

# Vasthouding van personen met een mogelijke nood aan internationale bescherming als uitzonderingsmaatregel na de wet van 21 november 2017

— Marjan Claes\*

## 1\_ Inleiding

Met de wet van 21 november 2017<sup>1</sup> werden de Opvang<sup>2</sup>- en de Procedurerichtlijn<sup>3</sup> omgezet in de Vreemdelingenwet voor wat betreft de vasthouding van verzoekers om internationale bescherming. In het eerste deel van dit artikel worden deze wijzigingen onder de loep genomen voor wat betreft de vasthouding van verzoekers aan de grens in toepassing van artikel 74/5 van de Vreemdelingenwet, van verzoekers op het grondgebied in toepassing van artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet en van verzoekers tijdens de Dublinprocedure in toepassing van artikel 51/5 van de Vreemdelingenwet. De wijzigingen worden specifiek geduid in het licht van de Opvang- en de Procedurerichtlijn, evenals van relevante mensenrechtelijke principes inzake detentie.

De Vreemdelingenwet gaat voortaan uit van het internationaalrechtelijk erkende principe dat een verzoeker om internationale bescherming niet wordt vastgehouden en bevestigt hiermee het uitzonderlijk karakter van detentie. Tegelijkertijd wordt in verschillende landen vastgesteld dat detentie in migratierechtelijke context eerder routine dan uitzondering is. Sommige lidstaten zien detentie als een manier voor ontrading van migratie naar of het verzoeken om internationale bescherming op hun grondgebied. Dit beleid is in strijd met het internationaal recht dat het recht op asiel waarborgt en vereist dat personen

met nood aan internationale bescherming op een menswaardige en respectvolle manier behandeld worden<sup>4</sup>.

De centrale vraag in dit artikel is dan ook of migratiedetentie in de praktijk op Belgisch niveau werkelijk een uitzonderlijke maatregel is en of, en in welke mate, er een risico op willekeurige detentie bestaat. Hiertoe worden specifiek drie gevallen geanalyseerd, namelijk de vasthouding van verzoekers om internationale bescherming aan de grens, de voortgezette vasthouding van verzoekers op het grondgebied na toelating tot binnenkomst in het Rijk evenals de problematiek van 'migranten in transit' in het kader van de Dublin III-Verordening en de Terugkeerrichtlijn. In elk van deze gevallen worden de wijzigingen in de Vreemdelingenwet gekoppeld aan vaststellingen uit de praktijk met een daaropvolgende juridische analyse.

## 2\_ De vasthouding van verzoekers om internationale bescherming: wetgevend kader

### A. Vasthouding van verzoekers aan de grens

#### 1. Vasthoudingsgrond: artikel 74/5 Vreemdelingenwet

Met de wet van 21 november 2017 wordt artikel 8, lid 3, c) van de Opvangrichtlijn omgezet in artikel 74/5 van de Vreemdelingenwet. Het nieuwe artikel 74/5, § 1, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet bepaalt dat een verzoeker om internationale bescherming in afwachting van de machtiging om in het Rijk toegelaten te worden of van zijn terugdriving van het grondgebied mag worden vastgehouden in een welbepaalde plaats gesitueerd in het grensgebied<sup>5</sup> als hij het Rijk tracht binnen te

\* De auteur is juriste bij NANSEN. Dit artikel volgt op het reeds gepubliceerde artikel M. CLAES, "Detentie van asielzoekers: de Belgische praktijk", *T.Vreemd.* 2017, 25-39. Hierin werd het algemeen detentiekader, voorzien in internationaal en regionaal recht van toepassing op verzoekers om internationale bescherming, besproken. Dit kader zal dus niet afzonderlijk worden besproken in dit artikel; het komt wel specifiek aan bod bij de juridische analyse van de praktijkgevallen inzake detentie in België.

<sup>1</sup> Wet van 21 november 2017 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *BS* 12 maart 2018, 2017032079.

<sup>2</sup> 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), *Pb.L.* 29 juni 2013, afl. 180, 96-116.

<sup>3</sup> Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking), *Pb.L.* 29 juni 2013, afl. 180, 60-95.

<sup>4</sup> UNHCR, *Beyond Detention. A Global Strategy to support governments to end the detention of asylum-seekers and refugees*, 2014, 5, beschikbaar op [www.unhcr.org/53aa929f6.pdf](http://www.unhcr.org/53aa929f6.pdf).

<sup>5</sup> Het Transitcentrum Caricole is een welbepaalde plaats gesitueerd in het grensgebied, KB 17 februari 2012, *BS* 15 maart 2012. Overeenkomstig art. 74/5, § 2 Vreemdelingenwet kunnen bij KB "In het Rijk" andere plaatsen worden aangeduid waar een vreemdeling kan worden opgesloten die gelijkgesteld zijn met een plaats gesitueerd in het grensgebied zoals bedoeld in art. 74/5, § 1. Het gaat om het repatriërscentrum 127bis en de centra voor ille-



komen zonder te voldoen aan de in artikelen 2 en 3 van de Vreemdelingenwet gestelde binnenkomstvoorwaarden<sup>6</sup> en een verzoek om internationale bescherming indient aan de grens<sup>7</sup>.

“Vanaf het moment dat een persoon een verzoek om internationale bescherming indient aan de grens valt hij onder het toepassingsgebied van de Procedure- en de Opvangrichtlijn.”

Het verzoek om internationale bescherming dient overeenkomstig artikel 50 van de Vreemdelingenwet onverwijld te worden ingediend bij de met grenscontrole belaste overheden op het ogenblik dat deze nadere toelichting vragen over het motief om naar België

te reizen. Vanaf het moment dat een persoon een verzoek om internationale bescherming indient aan de grens valt hij onder het toepassingsgebied van de Procedure- en de Opvangrichtlijn.

Het uitgangspunt van zowel de Procedure<sup>8</sup>- als de Opvangrichtlijn<sup>9</sup> is dat een persoon niet kan worden vastgehouden om de enkele reden dat hij om internationale bescherming heeft verzocht overeenkomstig het niet-strafbaarheidsprincipe vervat in artikel 31 van het Vluchtelingenverdrag<sup>10</sup>. Artikel 74/5, § 1, lid 2 van de Vreemdelingenwet herneemt dit principe<sup>11</sup>. Arti-

kel 8, lid 3 van de Opvangrichtlijn voorziet een exhaustieve lijst van zes gronden waarop een vasthouding kan worden gerechtvaardigd. Een van deze vasthoudingsgronden is om in het kader van een procedure een beslissing te nemen over het recht van de verzoeker om het grondgebied te betreden. Gezien vasthouding een inmenging betreft op het door artikel 6 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: “Handvest”) en artikel 5 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: “EVRM”) gewaarborgde recht op vrijheid, worden deze gronden overeenkomstig de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: “EHRM”) restrictief geïnterpreteerd en dient de toepassing ervan beperkt te blijven tot het strikt noodzakelijke<sup>12,13</sup>. Elk van deze gronden beantwoordt aan een specifieke behoefte en is naar zijn aard autonoom<sup>14</sup>. In het kader van de Opvangrichtlijn is vasthouding een bijzonder drastische maatregel die alleen mag worden genomen binnen een strikt kader<sup>15</sup> en onder zeer duidelijk omschreven uitzonderlijke voorwaarden<sup>16</sup>. Hiermee wordt in EU-recht een vermoeden tegen detentie van verzoekers en dus het uitzonderlijk karakter van detentie uitgedrukt, zoals gewaarborgd door internationaal recht en de mensenrechtelijke verdragen<sup>17</sup>. Artikel 8, lid 2 van de Opvangrichtlijn schrijft voor dat enkel tot vasthouding kan worden overgegaan in de gevallen waarin zulks nodig blijkt en op grond van een individuele beoordeling van elk geval, wanneer andere, minder dwingende maatregelen niet effectief kunnen worden toegepast. Overweging 20 van de Opvangrichtlijn benadrukt dat om de fysieke en de psychische integriteit van de verzoekers beter te waarborgen, hun vasthouding een maatregel is die pas in laatste instantie kan worden genomen en alleen wanneer alle niet-vrijheidsberovende maatregelen als alternatief naar behoren zijn onderzocht. Alternatieven voor detentie moeten overeenkomstig artikel 8, lid 4 van de Opvangrichtlijn vastgelegd zijn in nationale wetgeving. Artikel 9 van de Opvangrichtlijn garandeert daarnaast belangrijke procedurele en gerechtelijke waarborgen inzake vasthouding, zoals het recht op informatie en het recht op rechterlijk toezicht<sup>18</sup>.

Het strikt detentiekader, voorzien door artikel 8 van de Opvangrichtlijn, wordt niet overgenomen in artikel 74/5 van de Vreemdelingenwet. Dit artikel onderwerpt de vasthouding van verzoekers aan de grens niet aan de principes van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. De memorie van toelichting bij de wet van 21 november 2017 biedt hiervoor een verklaring: “Artikel 8, lid 2 van Richtlijn 2013/33/EU bepaalt: ‘In de gevallen waarin zulks nodig blijkt en op

galen te Brugge, Merksplas en Vottem. De vreemdeling die zich in een plaats gesitueerd in het grensgebied bevindt, wordt niet beschouwd als zijnde gemachtigd het Rijk binnen te komen maar bevindt zich wel op Belgisch grondgebied. Zie L. DENYS, *Overzicht van het Vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 835-839. Volgens het EHRM houdt de niet-toelating tot het grondgebied en de vasthouding in een aan de grens gelegen plaats een juridische fictie in. Feitelijk gezien zijn deze verzoekers om internationale bescherming aanwezig op het Belgisch grondgebied en oefent de Belgische Staat volledige rechtsmacht over hen uit. De Belgische Staat is m.a.w. verplicht hun mensenrechten, zoals het recht op vrijheid, te waarborgen en te respecteren (EHRM 25 juni 1996, nr. 19776/92, *Amuur/Frankrijk*).

<sup>6</sup> Deze bepalingen vormen een toepassing van art. 6 en 13 van de Verordening (EU) 2016/399 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende een Uniecode voor de overschrijding van de grenzen door personen (hierna: “Schengengrenscodel”).

<sup>7</sup> Het betreft een buitengrens gedefinieerd als volgt in art. 2.2 van de Schengengrenscodel: “de landgrenzen, met inbegrip van de rivier- en meergrenzen, de zeegrenzen alsmede de lucht-, rivier-, zee- en meerhavens van de lidstaten, voor zover zij geen binnen-grenzen zijn”.

<sup>8</sup> Art. 26, lid 1 Procedurerichtlijn.

<sup>9</sup> Art. 8, lid 1 Opvangrichtlijn.

<sup>10</sup> Overweging 15 Opvangrichtlijn.

<sup>11</sup> De Memorie van Toelichting bij de wet van 21 november 2017 stelt bijkomend dat het loutere feit van het indienen van een verzoek om internationale bescherming aan de grens op zich evenmin als automatisch gevolg heeft dat de binnenkomstvoorwaarden tot het grondgebied van de Schengengrenscodel niet voldaan zijn. MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 150.

<sup>12</sup> HvJ 15 februari 2016, C-601/15, *J.N.*, ECLI:EU:C:2016:56.

<sup>13</sup> EHRM 15 december 2016, nr. 16483/12, *Khlaifia e.a./Italië*, § 88.

<sup>14</sup> HvJ 14 september 2017, C-18/16, *K.*, ECLI:EU:C:2017:680, § 42.

<sup>15</sup> Conclusie advocaat-generaal E. SHARPSTON bij arrest HvJ 14 september 2017, C-18/16, *K.*, ECLI:EU:C:2017:680, § 70.

<sup>16</sup> Conclusie advocaat-generaal E. SHARPSTON bij arrest HvJ 14 september 2017, C-18/16, *K.*, ECLI:EU:C:2017:680, § 53.

<sup>17</sup> ECRE, *Information note on Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)*, juli 2015, 14, beschikbaar op [www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information\\_Note\\_Reception-2015.pdf](http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information_Note_Reception-2015.pdf).

<sup>18</sup> HvJ 14 september 2017, C-18/16, *K.*, ECLI:EU:C:2017:680, § 45.

grond van een individuele beoordeling van elk geval, mogen lidstaten een verzoeker in bewaring houden wanneer andere, minder dwingende maatregelen niet effectief kunnen worden toegepast.<sup>19</sup> De toepassing van de in artikel 57/6/4 bepaalde grensprocedure is in alle gevallen gekoppeld aan een vrijheidsberovende maatregel aan de grens. De individuele beoordeling die plaatsvindt bij het toepassen van de grensprocedure vindt plaats in het licht van het belang van effectieve grensbewaking. De grensbewaking is immers alleen effectief wanneer hierbij een vrijheidsberovende maatregel wordt opgelegd. Het automatisch opheffen van de vasthoudingsmaatregel bij een verzoek om internationale bescherming aan de grens zou de grensbewaking van elk effect beroven<sup>19</sup>.

