

ANNOTATIE

M.B. t. Nederland (EHRM, 71008/16) – Limiet aan mogelijkheden om migranten in detentie te plaatsen

E. Sevrin

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 23-04-2024,
ECLI:CE:ECHR:2024:0423JUD007100816 (EHRC-2024-0127)*

Indien een staat lang geen stappen ondernam om een verzoek tot internationale bescherming te veroordelen, kan het niet zomaar na lange tijd de asielzoeker in kwestie in detentie plaatsen. Voor het Hof kan dit zelfs niet wanneer de verzoeker veroordeeld werd voor terroristische feiten.

In *M.B. t. Nederland* expliciteert het Hof een nieuwe limiet aan de mogelijkheden voor staten om migranten in detentie te plaatsen. Art. 5 lid 1(f) EVRM omvat twee uitzonderingen op het recht op vrijheid, specifiek voorzien voor migranten. Staten mogen migranten in detentie plaatsen om een onrechtmatige toegang tot het grondgebied te voorkomen, of om een uitzettingsmaatregel te realiseren. Dit arrest gaat dieper in op de reikwijdte van die eerste uitzondering.

In deze noot focussen we in eerste plaats op de reikwijdte van de eerste uitzonderingsmogelijkheid onder art. 5, lid 1 (f) EVRM. Ten tweede zetten we uiteen hoe het arrest precies de voorwaarden voor detentie van migranten verder verheldert. Daarnaast wordt ook de verhouding van *M.B.* tot het EU-recht kort aangestipt. Tenslotte maken we ook enkele kanttekeningen bij wat de houding van het Hof betekent voor migranten waarbij een gedwongen uitzetting onmogelijk is, en hoe dit een impact heeft op staten die migranten voor veiligheidsredenen in administratieve detentie willen plaatsen.

1. Post Saadi: Ceci n'est pas un rechtmatig verblijf

In het Grote Kamerarrest *Saadi* interpreteerde het Hof de eerste uitzonderingsmogelijkheid uit art. 5, lid 1 (f) EVRM voor het eerst.[1] Hierin stelde het Hof dat zolang een Staat de toegang tot het grondgebied niet formeel geautoriseerd heeft, elke toegang tot het grondgebied niet rechtmatig is. Hieruit volgt dat de detentiemaatregel dus binnen het toepassingsgebied van art. 5, lid 1 (f) EVRM valt.[2] Ook asielzoekers die in afwachting zijn van een beslissing over hun verzoek tot internationale bescherming, en mogelijk een tijdelijk statuut hebben, kunnen in detentie geplaatst worden wanneer het nationale recht dit toelaat.

Deze redenering was (en is) controversieel, in het bijzonder doordat ze niet overeenstemde met de bescherming geboden in internationaal recht.[3] Zo bekritiseerde de UNHCR het arrest, omdat het niet enkel verzoekers om internationale gelijkstelde aan de grotere groep "migranten", maar ook omdat het impliceerde dat asielzoekers geen rechtmatige toegang hadden tot het grondgebied vooraleer hun asielaanvraag bevestigd werd.[4] Het idee was dat ook een tijdelijke vergunning om het grondgebied te betreden een vergunning vormt. Tenslotte bekritiseerde de organisatie ook het feit dat er geen noodzakelijkheid- of proportionaliteitstest werd toegepast.[5]

In *Suso Musa t. Malta* stelde het Hof dat hoofdzakelijk nationaal recht bepaalt wanneer er sprake is van een formele autorisatie tot toegang van het grondgebied.[6] Dit betekent specifiek dat asielzoekers die een beslissing afwachten niet *sowieso* in detentie gehouden kunnen worden. Indien het nationale recht verder gaat dan noodzakelijk, en de verzoeker ook in afwachting expliciet een rechtmatig verblijf toekent, zou er niet langer een voldoende verband zijn tussen een detentiemaatregel en de preventie van onrechtmatig verblijf op het grondgebied.[7] Het is hoofdzakelijk aan de nationale autoriteiten om de reikwijdte van dit nationale recht te interpreteren.[8] Het Hof stelt dat ook waar er sprake is van toestemming om op het gebied te verblijven, dit een loutere reflectie van internationale standaarden kan zijn, die als doel heeft om het verbod van deportatie van de asielzoeker in afwachting van een beslissing uit te drukken.[9]

