

ANNOTATIE

De dubbele fictie bij verblijf in de transitzone

Prof. Dr. A. Terlouw

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 21-11-2019, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715 (EHRC-2020-0006)

Combinoot bij de EHRM-zaken Ilias en Ahmed t. Hongarije en Z.A. e.a. t. Rusland 21 november 2019

1. Dat asielzoekers die de Europese Unie proberen binnen te komen allerlei obstakels moeten overwinnen, is bekend. Als zij denken de laatste horde te hebben genomen en de EU-buitengrens zijn gepasseerd, doemt vaak toch nog een horde op. Dan worden zij vastgehouden in transitzones, waar tijdens de behandeling van hun asielverzoek de fictie geldt dat zij nog niet echt binnen het grondgebied zijn. Bovendien geldt daar een tweede fictie namelijk dat ze vrij zijn. Vrij om op hun schreden terug te keren wel te verstaan. Niet vrij om zich in het land van aankomst buiten de transitzone te begeven. De transitzone in Hongarije bijvoorbeeld is volgens VN Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen, Filippo Grandi, een detentiecentrum waar asielzoekers, inclusief kinderen, worden vastgehouden tijdens de behandeling van hun asielverzoeken.¹

De onderhavige twee uitspraken van het EHRM, *Ilias en Ahmed t. Hongarije en Z.A. e.a. t. Rusland*,² gaan over de vraag of transitzones inderdaad als detentiecentra moeten worden beschouwd. Daarnaast gaat de eerste uitspraak over de vraag of Hongarije asielzoekers zonder een daadwerkelijke inhoudelijke beoordeling van de asielverzoeken mag terugsturen naar Servië omdat Hongarije Servië als veilig derde land beschouwt.

In deze noot concentreer ik me op de eerste vraag. Is verblijf in een transitzone

vrijheidsontneming en als zodanig in strijd met art. 5 lid 1 EVRM? Voorafgaand daaraan maak ik echter een paar korte opmerkingen over de uitspraak van het EHRM in de zaak *Ilias en Ahmed* over de schending van art. 3 EVRM die Hongarije pleegde door de asielzoekers naar Servië uit te zetten.

2. Dat een staat die een asielzoeker uitzet verantwoordelijk blijft voor wat de asielzoeker bij terugkeer in het land van herkomst overkomt, ook als die uitzetting plaatsvindt via een ander land, is vaste jurisprudentie van het EHRM onder art. 3 EVRM. De uitzettende staat moet zich er bij uitzetting naar een derde staat van eerder verblijf dus van vergewissen dat die staat veilig is voor de betreffende asielzoeker. Dat wil zeggen dat hij er behoorlijk wordt opgevangen en dat hij er een effectieve behandeling van zijn asielverzoek krijgt, niet alleen in theorie, maar ook in de praktijk. Dat geldt ook als die derde staat partij bij het EVRM is, een lidstaat van de EU of een van de andere bij de Dublinverordening aangesloten staten. Zoals het EHRM het in *Ilias en Ahmed* verwoordt: "The expelling State cannot merely assume that the asylum seeker will be treated in the receiving third country in conformity with the Convention standards but, on the contrary, must verify how the authorities of that country apply their legislation on asylum in practice."³ Tot zover bekende materie, zie onder meer het EHRM in *MSS t. België en Griekenland*.⁴ *In casu* had Hongarije de asielverzoeken van de twee uit Bangladesh afkomstige asielzoekers niet-ontvankelijk verklaard omdat zij via Servië waren binnengekomen en Servië op de lijst met veilige derde landen van Hongarije staat. De Grote Kamer accepteert op zichzelf het hanteren van lijsten met veilige derde landen, maar de kern van de onderhavige uitspraak voor wat betreft de schending van art. 3 EVRM is, dat het Hof expliciteert wat wel en vooral wat niet mag als het gaat om het aanwijzen van landen als veilige derde landen. Bij aanwezigheid van gezaghebbende informatie die wijst op onveiligheid, *in casu* informatie van UNHCR over gemankeerde asielprocedures in Servië en over indirect refoulement van teruggekeerde Hongaarse asielzoekers via Servië en Noord-Macedonië naar Griekenland,⁵ mag Hongarije niet uitgaan van de veiligheid van het derde land. Bovendien is het aanzetten van asielzoekers tot illegale grensoverschrijding terug naar het derde land, zoals hier is gebeurd, niet de manier om te garanderen dat de asielzoekers aldaar een effectieve asielprocedure wordt geboden. In plaats daarvan moet in overleg met het derde land worden getreden om garanties te verkrijgen over voor een ordelijke terugkeer.⁶

