deze consistentie is slechts schijn. Want volgens de jurisprudentie van het Hof is noodzakelijkheid wel degelijk een criterium voor de rechtmatigheid indien dit is vereist volgens de nationale wetgeving.[6] En dit is uitdrukkelijk het geval in België waar de wetgever de EU Terugkeerrichtlijn in nationale wetgeving heeft omgezet. Hierin staat dat detentie noodzakelijk moet zijn en pas als uiterste middel mag worden ingezet.[7] Met andere woorden, noodzakelijkheid van detentie is dus wel een vereiste voor de rechtmatigheid. Overigens ook zonder de omzetting van de Terugkeerrichtlijn geldt het noodzakelijkheids criterium onverminderd, aangezien het EU recht onderdeel is van de Belgische interne rechtsorde. Het is ironisch dat die eerdere uitspraak van het Hof juist België betrof. Het Hof verwees toen wel naar de relevante passages uit de Belgische wetgeving die in onderhavig arrest zijn weggelaten.[8]

Afgezien van het feit dat het Hof zijn eigen rechtspraak negeert, blijft ook zijn principiële standpunt dat de detentie niet noodzakelijk hoeft te zijn hoogst merkwaardig. Het Hof geeft hiervoor eigenlijk geen argumenten. Het stelt simpelweg dat de detentie niet redelijkerwijze noodzakelijk hoeft te zijn, om bijvoorbeeld het begaan van een misdrijf of vluchten te voorkomen. Waarom detentie niet noodzakelijk hoeft te zijn legt het Hof niet uit. Het Hof stelt alleen dat art. 5 lid 1 sub f EVRM een andere niveau van bescherming biedt dan art. 5 lid 1 sub c EVRM.[9] Laatstgenoemd artikel is inderdaad een andere bepaling en ziet op een andere situatie. Maar hieruit valt natuurlijk niet af te leiden dat voor art. 5 lid 1 sub f EVRM geen noodzakelijkheids criterium geldt.

Het is bijzonder merkwaardig dat het Hof meent een dergelijke fundamentele en verregaande interpretatie van art. 5 lid 1 sub f EVRM te geven zonder ook maar enigszins de geëigende juridische methoden van interpretatie te volgen, namelijk de interpretatiemethoden voorgeschreven door het Weense Verdragenverdrag en zijn eigen jurisprudentie.[10] Het standpunt van het Hof zou toch minstens terug te voeren moeten zijn op de gewone betekenis van de termen in hun context in het licht van voorwerp en doel van het EVRM. Het Hof laat dit achterwege. Bovendien staat het standpunt van het Hof volledig haaks op de rechtstraditie, rechtspraktijk en rechtsleer van de Europese rechtssystemen. Voor zover ik weet is in andere rechtsgebieden - strafrecht, civiel recht en het bestuursrecht (afgezien dus van migratierecht) - vrijheidsberoving slechts toegestaan indien strikt noodzakelijk. Detentie is nooit een kwestie van gemak of nut, maar noodzaak.

Rechtmatigheid van de detentie

3. De klager stelt dat een geldige juridische basis voor de detentie ontbreekt. Hij heeft namelijk asiel aangevraagd waardoor hij niet kan worden uitgezet en dus de basis wegvalt voor de vreemdelingendetentie. Bovendien hebben meerdere rechterlijke instanties de Belgische Staat bevolen de uitzetting naar Algerije te staken.

Maar volgens het Hof heeft het instellen van een asielprocedure niet per se als gevolg dat de vreemdelingendetentie meteen in strijd is met art. 5 lid 1 sub f EVRM. Wat van belang is of de autoriteiten de uitzetting voor ogen hadden.[11] En volgens het Hof is dat het geval. Evenmin heeft volgens het Hof met verwijzing naar eerdere rechtspraak[12] het schorsen van een uitzettingsprocedure op zich gevolgen voor de rechtmatigheid van de vreemdelingendetentie. Met andere woorden, de rechtmatigheid van de detentie is niet aangetast.