In *M.B. t. Nederland* bekijkt het Hof dan ook het Nederlandse recht. Art. 8(f) Vreemdelingenwet 2000 stelt dat de vreemdeling, in afwachting van de beslissing op een aanvraag tot het verlenen van de verblijfsvergunning, "rechtmatig verblijf" heeft. Ondanks deze expliciete bewoording, aanvaardt het Hof de argumenten van de staat. De parlementaire toelichting van de wet in kwestie, leest dat "rechtmatig verblijf" verwijst naar een tijdelijk verblijf, dat gelinkt wordt aan de onmogelijkheid om de verzoeker uit te zetten. Het Hof stelt dan ook dat het gebruik van een "rechtmatig verblijf" als woordkeuze, niet per se naar een rechtmatig verblijf verwijst, maar louter naar de internationale verplichtingen die bepalen dat

asielzoekers niet uitgestuurd mogen worden (par. 67).

Waar het Hof in *Suso Musa* nog stelde dat een expliciet geautoriseerde toegang of verblijf tot het grondgebied de detentie arbitrair zou maken, lijkt de interpretatie van wat die autorisatie juist zou zijn wel zeer nauw geworden.[10] Costello schreef in 2015 dat de nadruk op nationaal recht tot een significante vernauwing zou kunnen leiden van de reikwijdte van art. 5, lid 1 (f) EVRM.[11] Dit lijkt echter ook met dit laatste arrest steeds minder realistisch.

2. Voldoende verband tussen de detentie en het tegengaan van een onrechtmatige binnenkomst

De brede interpretatie van de uitzonderingsmogelijkheid geeft de Staat echter geen vrijgeleide om asielzoekers en irreguliere migranten in detentie te plaatsen. Vooraleer de detentie toegelaten is onder art. 5, lid 1 (f) EVRM moet de detentiemaatregel voldoen aan een legaliteitsvereiste, en mag deze niet arbitrair zijn. In *Saadi* en daaropvolgende zaken ontwikkelde het Hof vier voorwaarden die moeten voorkomen dat een detentiemaatregel niet arbitrair is.[12] Zo mag de overheid niet handelen te kwader trouw, moet de detentie nauw verbonden zijn met het doel om de onrechtmatige toegang tot het grondgebied te voorkomen, moeten de detentieomstandigheden gepast zijn en mag de lengte van de detentie niet onredelijk zijn. In beginsel is er dus geen volwaardige proportionaliteitstoets nodig, noch dient de detentiemaatregel noodzakelijk te zijn.[13] In de rechtspraak sinds *Saadi* struikelen detentiemaatregelen dan ook het vaakst op basis van deze vereisten.

Ook in *M.B. t. Nederland* krijgen we een beter beeld van wanneer detentie van migranten of verzoekers om internationale bescherming onacceptabel blijkt. Het Hof benadrukt dat de Nederlandse asielautoriteiten geen stappen ondernamen om het verzoek tot internationale bescherming van M.B. te behandelen, en pas de interviews afnamen nadat hij zijn gevangenisstraf had uitgezeten. Het Hof stelt dat dit stilzitten ertoe leidt dat de detentie “disproportioneel” lijkt, en zelfs “niet noodzakelijk”. [14]

Het Hof stopt hier niet, en introduceert “de tijd die verstreken is” als een relevant element om te kijken of er een voldoende nauw verband is tussen de detentie en het doel daarvan. Hoewel het geen bepalende factor is, dient er wel een “strikter toezicht” te zijn wanneer er een langere tijd verstreken is tussen de *de facto* binnenkomst en de detentiemaatregel.[15]

Het Hof gaat niet dieper in op de tijdlijn. Mijns inziens is het niet volledig onlogisch dat de Nederlandse autoriteiten hebben gewacht met de stappen in de asielprocedure tot na het vonnis in de strafzaak, gezien het feit dat deze betrekking heeft op terroristische feiten die de uitkomst van de asielprocedure direct kunnen beïnvloeden. De Nederlandse overheid bleef echter ook na het oordeel stilzitten. Het Hof had mogelijks kunnen specificeren of het de

volledige periode van stilzitten problematisch vindt, of enkel de periode na het initiële vonnis.