Hieruit volgt dat de individuele beoordeling vereist door artikel 8, lid 2 van de Opvangrichtlijn beperkt is tot de vaststelling dat detentie noodzakelijk is om een effectieve grensbewaking te waarborgen. De grensbewaking zou alleen effectief zijn wanneer de grensprocedure in alle gevallen gekoppeld wordt aan een vrijheidsberovende maatregel. Dit betekent dat categoriaal beslist wordt dat elke verzoeker aan de grens die niet voldoet aan de binnenkomstvoorwaarden, zal worden opgesloten<sup>20</sup>. De staatssecretaris voor Asiel en Migratie benadrukte daarnaast tijdens de parlementaire voorbereidingen van de wet van 21 november 2017 dat minder dwingende maatregelen aan de grens onmogelijk zijn omdat ze een toegang tot het grondgebied zouden inhouden<sup>21</sup>.

## 2. Duur van de vasthouding

Artikel 74/5, § 3 van de Vreemdelingenwet bepaalt een maximumdetentiermijn van twee maanden voor de behandeling van het verzoek om internationale bescherming. Deze termijn wordt van rechtswege opgeschort gedurende de aangewende termijn om een verzoekschrift in te dienen bij de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (hierna: "RvV") tegen een beslissing van het Commissariaat-generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen (hierna: "CGVS"). Als het verzoek om internationale bescherming definitief geweigerd is, kan de vasthouding worden verlengd met twee maanden om de terugdrijving te realiseren in toepassing van het verdrag inzake de internationale burgerlijke luchtvaart of het 'Verdrag van Chicago'<sup>22</sup>. De totale

duur van de vasthouding mag vijf maanden niet te boven gaan, behalve in gevallen waarin dit noodzakelijk is voor de bescherming van de openbare orde of de nationale veiligheid, dan kan de vasthouding oplopen tot acht maanden

De Opvangrichtlijn voorziet niet in specifieke maximumdetentiermijnen. In toepassing van artikel 9, lid 1 van de Opvangrichtlijn dient de vasthouding zo kort mogelijk te zijn. Tevens kan de verzoeker slechts worden vastgehouden zolang de in artikel 8, lid 3 van de Opvangrichtlijn genoemde redenen van toepassing zijn<sup>23</sup>.

## 3. De vasthouding gekoppeld aan de grensprocedure

"Detentie van verzoekers aan de grens is overeenkomstig de Opvangrichtlijn enkel gerechtvaardigd zolang de grensprocedure loopt."

Artikel 8, lid 3, c) van de Opvangrichtlijn bepaalt dat een verzoeker kan worden vastgehouden "om in het kader van een procedure een beslissing te nemen over het recht van de verzoeker om het grondgebied te

betreden". Detentie van verzoekers aan de grens is overeenkomstig de Opvangrichtlijn bijgevolg enkel gerechtvaardigd zolang de grensprocedure loopt.

Artikel 57/6/4 van de Vreemdelingenwet voert de grensprocedure in Belgisch recht in ter omzetting van artikel 43 van de Procedurerichtlijn dat lidstaten toestaat procedures in te voeren om aan de grens of in transitzones een beslissing te nemen over de ontvankelijkheid of over de inhoud van een verzoek. Het verzoek om internationale bescherming zal worden behandeld bij voorrang<sup>24</sup>. Het CGVS moet binnen een termijn van maximum vier weken een beslissing nemen. De beroepstermijn tegen een weigeringsbeslissing van het CGVS bedraagt 10 kalenderdagen.

Het al dan niet toepassen van de grensprocedure, vervat in artikel 57/6/4 van de Vreemdelingenwet met daaraan gekoppeld een vasthouding op basis van artikel 74/5, § 1, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet, is gebonden aan specifieke voorwaarden:

- de verzoeker voldoet niet aan de binnenkomstvoorwaarden voorzien in de artikelen 2 en 3 van de Vreemdelingenwet;
- het verzoek is niet ontvankelijk op basis van artikel 57/6, § 3 van de Vreemdelingenwet of het verzoek kan ten gronde worden behandeld in de gevallen voorzien door artikel 57/6/1 van de Vreemdelingenwet via de versnelde procedure;

op <https://nansen-refugee.be/nl/2013/07/07/bchv-verdrag-van-chicago-toepassing-op-asielzoekers-aan-de-grens>.

<sup>23</sup> HvJ 14 september 2017, C-18/16, K., ECLI:EU:C:2017:680, § 45.

<sup>24</sup> Art. 57/6, § 2 Vreemdelingenwet.

<sup>19</sup> MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 150.

<sup>20</sup> L. DENYS, *Overzicht van het Vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 836.

<sup>21</sup> L. DENYS, *Overzicht van het Vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 837 en Kamer 2016-17, 2548/2, 41.

<sup>22</sup> Verdrag van Chicago van 7 december 1944 betreffende de internationale burgerlijke luchtvaart, goedgekeurd bij wet van 30 april 1947, BS 2 december 1948. Dit verdrag bepaalt dat de vervoerder die de verzoeker om internationale bescherming zonder de nodige documentatie vervoerd heeft, aansprakelijk gesteld wordt voor de kosten van verblijf in het gesloten centrum en verplicht wordt de afgewezen verzoeker terug te vervoeren naar het beginpunt van zijn reis. Voor meer informatie, zie BCHV, *Het Verdrag van Chicago, Toepassing op asielzoekers aan de grens*, juli 2013, beschikbaar

- de grensprocedure wordt niet toegepast indien het CGVS van oordeel is dat de verzoeker bijzondere procedurele noden heeft die niet verenigbaar zijn met de toepassing van de grensprocedure, in het bijzonder omwille van foltering, verkrachting of andere ernstige vormen van psychisch, fysiek of seksueel geweld;
- het CGVS neemt een beslissing binnen de vier weken. Het betreft een vervaltermijn waarvan de overschrijding leidt tot de toegang tot het grondgebied voor de verzoeker<sup>25</sup>.

De toepassing van de grensprocedure dient individueel te worden gerechtvaardigd<sup>26</sup>. Zo kan het feit dat een verzoeker valse documenten gebruikte niet automatisch leiden tot toepassing van de grensprocedure. Dit volgt uit overweging 21 van de Procedurerichtlijn: "Zolang de verzoeker gegronde redenen kan aanvoeren, hoeft het ontbreken van documenten bij binnenkomst of het gebruik van vervalste documenten op zich niet te leiden tot automatische toepassing van een grensprocedure of een versnelde procedure", evenals uit artikel 43 van de Procedurerichtlijn dat op exhaustieve wijze het gebruik van de grensprocedure begrenst. In het arrest-*Samba Diouf* stelde het Hof van Justitie inzake de gevallen die een behandeling van het verzoek in versnelde procedure rechtvaardigen, redenen die overeenkomen met deze die de toepassing van de grensprocedure rechtvaardigen, dat deze betrekking hebben op "verzoeken waarbij alles wijst op de ongegrondheid ervan omdat de autoriteiten aan de hand van duidelijke en evidente elementen kunnen beslissen dat de verzoeker geen aanspraak op internationale bescherming kan maken alsmede op frauduleuze of misleidende verzoeken"<sup>27</sup>. Wanneer een verzoeker zich aanbiedt aan de grens in het bezit van een vals paspoort of zonder reisdocumenten, vormt dit niet automatisch een indicatie van de ongegrondheid van het verzoek dat de grensprocedure rechtvaardigt.

De Vreemdelingenwet voorziet geen afzonderlijk rechtsmiddel tegen een beslissing tot toepassing van de grensprocedure. Het Hof van Justitie bevestigde in het arrest-*Samba Diouf* dat geen afzonderlijk beroep moet openstaan tegen de beslissing een verzoek in versnelde procedure te behandelen. Echter, volgens het Hof van Justitie, vereist het beginsel van doeltreffende rechterlijke bescherming wel dat de redenen op grond waarvan de instanties beslissen deze procedure toe te passen aan een doeltreffende rechterlijke toetsing moeten kunnen worden onderworpen in het kader van het beroep dat kan worden ingesteld tegen de definitieve weigeringsbeslissing<sup>28</sup>. Dit betekent dat, in het kader van het beroep ingesteld bij de RvV tegen een weigeringsbeslissing van het CGVS, de redenen waarop het CGVS besliste de grensprocedure toe te passen, aan rechterlijke toetsing moeten kunnen worden onderworpen.

In volgende gevallen is de grensprocedure niet langer van toepassing en moet aan de verzoeker overeenkomstig artikel 74/5, § 4 van de Vreemdelingenwet toegang tot het grondgebied worden verleend:

- de verzoeker wordt erkend als vluchteling of verkrijgt subsidiaire bescherming;
- na het verstrijken van de maximumdetentietermijn van twee maanden voor de behandeling van het verzoek is er geen uitvoerbare maatregel van teruggrijping;
- het CGVS heeft een beslissing tot verder onderzoek genomen omdat het verzoek niet valt onder een van de niet-ontvankelijkheidsgronden zoals voorzien in artikel 57/6, § 3 van de Vreemdelingenwet en de verzoeker niet valt onder een van de gevallen opgesomd in artikel 57/6/1 van de Vreemdelingenwet;
- de verzoeker behoeft bijzondere procedurele noden die onverenigbaar zijn met de grensprocedure<sup>29</sup>;
- het CGVS nam geen beslissing op basis van artikel 57/6/4 van de Vreemdelingenwet over het verzoek om internationale bescherming binnen een termijn van vier weken na ontvangst van het verzoek om internationale bescherming overgezonden door de minister of zijn gemachtigde.

Als het CGVS het verzoek om internationale bescherming op grond van artikel 57/6/4, eerste lid van de Vreemdelingenwet, heeft geweigerd of niet ontvankelijk heeft verklaard, beslist de minister of zijn gemachtigde in toepassing van artikel 52/3, § 2 van de Vreemdelingenwet dat de vreemdeling niet tot binnenkomst in het Rijk wordt toegelaten en wordt teruggedreven. Overeenkomstig het nieuwe artikel 52/3, § 2 van de Vreemdelingenwet wordt de beslissing tot binnenkomstweigering met teruggrijping niet langer afgeleverd op het moment van het indienen van het verzoek om internationale bescherming aan de grens maar uitgesteld tot na de niet-ontvankelijkheids- of weigeringsbeslissing van het CGVS. Tijdens de beroepsprocedure bij de RvV wordt de uitvoerbaarheid ervan opgeschort conform artikel 39/70 van de Vreemdelingenwet. Wanneer de asielpprocedure definitief beëindigd is met een beslissing van weigering tot erkenning van de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus, wordt de beslissing tot binnenkomstweigering met teruggrijping uitvoerbaar. Artikel 39/70, lid 2 van de Vreemdelingenwet bepaalt de gevallen waarin van deze schorsende werking tijdens de beroepsprocedure kan worden afgeweken. Als de verzoeker op het moment van de indiening van zijn verzoek om internationale bescherming reeds het voorwerp uitmaakt van een teruggrijpingsmaatregel, wordt geen nieuwe teruggrijpingsmaatregel afgeleverd maar wordt de uitvoerbaarheid van de reeds gegeven maatregel tijdens de behandeling van het verzoek om internationale bescherming opgeschort tot er een definitieve beslissing over het verzoek is genomen<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 150-151.

<sup>26</sup> G. CORNELISSE, "Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law", *Refugee Survey Quarterly*, 2016, 80.

<sup>27</sup> HvJ 28 juli 2011, C-69/10, *Samba Diouf*, ECLI:EU:C:2011:524, § 31.

<sup>28</sup> HvJ 28 juli 2011, C-69/10, *Samba Diouf*, ECLI:EU:C:2011:524, § 70.

<sup>29</sup> Art. 48/9, § 5 Vreemdelingenwet.

<sup>30</sup> Art. 52/3, § 3 Vreemdelingenwet.

#### 4. Aanvang vierweketermijn

Overeenkomstig artikel 74/5, § 4, 5° van de Vreemdelingenwet wordt toegang tot het grondgebied verleend wanneer het CGVS geen beslissing neemt binnen vier weken nadat het verzoek werd overgezonden door de Dienst Vreemdelingenzaken (hierna: "DVZ") aan het CGVS. De termijn van vier weken loopt dus niet vanaf de indiening van het verzoek om internationale bescherming. Een maximumtermijn waarbinnen het verzoek moet worden overgezonden van de DVZ naar het CGVS is niet wettelijk bepaald.

Aan de basis van artikel 74/5, § 4, 5° van de Vreemdelingenwet ligt artikel 43, lid 2 van de Procedurerichtlijn inzake grensprocedures. Het artikel voorziet dat lidstaten toegang tot het grondgebied verlenen aan een verzoeker waarvoor in het kader van een grensprocedure geen beslissing genomen werd binnen een redelijke termijn met een maximumtermijn van vier weken. Ook al voorziet deze bepaling niet vanaf welk moment deze termijn loopt, volgens experts moet ze in deze zin worden geïnterpreteerd dat de termijn aanvangt op het ogenblik dat een verzoek om internationale bescherming gedaan wordt aan de grens. Deze interpretatie ligt in lijn met de doelstellingen van het gemeenschappelijk asielbeleid van de EU zoals het verzekeren dat een beslissing inzake een verzoek om internationale bescherming zo snel mogelijk genomen wordt<sup>31</sup>.