Met het verweer van de Hongaarse autoriteiten dat *in casu* sprake zou zijn van vrijwillig vertrek, maakt het Hof meteen korte metten.⁷ Er was hier immers sprake van een *expulsion order* en in dat geval ligt de verantwoordelijkheid voor uitzetting zonder inhoudelijke beoordeling van het asielverzoek bij de uitzettende staat. Van belang is met name dat het Hof de bewijslast van veiligheid van het land voor de asielzoeker bij de uitzettende staat legt en

niet bij de asielzoeker zoals het idee is bij veilige derde landenbeleid. Dit is ook van belang omdat volgens de nieuwste plannen voor een verdere harmonisatie van het asielbeleid EU-staten verplicht worden om het concept van veilige derde landen toe te passen.⁸ Hongarije had de asielverzoeken niet-ontvankelijk verklaard omdat de asielzoekers via Servië waren binnengekomen, niet omdat het van oordeel was dat zij in Bangladesh niet voor vervolging te vrezen hadden. Vladislava Stoyanova noemt dit in haar lezenswaardige blog bij *Ilias en Ahmed* 'the procedural turn':⁹ het EHRM concentreert zich in toenemende mate op de kwaliteit van het nationale beoordelingsproces in plaats van op de inhoudelijke juistheid van de genomen beslissing. Uit de uitspraak blijkt overigens ook dat het Hof de automatische toepassing van het concept interstatelijk vertrouwen in Servië, Noord-Macedonië en Griekenland verwerpt.

3. Tot zover was de uitspraak redelijk hoopgevend voor asielzoekers. Zorgwekkend voor asielzoekers is echter dat het EHRM afscheid neemt van zijn vaste jurisprudentie dat het verblijf van asielzoekers in transitzones detentie is (o.a. *Amuur t. Frankrijk*¹⁰)¹¹. Vrijheidsontneming mag uitsluitend op een van de in art. 5 lid 1 EVRM expliciet genoemde gronden. In het kader van het vreemdelingenrecht zijn dat de gronden ter voorkoming van illegale binnenkomst of ten behoeve van de verwijdering (art. 5 lid 1 f EVRM). In de zaak *Saadi t. Verenigd Koninkrijk*¹² heeft het EHRM de eisen geformuleerd waaraan een land moet voldoen als het een asielzoeker wil detineren. De vrijheidsontneming moet op een wettelijke grondslag berusten en nauw verbonden zijn met het doel ervan. Verder moeten de omstandigheden waaronder de vrijheidsontneming plaatsvindt humanair zijn en de duur van de detentie moet in redelijke verhouding staan tot het doel ervan. In de zaak *Nolan en K. t. Rusland*¹³ voegde het EHRM hieraan toe dat als het nationale recht dit vereist, de staat is gehouden een noodzakelijkheidstoets te verrichten en dat grensdetentie alleen als *ultimum remedium* mag. Die eis van noodzakelijkheid is ook neergelegd in art. 31 lid 2 Vluchtelingenverdrag. Als het gaat om vrijheidsontneming in de transitzone is het doel voorkomen dat de asielzoeker op onrechtmatige wijze het land binnenkomt.

In de onderhavige twee uitspraken van 21 november 2019 beoordeelt het EHRM eerst of sprake is van vrijheidsontneming in de zin van art. 5 EVRM of slechts van een vrijheidsbeperking. Daarna komt het pas toe aan de vraag of de vrijheidsontneming voldoet aan de eisen van art. 5 lid 1 EVRM, dat wil zeggen legitiem en noodzakelijk is. Deze scheiding tussen de voorvraag en de criteria voor detentie is opmerkelijk. De Grote Kamer komt daardoor pas toe aan de noodzakelijkheidstoets en andere criteria als er sprake is van vrijheidsontneming. Het Hof vindt het verblijf in de transitzone geen vrijheidsontneming, omdat het te billijken zou zijn gelet op de omstandigheden. Dat is merkwaardig, veel logischer zou het zijn geweest als het Hof de criteria voor detentie gewoon had toegepast op de situatie.