De argumentatie van het Hof is wederom verontrustend. Het past zijn eigen rechtspraak selectief toe en op gevallen waar zij niet voor bedoeld is. Het is inderdaad zo dat het instellen van een asielprocedure niet per se de grondslag voor de vreemdelingendetentie met het oog

op uitzetting wegneemt. Anders zou een vreemdeling steeds aan vreemdelingendetentie kunnen ontkomen door een asielpcedure in te stellen. Maar het Hof gaat hier selectief om met zijn eigen rechtspraak door te suggereren dat slechts van belang is dat de autoriteiten de uitzetting nastreven. Het Hof vergeet te vermelden dat volgens zijn eigen rechtspraak voor de geldige detentie het evenzeer is vereist dat de duur van detentie niet de redelijke termijn overschrijdt die nodig is voor de uitzetting.[13] Die termijn houdt op redelijk te zijn wanneer er simpelweg geen redelijk zicht op uitzetting is.[14]

Het instellen van een asielpcedure kan direct van invloed zijn op het zicht op uitzetting. Als de vreemdeling namelijk een serieuze kans op asiel maakt neemt het zicht op uitzetting drastisch af. Juist de rechterlijke bevelen tot opschorting van de uitzetting om de vreemdeling in staat te stellen een asielaanvraag in te dienen en een definitief rechterlijk oordeel over de asielaanvraag af te wachten zijn een indicatie dat er een redelijke kans op asiel was.[15] Het Hof weegt dit niet mee. Dezelfde selectieve toepassing van eigen rechtspraak speelt ook bij de rechtmatigheid van de duur van de detentie (zie hieronder punt 4).

Verder past het Hof zijn jurisprudentie toe op gevallen waarvoor die helemaal niet bedoeld is. Met verwijzing naar Gebremedhin[16] stelt het Hof dat een rechterlijk bevel tot opschorting van de uitzetting geen gevolgen heeft voor de rechtmatigheid van de vreemdelingendetentie. Echter het Hof vergeet de tweede alinea van de relevante paragraaf van de aangehaalde uitspraak te vermelden: de tijdelijke maatregel die de uitzetting naar een specifiek land stopzet heeft niet per se gevolgen voor de rechtmatigheid van de vreemdelingendetentie, omdat die maatregel er niet aan in de weg staat dat de vreemdeling naar een *ander* land wordt uitgezet.[17] Maar als er geen ander land is dan houdt het natuurlijk op. Uit de feiten blijkt dat er geen *ander* land dan Algerije was waarnaar de klager kon worden uitgezet.

De duur van de detentie

4. De klager stelt dat de detentie onevenredig lang was. Het Hof geeft aan dat inderdaad moet worden gekeken of de termijn die redelijkerwijze nodig was voor de uitzetting niet is overschreden. Het Hof zegt weliswaar gevoelig te zijn voor de bijzonder lange duur van de detentie,[18] maar vindt de duur toch niet te lang. Het hoofdargument is dat de Belgische autoriteiten steeds zorgvuldig de uitzettingsprocedures hebben voortgezet. Hier gaat het Hof wederom selectief te werk door slechts naar één criterium van rechtmatigheid van de duur te kijken. Volgens de eigen rechtspraak van het Hof is de evenredigheid van de duur van de detentie afhankelijk van twee cumulatieve voorwaarden. De autoriteiten moeten serieus werk maken van de uitzettingsprocedure. Maar zelfs indien de autoriteiten zorgvuldig bezig zijn met de uitzettingsprocedure moet er ook een redelijk zicht zijn op uitzetting.[19] Het Hof onderzoekt niet of aan dit criterium is voldaan. Het Hof herhaalt slechts dat de autoriteiten

steeds de uitzetting voor ogen hadden. Zoals boven aangegeven blijkt uit het dossier dat uitzetting steeds niet mogelijk was. Dit komt niet door de vreemdeling maar doordat Belgische en Europese rechterlijke instanties menen dat uitzetting niet is geoorloofd. Bovendien blijft deze uitzetting vele maanden voortduren. Het Hof had deze aspecten in zijn oordeel moeten meenemen.