De door de Vreemdelingenwet bepaalde berekeningswijze lijkt bovendien in strijd met de fundamentele principes die detentie omkaderen teneinde waarborgen te bieden tegen willekeurige detentie zoals onder andere bepaald door het EHRM in het kader van artikel 5 EVRM. Het uitgangspunt is steeds dat maatregelen die voorzien in detentie als beperking van het fundamenteel recht op vrijheid restrictief worden geïnterpreteerd<sup>32</sup>. Detentie is zo kort mogelijk en vertraging in administratieve procedures is geen reden om detentie te laten voortduren, zoals artikel 9, lid 1 van de Opvangrichtlijn overweegt: "Administratieve procedures die verband houden met de in artikel 8, lid 3, genoemde redenen voor bewaring, worden met de nodige zorgvuldigheid uitgevoerd. Vertraging in de administratieve procedure die niet aan de verzoeker kan worden

**"Door het ontbreken van een duidelijke wettelijke bepaling inzake de maximumdetentietermijn, beschermt het nationaal systeem verzoekers niet tegen willekeurige detentie."**

<sup>31</sup> ECRE, *Information Note on Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast)*, december 2014, 48, beschikbaar op [www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information\\_Note\\_Reception-2015.pdf](http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information_Note_Reception-2015.pdf). Zie ook G. CORNELISSE, "Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law", *Refugee Survey Quarterly* 2016, 81.

<sup>32</sup> EHRM 15 december 2016, nr. 16483/12, *Khlaifia e.a./Italië*, § 88.

toegeschreven, is geen reden om de bewaring te laten voortduren." Gezien de vrijheidsberoving een ernstige inmenging is in het recht op vrijheid met een zware menselijke kost dient er rechtszekerheid te worden geboden aan personen in administratieve detentie. Een maximumdetentietermijn dient daarom te worden bepaald in nationale wetgeving<sup>33</sup>. Volgens het EHRM is een maximumdetentietermijn, bepaald door nationale wetgeving, een essentieel onderdeel van het principe van rechtszekerheid dat in het kader van artikel 5 EVRM vereist dat wetgeving die voorziet in detentie precies en voorzienbaar is<sup>34</sup>. Dat de termijn vooropgesteld in artikel 43 van de Procedurerichtlijn een aanvang neemt op het moment dat het CGVS het asioldossier ontvangt van de DVZ, leidt tot rechtsonzekerheid. Dit heeft namelijk tot gevolg dat er geen duidelijke maximale vasthoudingstermijn wettelijk is bepaald gezien de maximumtermijn afhangt van een administratieve handeling van de DVZ. Door het ontbreken van een duidelijke wettelijke bepaling inzake de maximumdetentietermijn, beschermt het nationaal systeem verzoekers niet tegen willekeurige detentie<sup>35</sup>. Naar analogie kan worden gewezen op een recente uitspraak van het Hof van Justitie waarbij het Hof concludeert dat het bepalen of een erkend vluchteling als minderjarige of als meerderjarige beschouwd wordt in het kader van het recht op gezinshereniging niet afhankelijk gemaakt mag worden van het handelen van de overheid. Dit zou afbreuk doen aan de nuttige werking en het doel van de toepasselijke richtlijn en aan de beginselen van gelijke behandeling en rechtszekerheid. Daarom is het tijdstip van aankomst op het grondgebied en van indiening van het verzoek om internationale bescherming bepalend en niet de beslissing tot erkenning als vluchteling<sup>36</sup>.

#### B. Vasthouding van verzoekers op het grondgebied

##### 1. Vasthoudingsgrond: artikel 74/6 Vreemdelingenwet

In artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet wordt artikel 8, lid 3, a), b), d) en e) van de Opvangrichtlijn omgezet. Artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet bepaalt de omstandigheden waarin een verzoeker op het grondgebied mag worden vastgehouden. Het is van toepassing zowel op verzoekers die op het grondgebied om internationale bescherming hebben verzocht, als op verzoekers die initieel aan de grens een verzoek hebben ingediend en op grond van artikel 74/5, § 4 van de Vreemdelingenwet toegelaten werden tot het grondgebied<sup>37</sup>. In het licht van

<sup>33</sup> UN Working Group on Arbitrary Detention, *Revised Deliberation No. 5 on deprivation of liberty of migrants*, 7 februari 2018, 4.

<sup>34</sup> EHRM & FRA, *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, 2015, 161.

<sup>35</sup> EHRM 22 september 2009, nr. 30471/08, *Abdolkhani et Karimnia/Turkije*, § 135.

<sup>36</sup> HvJ 12 april 2018, C-550/16, A., S., ECLI:EU:C:2018:248.

<sup>37</sup> MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 151.



het arrest-*Kadzoev*<sup>38</sup> van het Hof van Justitie werd het artikel opgesplitst in twee paragrafen: de eerste paragraaf is van toepassing op verzoekers die het recht hebben om gedurende de behandeling van hun verzoek om internationale bescherming op het grondgebied te verblijven in toepassing van de Procedurerichtlijn en de tweede paragraaf is van toepassing op afgewezen verzoekers die onder het toepassingsgebied van de Terugkeerrichtlijn vallen en ten aanzien van wie een uitvoerbare maatregel tot verwijdering werd genomen<sup>39</sup>.

Artikel 74/6, § 1, eerste lid van de Vreemdelingenwet voorziet eerst de uitzondering van detentie en benadrukt pas in het tweede lid het fundamenteel principe dat geen vreemdeling mag worden vastgehouden om de enkele reden dat hij een verzoek om internationale bescherming deed. In tegenstelling tot het artikel 74/5 van de Vreemdelingenwet werden de strikte voorwaarden voor vasthouding, opgenomen in artikel 8, lid 2 van de Opvangrichtlijn, wel omgezet in artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet. Artikel 74/6, § 1, eerste lid van de Vreemdelingenwet bepaalt dat vasthouding van verzoekers kan indien het op basis van een individuele beoordeling nodig blijkt en er geen andere, minder dwingende maatregelen effectief kunnen worden toegepast. De Vreemdelingenwet verwijst enkel naar de mogelijkheid een verblijfplaats aan te wijzen wat de meest restrictieve van de minder dwingende maatregelen is<sup>40</sup>. Daarnaast bepaalt artikel 74/6, § 1, laatste lid van de Vreemdelingenwet dat andere minder dwingende maatregelen voorzien zullen worden bij koninklijk besluit. Tot op heden werden er geen minder dwingende maatregelen bij koninklijk besluit bepaald.

Artikel 8, lid 3 van de Opvangrichtlijn bevat een exhaustieve lijst van zes vasthoudingsgronden voor verzoekers om internationale bescherming waarvan er vier in artikel 74/6, § 1 van de Vreemdelingenwet worden omgezet:

- om de identiteit of nationaliteit van de verzoeker vast te stellen of na te gaan;
- om de gegevens te verkrijgen die ten grondslag liggen aan het verzoek om internationale bescherming en die niet zouden kunnen worden verkregen als de verzoeker niet vastgehouden zou worden, met name in geval van risico op onderduiken van de verzoeker;
- wanneer de verzoeker ter voorbereiding van de terugkeer en/of ter uitvoering van het verwijderingsproces wordt vastgehouden, en er kan worden aangetoond op basis van objectieve criteria, zoals het feit dat de verzoeker reeds de mogelijkheid van toegang tot de asielprocedure heeft gehad, er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat de betrokkene het verzoek om inter-

nationale bescherming louter heeft ingediend om de uitvoering van het terugkeerbesluit uit te stellen of te vrijdelen;

- wanneer de bescherming van de nationale veiligheid of openbare orde dat vereisen.

Volgens experts laten de vasthoudingsgronden vervat in artikel 8, lid 3 van de Opvangrichtlijn een grote discretionaire bevoegdheid aan de lidstaten en wordt op die manier afbreuk gedaan aan het principe dat detentie de uitzondering is en niet de regel<sup>41</sup>. Daarom dienen deze gronden restrictief te worden geïnterpreteerd zodat het uitzonderlijk karakter van detentie zoals weergegeven in artikel 8, lid 2 van de Opvangrichtlijn niet betekenisloos wordt<sup>42</sup>. In wat volgt, zal elk van de vasthoudingsgronden, opgenomen in artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet, afzonderlijk worden besproken.

#### a. Om de identiteit of nationaliteit vast te stellen of na te gaan

Het vaststellen van identiteit is een belangrijk element in het kader van de asielprocedure. Rekening houdend met het feit dat de meeste verzoekers, wegens gebrek aan legale toegangswegen, zonder de nodige documenten of met valse documenten reizen, dient erover te worden gewaakt dat de toepassing van deze vasthoudingsgrond niet leidt tot systematische detentie<sup>43</sup>.

In deze zin is het positief dat de memorie van toelichting bij de wetwijziging van 21 november 2017 benadrukt dat een systematische vasthouding van verzoekers die niet in het bezit zijn van identiteitsdocumenten niet is toegestaan. Vasthouding is enkel toegelaten indien er geen plausible verklaring is voor de afwezigheid van identiteitsdocumenten of indien de verzoeker bij het vaststellen van zijn identiteit of nationaliteit zijn medewerking weigert of de intentie heeft om de overheden te misleiden. De voorbeelden die vervolgens in de memorie worden aangehaald, maken echter dat de vasthoudingsgrond toegepast kan worden op een groot

“Het is positief dat de memorie van toelichting benadrukt dat een systematische vasthouding van verzoekers die niet in het bezit zijn van identiteitsdocumenten niet is toegestaan.”

<sup>38</sup> HvJ 30 november 2009, C-357/09, *Kadzoev*, ECLI:EU:C:2009:741.

<sup>39</sup> MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 152.

<sup>40</sup> Kamer 2016-17, 2548/2, 13 (advies Myria).

<sup>41</sup> Kamer 2016-17, 2548/2, 11 (advies Myria).

<sup>42</sup> ECRE, *Information note on Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)*, juli 2015, 14, beschikbaar op [www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information\\_Note\\_Reception-2015.pdf](http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information_Note_Reception-2015.pdf).

<sup>43</sup> ECRE, *Information note on Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)*, juli 2015, 15, beschikbaar op [www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information\\_Note\\_Reception-2015.pdf](http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information_Note_Reception-2015.pdf).

aantal verzoekers. Zo kan een verzoeker bijvoorbeeld worden vastgehouden indien hij valse of vervalste identiteits- of reisdocumenten verstrekt, of indien hij een identiteits- of reisdocument dat ertoe kon bijdragen dat zijn identiteit of nationaliteit werd vastgesteld, heeft vernietigd of zich daarvan ontdaan heeft<sup>44</sup>.

UNHCR bepaalt dat vasthouding enkel kan om de nodige identiteits- en veiligheidschecks uit te voeren in gevallen waarin de identiteit niet vaststaat of betwist wordt of wanneer er een indicatie van veiligheidsrisico bestaat<sup>45</sup>. Het feit dat een verzoeker geen documenten heeft of deze vernietigd heeft, kan de vasthouding volgens UNHCR niet rechtvaardigen; hieruit mag niet automatisch worden geconcludeerd tot een gebrekkige medewerking of tot het bestaan van een veiligheidsrisico. In voorkomend geval dient te worden onderzocht te worden of de verzoeker een plausibele verklaring heeft voor de afwezigheid of de vernietiging van documenten of voor het gebruik van valse documenten. In afwezigheid van documenten, kan de identiteit ook op andere manieren worden vastgesteld<sup>46</sup>. UNHCR benadrukt dat vasthouding op deze basis enkel kan voor een korte periode, binnen strikte termijnen voorzien door de wet, teneinde een preliminaire controle te voeren<sup>47</sup>.

**b. Om de gegevens te verkrijgen die ten grondslag liggen aan het verzoek om internationale bescherming en die niet zouden kunnen worden verkregen als de verzoeker niet vastgehouden zou worden, met name in geval van risico op onderduiken**

Vasthouding kan in dit geval, volgens UNHCR, met als doel om de wezenlijke elementen aan de basis van het verzoek vast te stellen tijdens een voorafgaand gehoor en enkel wanneer het de enige manier is om deze elementen te verkrijgen. Detentie is in ieder geval slechts gerechtvaardigd tijdens een korte periode, en dus niet voor het volledig onderzoek ten gronde<sup>48</sup>. Het vasthouden van verzoekers op deze basis gedurende de volledige asielprocedure zou ingaan tegen het uitzonderlijk karakter van vasthouding van verzoekers en het principe dat een verzoeker slechts kan worden vastgehouden voor een zo

kort mogelijke termijn overeenkomstig artikel 9, lid 1 van de Opvangrichtlijn<sup>49</sup>.