Dan is er nog steeds ruimte voor een rechtvaardiging, maar wel op basis van het door het EHRM in een lange reeks van arresten uitgewerkte en toegepaste toetsingskader. Deze voorvraag, die de definitie van vrijheidsontneming fluïde maakt, kan worden misbruikt door regeringen die vergaande controle willen uitoefeningen zonder 'last' te krijgen van art. 5 EVRM. Ook juridisch gezien leidt het vooronderzoek tot veel vragen omdat enkele van die aspecten wel onderdeel zijn van de toets aan art. 5 EVRM. Zo was bijvoorbeeld tot op heden de relevante duur in het licht van het doel onderdeel van de toets aan noodzakelijkheid en proportionaliteit.

Voor het beantwoorden van de vraag of sprake is van vrijheidsontneming moet volgens het Hof gekeken worden naar de specifieke feitelijke situatie 'and account must be taken of a whole range of factors such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question.'¹⁴ De Grote Kamer neemt vier aspecten in aanmerking: i) de individuele situatie van klagers en hun keuzes, ii) het toepasselijke wettelijke regime en het doel daarvan, iii) de relevante duur, in het licht van het doel en de procedurele bescherming genoten door de klagers; iv) de aard en mate van de opgelegde beperkingen.¹⁵ Waarom de Grote Kamer bij de 'whole range of factors' niet ook het asielsysteem in aanmerking neemt, is onduidelijk. Essentieel acht de Grote Kamer met name of het verblijf in de transitzone al dan niet vrijwillig is. Deze vraag valt uiteen in twee deelvragen: ten eerste is de asielzoeker de transitzone vrijwillig binnengegaan en ten tweede verblijft hij daar vrijwillig en is hij vrij om weer te vertrekken?

4. In de zaak *Ilias en Ahmed* oordeelt de Grote Kamer van het Hof over de eerste deelvraag dat klagers de transitzone vrijwillig en op eigen initiatief hebben betreden en dat ze de grens tussen Servië en Hongarije niet hadden overgestoken vanwege een direct en onmiddellijk gevaar (par. 220-223). In de zaak *Z.A.* stelt de Grote Kamer vast dat alle vier de klagers vrijwillig de luchthaven hebben betreden, zonder betrokkenheid van de Russische autoriteiten. De Grote Kamer verwijst naar vaste jurisprudentie inhoudend dat detentie ook in strijd kan zijn met art. 5 EVRM als betrokkene ermee heeft ingestemd, maar de onderhavige omstandigheden zijn volgens de Grote Kamer niet hetzelfde als die in de zaken waarop de eerdere jurisprudentie betrekking had, omdat de klagers in kwestie geen eerdere link met de betreffende staat hadden, maar op eigen initiatief om asiel hebben verzocht, zonder een direct of onmiddellijk gevaar voor leven of gezondheid.¹⁶

Ook relevant voor de vraag of sprake is van vrijwillig verblijf is, volgens het Hof, dat het doel van het verblijf in de transitzone geen detentie was maar het bieden van gelegenheid aan de asielzoekers om hun asielprocedures af te wachten. In alle gevallen was aan de asielzoekers

direct de toegang tot Hongarije ontzegd.