Verder negeert het Hof wederom zijn eigen rechtspraak over de maximumduur van detentie. Volgens het Hof legt art. 5 EVRM geen maximumduur van detentie op. Maar kan er wel een maximumduur gelden indien die is opgenomen in het interne recht.[20] Er gold in België de maximumduur van 5 tot 8 maanden voor in ieder geval de vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting.[21] Eventueel zou kunnen worden beargumenteerd dat voor de detentie op basis van het ministerieel besluit de toenmalige wettelijke bepaling geen maximumduur voorzag.[22] Maar ongeacht hetgeen bepaald in de Belgische wet, hadden de Belgische autoriteiten zich moeten houden aan de maximumduur van 18 maanden inclusief verlenging zoals bepaald in art. 15 Terugkeerrichtlijn. Het is merkwaardig dat het Hof dit aspect niet meeneemt in zijn oordeel.

Met het oog op uitzetting of openbare orde?

5. Volgens het Hof gaat het in deze zaak om vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting. Voor deze vorm van vreemdelingendetentie speelt de vraag of de vreemdeling een bedreiging vormt voor de openbare orde strikt genomen geen rol. Het enige wat telt is de mate waarin de detentie uitzetting beoogt (sic het Hof) dan wel noodzakelijk is voor de uitzetting. Toch waren de besluiten tot detentie grotendeels gebaseerd op het vermeende gevaar voor openbare orde dat de klager opleverde. En ook het Hof heeft in zijn beoordeling van de rechtmatigheid van de detentie en haar duur uitvoerig meegewogen dat de klager volgens de Belgische autoriteiten een bedreiging vormde voor de openbare orde en nationale veiligheid. Openbare orde is trouwens wel een aparte en voldoende grondslag voor asieldetentie. Het ministerieel besluit op basis waarvan de klager 20 maanden vastzat is volgens de Belgische wet een asieldetentiemaatregel.[23] Toch vond het Hof dat er alleen sprake was van vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting, maar niet van asieldetentie.

De benadering van het Hof is tegenstrijdig. Ofwel is er sprake van vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting. Maar dan is openbare orde irrelevant. Ofwel is openbare orde toch een grondslag voor detentie. Maar dan moet er sprake zijn asieldetentie. Het Hof lijkt een onzuivere combinatie te maken van twee verschillende detentievormen. Misschien beseft het Hof dat geen van beide detentievormen op zichzelf afdoende de lange termijn detentie in deze zaak kan rechtvaardigen. De voortdurende schorsing van de uitzettingsmaatregelen en totale duur van de detentie geven weinig blijk van een zicht op uitzetting binnen een redelijke

termijn. Evenmin zou een ‘zuivere’ asieldetentie soelaas bieden. Meer dan een kwart (8 maanden) van de totale detentieduur was namelijk niet gedekt door het ministeriële besluit dat ziet op asieldetentie, maar door de ‘normale’ vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting. Daarnaast is het maar de vraag of de feiten van de zaak voldoende overtuigend zijn om een ‘zuivere’ asieldetentie op basis van openbare orde te rechtvaardigen. In deze zaak is de klager weliswaar veroordeeld door de Belgische strafrechter voor strafbare feiten in verband met terrorisme. Maar de gevangenisstraf is slechts voorwaardelijk. Bovendien wordt de klager blijkbaar gewoon vrijgelaten omdat er een plek is vrij gekomen in een open opvanglocatie, zonder dat veiligheids- of inlichtingendiensten een gunstig advies hebben afgegeven op basis van een nieuwe risicoanalyse.

Het blijft gissen wat het Hof daadwerkelijk voor ogen heeft gehad: uitzetting of openbare orde. Wat er ook van zij, vanuit rechtsstatelijk oogpunt blijft het gemak waarmee de rechters de basale juridische logica opzij zetten bijzonder verontrustend.

Bas Schotel

Universitair docent algemene rechtsleer, Paul Scholten Centre for Jurisprudence, Universiteit van Amsterdam

[1] De ‘normale’ vreemdelingendetentie met het oog op uitzetting gebeurde op basis van art. 7 Vreemdelingenwet dat ziet op illegaliteit. Het ministerieel besluit werd genomen op basis van het oud art. 52 par. 4 Vreemdelingenwet en heeft eigenlijk betrekking op asieldetentie. Zie ook de discussie onder punt 5.