Deze zaak is wederom een stap om de kritiek dat detentie post-*Saadi* “ad infinitum” mogelijk zou zijn, te weerleggen.[16] Lavrysen argumenteerde eerder, in zaken die over detentie met zicht op deportatie handelden, dat het Hof na *Saadi* leek te evolueren naar een “test van minder vergaande maatregelen.[17] De voorwaarde dat er een voldoende link moet zijn met het doel van de detentie en de eigenlijke detentie zou zo een vehikel zijn om deze test toch binnen te brengen in art. 5, lid 1 (f) EVRM. Hoewel er in *M.B.* niet expliciet sprake is van een dergelijke test, blijft de woordkeuze van het Hof (“disproportioneel” en “niet noodzakelijk”) wel opmerkelijk. Zo lijkt het Hof toch tenminste een subtielere versie ervan voorop te schuiven. *M.B.* toont in elk geval dat er een belangrijke temperende invulling gegeven wordt aan de verband-voorwaarde.

3. Divergentie met EU-recht

Het Hof neemt in deze zaak een duidelijk standpunt in over administratieve detentie van migranten bij openbare orde en nationale veiligheid bezorgdheden.[18] Het Hof had tot nu toe enkel geoordeeld over veiligheidsgerelateerde zaken waar de migrant gedetineerd werd in een deportatiecontext.[19] Indien de Staat de persoon wel vasthoudt, maar geen daadwerkelijke stappen tot deportatie onderneemt, is de detentie voor het Hof arbitrair. In *M.B.* zien we een gelijkaardige aanpak, maar dan in de context van de preventie van onrechtmatige toegang tot het grondgebied.

Nu staat het EU-recht expliciet wél detentie toe op basis publieke orde bezorgdheden. Zo bepaalt art. 8, lid 3, e) Opvangrichtlijn dat de detentie mogelijk is indien de bescherming van de nationale veiligheid of de openbare orde dat vereist.[20] Het Hof stelt echter uitdrukkelijk dat dit geen afbreuk vormt van het EVRM, dat enkel detentie toelaat om ofwel de onrechtmatige toegang te voorkomen of de deportatie te bewerkstelligen.[21] Hoewel het Hof expliciet stelt begrip te hebben voor de “legitieme bezorgdheden” omtrent de vrijlating van een asielzoeker nadat deze vrijkomt uit een strafrechtelijke detentie, stelt het ook dat dit niet kan leiden tot “preventieve detentie”. [22] Het Hof kijkt dan ook grondig na of de detentie niet louter op veiligheidsredenen is gebaseerd, maar daadwerkelijk op preventie van onrechtmatige toegang op het grondgebied. Waar bij deportatie de Staat moet aantonen dat het voldoende stappen zet om de deportatie te bewerkstelligen, toont het Hof nu dat er bij de andere uitzondering stappen moeten gezet worden om de rechtmatige toegang tot het grondgebied te beoordelen. Met andere woorden, indien de Staat stilzit bij de beoordeling van een verzoek tot verblijfsrecht, is dat evenzeer problematisch.

4. Veiligheidsoverwegingen en onverwijderbaarheid

De vraag blijft wat het Hof zal doen in situaties waarin er reeds een negatieve beslissing over het verblijf van de verzoeker bestaat, en waarin detentie onmogelijk is. Mijn inziens impliceert de houding van het Hof dat er een *de facto* onmogelijkheid is om zogenaamde ‘onverwijderbare’ verzoekers waarbij er veiligheidsgerelateerde bezorgdheden zijn in administratieve detentie te plaatsen.

Hoewel *M.B.* uiteindelijk werd vrijgesproken en een positieve beslissing kreeg over zijn verzoek tot internationale bescherming, zijn er alternatieve scenario’s denkbaar. Zo zou een verzoeker uitgesloten kunnen worden van de vluchtelingenstatus op basis van de uitzondering omvat in art. 1F van de Vluchtelingenconventie. Dit artikel bepaalt dat vluchtelingen waarbij er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat ze bepaalde (uitzonderlijk) ernstige, niet politieke misdrijven hebben gepleegd in hun land van herkomst, geen bescherming kunnen genieten als vluchteling.

De persoon kan in de regel niet gedeporteerd worden, doordat deze wél aan alle andere vereisten van een vluchteling voldoet (en dus een gegronde vrees voor vervolging heeft). Art. 3 EVRM blijft dus op deze personen van toepassing. Daarnaast is het niet eens in alle landen mogelijk om de persoon strafrechtelijk te vervolgen, en zelfs wanneer dit in theorie een optie is, verhinderen praktische overwegingen vaak een strafrechtelijk proces. Dit belet niet dat Staten mogelijk ernstige redenen hebben om bezorgdheden omtrent veiligheid te hebben. Volgens de huidige stand van zaken, inclusief na het *M.B.*-arrest, lijkt de tekst van het EVRM dit soort detentie te verbieden. Staten zullen moeten onderzoeken of ook andere maatregelen mogelijk zijn om deze problematiek op te vangen.