5. De tweede deelvraag, of klagers vrij waren om de transitzone te verlaten, beantwoordt de Grote Kamer verschillend in de twee zaken. In de zaak *Z.A. t. Rusland* was het duidelijk dat klagers de transitzone niet konden verlaten, niet in de richting van Rusland maar ook niet in de richting van andere landen. In het onderhavige geval zou hun vertrek planning, contact met luchtvaartmaatschappijen en het verkrijgen van tickets en visa hebben vereist. Rusland had onvoldoende onderbouwd dat de asielzoekers ondanks deze obstakels vrij waren om te vertrekken (par. 154). In par. 153 roept de Grote Kamer de zaak *Amuur t. Frankrijk*¹⁷ in herinnering waarin het had geoordeeld dat het moeilijk is dat voor asielzoekers de optie om vrijwillig te vertrekken theoretisch wordt als er geen ander land is dat vergelijkbare bescherming kan bieden of dat bereid is ze op te nemen. Ook in de zaak *Ilias en Ahmed t. Hongarije* hadden klagers betoogd dat, hoewel ze de transitzone uit vrije wil hadden betreden, ze toen ze daar eenmaal waren er niet meer weg konden. Ze hadden geen toestemming om Hongarije (verder) binnen te gaan en waren niet welkom in Servië en zouden daar bovendien risico lopen op indirecte refoulement. De zevenkoppige kamer van het Hof had klagers daarin unaniem gevolgd en geoordeeld dat sprake was van *de facto* vrijheidsontneming omdat de bescherming van art. 5 EVRM weinig zou voorstellen als het de keus tussen vrijheid en het risico lopen van een schending van art. 3 EVRM als een vrije keus zou beschouwen: ‘to hold otherwise would void the protection afforded by Article 5 of the Convention’ (par. 56).¹⁸ De Grote Kamer oordeelt echter dat vrijwillig vertrek naar Servië wel degelijk niet alleen in theorie maar ook *de facto* mogelijk was (*Ilias en Ahmed* par. 237). Dit element van de uitspraak van de Grote Kamer in *Ilias en Ahmed* is de reden dat vluchtelingenorganisaties teleurgesteld op de uitspraak hebben gereageerd. Ook de *dissenters* Bianku en Vučinić zijn van oordeel dat niet kan worden gesproken van een vrije keus van Ilias en Ahmed om te vertrekken. Bij asielzoekers gaat het immers niet om een keus maar om een noodzaak. Met recht vragen ook Bianku en Vučinić zich af: hoe is het verenigbaar dat het Hof enerzijds oordeelt dat terugkeer naar Servië niet veilig is voor asielzoekers en anderzijds dat zij de vrije keus hebben om naar Servië terug te keren? Zoals Vladislava Stoyanova in haar blog bij de uitspraak opmerkt: de Grote Kamer van het Hof verbreekt met deze uitspraak de link tussen art. 5 en art. 3 EVRM: ‘It appears as if the Grand Chamber at this stage had already forgotten its findings made earlier in the judgement under Article 3 that the national procedure for examining the applicants’ claims was deficient.’¹⁹

6. Verder weegt de Grote Kamer mee of er in het nationale recht een maximum duur is bepaald voor het verblijf in de transitzone. In de zaak *Z.A. t. Rusland* was dat niet het geval. In feite verbleven de asielzoekers daar volgens het de Grote Kamer in *legal limbo* (par. 146). Tot

slot acht de Grote Kamer het relevant of de asielprocedure *speedy* was en hoe lang het verblijf in de transitzone had geduurd. In de zaak *Z.A.* was het kortste verblijf vijf maanden en een dag, het langste negen maanden en tenminste 28 dagen. In de zaak *Z.A.* vond het Hof dat klagers onredelijk (excessief) lang waren vastgehouden in een omgeving die daarvoor volkomen ongeschikt was. Het verblijf van Ilias en Ahmed in de transitzone had ruim drie weken geduurd (van 15 september 2015 tot 8 oktober 2015). De Grote Kamer oordeelt dat de duur van het verblijf van 23 dagen redelijk was gezien het doel van het verblijf aldaar, te weten de beoordeling of de asielzoekers aan de vereisten voor toelating voldeden. Al op de eerste dag was hen opgedragen Hongarije te verlaten en hun verblijf in de transitzone maakte het mogelijk in beroep tegen deze afwijzing te gaan. De snelle behandeling van de asielverzoeken weegt de Grote Kamer mee als pluspunt aan de kant van Hongarije. Dit is merkwaardig, immers, die behandeling hield niet meer in dan een niet-ontvankelijk verklaring vanwege de aanwezigheid van een veilig derde land. En dat terwijl de Grote Kamer die niet-ontvankelijkverklaring nu juist in strijd achtte met art. 3 EVRM! De Grote Kamer weegt duidelijk zwaar mee dat Hongarije indertijd te maken had met een ‘mass influx of asylum-seekers and migrants at the border, which necessitated rapidly putting in place measures to deal with what was clearly a crisis situation’ (par. 228). Het is niet heel duidelijk wat de Grote Kamer een acceptabele duur acht. Kennelijk spelen het doel van het verblijf en de omstandigheden daarbij een belangrijke rol. De dissenters wijzen op een hele serie zaken waarin het Hof eerder kortere termijnen van verblijf in de transitzone heeft aangemerkt als vrijheidsontneming. Wat betreft de omstandigheden in de transitzone, oordeelt de Grote Kamer in de zaak *Ilias en Ahmed* dat ze toegang tot een advocaat hadden, visite konden ontvangen en de mogelijkheid hadden om naar buiten te gaan (*Ilias en Ahmed* par. 232). In de zaak *Z.A. t. Rusland* oordeelt de Grote Kamer dat wel sprake was van zodanig slechte omstandigheden in de transitzone dat sprake is van een onmenselijke en vernederende behandeling in de zin van art. 3 EVRM (*Z.A.* par. 172).

