

ANNOTATIE

# **R.R. e.a. t. Hongarije, (EHRM, nr. 36037/17) – Opvang of vrijheidsontneming in de Hongaarse transitzone?**

***Prof. Dr. A. Terlouw***

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 02-03-2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0302JUD003603717 (EHRC-2021-0089)*

1. In mijn combinoot bij de EHRM-zaken *Ilias en Ahmed t. Hongarije* en *Z.A. e.a. t. Rusland*<sup>[1]</sup> wees ik erop dat er ten aanzien van asielzoekers die worden vastgehouden in transitzones twee ficties worden gehanteerd. De eerste is dat ze nog niet echt op het grondgebied zijn en de tweede is dat ze vrij zijn.

In de uitspraak *R.R. e.a. t. Hongarije* die ik hier annoteer, oordeelt het EHRM opnieuw over het vasthouden van asielzoekers door Hongarije in de transitzone-fictie. Het neemt zowel een schending van art. 3 EVRM aan op grond van de condities waaronder klagers in de transitzone verbleven, als een schending van art. 5 lid 1 en 5 lid 4 EVRM omdat er *de facto* sprake was van vrijheidsontneming. Daarmee is het EHRM beduidend strenger dan in de zaak *Ilias en Ahmed*. Wat de reden is voor die strengere beoordeling door het EHRM, is gedeeltelijk gissen maar ik zie drie mogelijkheden.

De eerste reden – die met zoveel woorden uit de uitspraak valt op te maken - is dat de omstandigheden van de personen die het betrof penibeler waren en de omstandigheden waaronder zij in de transitzone verbleven schrijnender. Kennelijk is hier het *minimum level of severity* volgens het Hof wel overschreden. De tweede is dat het EHRM de eigen jurisprudentie daadwerkelijk bijstelt, wellicht mede onder invloed van de succesvolle infractieprocedure van de Europese Commissie tegen Hongarije over de systematische detentie in de transitzones

Rözke en Tompa. Het Luxemburgse Hof achtte die in strijd met drie richtlijnen.[2] De derde is de samenstelling van de Kamer die de zaak beoordeelde.

Nadat ik de eerste mogelijkheid uitvoerig heb besproken en de tweede kort, zal ik nog ingaan op de mogelijke betekenis van de nu strenge lijn van de twee hoven voor de voorstellen ten aanzien van grensprocedures in het Migratiepact. Tot slot zal ik enkele woorden wijden aan de derde mogelijkheid: interne strijd binnen het EHRM.

Voor de volledigheid vermeld ik dat het EHRM het niet nodig acht om een afzonderlijk oordeel te geven over de klachten inzake schending van art. 13 EVRM en art. 34 EVRM (het niet naleven van een *interim measure*) omdat de procedurele kwesties voldoende zijn meegenomen bij de beoordeling van de schending van art. 3 EVRM. De klacht is met voorrang behandeld.

2. Geen twee zaken zijn identiek en kleine verschillen in omstandigheden kunnen tot een ander oordeel van het EHRM leiden. Dat bleek ook al in mijn eerder genoemde combinoot waar de Grote Kamer van het EHRM de vraag of klagers vrij waren om de transitzone te verlaten in *Z.A. e.a. t. Rusland* ontkennend beantwoordde en in *Ilias en Ahmed* bevestigend. Dat de laatsten geen toestemming hadden om Hongarije (verder) binnen te gaan, niet welkom waren in Servië en bovendien naar het eigen oordeel van het Hof in Servië het risico zouden lopen op indirect refoulement was voor de Grote Kamer geen reden om onvrijwilligheid aan te nemen.[3]

In de zaak *Z.A. t. Rusland* achtte het EHRM het echter duidelijk dat klagers de transitzone niet konden verlaten. Zij hadden niet de mogelijkheid Rusland (verder) binnen te gaan en evenmin om naar een ander land te vertrekken want daarvoor zou planning, contact met luchtvaartmaatschappijen en het verkrijgen van tickets en visa nodig zijn geweest en de Russische autoriteiten hadden onvoldoende onderbouwd dat de asielzoekers die obstakels konden overwinnen. Er was daarom sprake van vrijheidsontneming.