De advocaat-generaal bij het Hof van Justitie onderschrijft dit standpunt van UNHCR in haar conclusie voor het arrest-K.<sup>50</sup>. Volgens de advocaat-generaal beperkt artikel 8, lid 3, b) van de Opvangrichtlijn zich uitdrukkelijk tot de gevallen waarin de informatie ter ondersteuning van het verzoek niet zou kunnen worden verkregen als de betrokkene niet vastgehouden zou worden. Dit wordt benadrukt door de woorden "met name in geval van een risico op onderduiken"<sup>51</sup>. De beoordeling kan niet plaatsvinden wanneer de verzoeker niet meewerkt of weigert zich beschikbaar te stellen voor ondervraging of zich onttrekt<sup>52</sup>. Zij benadrukt dat lidstaten deze grond niet willekeurig kunnen aanvoeren en dat de toepassing ervan beperkt moet worden tot de gevallen waarin dit strikt noodzakelijk is<sup>53</sup>.

**c. Wanneer de verzoeker ter voorbereiding van de terugkeer en/of ter uitvoering van het verwijderingsproces wordt vastgehouden, en er kan worden aangetoond op basis van objectieve criteria, zoals het feit dat de verzoeker reeds de mogelijkheid van toegang tot de asielprocedure heeft gehad, dat er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat de betrokkene het verzoek om internationale bescherming louter heeft ingediend om de uitvoering van het terugkeerbesluit uit te stellen of te vrijdelen**

Deze detentiegrond vloeit voort uit het arrest-*Arslan*, geveld door het Hof van Justitie<sup>54</sup>. In het arrest-*Arslan* is het Hof enerzijds de mening toegedaan dat de Opvang- en de Procedure-richtlijn zich er niet tegen verzetten dat een derdelander die om internationale bescherming verzoekt na vastgehouden te zijn voor de uitvoering van een bevel om het grondgebied te verlaten in toepassing van de Terugkeerrichtlijn, vastgehouden blijft. De Terugkeerrichtlijn vindt immers opnieuw toepassing na afwijzing van het verzoek om internationale bescherming<sup>55</sup>. Wanneer een verzoek in detentie automatisch zou leiden tot invrijheidstelling, zou dit afbreuk doen aan de doelstelling van de Terugkeerrichtlijn, namelijk een doeltreffend terugkeerbeleid organiseren. Anderzijds stelt het Hof dat het loutere feit dat een verzoek ingediend wordt nadat reeds een bevel om het grondgebied te verlaten werd genomen en de derdelander zich in detentie bevindt, onvoldoende is om de vasthouding voort te zetten. Dit is enkel mogelijk wanneer, na een beoordeling in

<sup>44</sup> MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 154.

<sup>45</sup> UNHCR, *Detention Guidelines. Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, § 24, beschikbaar op [www.unhcr.org/publications/legal/505b10ee9/unhcr-detention-guidelines.html](http://www.unhcr.org/publications/legal/505b10ee9/unhcr-detention-guidelines.html).

<sup>46</sup> UNHCR, *Detention Guidelines. Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention*, 2012, § 25, beschikbaar op [www.unhcr.org/publications/legal/505b10ee9/unhcr-detention-guidelines.html](http://www.unhcr.org/publications/legal/505b10ee9/unhcr-detention-guidelines.html).

<sup>47</sup> Kamer 2016-17, 2548/4,15 (advies UNHCR).

<sup>48</sup> Kamer 2016-17, 2548/4,15 (advies UNHCR).

<sup>49</sup> ECRE, *Information note on Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)*, juli 2015, 15, beschikbaar op [www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information\\_Note\\_Reception-2015.pdf](http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information_Note_Reception-2015.pdf).

<sup>50</sup> Conclusie advocaat-generaal E. SHARPSTON bij arrest HvJ 14 september 2017, C-18/16, K., ECLI:EU:C:2017:680, § 74.

<sup>51</sup> Conclusie advocaat-generaal E. SHARPSTON bij arrest HvJ 14 september 2017, C-18/16, K., ECLI:EU:C:2017:680, § 73.

<sup>52</sup> Conclusie advocaat-generaal E. SHARPSTON bij arrest HvJ 14 september 2017, C-18/16, K., ECLI:EU:C:2017:680, § 67.

<sup>53</sup> Conclusie advocaat-generaal E. SHARPSTON bij arrest HvJ 14 september 2017, C-18/16, K., ECLI:EU:C:2017:680, § 73.

<sup>54</sup> HvJ 30 mei 2013, C-534/11, *Arslan*, ECLI:EU:C:2013:343.

<sup>55</sup> HvJ 30 mei 2013, C-534/11, *Arslan*, ECLI:EU:C:2013:343, § 60.



het individuele geval van alle relevante omstandigheden, blijkt dat het verzoek werd ingediend met als enig doel de uitvoering van het bevel uit te stellen of te verijdelen en wanneer het objectief noodzakelijk en evenredig is om de detentie te handhaven om te vermijden dat de betrokkene zich definitief aan terugkeer onttrekt<sup>56</sup>.

Uit artikel 8, lid 3 van de Opvangrichtlijn komt verder duidelijk naar voor dat bij de beoordeling of het al dan niet om een geval van oneigenlijk gebruik van de asielprocedure gaat, het feit dat een verzoeker reeds de mogelijkheid gehad heeft om een verzoek in te dienen een factor is die mee in overweging genomen moet worden<sup>57</sup>. Het feit dat een verzoeker reeds de mogelijkheid van toegang tot de asielprocedure had, kan echter niet automatisch leiden tot de vaststelling dat oneigenlijk gebruik gemaakt wordt van de asielprocedure. Dit dient geval per geval te worden beoordeeld, rekening houdend met de individuele omstandigheden van de persoon<sup>58</sup>.

#### d. Wanneer de bescherming van de nationale veiligheid of openbare orde dat vereisen

In het arrest-*J.N.* wees het Hof van Justitie op de enge interpretatie van de begrippen openbare orde en nationale veiligheid die zijn rechtspraak voorstaat<sup>59</sup>. Naar de maatstaven van het noodzakelijkheidsvereiste dient per geval te worden beoordeeld of het persoonlijke gedrag van de betrokkene een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt die een fundamenteel belang van de samenleving of de interne of externe veiligheid van de betrokken lidstaat aantast<sup>60</sup>. Het enkele feit dat een verzoeker wordt verdacht van het plegen van een naar nationaal recht als misdrijf strafbaar gesteld feit of daarvoor is veroordeeld, is onvoldoende om hem als een gevaar voor de openbare orde te beschouwen. Andere factoren, zoals de aard en de ernst van dat feit, het tijdsverloop sinds dat feit werd gepleegd en de omstandigheid dat die derdelander het grondgebied van die lidstaat aan het verlaten was toen hij door de nationale autoriteiten werd aangehouden, dienen te worden betrokken bij de beoordeling of de vreemdeling een gevaar voor de openbare orde vormt<sup>61</sup>.

Myria is voorstander om deze elementen, vooropgesteld door het Hof van Justitie, voor de beoordeling van het gevaar op te nemen in de wet zodat elke vasthoudingsbeslissing genomen op deze basis gemotiveerd is in het licht van de criteria die door het Hof werden bepaald<sup>62</sup>.

## 2. Duur van de vasthouding

Overeenkomstig artikel 74/6, § 1, derde lid van de Vreemdelingenwet en artikel 9, lid 1 van de Opvangrichtlijn kan vasthouding slechts voor een zo kort mogelijke termijn en slechts zolang de in het eerste lid genoemde vasthoudingsgronden van toepassing zijn. De vasthouding dient te worden opgeheven wanneer het doel van de vasthouding niet langer bestaat en er geen andere rechtsgrond voor het voortzetten van de vasthouding bestaat<sup>63</sup>. In elk geval mag de duur van de vasthouding de twee maanden niet te boven gaan. Deze termijn wordt opgeschort gedurende de aangewende termijn om een verzoekschrift bij de RvV in te dienen tegen een beslissing van het CGVS. In het geval van vasthouding ter bescherming van de openbare orde of de nationale veiligheid wordt een maximale vasthoudingsduur van zes maanden bepaald.

## C. Vasthouding van verzoekers tijdens de Dublinprocedure

### 1. Vasthoudingsgrond: artikel 51/5 Vreemdelingenwet

Artikel 8, lid 3, f) van de Opvangrichtlijn en in het bijzonder artikel 28 van de Dublin III-Verordening bepalen het wettelijk kader waarbinnen een persoon mag worden vastgehouden om de overdrachtsprocedures naar de verantwoordelijke lidstaat veilig te stellen. De Dublin III-Verordening wil een hoge mate van bescherming aan verzoekers verlenen, ook wanneer zij worden vastgehouden. Daarom beperkt artikel 28 van de Dublin III-Verordening de bevoegdheid van de lidstaten om een persoon vast te houden aanzienlijk, enerzijds, door het principe voorop te stellen dat niemand kan worden vastgehouden om de enkele reden dat hij aan de door de Dublin III-Verordening ingestelde procedure onderworpen is en, anderzijds, door detentie aan strikte voorwaarden te verbinden<sup>64</sup>. Zo is detentie slechts uitzonderlijk mogelijk wanneer er een significant risico op onderduiken bestaat, op basis van een individuele beoordeling en enkel voor zover detentie evenredig is en andere minder dwingende maatregelen niet effectief kunnen worden toegepast.

Artikel 51/5 van de Vreemdelingenwet neemt het strikt detentiekader van artikel 28 Dublin III-Verordening over. Het personeel toepassingsgebied van artikel 51/5 van de Vreemdelingenwet is beperkt tot personen die een verzoek om internationale bescherming in België indienen. Detentie kan om twee redenen: om de verantwoordelijke lidstaat vast te stellen en voor de uitvoering van de overdracht naar deze lidstaat.

<sup>56</sup> HvJ 30 mei 2013, C-534/11, *Arslan*, ECLI:EU:C:2013:343, § 62.

<sup>57</sup> M. CLAES, "Detentie van asielzoekers: de Belgische praktijk", *T.Vreemd.* 2017, 34.

<sup>58</sup> ECRE, *Information note on Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)*, juli 2015, 17, beschikbaar op [www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information\\_Note\\_Reception-2015.pdf](http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information_Note_Reception-2015.pdf).

<sup>59</sup> HvJ 15 februari 2016, C-601/15, *J.N.*, ECLI:EU:C:2016:84.

<sup>60</sup> HvJ 15 februari 2016, C-601/15, *J.N.*, ECLI:EU:C:2016:84, § 67.

<sup>61</sup> HvJ 11 juni 2015, C-554/13, *Z. Zh.*, ECLI:EU:C:2015:377, § 76.

<sup>62</sup> Kamer 2016-17, 2548/2, 12 (advies Myria).

<sup>63</sup> MVT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 157.

<sup>64</sup> HvJ 15 maart 2017, C-528/15, *Al Chodor*, ECLI:EU:C:2017:213, § 34.



Artikel 2, n) van de Dublin III-Verordening definieert het risico op onderduiken als het in een individueel geval bestaan van redenen gebaseerd op objectieve, in wetgeving vastgelegde criteria, om aan te nemen dat de betrokkene op wie een overdrachtsprocedure van toepassing is, zou kunnen onderduiken. Het bevat zelf geen objectieve criteria voor het risico op onderduiken maar verwijst daartoe naar het nationale recht van de lidstaten. Artikel 28, lid 2 juncto artikel 2, n) van de Dublin III-Verordening verplicht de lidstaten objectieve criteria vast te leggen in een dwingende bepaling van algemene strekking teneinde het risico op onderduiken vast te stellen, zo bevestigt het Hof van Justitie in het arrest-*Al Chodor*<sup>65</sup>. Een dergelijke bepaling moet overeenkomstig het principe van rechtszekerheid duidelijk, voorzienbaar en toegankelijk zijn<sup>66</sup>.

Voor de wetwijziging voorzag de Vreemdelingenwet geen objectieve criteria voor de vaststelling van het risico op onderduiken. Gezien het ontbreken van duidelijke wettelijke criteria was detentie in het kader van de Dublinprocedure bijgevolg onwettig<sup>67</sup>. Overeenkomstig artikel 5 EVRM dient de vasthouding immers steeds voorzien te zijn door en in overeenstemming te zijn met de wet<sup>68</sup>. Met de wet van 21 november 2017 werd in lijn met het arrest-*Al Chodor* de definitie van het risico op onderduiken in artikel 1 van de Vreemdelingenwet uitgebreid naar verzoekers om internationale bescherming<sup>69</sup>. De definitie heeft nu betrekking zowel op een vreemdeling die een bevel heeft gekregen om het grondgebied te verlaten, als op een verzoeker om internationale bescherming die al dan niet het voorwerp uitmaakt van een Dublinprocedure<sup>70</sup>. Artikel 1, § 2 van de Vreemdelingenwet bepaalt objectieve criteria om het risico op onderduiken vast te stellen, evenals een aantal procedurele garanties ter beperking van de discretionaire bevoegdheid van de overheid. Zo moet het risico op onderduiken actueel en reëel zijn. Het wordt vastgesteld na individueel onderzoek op basis van een of meer van de in artikel 1, § 2

voorgestelde criteria, rekening houdend met alle omstandigheden eigen aan elk geval. Het afvinken van deze objectieve criteria volstaat op zich niet om het risico vast te stellen<sup>71</sup>. Het Hof van

Justitie verduidelijkt in het arrest-*Mahdi*, waarin het de voorwaarden voor detentie vervat in artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn aftoetst, dat in eerste instantie onderzocht dient te worden of er minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast vooraleer bepaald kan worden of er een risico op onderduiken bestaat in het specifieke geval<sup>72</sup>.