7. De fictie dat asielzoekers die in de transitzone verblijven het land nog niet zijn binnengekomen, herkennen oude rotten in het asielrecht nog van het oude Nederlandse art.7a VW 1965. Asielzoekers die via Schiphol Nederland binnenkwamen, werden vanaf begin jaren tachtig opgesloten in accommodaties in de omgeving van de luchthaven: de Transitruimte en het Opvangcentrum Schiphol-Oost. De Hoge Raad oordeelde op 9 december 1988²⁰ dat sprake was van vrijheidsontneming zonder wettelijke grondslag. Dat de asielzoeker vrij was om het land te verlaten – en dat hij Nederland niet in mocht – deed daaraan volgens de Hoge Raad niet af. Vervolgens werd echter in allerijl een ‘leemtewetje’ tot stand gebracht waarmee een nieuw art.7a aan de Vreemdelingenwet werd toegevoegd,²¹ dat de benodigde wettelijke grondslag voor de vrijheidsontneming van asielzoekers aan wie onmiddellijk na binnenkomst

via een luchtvaartuig de toegang werd geweigerd, wel bood. Het idee was dat de vrijheidsontneming diende ter voorkoming van onrechtmatige binnenkomst (art. 5 lid 1 sub f EVRM) terwijl Schiphol-Oost toch echt op Nederlands grondgebied lag. Het betreft een interessant stukje wets- en jurisprudentiegeschiedenis, zeker het nalezen waard. Ook de fictie dat geen sprake was van vrijheidsontneming in de transitruimte kenden we al in het verleden. In zijn noot bij een uitspraak van de Hoge Raad van 1982, waarin de Hoge Raad oordeelde dat gedwongen verblijf in de transitruimte van de luchthaven Schiphol materieel het karakter had van een vorm van vrijheidsberoving, schreef Swart het volgende: 'Sinds het arrest heeft zich op Schiphol een nieuwe praktijk ontwikkeld. Deze bestaat erin dat vreemdelingen, in het bijzonder asielzoekers, aan wie de toegang tot Nederland werd geweigerd, niet langer worden opgesloten maar worden gedwongen te verblijven in het transitgedeelte van de luchthaven. Zij mogen dit gedeelte niet verlaten, staan uiteraard onder toezicht en genieten geen onbeperkte vrijheid van communicatie met de buitenwereld. Klaarblijkelijk is men de opvatting toegedaan dat van een bewaring geen sprake is.'²²

Nederland liep indertijd dus al ver vooruit op de andere lidstaten met het hanteren van de fictie van non-entree.