Ook in de onderhavige zaak van een Iraans-Afghaans gezin met drie kinderen oordeelt het Hof dat er *de facto* sprake is van vrijheidsontneming, art. 5(1) EVRM is daarom van toepassing (par. 83). Dat betekent dat de detentie moet zijn gebaseerd op de wet, niet willekeurig mag plaatsvinden maar gebaseerd moet zijn op een grondig individueel onderzoek (par. 87). Het Hof verwijst naar de eerdere oordelen in *Ilias en Ahmed* en *Z.A. e.a. t. Rusland* en op de verschillen met die zaken. In principe is er geen sprake van vrijheidsontneming bij kort verblijf in de transitzone ter vaststelling van het recht van binnenkomst (par. 77) maar in de onderhavige zaak was de maximale verblijfsduur in de transitzone niet van toepassing geacht en de behandeling van de asielverzoeken was *anything but speedy* (par. 79 en 80). Het Hof lijkt

hieraan buitengewoon veel gewicht toe te kennen.

Toch zijn de verschillen met *Ilias en Ahmed* in mijn ogen niet zo groot. Merkwaardig genoeg lijkt de in mijn ogen centrale vraag, ‘waren klagers vrij om te vertrekken?’, geen wezenlijke rol te spelen. Mogelijk vond het Hof de vraag overbodig vanwege de penibele situatie van het gezin (zie de criteria die het Hof noemt in par. 74 voor het verschil tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsontneming, waarin dit niet voorkomt). In par. 56 bij de beoordeling van de art. 3 EVRM-klacht over de opvang merkt het Hof slechts kort het volgende op: ‘Moreover, the Court cannot ignore the fact that the applicant could only leave the transit zone in the direction of Serbia, and would have therefore forfeited the examination of his asylum claim in Hungary (...) It reiterates that while at the Rözke transit zone, he was fully dependent on the Hungarian authorities for his most basic human needs and was under their control.’ Verder komt dit alleen nog terug in de *dissenting opinion* van Mourou-Vikström die het niet eens is met het oordeel van de meerderheid over schending van art. 5 lid 1 en 4 EVRM omdat klagers niet onvrijwillig in de transitzone zouden verblijven.

Anders dan in *Ilias en Ahmed* kent het Hof *in casu* geen doorslaggevende betekenis toe aan de massale instroom waarmee Hongarije te kampen had (par. 88). Het is geen vrijbrief voor arbitraire detentie die niet is gebaseerd op een formele beslissing en een individuele beoordeling (par. 90-91).

Ook art. 5 lid 4 EVRM is geschonden vanwege de onmogelijkheid om in beroep te gaan bij een rechterlijke instantie.

3. Een ander verschil met het oordeel van het Hof in de zaak *Ilias en Ahmed* is dat de Grote Kamer in die zaak oordeelde dat de omstandigheden in de transitzone niet zodanig problematisch waren – mede vanwege de relatief korte duur van het verblijf (23 dagen) dat er sprake was van een schending van art. 3 EVRM.[4] *In casu* concludeert het Hof wel tot een schending van art. 3 EVRM vanwege de erbarmelijke opvangomstandigheden gerelateerd aan de duur. Het Hof maakt hier onderscheid tussen klager 1 (de vader) en klager 2 (de zwangere moeder) en de kinderen, maar komt uiteindelijk in beide gevallen tot een schending.

Klager 1 had in totaal drie keer asiel verzocht in Hongarije en was daarom een zogenoemde veelaanvrager. Het Hof oordeelt dat Hongarije bij veelaanvragers in principe bevoegd is de materiële opvangvoorzieningen van de aanvrager te beperken of zelfs af te nemen (par. 54) en verwijst daarbij naar art. 20(1)(c) van de Opvangrichtlijn (2013/33/EU: Ori), maar met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel (art. 20(5) Ori). De schending van art. 3 EVRM zit in zijn geval met name in de duur van het verblijf (bijna 4 maanden), zijn afhankelijke positie en de gebrekkige voedselvoorziening (par. 53-57).

Bij klager 2 en de kinderen (7 jaar, 6 jaar en 7 maanden oud) heeft hun kwetsbare positie de doorslag gegeven (par. 58-65). Er hadden extra maatregelen moeten worden getroffen om daarmee rekening te houden. Daarvan was geen sprake. Het Hof noemt de slechte hitteomstandigheden in de container van 13 m<sup>2</sup> en het ontbreken van adequate voorzieningen voor kinderen. De medische voorzieningen waren redelijk maar er was geen psychische ondersteuning voor getraumatiseerde asielzoekers, zoals de moeder, en medische behandeling waaronder gynaecologisch onderzoek vond plaats in aanwezigheid van mannelijke politieagenten *which must have caused a degree of discomfort* (par. 62). Het verlaten van de container voor medische bezoeken was alleen mogelijk onder bewaking. Deze strenge toezichtmaatregelen kunnen tot gevolg hebben gehad dat de kinderen getraumatiseerd raakten en dat hun beeld van hun ouders werd verstoord (par. 63). Ook de lange duur van de omstandigheden weegt het Hof mee (par. 64).