De definitie van het risico op onderduiken, opgenomen in artikel 1 van de Vreemdelingenwet, is niet conform de definitie van artikel 2.n. en artikel 28 van de Dublin III-Verordening in deze zin dat één objectief criterium voldoende is voor de vaststelling van het risico op onderduiken. Zowel de definitie van het risico op onderduiken vervat in artikel 3, § 7 van de Terugkeerrichtlijn als deze vervat in artikel 2.n. van de Dublin III-Verordening verwijzen naar het woord 'criteria' in het meervoud en niet in het enkelvoud. Dit duidt erop dat het bestaan van een combinatie van criteria vereist is voor de vaststelling van het risico op onderduiken, zoals bevestigd door UNHCR<sup>73</sup>. Sommige van de criteria lijken minder zwaarwegend en kunnen op zich de vaststelling van het risico op onderduiken niet rechtvaardigen<sup>74</sup>. Bovendien dient het risico op onderduiken significant te zijn. De mate van het risico om een vasthoudingsmaatregel te rechtvaardigen in toepassing van de Dublin III-Verordening is in die zin verschillend van de Terugkeerrichtlijn dat vasthouding afhankelijk stelt van een "risico op onderduiken"<sup>75</sup>. Het is onduidelijk op grond van welk criterium het risico op onderduiken als significant moet worden beschouwd<sup>76</sup>.

De in artikel 1, § 2 van de Vreemdelingenwet opgesomde objectieve criteria zijn bovendien dermate vaag en algemeen dat ze toelaten elke verzoeker vast te houden. Dit houdt een ernstige aantasting in van het recht op individuele vrijheid van verzoekers<sup>77</sup>. Hierdoor voldoet artikel 1, § 2 van de Vreemdelingenwet niet aan het principe van rechtszekerheid zoals vereist door het Hof van Justitie<sup>78</sup> en het EHRM<sup>79</sup> waardoor er een risico op willekeurige detentie ontstaat. Hiermee wordt voorbijgegaan aan het doel van de "in wetgeving vastgelegde criteria", namelijk ervoor te zorgen dat de beoordelingsbevoegdheid van de bevoegde autoriteiten binnen een vooraf bepaald dwingend kader valt dat zich leent voor extern toezicht<sup>80</sup>. Deze bepaling ontnemt elk nuttig effect aan de bepalingen van EU-recht die als objectief hebben detentie als uitzonderlijke maatregel te beperken tot het strikt noodzakelijke<sup>81</sup>.

“Voor de wetwijziging voorzag de Vreemdelingenwet geen objectieve criteria voor de vaststelling van het risico op onderduiken.”

<sup>65</sup> HvJ 15 maart 2017, C-528/15, *Al Chodor*, ECLI:EU:C:2017:213, § 48.

<sup>66</sup> HvJ 15 maart 2017, C-528/15, *Al Chodor*, ECLI:EU:C:2017:213, § 38-40.

<sup>67</sup> HvJ 15 maart 2017, C-528/15, *Al Chodor*, ECLI:EU:C:2017:213, § 41.

<sup>68</sup> EHRM 22 september 2009, nr. 30471/08, *Abdolkhani en Karimnia/Turkije*, § 128.

<sup>69</sup> MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 16-17.

<sup>70</sup> Kamer 2016-17, 2548/2, 6 (advies Myria).

<sup>71</sup> MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de

vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 18-19.

<sup>72</sup> HvJ 5 juni 2014, C-146/14, *Mahdi*, ECLI:EU:C:2014:1320; § 61, 67.

<sup>73</sup> Kamer 2016-17, 2548/4, 14 (advies UNHCR), 13.

<sup>74</sup> Kamer 2016-17, 2548/2, 8 (advies Myria).

<sup>75</sup> Conclusie advocaat-generaal H. SAUGMANDS-GAARD OE bij arrest HvJ 15 maart 2017, C-528/15, *Al Chodor*, ECLI:EU:C:2017:213, § 66.

<sup>76</sup> Kamer 2016-17, 2548/2, 8 (advies Myria).

<sup>77</sup> Kamer 2016-17, 2548/2, 7 (advies Myria).

<sup>78</sup> HvJ 15 maart 2017, C-528/15, *Al Chodor*, ECLI:EU:C:2017:213, § 38-40.

<sup>79</sup> EHRM 2 december 2010, nr. 4691/06, *Jusic/Zwitserland*, § 69.

<sup>80</sup> HvJ 15 maart 2017, C-528/15, *Al Chodor*, ECLI:EU:C:2017:213, § 42, 44.

<sup>81</sup> HvJ 14 september 2017, C-18/16, *K.*, ECLI:EU:C:2017:680, § 40-41.



Ten slotte beperkt artikel 1, § 2 van de Vreemdelingenwet zich tot het opsommen van negatieve criteria voor de vaststelling van het risico op onderduiken; het preciseert geen positieve criteria relevant voor de individuele beoordeling van de omstandigheden eigen aan het geval om zo de evenredigheid van de vasthoudingsmaatregel te garanderen. Voor wat betreft de omstandigheden eigen aan elk geval waarmee rekening gehouden moet worden, preciseert de memorie van toelichting bij de wet van 21 november 2017: “Zo is het mogelijk dat het (significant) risico op onderduiken in een bepaald geval op basis van een of meerdere feiten kan worden vastgesteld, terwijl dezelfde feiten het in een ander geval niet mogelijk maken om te concluderen dat dit (significant) risico bestaat, en dit omdat de omstandigheden van deze twee individuele gevallen anders zijn. Deze omstandigheden kunnen met name verbonden zijn met het gezinsleven van de betrokkene, zijn gezondheids-toestand, zijn leeftijd, zijn persoonlijkheid of zijn gedrag”<sup>82</sup>.

## 2. Duur van de vasthouding

Het uitgangspunt is dat detentie in toepassing van de Dublin III-Verordening zo kort mogelijk duurt. Artikel 28, lid 3 van deze verordening bepaalt: “de bewaring duurt zo kort mogelijk en niet langer dan de tijd die redelijkerwijs nodig is om de vereiste administratieve procedures zorgvuldig af te ronden”. In toepassing van artikel 28 gelden in detentie specifieke verkorte procedurele termijnen. Wanneer de verzoekende lidstaat zich niet aan deze termijnen houdt, wordt de persoon vrijgesteld. De termijn voor het indienen van een overname- of terugnameverzoek is maximum één maand vanaf de indiening van het verzoek om internationale bescherming. De verzoekende lidstaat vraagt om een spoedig antwoord. In elk geval dient het antwoord door de aangezochte lidstaat binnen twee weken te worden gegeven na ontvangst van het verzoek. De overdracht aan de verantwoordelijke lidstaat wordt zo spoedig uitgevoerd als praktisch mogelijk is, en uiterlijk binnen zes weken vanaf de expliciete of impliciete aanvaarding van het verzoek, dan wel vanaf het tijdstip waarop het beroep niet langer opschortende werking heeft. Het Hof van Justitie bepaalde in het arrest-*Khira Amayry* dat deze maximumtermijn van zes weken enkel van toepassing is in het geval dat de persoon al vastgehouden wordt op het moment van de aanvaarding of wanneer het beroep niet langer opschortende werking heeft. Als de persoon wordt vastgehouden voor overdracht na de aanvaarding loopt de termijn van zes weken vanaf de datum waarop het beroep niet langer opschortende werking heeft<sup>83</sup>. De vasthoudingstermijn wordt van rechtswege gestuit zolang het beroep opschortende werking heeft<sup>84</sup>.

De waarborg van een zo kort mogelijke vasthoudingstermijn ontbreekt in de tekst van artikel 51/5 van de Vreemdelingenwet dat slechts bepaalt dat detentie kan voor de “tijd die noodzakelijk is voor het vaststellen van de staat die verantwoordelijk is”. Daarnaast zet artikel 51/5, § 1, lid 2 van de Vreemdelingenwet de vasthoudingstermijnen vevat in artikel 28, lid 3 van de Dublin III-Verordening niet exact om waar het voorziet in een maximumdetentietermijn van zes weken voor het vaststellen van de verantwoordelijke lidstaat. Deze termijn komt niet overeen met de verkorte procedurele termijnen voorzien door de Dublin III-Verordening. Myria beveelt aan dat de wet bepaalt dat de vasthoudingstermijn één maand niet mag overstijgen, eventueel verlengbaar met twee weken indien België het verzoek heeft ingediend binnen de termijn vereist door de Dublin III-Verordening. Dit om een makkelijke controle van de naleving van de vooropgestelde termijnen mogelijk te maken<sup>85</sup>.

“De waarborg van een zo kort mogelijke vasthoudingstermijn ontbreekt in de tekst van artikel 51/5 van de Vreemdelingenwet.”

## 3\_ ‘Is vasthouding van personen met een mogelijke nood aan internationale bescherming de uitzondering?’

### A. Vasthouding van verzoekers aan de grens

#### 1. Automatische vasthouding van verzoekers aan de grens

Verzoekers om internationale bescherming die niet voldoen aan de binnenkomstvoorwaarden om het Belgisch grondgebied te betreden en die een verzoek om internationale bescherming indienen aan de grens, worden automatisch vastgehouden in een “aan de grens gelegen plaats”. Zoals reeds aangestipt, houdt de Belgische staat ook na de omzetting van de Opvang- en de Procedurerichtlijn in nationale wetgeving vast aan de praktijk van automatische grensdetentie teneinde een effectieve grensbewaking te verzekeren. Dit betekent dat elke verzoeker die tracht het Rijk binnen te komen zonder te voldoen aan de binnenkomstvoorwaarden wordt vastgehouden op basis van artikel 74/5 van de Vreemdelingenwet, ongeacht het kwetsbaar profiel of de duidelijke nood aan bescherming. Er wordt niet individueel, in elk geval, beoordeeld of detentie noodzakelijk is en er wordt niet onderzocht of minder dwingende maatregelen effectief kunnen worden toegepast.

De basismotivering voor vasthouding aan de grens werd sinds de inwerkingtreding van de nieuwe wet door de DVZ uitgebreid

<sup>82</sup> MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 19.

<sup>83</sup> HvJ 13 september 2017, C-60/16, *Khira Amayry*, ECLI:EU:C:2017:675, § 39-40.

<sup>84</sup> HvJ 13 september 2017, C-60/16, *Khira Amayry*, ECLI:EU:C:2017:675, § 59.

<sup>85</sup> Kamer 2016-17, 2548/2, 17-18 (advies Myria).

maar in essentie verwees zij opnieuw naar het niet-voldoen aan de toegangsvoorwaarden, het indienen van een verzoek om internationale bescherming aan de grens en het waarborgen van de teruggrijping om de vasthouding te rechtvaardigen: "Overwegende dat de genaamde X het Rijk trachtte binnen te komen zonder aan de voorwaarden, gesteld in de artikelen 2 en 3 van de wet van 15 december 1980, te voldoen en een verzoek om internationale bescherming heeft gedaan aan de grens. Overwegende dat de vasthouding van de betrokkene in een welbepaalde aan de grens gelegen plaats noodzakelijk geacht wordt om de eventuele teruggrijping van het grondgebied te waarborgen;

Een vreemdeling die niet voldoet aan de voorwaarden voor toegang tot het grondgebied kan niet door het louter doen van een verzoek om internationale bescherming aan de grens automatisch feitelijke toegang tot het grondgebied verkrijgen. Het automatisch opheffen van de vasthoudingsmaatregel bij een verzoek om internationale bescherming aan de grens zou de grensbewaking van elk effect beroven.

Betrokkene wordt geenszins uitsluitend in detentie gehouden omdat hij/zij een verzoeker om internationale bescherming is. De vasthouding wordt wel degelijk op individuele wijze beoordeeld aangezien betrokkene het Rijk trachtte binnen te komen – zonder dat hij/zij in het bezit was van de bij artikel 2 van de Vreemdelingenwet vereiste documenten en een verzoek om internationale bescherming indiende.

In uitvoering van het bovengenoemd artikel 74/5, § 1, eerste lid, 2° van de wet van 15 december 1980, wordt besloten om betrokkene vast te houden te Caricole-Steenokkerzeel." Het betreft een motivering die standaard teruggevonden werd in vasthoudingsmaatregelen afgeleverd aan de grens.

Het Hof van Cassatie veroordeelde de praktijk van automatische detentie van verzoekers aan de grens zowel voor als na de wetwijziging. Het Hof van Cassatie oordeelde dat detentie van een verzoeker niet alleen onderworpen is aan de voorwaarden voorzien door artikel 74/5, § 1, eerste lid, 2° van de Vreemdelingenwet maar evenzeer aan deze van artikel 8 van de Opvangrichtlijn. Het Hof stelde vast dat de vasthouding gebaseerd is enerzijds op het feit dat de verzoeker het Rijk probeerde te betreden zonder te voldoen aan de voorwaarden van de Vreemdelingenwet, en een verzoek om internationale bescherming aan de grens indiende, en anderzijds dat de vasthouding noodzakelijk zou zijn om de eventuele teruggrijping te waarborgen. Volgens het Hof van Cassatie blijkt uit de motivering van de vasthoudingsmaatregel, zoals hiervoor weergegeven, niet dat aan de vereiste van artikel 8 van de Opvangrichtlijn om de situatie van de verzoeker individueel te beoordelen in het kader van het principe van de noodzakelijkheid van detentie voldaan is. Het Hof van Cassatie beschouwt de motivering niet als geïndividualiseerd omdat elke verzoeker die vastgehouden wordt in een aan de grens gelegen plaats noodzakelijkerwijze probeerde het grondgebied te betreden zonder aan de toegangsvoorwaarden te voldoen<sup>86</sup>.