8. Inmiddels lijkt Nederland op EU-niveau succes te hebben met het promoten van deze fictie in de onderhandelingen over een nieuw EU asielpakket. In zogenoemde non-papers doen verschillende lidstaten voorstellen voor buitengrensprocedures à la het oude Schiphol-wetje. Tot nu toe vormde de jurisprudentie over art. 5 EVRM een belangrijke begrenzing van de plannen voor een buitengrensprocedure, waarin asielzoekers in detentie de procedure, inclusief beroep en terugkeerprocedure zouden moeten afwachten. Dat het EHRM juist nu het begrip vrijheidsontneming strenger definieert en daarmee flexibiliteit toestaat aan de lidstaten, is slecht nieuws voor asielzoekers. Nu nog is een grensprocedure op grond van de Procedurerichtlijn alleen toegestaan als hij maximaal vier weken duurt (en ook dan geldt een lijst van procedurele voorschriften). De nieuwe voorstellen voor een buitengrensprocedure bevatten dergelijke beperkende termijnen niet. Volgens het voorstel voor een grensprocedure in de Terugkeerrichtlijn mogen aan de grens geweigerde asielzoekers nog eens aansluitend vier maanden extra in detentie worden gehouden op basis van een terugkeerprocedure.²³ Ook een 'fijn' Nederlands idee.

Prof. Dr. A. Terlouw, Hoogleraar rechtssociologie, Radboud Universiteit Nijmegen²⁴

1 B. Novak, 'UNHCR chief says Hungary's transit zones are really just detention centres', *The Budapest Beacon* 13 september 13 2017.

2 *Ilias en Ahmed t. Hongarije*, EHRM (GK) 21 november 2019, nr. 47287/15, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715, *NJB* 2017/1237. Z.A. e.a. t. Rusland, EHRM (GK) 21 november 2019, nrs. 61411/15, 61420/15, 61427/15 en 3028/16, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD006141115.

3 *Ilias en Ahmed*, reeds aangehaald, par. 141.

4 *MSS t. België en Griekenland*, EHRM (GK) 21 januari 2011, nr. **30696/09**, ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609, «EHRC» 2011/42 m.nt. Woltjer, «JV» 2011/68 m.nt. Battjes, *NJB* 2011/735.

5 UNHCR *Serbia as a Country of Asylum: Observations on the Situation of Asylum-Seekers and Beneficiaries of International Protection in Serbia*, augustus 2012. Zie ook *Ilias en Ahmed t. Hongarije*, reeds aangehaald.

6 *Tarakhel t. Zwitserland*, EHRM (GK) 4 november 2014, nr. 29217/12, ECLI:CE:ECHR:2014:1104JUD002921712, «EHRC» 2015/33 m.nt. Groen, par. 61, 63.

7 *Ilias en Ahmed*, reeds aangehaald, par. 123.

8 Art. 45 voorstel Procedureverordening, COM(2016)467, d.d. 13 juli 2016.

9 V. Stoyanova, 'The Grand Chamber Judgement in *Ilias and Ahmed v. Hungary: Immigration Detention and how the Ground beneath our Feet Continues to Erode*', *Strasbourg Observers* 23 december 2019, [Strasbourgobservers.com](http://strasbourgobservers.com).

10 *Amuur t. Frankrijk*, EHRM 25 juni 1996, nr. 19776/92, ECLI:CE:ECHR:1996:0625JUD001977692.

11 *Ilias en Ahmed*, reeds aangehaald, par. 214.

12 *Saadi t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM (GK) 29 januari 2008, nr. 13229/03, ECLI:CE:ECHR:2008:0129JUD001322903, par. 64-66, «EHRC» 2008/50 m.nt. Woltjer.

13 *Nolan en K. t. Rusland*, EHRM 12 februari 2009, nr. 2512/04, ECLI:CE:ECHR:2009:0212JUD000251204, «EHRC» 2009/43 m.nt. Woltjer.

14 Z.A., reeds aangehaald, par. 134.

15 *Ilias en Ahmed*, reeds aangehaald, par. 217.

16 Z.A. reeds aangehaald, par. 141; *Ilias en Ahmed* reeds aangehaald, par. 223.

17 Reeds aangehaald.

18 *Ilias en Ahmed t. Hongarije* EHRM 14 maart 2017, nr. 47287/15,
ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715.

19 Reeds aangehaald.

20 HR 9 december 1988, RV 1988/14, m.nt. Boeles.

21 *Stb.* 1998,334, inwerkingtreding 1 juli 1998.

22 HR 25 mei 1982, RV 1982/74 m.nt. Swart.

23 COM(2018)634, 12 september 2018.

24 Met dank aan Tineke Strik voor haar commentaar op een eerdere versie van deze noot.