Moeten we hieruit begrijpen dat alleen onder de ernstigste omstandigheden en bij grote kwetsbaarheid opvang in de transitzone een schending van art. 3 EVRM oplevert? Ik meen dat de uitspraak iets meer ruimte biedt, vooral ook omdat zowel ten aanzien van klager 1 als klager 2 een schending is aangenomen. Bij een slechte voedselvoorziening, ongezonde temperaturen, beperkte medische voorzieningen en een lange duur is het opletten en is een succesvolle klacht over schending van art. 3 EVRM in mijn ogen waarschijnlijk en niet alleen als er sprake is van specifieke kwetsbaarheid, al heeft het Hof de zaak wel sterk geïndividualiseerd met een zogenoemde waslijstredenering.

4. In par. 28 onder het relevant *legal framework* noemt het EHRM de uitspraak van zijn Luxemburgse collega van een paar maanden eerder, maar in de overwegingen verwijst het daar op geen enkele wijze naar. Toch kan ik me niet voorstellen dat het EHRM die uitspraak geheel heeft genegeerd. Ik meen daarom dat het niet enkel de individuele omstandigheden van R.R e.a. zijn die het verschil met de zaak Ilias en Ahmed verklaren maar dat we hier een strengere lijn kunnen waarnemen ten aanzien van de voorwaarden waaronder en de duur waarvoor grensdetentie mag worden toegepast.

Wat was de kwestie die leidde tot de inbreukprocedure door de Europese Commissie? De Commissie klaagde bij het Hof van Justitie van de EU dat Hongarije in strijd handelt met zijn verplichtingen onder de Procedurerichtlijn (2013/32 EU), de Opvangrichtlijn (2013/33/EU) en de Terugkeerrichtlijn (2008/115/EC), in samenhang met verplichtingen op grond van het Grondrechtenhandvest. In de eerste plaats door van asielzoekers te eisen dat zij hun asiolverzoek exclusief indienen in een van de transitzones, waar Hongarije slechts een klein aantal personen toelaat. In de tweede plaats omdat het de speciale grensprocedure als een algemene regel toepast waarin het de door de Procedurerichtlijn vereiste veiligheidswaarborgen buiten toepassing laat. Ten derde omdat het die exceptionele

procedure toepast op alle asielzoekers boven de 14 jaar, zodat sprake is van onder meer detentie van minderjarigen en de garanties van de Opvangrichtlijn niet in acht worden genomen. Ten vierde omdat het derdelanders die onrechtmatig in Hongarije verblijven over de grens zet zonder de Terugkeerrichtlijn in acht te nemen. En tot slot door de Procedurerichtlijn niet om te zetten in het nationale recht en in dat recht bepalingen op te nemen die afwijken van de algemene regel van schorsende werking van beroepen anders dan situaties waarin dat is toegestaan op grond van art. 46(6) van de Procedurerichtlijn.

Het HvJEU stelt de Commissie op alle punten in het gelijk. De uitspraak is een uitvoeriger beschrijving en een eigen annotatie waard. Ik zal er hier echter niet verder op ingaan omdat ik uitsluitend het punt wilde maken dat ik het onwaarschijnlijk acht dat het EHRM zich niet mede door deze uitspraak heeft laten inspireren, zodat ik het ook onwaarschijnlijk acht dat de uitspraak in R.R. t. Hongarije een eendagsvlieg is vanwege van de specifieke bijzonderheden van het geval. Hongarije moet gewoon aan de slag en zorgdragen voor een betere opvang en asielprocedure. Zolang daarvan geen sprake is, acht ik het terecht dat asielzoekers voor wie Hongarije op grond van de Dublinverdelingsregels verantwoordelijk is, niet naar Hongarije kunnen worden teruggestuurd.[5] Overigens zal het Hof zich binnenkort opnieuw in een inbreukprocedure van de Commissie tegen Hongarije moeten uitspreken in de zaak C-821/19 met conclusie van AG A. Rantos van 25 februari 2021. Dit betreft een verzoek van de Commissie aan het Hof om vast te stellen dat Hongarije in strijd met de Procedurerichtlijn handelt door een extra grond voor niet-ontvankelijkheid van verzoeken om internationale bescherming toe te passen. En dat het eveneens in strijd is met de Procedurerichtlijn om het verlenen van hulp en bijstand aan personen die niet voldoen aan de in het nationale recht vastgestelde criteria voor internationale bescherming strafbaar te stellen en beperkende maatregelen te treffen ten aanzien van personen die voor dat strafbare feit worden vervolgd of daarvoor zijn veroordeeld.