[2] Par. 46. “Het Federaal agentschap voor de opvang van asielzoekers liet in maart 2020 aan de advocaten van de eiser [de derdelander] weten dat er een opvangplaats was vrijgekomen [d.w.z. in een open opvanglocatie]. De eiser verliet het gesloten centrum van Vottem op 20 maart 2020” [vertaling BS].

[3] Voor de goede orde juristen die gespecialiseerd zijn in de rechtspraak van het Hof op het gebied van vreemdelingendetentie wijzen voortdurend op de gebreken in de uitspraken van het Hof. Deze annotatie is geschreven vanuit een meer algemeen juridisch of rechtsstatelijk perspectief.

[4] De klager verweet de Belgische Staat verder een gebrekkige rechterlijke controle van de rechtmatigheid van zijn vreemdelingendetentie (art. 5 lid 4 EVRM) en onmenselijke en vernederende detentieomstandigheden (art. 3 EVRM). Ook hier zag het Hof geen enkele schending van het EVRM.

[5] Verwijzing naar *Chahal t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 15 november 1996, NR. 22414/93, ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD002241493, par. 112.

[6] *Muzamba Oyaw t. België*, EHRM 4 april 2017, nr. 23707/15, ECLI:CE:ECHR:2017:0228DEC002370715, par. 36.

[7] Art. 7 Verblijfwet: “Te dien einde, en tenzij andere afdoende maar *minder dwingende maatregelen doeltreffend* kunnen worden toegepast, kan de vreemdeling vastgehouden worden voor de tijd die *strikt noodzakelijk* is voor de uitvoering van de maatregel, meer in het bijzonder wanneer er *een risico op onderduiken* bestaat of wanneer de vreemdeling de *voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert*,” (cursivering BS).

[8] *Muzamba Oyaw t. België*, , par. 36.

[9] *Chahal*, par. 112.

[10] “Thus, in accordance with the Vienna Convention, the Court is required to ascertain the ordinary meaning to be given to the words in their context and in the light of the object and purpose of the provision from which they are drawn” *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*, EHRM (GK) 8 november 2016, nr. 18030/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011, par. 119. Zie verder de studie in opdracht van de Raad van Europa, J. McBride, *The Doctrines and Methodology of Interpretation of The European Convention on Human Rights by The European Court of Human Rights*, Brussel: Council of Europe 2021.

[11] Par. 92

[12] *Gebremedhin [Gaberamadhien] t. Frankrijk*, EHRM 26 april 2007, nr. 25389/05, ECLI:CE:ECHR:2007:0426JUD002538905, par. 74.

[13] *S.P. t. België*, EHRM 14 juni 2011, nr. 12572/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0614DEC001257208; *Yoh-Ekale Mwanje t. Belgium*, EHRM 20 december 2011, nr. 10486/10, ECLI:CE:ECHR:2011:1220JUD001048610, par. 120.

[14] *Al Husin t. Bosnia and Herzegovina*, EHRM 25 juni 2019, nr. 10112/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0625JUD001011216, par. 98.

[15] Het Hof spreekt zelf in een ander verband dat het asiendossier zeer complex is (par. 117).

[16] *Gebremedhin*.

[17] Ibid. para. 74, 2^e alinea.

[18] Par. 115.

[19] Zie supra *S.P.; Yoh-Ekale Mwanje; Al Husin*.

[20] *Komissarov t. Tsjechië*, EHRM 3 februari 2022, nr. 20611/17, ECLI:CE:ECHR:2022:0203JUD002061117, par. 50-52

[21] Art. 7 Vreemdelingenwet.

[22] Zie F.L. Gatta, 'Detention of an asylum seeker for reasons of public security: no violation of the right to liberty in the presence of a proper individualised necessity test', *Cahiers de l'EDEM* december 2018, voetnoot 1 verwijzend naar oud art. 54 par. 2 Vreemdelingenwet.

[23] Zie supra eindnoot 2.