5. Conclusie

In *M.B.* toont het Hof dat ondanks de brede mogelijkheden om migranten in detentie te plaatsen, er nog steeds grenzen aan verbonden zijn. Meer specifiek geeft het arrest verder inzicht in de limieten van detentie om een onrechtmatige toegang tot het grondgebied te voorkomen. Hierbij brengt het Hof een nieuw element aan het licht om te bepalen of er sprake kan zijn van een voldoende verband tussen de detentiemaatregel en het doel daarvan, namelijk het verstrijken van de tijd. Hierbij wordt het gedrag van de staat belangrijk wanneer deze een detentiemaatregel wil uitvoeren. Specifiek mag de asielprocedure niet langdurig stil liggen, om dan plots na lange tijd de migrant toch in detentie te plaatsen.

Eva Sevrin

[1] *Saadi t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 29 januari 2008, nr. 13229/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0129JUD001322903.

[2] *Saadi*, par. 65.

[3] UNHCR, "Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum seekers and Alternatives to Detention", 2012, 4.1. en 4.2; C. Costello, "Chapter 7: Immigration Detention", in *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 287-291; A.S. Pinto Oliveira, "Chapter 5 Aliens' Protection against Arbitrary Detention (Article 5 ECHR)" In *Aliens before the European Court of Human Rights*, Leiden, Brill | Nijhoff, 2021, 109-110. Zie ook de gedeeltelijk afwijkende opinie van rechter Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyevev, Spielmann en Hirvelä in *Saadi*.

[4] *Saadi*, par. 54.

[5] UNHCR, "Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum seekers and Alternatives to Detention", 2012, 4.1. en 4.2; Ook onder het IVBPR is een noodzakelijkheids- en proportionaliteitstest verplicht, zie bijvoorbeeld HRC, 5 november 2004, nr. 1324/2004, *Danyal Shafiq t. Australië*, 7.2; HRC, "General Comment No. 35", 16 December 2014, CCPR/C/GC/35, 12. Voor kritiek in de doctrine zie Carlier, "L'accès au territoire et la détention de l'étranger demandeur d'asile", 79(3) *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 2009, 795; A.S. Pinto Oliveira, "Chapter 5 Aliens' Protection against Arbitrary Detention (Article 5 ECHR)" In *Aliens before the European Court of Human Rights*, Leiden, Brill | Nijhoff, 2021, 98-99.

[6] *Suso Musa t. Malta*, EHRM 23 juli 2013, nr. 42337/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0723JUD004233712, par. 97.

[7] *Ibid.*

[8] *Ibid.*, par. 98

[9] *Ibid.*

[10] *Suso Musa*, par. 97.

[11] C. Costello, reeds aangehaald, 290-291.

[12] *Saadi*, par. 74.

[13] A.S. Pinto Oliveira, "Chapter 5 Aliens' Protection against Arbitrary Detention (Article 5 ECHR)" In *Aliens before the European Court of Human Rights*, Leiden, Brill | Nijhoff, 2021, 110.

[14] *M.B.*, par. 73. Noteer dat dit een merkwaardige woordkeuze is in een context waar er expliciet geen proportionaliteitstoets of noodzakelijkheidstoets hoeft uitgevoerd worden,

zoals vermeld in par. 57 van hetzelfde arrest.

[15] *M.B.*, par. 74.

[16] Zie in het bijzonder Parlementaire vergadering Raad van Europa, “Report: The detention of asylum seekers and irregular migrants in Europe”, Doc. 12105, 11 January 2010.

[17] Laurens Lavrysen, “Less stringent Measures and Migration Detention: Overruling Saadi v UK?”, *Strasbourg Observers* 2012, <https://strasbourgobservers.com/2012/01/25/less-stringent-measures-and-migration-detention-overruling-saadi-v-uk/>

[18] *M.B.*, par. 72.

[19] Zie *Al Husin t. Bosnië en Herzegovina (nr. 2)*, EHRM 25 juni 2019, nr. 10112/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0625JUD001011216, par. 104-107; *N.M. t. België*, EHRM 18 april 2023, nr. 4396619, ECLI:CE:ECHR:2023:0418JUD004396619, par. 119-20, «EHRC» m.nt. B. Schotel.

[20] Richtlijn 2013/33/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming - Herschikking (Opvangrichtlijn).

[21] *M.B.*, par. 72.

[22] *M.B.*, par. 73-74.