5. Intussen wordt door de Europese Commissie gewerkt aan een Migratiepact met daarin als prominent onderdeel een nieuwe richtlijn voor grensprocedures.[6] De huidige grensprocedure, waarbij de asielzoeker feitelijk wel op het grondgebied verblijft aan de grens of in een transitzone, maar hem in afwachting van de behandeling van zijn asielverzoek de toegang is ontzegd, is in principe beperkt tot niet-ontvankelijke en kennelijk ongegronde asielverzoeken (respectievelijk art. 33 en 31 lid 8 Procedurerichtlijn). Ook bij een massale instroom mag de grensprocedure worden toegepast (art. 43 lid 3 Procedurerichtlijn). Het al dan niet toepassen van de grensprocedure staat de lidstaten vrij. De procedure duurt in principe maximaal vier weken. Volgens de voorstellen van de Europese Commissie zal de mogelijkheid om grensprocedures toe te passen worden uitgebreid en in drie gevallen zelfs verplicht (art. 41 voorstel Asielprocedureverordening[7]): als de asielzoeker een gevaar is voor

de nationale veiligheid of openbare orde, bij misleiding van de autoriteiten tijdens de screeningprocedure of als een asielzoeker afkomstig is uit een land met een gemiddeld erkenningspercentage onder de 20%.[8] Het is bizar maar Dublinafwijzingen tellen mee in het erkenningspercentage. Naast deze gronden kunnen grenslidstaten in alle gevallen waarin een versnelde procedure is toegestaan, de grensprocedure toepassen. Denk bijvoorbeeld aan het veilig derde land-concept, dat Griekenland toepast op de meeste asielzoekers die vanuit Turkije binnen reizen.

De termijn waaronder grensdetentie mogelijk wordt, zal worden uitgebreid van 4 naar max 12 weken en bij afwijzing van het asielverzoek kan deze worden gevolgd door de eveneens gesloten terugkeergrensprocedure. Het is al schokkend dat de Europese Commissie een grensprocedure met een duur van 12 weken als normaal beschouwt. Nog schokkender is dat volgens het voorstel in een situatie van crisis of force majeure op grond van de voorgestelde gelijknamige verordening[9] die termijn kan worden verlengd en dat in die situatie de grensprocedure mag worden toegepast bij een erkenningspercentage van maximaal 75%. Op grond van art. 8 lid 1 sub d van het voorstel tot herziening van de Opvangrichtlijn [10] mogen asielzoekers tijdens de grensprocedure worden gedetineerd in afwachting van de beslissing op hun asielverzoek ter voorkoming van binnenkomst. En dit geldt ook voor minderjarigen ouder dan 12 jaar.

Het lijkt tegenstrijdig, een Europese Commissie die aan de ene kant een inbreukprocedure tegen Hongarije begint en wint vanwege de onacceptabele grensprocedure aldaar en die anderzijds voor de EU als geheel meer mogelijkheden voorstelt voor toepassing van de grensprocedure ook voor kinderen boven de 12. Al is het natuurlijk wel zo dat Hongarije het uitzonderlijk bont maakt en misschien moeten we de plannen van de Commissie zoals verwoord in het Migratiepact evenals de inbreukprocedure begrijpen als een poging van de Commissie om de onvermijdelijke opkomst van grensprocedures tenminste aan minimumwaarborgen te koppelen, maar ik vind dat de Commissie dan wel een kronkelige weg bewandelt. De transitzone in Hongarije voldoet op geen enkele manier aan de normen van de asielrichtlijnen die allemaal nog van kracht blijven, zoals de omstandigheden in de Opvangrichtlijn en de waarborgen van de Procedurerichtlijn, inclusief recht op beroep.