In een poging tegemoet te komen aan deze rechtspraak, werd door de DVZ de motivering van de vasthoudingsmaatregel genomen voor verzoekers aan de grens opnieuw aangepast: "Betrokkene wordt geenszins uitsluitend in detentie gehouden omdat hij een verzoeker om internationale bescherming is. De vasthouding wordt wel degelijk op individuele wijze beoordeeld aangezien betrokkene het Rijk trachtte binnen te komen zonder dat hij in het bezit was van de bij artikel 2 van de Vreemdelingenwet vereiste documenten en zonder dat hij voldoet aan de in artikel 3 van de Vreemdelingenwet gestelde voorwaarden en een verzoek om internationale bescherming indiende.

Betrokkene kan geen enkel geldig nationaal reisdocument voorleggen. Hij is enkel in het bezit van een scan van een paspoort van X. Hij beweert gereisd te hebben met een Belgische identiteitskaart op naam van X. Aan betrokkene werd op X een weigeringsbeslissing (bijlage 11-teruggrijping) betekend wegens niet in het bezit zijn van een geldig reisdocument, noch van een geldig visum voor binnenkomst. De vasthouding is gerechtvaardigd om de gegevens te verkrijgen die ten grondslag liggen aan het verzoek om internationale bescherming. Deze gegevens zouden niet kunnen worden verkregen als de verzoeker niet vastgehouden zou worden, aangezien er een risico op onderduiken van de verzoeker is. De betrokkene heeft in het kader van een procedure voor internationale bescherming of teruggrijping valse of misleidende informatie of andere onwettige middelen gebruikt. Hij is niet in het bezit van een geldig reisdocument en heeft een verzoek om internationale bescherming ingediend. De vasthouding wordt dus gerechtvaardigd door het feit dat betrokkene bewust informatie achtergehouden heeft voor de Belgische autoriteiten."

De vasthouding wordt gerechtvaardigd om de gegevens te verkrijgen die ten grondslag liggen aan het verzoek om internationale bescherming, vasthoudingsgrond opgenomen in artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet voor verzoekers op het grondgebied. Deze gegevens zouden niet verkregen kunnen worden als de verzoeker niet wordt vastgehouden omdat er een risico op onderduiken in hoofde van de verzoeker bestaat. Dit risico wordt algemeen vastgesteld op basis van het feit dat de verzoeker niet in het bezit is van een geldig reisdocument of valse reisdocumenten heeft voorgelegd en een verzoek om internationale bescherming heeft ingediend. Hieruit wordt geconcludeerd dat de verzoeker valse of misleidende informatie heeft verschaft of andere onwettige middelen heeft gebruikt en bewust informatie heeft achtergehouden voor de Belgische autoriteiten.

Ondertussen is deze motivering standaard aan de grens. De motivering is problematisch omdat ze veralgemeend is en uitgaat van de kwade trouw van de verzoeker: elke verzoeker aan de grens wordt op deze basis als frauduleuze verzoeker bestempeld. Voor de vaststelling van het risico op onderduiken baseert de DVZ zich op de criteria opgenomen in artikel 1, § 2 van de Vreemdelingenwet. De vasthouding van verzoekers aan de grens op deze basis is het bewijs bij uitstek dat deze bepaling dermate vaag is dat ze de detentie van elke verzoeker mogelijk maakt.

<sup>86</sup> Cass. 27 december 2017, P.17.1244.F; Cass. 4 juli 2018, P.18.0701.F.



De toepassing van de grensprocedure is het automatisch gevolg van de beslissing om de verzoeker vast te houden aan de grens. De DVZ maakt het verzoek om internationale bescherming over aan het CGVS dat op zijn beurt de toepassing van de grensprocedure evalueert op het ogenblik van het asielgehoor omdat het dan zicht krijgt op het volledige dossier. Het CGVS kondigde op de studiedag, georganiseerd door het Agentschap Integratie en Inburgering, aan dat voor een groot deel internationale beschermingsdossiers aan de grens de grensprocedure zal worden toegepast<sup>87</sup>. De toepassing van de grensprocedure wordt gemotiveerd op het ogenblik dat er een weigeringsbeslissing wordt genomen door het CGVS en wordt meestal verantwoord door de vaststelling dat de persoon niet de nodige binnenkomstdocumenten heeft, gebruik heeft gemaakt van valse documenten of zijn reisdocumenten heeft vernietigd zoals aangetoond door volgend uittreksel uit een beslissing van het CGVS: “Het feit dat u de grensautoriteiten heeft misleid doordat u niet in het bezit was van een geldig visum om het Belgisch grondgebied te betreden, rechtvaardigde dat een versnelde procedure werd toegepast bij de behandeling van uw verzoek. De persoon die het Belgisch grondgebied wilt betreden, wordt immers geacht de wettelijke

“De toepassing van de grensprocedure is het automatisch gevolg van de beslissing om de verzoeker vast te houden aan de grens.”

voorwaarden voor binnenkomst te kennen en na te leven. Iemand die hier niet aan voldoet, heeft gepoogd door middel van misleiding de bevoegde Belgische grensautoriteiten te misleiden.”

## 2. Automatische vasthouding aan de grens in het licht van internationaal en regionaal recht

### a. De rechtspraak van het EHRM inzake artikel 5 EVRM

In het licht van de heersende jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot artikel 5 EVRM blijft de vasthouding van verzoekers gekenmerkt door rechtsonzekerheid en controverse<sup>88</sup>.

In het principearrest-*Saadi t. het Verenigd Koninkrijk* staat de Grote Kamer van het EHRM detentie van een verzoeker toe om administratieve redenen in het kader van immigratiecontrole als noodzakelijk gevolg van het soeverein recht van staten om de toegang tot en het verblijf op hun grondgebied te controleren. Het Hof overweegt dat toegang onrechtmatig is zolang een staat geen toegang verleend heeft tot zijn grondgebied<sup>89</sup>.

Volgens deze rechtspraak, en meer recente rechtspraak van de Grote Kamer mag een lidstaat een verzoeker vasthouden om hem te beletten het grondgebied op onrechtmatige wijze te betreden en zijn verzoek om internationale bescherming snel te behandelen zonder dat de noodzakelijkheid van detentie aangetoond wordt<sup>90</sup>. De Grote Kamer velde een gelijkaardig oordeel in het arrest-*Chahal* inzake detentie in het kader van een hangende uitwijzingsprocedure<sup>91</sup>.

De rechtspraak van het EHRM is op dit vlak echter niet eenduidig. Verschillende rechters binnen het EHRM bekritiseerden de *Saadi*-rechtspraak omdat ze niet in lijn ligt met het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (hierna: “*BUPO*”) en het EU-recht<sup>92</sup>. Rechtspraak van bepaalde kamers erkent de fundamentele rol van het noodzakelijkheidsprincipe inzake immigratiedetentie en wijkt in deze zin af van de redenering vooropgesteld in *Saadi* in wat rechter Pinto De Albuquerque een stille maar groeiende opstand noemt tegen *Saadi* en zijn overloopeffect op *Chahal*<sup>93</sup>. In deze rechtspraak is het EHRM van oordeel dat het automatisch of algemeen vasthouden van verzoekers zonder een individuele beoordeling en zonder dat minder dwingende maatregelen overwogen worden, een schending van artikel 5, § 1, (f) EVRM kan uitmaken<sup>94</sup>. Het arrest-*Thimothawes t. België* ligt in lijn met deze rechtspraak<sup>95</sup>. In dit arrest beoordeelde het EHRM de praktijk van automatische grensdetentie in het licht van artikel 5, § 1, (f) EVRM dat detentie toestaat van een persoon “teneinde hem te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen”. Het Hof stelde vast dat de opeenvolgende detentiemaatregelen op stereotiepe en laconieke wijze geformuleerd werden, en dat ze niet toelieten aan de verzoeker om de redenen te kennen die concreet zijn detentie rechtvaardigden. Het Hof besliste echter dat deze leemte ingevuld werd door de rechterlijke controle van de onderzoeksgerechten die de noodzakelijkheid van detentie onderzochten, rekening houdend met zijn specifieke situatie<sup>96</sup>. In dit geval was er dus geen sprake van automatische detentie volgens het Hof. De redenen die het EHRM ertoe

<sup>87</sup> Zie [www.agii.be/nieuws/presentaties-studiedag-wetswijzigingen-in-de-asielprocedure-en-opvang-van-asielzoekers](http://www.agii.be/nieuws/presentaties-studiedag-wetswijzigingen-in-de-asielprocedure-en-opvang-van-asielzoekers).

<sup>88</sup> ECRE, *Information note on Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast)*, juli 2015, 12, beschikbaar op [www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information\\_Note\\_Reception-2015.pdf](http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/Information_Note_Reception-2015.pdf).

<sup>89</sup> EHRM 29 januari 2008, nr. 13229/03, *Saadi/Verenigd Koninkrijk*, § 67.

<sup>90</sup> EHRM 29 januari 2008, nr. 13229/03, *Saadi/Verenigd Koninkrijk*, § 73; EHRM 15 december 2016, nr. 16483/12, *Khlaifia e.a./Italië*, § 90.

<sup>91</sup> EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93, *Chahal/Verenigd Koninkrijk*.

<sup>92</sup> Zie gedeeltelijk afwijkende mening van rechters ROZAKIS, TULKENS, KOVLER, HAJIYEV, SPIELMANN en HIRVELÄ bij arrest EHRM 29 januari 2008, nr. 13229/03, *Saadi/Verenigd Koninkrijk*.

<sup>93</sup> Zie overeenstemmende mening van rechter PINTO DE ALBUQUERQUE bij arrest EHRM 22 november 2016, nrs. 25794/13 en 28151/13, *Abdullahi Elmi and Aweys Abubakar/Malta*.

<sup>94</sup> Zie bv. EHRM 27 juli 2010, nr. 24340/08, *Louled Massoud/Malta*, § 68; EHRM 23 juli 2013, nr. 42337/12, *Suso Musa/Malta*, § 100; EHRM 5 april 2011, nr. 8687/08, *Rahimi/Griekenland*, § 109; EHRM 11 februari 2010, nr. 21465/08, *Raza/Bulgarije*, § 74; EHRM 8 oktober 2009, nr. 10664/05, *Mikolenko/Estland*, § 67; EHRM 13 december 2011, nr. 15297/09, *Kanagaratnam e.a./België*, § 94; EHRM 20 december 2011, nr. 10486/10, *Yoh-Ekale Mwanje/België*, § 124.

<sup>95</sup> L. LEBOEUF, “Rétention des demandeurs d’asile. De la subsidiarité et des imprécisions du contrôle strasbourgeois”, *Newsletter EDEM* mei 2017.

<sup>96</sup> EHRM 4 april 2017, nr. 39061/11, *Thimothawes/België*, § 77-78.

brachten te besluiten dat de controle door de nationale rechter voldoende was, zijn in dit geval onduidelijk<sup>97</sup>.

## b. Internationaal en EU-recht

Deze van het arrest-*Saadi* afwijkende rechtspraak van het EHRM ligt meer in lijn met internationaal en EU-recht.

Inzake de toepassing van artikel 9 van het BUPO, dat het recht op vrijheid waarborgt, overweegt het VN-Mensenrechtencomité dat vasthouding van verzoekers willekeurig is wanneer de individuele omstandigheden van de persoon niet in overweging worden genomen en wanneer minder dwingende maatregelen niet worden onderzocht. Onrechtmatige toegang op zich is onvoldoende om de vasthouding te rechtvaardigen<sup>98</sup>. In meer recente rechtspraak overweegt het VN-Mensenrechtencomité in welke omstandigheden verzoekers die op onwettige wijze het grondgebied betreden, gedurende een korte periode kunnen worden vastgehouden. Het VN-Mensenrechtencomité herhaalt de voorwaardelijkheid en de subsidiariteit van deze vasthouding en benadrukt dat vasthouding, gebaseerd op een dwingende regel die van toepassing is op een brede categorie van personen, willekeurig is.

“Detention in the course of proceedings for the control of immigration is not arbitrary per se, but the detention must be justified as reasonable, necessary and proportionate in the light of the circumstances and reassessed as it extends in time. Asylum seekers who unlawfully enter a State party’s territory may be detained for a brief initial period in order to document their entry, record their claims, and determine their identity if it is in doubt. To detain them further while their claims are being resolved would be arbitrary absent particular reasons specific to the individual, such as an individualized likelihood of absconding, danger of crimes against others, or risk of acts against national security. The decision must consider relevant factors case-by-case, and not be based on a mandatory rule for a broad category; must take into account less invasive means of achieving the same ends, such as reporting obligations, sureties or other conditions to prevent absconding; and must be subject to periodic re-evaluation and judicial review”<sup>99</sup>.