6. Terug naar *R.R. e.a. t. Hongarije*. Het betreft in mijn ogen niet slechts een witte raaf maar een belangrijke uitspraak die *Ilias en Ahmed* op losse schroeven zet. Jammer alleen dat het een Kameruitspraak is terwijl *Ilias en Ahmed* een uitspraak van de Grote Kamer betrof. De zaak *R.R.* is niet verwezen naar de Grote Kamer en dus definitief. Het verschil tussen de uitspraken in *R.R. e.a.* en *Ilias en Ahmed* kan uiteraard ook zijn oorzaak vinden in de kamersamenstelling en interne onenigheid tussen de rechters van het EHRM. In *Ilias en Ahmed* oordeelde de Grote Kamer anders dan de zevenkoppige kamer en waren er twee dissenters: Bianku en Vučinić. De

zevenkoppige kamer van *R.R. e.a.* bestond uit de rechters Grozev, Lubarda, Ranzoni, Mourou-Vikström, Ravarani, Schukking en Paczolay, met als enige dissenter Mourou-Vikström. We zullen moeten afwachten hoe de jurisprudentie zich binnen het EHRM verder ontwikkelt, maar het valt te hopen dat de ingezette lijn richtinggevend is. Die houdt in dat langdurig verblijf in een transitzone zonder individuele beoordeling en formele beslissing in strijd is met art. 5 lid 1 en 4 EVRM; dat het vasthouden van asielzoekers onder onmenselijke omstandigheden in strijd is met art. 3 EVRM en dat er extra eisen aan die opvang worden gesteld als het om kwetsbare personen gaat.

7. Naar aanleiding van het HvJEU-arrest heeft Hongarije de transitzone-procedure opgeheven, en kunnen asielzoekers nu alleen nog bij ambassades asiel aanvragen, als het daar al lukt. Het resultaat tot nu is dus dat het recht op asiel in Hongarije nog meer illusoir is geworden. Van een geharmoniseerd Europees asielrecht kan alleen sprake zijn als de lidstaten overeengekomen regels naleven. Het Migratiepact biedt daar vooralsnog geen enkele garantie voor.

Ashley Terlouw

[1] *Ilias & Ahmed t. Hongarije*, EHRM(GK) 21 november 2019, nr. 47287/15, ECLICE:ECHR:2019:1121JUDO04728715 en *Z.A. e.a. t. Rusland*, EHRM (GK) 21 november 2019, nrs. 61411/15, 61420/15, 61427/15 en 3028/16, ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUDO06141115. Combinoot «EHRC Updates», m.nt. A. Terlouw: 'De dubbele fictie bij verblijf in de transitzone'.

[2] COJEU 17 december 2020.

[3] De gewone kamer van 7 rechters had wel geoordeeld dat er de factor sprake was van 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.

[4] Het Hof had wel een schending van art. 3 EVRM aangenomen in *Ilias en Ahmed* maar dat betrof indirect refoulement door terugzending naar Servië en niet de opvangomstandigheden.

[5] Zie <https://asylumineurope.org/reports/country/hungary/asylum-procedure/procedures/dublin/> inzake de beperkingen die worden gesteld aan Dublintransfers

naar Hongarije.

[6] Zie over het migratiepact onder meer Dickson e.a., 'Nieuw pact of opnieuw verpakt?' *A&MR* 2021-1, p. 35 – 44, m.n. p. 39. Voor uitvoerige commentaren op de grensprocedures zie de site van prof. Thym: <https://eumigrationlawblog.eu/border-procedure-efficient-examination-or-restricted-access-to-protection/>

[7] Asielprocedureverordening III, voorstel COM/2020/611 final.

[8] Hierop bestaat dan wel weer een aantal uitzonderingen, bijvoorbeeld als de situatie in het land recent drastisch is gewijzigd of als de asielzoeker behoort tot een specifieke groep voor wie het lage percentage niet representatief is. Ook voor alleenstaande minderjarigen en kinderen onder de 12 in een gezinssituatie of andere kwetsbare personen wordt een uitzondering gemaakt. Zie hierover uitvoerig Myrthe Wijnkoop, 'Begrensdde mogelijkheden; het EU Pact Migratie en Asiel en het voorstel over grensprocedures nader bezien', *JVNR* maart 2021, nr. 1 p. 37-49.

[9] COM(2020)613.

[10x] COM(2016) 465.