Automatische grensdetentie, verantwoord door het belang van een effectieve grensbewaking, is eveneens in strijd met artikel 8 van de Opvangrichtlijn dat het gebruik van detentie als ‘migration management tool’, automatisch van toepassing op bepaalde groepen van verzoekers, niet toestaat<sup>100</sup>. Ook UNHCR heeft hierover een duidelijk standpunt ingenomen. UNHCR herinnert eraan dat de vasthouding van verzoekers enkel als

allerlaatste middel gebruikt kan worden, wanneer de noodzakelijkheid, de redelijkheid en de proportionaliteit ervan aangetoond zijn en herhaalt dat artikel 31 van het Vluchtelingenverdrag het strafbaar stellen van onregelmatige binnenkomst van verzoekers verbiedt. UNHCR besluit dat de vasthouding van een persoon om de enkele reden dat hij een verzoeker is in strijd is met internationaal recht en verzoekt de wetgever de garanties opgenomen in artikel 8 van de Opvangrichtlijn om te zetten in artikel 74/5 van de Vreemdelingenwet teneinde willekeurige detentie te voorkomen<sup>101</sup>.

“Vasthouding van verzoekers aan de grens is in de praktijk geen uitzonderlijke maatregel.”

Uit het voorgaande volgt dat vasthouding van verzoekers aan de grens in de praktijk geen uitzonderlijke maatregel is. Nog steeds wordt vastgesteld dat elke verzoeker die tracht

het Rijk te betreden zonder aan de binnenkomstvoorwaarden te voldoen, wordt beschouwd als een frauduleuze verzoeker en automatisch wordt vastgehouden. De gewijzigde Vreemdelingenwet heeft deze praktijk, in strijd met internationaal en EU-recht, bekrachtigd.

## B. Vasthouding van verzoekers op het grondgebied

### 1. Voortgezette vasthouding van verzoekers op het grondgebied na toelating tot binnenkomst in het Rijk

In principe impliceert het verlenen van toegang tot het grondgebied op basis van artikel 74/5, § 4 van de Vreemdelingenwet een invrijheidstelling van de verzoeker. De praktijk leert dat dit niet altijd het geval is. In het verleden werd reeds vastgesteld dat wanneer het CGVS geen beslissing over het verzoek nam binnen de vier weken, de DVZ een “bevel om het grondgebied te verlaten – asielzoeker” in de vorm van een bijlage 13quinquies, op basis van artikel 52/3 van de Vreemdelingenwet, afleverde samen met een “beslissing tot vasthouding in een welbepaalde plaats”, bijlage 39bis, op basis van het toenmalige artikel 74/6, § 1bis van de Vreemdelingenwet als zou de verzoeker, die toegelaten werd tot het grondgebied, oneigenlijk gebruikmaken van de asielprocedure.

Deze praktijk werd veroordeeld door de Kamer van Inbeschuldigingstelling die vaststelde dat de beslissing genomen in toepassing van artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet wettige grondslag mist omdat de feitelijke toestand van de verzoeker ongewijzigd was: de verzoeker verbleef nog steeds in het gesloten centrum in het grensgebied. Uit de kennisgeving van de vasthoudingsbeslissing op basis van artikel 74/6 van de Vreem-

<sup>97</sup> L. LEBOEUF, “Rétention des demandeurs d’asile. De la subsidiarité et des imprécisions du contrôle strasbourgeois”, *Newsletter EDEM* mei 2017.

<sup>98</sup> VN-Mensenrechtencomité 30 april 1997, CCPR/C/59/D560/93, *A./Australië*, § 9.4.

<sup>99</sup> VN-Mensenrechtencomité 25 juli 2013, CCPR/C/108/D/2136/2012, *M.M.M. e.a./Australië*, § 10.3.

<sup>100</sup> L. TSOURDI, “Asylum Detention in EU Law: Falling between Two Stools?”, *Refugee Survey Quarterly* 2016, 14.

<sup>101</sup> Kamer 2016-17, 2548/4, 14 (advies UNHCR).



delingenwet kon volgens de Kamer van Inbeschuldigingstelling niet worden vastgesteld dat toegang tot het grondgebied werd verleend<sup>102</sup>.

Met de wet van 21 november 2017 werd de praktijk van voortgezette vasthouding op basis van artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet wettelijk verankerd. De memorie van toelichting bepaalt dat artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet ook van toepassing is op vreemdelingen die aanvankelijk aan de grens een verzoek om internationale bescherming hebben ingediend maar op grond van artikel 74/5, § 4 van de Vreemdelingenwet toegelaten werden het Rijk binnen te komen. Zij kunnen desgevallend op basis van dit artikel verder op het grondgebied worden vastgehouden<sup>103</sup>.

In de praktijk wordt vastgesteld dat in bepaalde gevallen de DVZ, wanneer het CGVS geen beslissing neemt binnen de vier weken of een beslissing tot verder onderzoek neemt, een bijlage 39bis of beslissing tot het vasthouden in een welbepaalde plaats in uitvoering van artikel 74/6, § 1 van de Vreemdelingenwet aflevert. Recentelijk wordt vastgesteld dat deze praktijk eveneens wordt toegepast wanneer de RvV de beslissing van het CGVS vernietigt. In dat geval beschouwt de DVZ de initiële beslissing van het CGVS als onbestaande en wordt geconcludeerd dat er geen beslissing door het CGVS binnen vier weken werd genomen. Algemeen wordt in deze beslissingen gemotiveerd dat de vasthouding noodzakelijk is om de gegevens te verkrijgen die ten grondslag liggen aan het verzoek om internationale bescherming en die niet zouden kunnen worden verkregen als de verzoeker niet vastgehouden zou worden, met name in geval van risico op onderduiken van de verzoeker. Het risico op onderduiken wordt vastgesteld op basis van het reizen met valse documenten of zonder de nodige documenten of omdat de verzoeker voor andere doeleinden dan de doeleinden waarvoor hij een verzoek om internationale bescherming heeft ingediend naar België zou zijn gekomen, omdat hij reisde met een toeristenvisum bijvoorbeeld. In se is er geen verschil in motivering tussen deze vasthoudingsmaatregel op basis van artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet en de motivering van de initiële vast-

“Met de wet van 21 november 2017 werd de praktijk van voortgezette vasthouding op basis van artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet wettelijk verankerd.”

houding aan de grens op basis van artikel 74/5 van de Vreemdelingenwet.

Het Hof van Cassatie bevestigde de wettelijke grondslag van de vasthoudingsmaatregel genomen op basis van artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet. Volgens het Hof van Cassatie krijgt de verzoeker automatisch toegang tot het grondgebied na het verstrijken van de termijn van vier weken. De bevoegde minister of staatssecretaris hoeft geen formele beslissing van toegang te nemen<sup>104</sup>. Op dit arrest van het Hof van Cassatie volgde nieuwe rechtspraak van de Kamer van Inbeschuldigingstelling die stelt dat de vasthoudingsmaatregel, genomen op basis van artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet, artikel 5, § 2 EVRM schendt. Artikel 5, § 2 EVRM bepaalt dat ieder onverwijld op de hoogte moet worden gebracht van de redenen van vasthouding in simpele, niet-technische bewoordingen die de persoon toelaten de redenen te begrijpen van zijn detentie<sup>105</sup>. Deze informatieplicht is een basiswaarborg voor effectieve toegang tot de rechter, verzekerd door artikel 5, § 4 EVRM. De Kamer van Inbeschuldigingstelling besluit dat het de vasthoudingsmaatregel ontbreekt aan een feitelijke en juridische basis die de verzoeker toestaat te begrijpen waarom een nieuwe autonome detentiemaatregel genomen is waardoor hij langer vastgehouden blijft. De motivering is immers identiek aan de motivering van de initiële grensdetentie op basis van artikel 74/5 van de Vreemdelingenwet en de beslissing maakt geen melding van het feit dat de verzoeker toegelaten is tot het grondgebied<sup>106</sup>. In een recent arrest vernietigde het Hof van Cassatie deze rechtspraak stellende dat geen enkele wettelijke bepaling de administratieve overheid verplicht om in een autonome vasthoudingsmaatregel, genomen op basis van artikel 74/6, § 1 van de Vreemdelingenwet, te vermelden dat de vreemdeling door de minister of zijn gemachtigde toegelaten werd het Rijk binnen te komen<sup>107</sup>.

## 2. Voortgezette vasthouding op het grondgebied in het licht van internationaal en regionaal recht

De vraag stelt zich welk wettig doel de vasthouding op basis van artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet nastreeft voor een verzoeker die toegang kreeg tot het grondgebied en tijdens de asielprocedure niet kan worden uitgewezen. Artikel 5, § 1, (f) EVRM bepaalt op limitatieve wijze dat vasthouding mogelijk is van een persoon om hem te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen of van een persoon waartegen een uitwijzings- of uitleveringsprocedure hangende is.

In het arrest-*J.N.* oordeelde het Hof van Justitie dat vasthouding van een verzoeker met het oog op uitwijzing in toepassing van artikel 8 van de Opvangrichtlijn kan om het nuttig effect van de Terugkeerrichtlijn<sup>108</sup> te waarborgen. In deze zin dat de

<sup>102</sup> KI Brussel 8 maart 2018, nr. 2018/932; KI Brussel 11 juli 2016, nr. 2016/2403; KI Brussel 20 juni 2016, nr. 2016/2090; KI Brussel 15 maart 2016, nr. 2016/910.

<sup>103</sup> MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 151.

<sup>104</sup> Cass. 21 november 2018, P.18.1108.F.

<sup>105</sup> EHRM 12 oktober 2015, nr. 36378/002, *Shamayev e.a./Georgië en Rusland*, § 413.

<sup>106</sup> KI Brussel 12 maart 2019, nr. 2019/957.

<sup>107</sup> Cass. 8 mei 2019, P.19.0375.F.

<sup>108</sup> Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en pro-

terugkeerprocedure, in het kader waarvan een terugkeerbesluit werd genomen, kan worden hervat in het stadium waarin zij is onderbroken als gevolg van de indiening van een verzoek om internationale bescherming, zodra dat verzoek in eerste aanleg is afgewezen<sup>109</sup>. Het betreft dus het geval waarin de terugkeerprocedure werd opgestart en reeds een bevel om het grondgebied te verlaten of een beslissing tot terugdrijving werd afgeleverd.

In deze zin is het interessant te wijzen op het arrest-*Suso Musa t. Malta* van het EHRM waarin het Hof stelde dat detentie van een verzoeker tijdens de asielpcedure niet kon worden bevoelen voor uitwijzing omdat de nationale wetgeving niet toeliet de verzoeker te verwijderen tijdens de asielpcedure. Het Hof besloot in dit geval tot een schending van artikel 5, § 1 EVRM stellende dat de overheid niet te goeder trouw handelde en dat de detentie niet nauw verbonden was met het nagestreefde doel<sup>110</sup>.

Voor het beoordelen of de voortgezette detentie op het grondgebied rechtmatig is in de zin van de Opvangrichtlijn en het EVRM dient de nationale wetgeving onder de loep te worden genomen. In het geval van verzoekers aan de grens voorziet artikel 52/3, § 2 van de Vreemdelingenwet dat de aflevering van een beslissing tot binnenkomstweigerings met terugdrijving wordt uitgesteld tot na de negatieve beslissing van het CGVS<sup>111</sup>. Dit betekent dat wanneer toegang tot het grondgebied wordt verleend op basis van het uitblijven van een beslissing van het CGVS of wanneer het CGVS beslist tot verder onderzoek er in principe nog geen terugdrijvingsbeslissing is genomen. Nadat toegang werd verleend, heeft de verzoeker overeenkomstig artikel 49/3/1 van de Vreemdelingenwet het recht om wettig op het grondgebied te verblijven in afwachting van een definitieve beslissing inzake het verzoek om internationale bescherming. Bijgevolg heeft de voortgezette vasthouding op het grondgebied op basis van artikel 74/6 van de Vreemdelingenwet geen wettig doel, gezien de verzoeker voor wie nog geen terugkeerprocedure werd opgestart, overeenkomstig de Vreemdelingenwet niet kan worden uitgewezen zolang de asielpcedure loopt.

cedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, *Pb.L.* 24 december 2008, afl. 348.

<sup>109</sup> HvJ 15 februari 2016, C-601/15, *J.N.*, ECLI:EU:C:2016:84, § 75.

<sup>110</sup> EHRM 9 december 2013, nr. 42337/12, *Suso Musa/Malta*.

<sup>111</sup> Tenzij de vreemdeling pas een verzoek om internationale bescherming indiende nadat hem reeds een binnenkomstweigerings met terugdrijvingsmaatregel werd betekend aan de grens. In dat geval zal de uitvoerbaarheid van deze terugdrijvingsmaatregel in toepassing van art. 52/3, § 3 Vreemdelingenwet tijdens de behandeling van het verzoek worden opgeschort overeenkomstig art. 49/3/1 en 39/70 Vreemdelingenwet. MvT bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2548/001, 82-83.

## C. Vasthouding van 'migranten in transit'<sup>112</sup>

### 1. De Dublin III-Verordening versus de Terugkeer-richtlijn

#### a. Beleid ten aanzien van 'migranten in transit'

In september 2018 kondigden de minister van Binnenlandse Zaken en de staatssecretaris voor Asiel en Migratie een 10-puntenplan aan voor de aanpak van 'transmigratie'<sup>113</sup>. Met het 10-puntenplan werd een detentiebeleid ontwikkeld dat naast het bestrijden van mensensmokkel, gericht is op de ontrading van 'migranten in transit' om naar België te reizen<sup>114</sup>. Hiertoe werd de capaciteit van de gesloten centra specifiek voor deze groep verhoogd. In het repatriëringscentrum 127bis werd een administratief centrum opgericht, het *Common Support Initiative*, waar de gearresteerde transmigranten naartoe gebracht worden en de federale politie de noodzakelijke administratieve controles en stappen verricht in afwachting van een beslissing genomen door de DVZ. De overige plaatsen in 127bis en het volledige centrum voor illegalen te Brugge werden exclusief voorzien voor hun vasthouding<sup>115</sup>.

"In september 2018 kondigden de minister van Binnenlandse Zaken en de staatssecretaris voor Asiel en Migratie een 10-puntenplan aan voor de aanpak van 'transmigratie'."

In de praktijk kunnen zich twee situaties voordoen met betrekking tot de vasthouding van 'migranten in transit': ofwel wordt een persoon vastgehouden met het oog op uitwijzing

<sup>112</sup> De term 'transmigrant' is een term gebruikt om migranten en vluchtelingen aan te duiden die niet de intentie zouden hebben om een verzoek om internationale bescherming in België in te dienen en die meestal op doorreis zijn naar het Verenigd Koninkrijk. Deze personen zijn afkomstig van landen als Eritrea, Soedan, Ethiopië, Somalië, Afghanistan, Libië en Syrië. Gezien hun afkomst lijken zij prima facie een nood aan internationale bescherming te kunnen doen gelden. Ze worden daarnaast gekenmerkt door een grote kwetsbaarheid. Voor meer informatie, zie Caritas International, le CIRÉ, la Plateforme citoyenne de soutien aux réfugiés, NANSSEN en Vluchtelingenwerk Vlaanderen, *Migrants en Transit en Belgique. Recommandations pour une approche plus humaine*, februari 2019.

<sup>113</sup> VRT, *Francken en Jambon stellen 9-puntenplan voor in aanpak van transmigratie: dit zijn de maatregelen*, 10 september 2018, beschikbaar op [www.vrt.be/vrtnws/nl/2018/09/10/jambon-francken-maatregelen-tegen-transmigratie/](http://www.vrt.be/vrtnws/nl/2018/09/10/jambon-francken-maatregelen-tegen-transmigratie/).

<sup>114</sup> Ontwerp van Algemene Uitgavenbegroting voor het begrotingsjaar 2019, Advies over sectie 13-FOD Binnenlandse Zaken, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr.54-3294/028, 58-89: "De gecoördineerde acties in het veld blijven behouden; zij beogen het mensensmokkelaarsnetwerk in het vizier te krijgen en te ontmantelen. Ter ontrading zijn er zoveel mogelijk opsluitingen. Er zullen ook campagnes op de sociale media worden gevoerd". Zie bv. De Standaard, *Campagne om migranten af te schrikken offline*, 11 november 2018.

<sup>115</sup> Myria, *Migratie in cijfers en in rechten 2018. Recht op gezinsleven in het gedrang*, 2018, 23.



naar het land van herkomst in toepassing van de Terugkeerrichtlijn, ofwel wordt een persoon vastgehouden om de verantwoordelijke lidstaat vast te stellen in toepassing van de Dublin III-Verordening.

#### b. Toepassing van de Dublin III-Verordening

Voor wat betreft de toepassing van de Dublin III-Verordening werd detentie bemoeilijkt door het feit dat de meeste van deze ‘migranten in transit’ in onwettig verblijf in België leven en weigerachtig staan ten aanzien van de mogelijkheid om een verzoek om internationale bescherming in te dienen. Zij vallen onder het toepassingsgebied van de Dublin III-Verordening wanneer uit een Eurodac-controle blijkt dat er een verzoek om internationale bescherming geregistreerd is in een andere lidstaat<sup>116</sup>. Voor hun detentie in het kader van de Dublinprocedure is echter geen wettelijke basis voorzien in nationale wetgeving. Artikel 51/5 van de Vreemdelingenwet voorziet niet in de mogelijkheid een persoon vast te houden die niet om internationale bescherming verzoekt en dus onwettig verblijft in België.

Aanvankelijk werd in deze gevallen een ‘bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering’ of bijlage 13septies afgeleverd op basis van artikel 7 van de Vreemdelingenwet. Uit de motivering van het bevel bleek dat in realiteit de toepassing van de Dublin III-Verordening beoogd werd en niet de toepassing van de Terugkeerrichtlijn: “Uit onderzoek blijkt dat betrokkene geregistreerd werd in de Eurodac-Frankrijk. Betrokkene zal, behoudens nieuwe beslissing, in geen geval teruggeleid worden naar zijn land van herkomst.” “Aangezien betrokkene niet in het bezit is van een geldig reisdocument op het moment van zijn arrestatie, is het noodzakelijk hem/haar ter beschikking te houden van de Dienst Vreemdelingenzaken teneinde te onderzoeken welke lidstaat verantwoordelijk is”.

Het Hof van Cassatie herinnerde eraan dat de Dublin III-Verordening van toepassing is op de vasthouding van een persoon wanneer deze het voorwerp uitmaakt van een verzoek tot terugname, zelfs wanneer geen verzoek om internationale bescherming werd ingediend in de verzoekende lidstaat<sup>117</sup>. De RvV oordeelde op zijn beurt in Verenigde Kamers dat door het afleveren van een bevel om het grondgebied te verlaten op grond van artikel 7 van de Vreemdelingenwet terwijl in realiteit de toepassing van de Dublin III-Verordening wordt beoogd en niet een terugkeer naar het land van herkomst, de Dublin III-Verordening en alle bijhorende waarborgen worden miskend. De RvV bevestigde dat de Dublin III-Verordening de *lex specialis* is die prevaleert op de Terugkeerrichtlijn: een overdracht naar de verantwoordelijke lidstaat valt exclusief onder het toepassingsgebied van de Dublin III-Verordening<sup>118</sup>.

Met de ontwikkeling van een reeks nieuwe sui generis detentiemaatregelen werd de Dublin III-Verordening rechtstreeks toegepast in het geval van vasthouding van personen die geen verzoek om internationale bescherming in België indienden. Met de bijlage X1 “Beslissing tot het vasthouden in een welbepaalde plaats om de verantwoordelijke lidstaat te bepalen” wordt artikel 24, lid 1 en artikel 28, lid 2 toegepast en met de bijlage X2 “Besluit tot overdracht aan de verantwoordelijke lidstaat met beslissing tot het vasthouden in een welbepaalde plaats met het oog op overdracht aan de verantwoordelijke lidstaat” wordt artikel 26, lid 2 en artikel 28, lid 2 toegepast. Deze bijlagen hebben geen basis in het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Met de creatie van deze bijlagen ontstond een praktisch probleem. De bijlagen werden aanvankelijk ondertekend door een gemachtigde van de minister. De RvV stelde vast dat het ministerieel besluit van 18 maart 2009<sup>119</sup> (hierna: “Delegatiebesluit”) geen delegatie voorziet voor de ondertekening van een beslissing rechtstreeks genomen in toepassing van de Dublin III-Verordening<sup>120</sup>. Dit maakt dat enkel de minister of de staatssecretaris bevoegd is voor de ondertekening. Een snelle ondertekening van deze bijlagen door de staatssecretaris of de minister bleek niet realiseerbaar in de praktijk<sup>121</sup>. Na arrestatie mag een vrijheidsbeneming door de politie, in afwachting van een beslissing van de minister, overeenkomstig artikel 74/7 van de Vreemdelingenwet immers niet langer dan 24 uur duren. Binnen deze tijdspanne dient de nodige informatie te worden verzameld teneinde te bepalen of de Dublin III-Verordening al dan niet van toepassing is door onder andere een controle van de Eurodac-database en dient een door de minister ondertekende beslissing ter kennis te worden gegeven aan de vreemdeling in kwestie op basis waarvan hij overgebracht kan worden naar het gesloten centrum.

Om aan dit probleem te verhelpen werd een nieuwe detentiepraktijk ontwikkeld. Een bijlage 13septies L(ight) “Bevel om het grondgebied te verlaten met vasthouding met het oog op verwijdering” op basis van artikel 7 van de Vreemdelingenwet, wordt afgeleverd binnen de 24 uur. De Eurodac-controle wordt uitgesteld en vindt niet langer plaats bij de politie maar wordt later uitgevoerd in het gesloten centrum. In de bijlage 13septies L wordt geen bestemming voor uitwijzing gespecificeerd en er vindt geen onderzoek naar een mogelijke schending van artikel 3 EVRM plaats. De DVZ motiveert de bijlage 13septies L als volgt: “Betrokkene is niet in het bezit van documenten, bijge-

<sup>116</sup> Art. 18 en art. 24 Dublin III-Verordening.

<sup>117</sup> Cass. 20 december 2017, P.17.1192.F.

<sup>118</sup> RvV 8 maart 2018, nr. 200.933; RvV 9 maart 2018, nr. 200.976; RvV 9 maart 2018, nr. 200.977.

<sup>119</sup> Ministerieel besluit van 18 maart 2009 houdende delegatie van bepaalde bevoegdheden van de minister die bevoegd is voor de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en tot opheffing van het ministerieel besluit van 17 mei 1995 houdende delegatie van bevoegdheid van de minister inzake de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

<sup>120</sup> RvV 22 juni 2018, nr. 205.796; RvV 21 augustus 2018, nr. 207.978.

<sup>121</sup> R. BRONLET en S. GIOE, “Les annexes ‘X’ aux frontières du légal”, ADDE-Analyse, december 2018, 4.



volg dient zijn nationaliteit te worden bepaald. De grens waarnaar betrokkene zal worden teruggeleid, zal worden bepaald in een beslissing tot vaststelling van de grens, nadat de nationaliteit vaststaat en het risico op schending van artikel 3 EVRM werd onderzocht. Tegen deze beslissing kan een schorsend beroep bij de RvV worden ingesteld.” Met deze motivering wordt de effectieve terugleiding naar de grens en het onderzoek naar een mogelijke schending van artikel 3 EVRM bij uitwijzing uitgesteld.

In functie van het resultaat van de Eurodac-controle kunnen zich dan twee situaties voordoen. In geval van een Eurodac-hit, vindt de Dublin III-Verordening toepassing en wordt een bijlage X1 afgeleverd.

Ondertussen voorzag de wetgever in een oplossing voor wat betreft de lacune in artikel 51/5 van de Vreemdelingenwet en het daaruit voortvloeiende gebrek aan delegatiebevoegdheid. Met de wet van 8 mei 2019 wordt een nieuw artikel 51/5/1 in de Vreemdelingenwet ingevoegd voor wat betreft de situatie van een vreemdeling die zich op onwettige wijze op het Belgisch grondgebied bevindt, die in een andere lidstaat een verzoek om internationale bescherming heeft ingediend en waarvan de minister of zijn gemachtigde van oordeel is dat een andere lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van het verzoek om internationale bescherming. Artikel 51/5/1, § 1, lid 2 en artikel 51/5/1, § 2, lid 3 van de Vreemdelingenwet voorzien in een wettelijke basis voor de vasthouding van deze vreemdeling<sup>122</sup>.

### c. Toepassing van de Terugkeerrichtlijn

Als er geen Eurodac-hit is, wordt overeenkomstig de Terugkeerrichtlijn een uitwijzing naar het land van herkomst georganiseerd en wordt een nieuwe aanvechtbare beslissing in de vorm van een bijlage 13septies op basis van artikel 7 van de Vreemdelingenwet afgeleverd met een terugleiding naar de grens. In deze beslissing tot terugleiding wordt de bestemming bepaald waarnaar de persoon wordt uitgewezen en wordt gemotiveerd omtrent de afwezigheid van een risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM in het land van bestemming.

### 2. De vasthouding van ‘migranten in transit’ in het licht van de Terugkeerrichtlijn en artikel 3 EVRM

Volgens recente rechtspraak van de RvV, geveld in Verenigde Kamers, is de beslissing tot terugleiding naar de grens op zich een aanvechtbare rechtshandeling die het voorwerp kan uitmaken van een verzoek tot schorsing en vernietiging<sup>123</sup>. Hiermee komt de RvV terug op zijn eerder standpunt waarbij het de beslissing tot terugleiding naar de grens beschouwde als een louter uitvoerende maatregel van het bevel om het grondgebied

te verlaten waartegen geen rechtsmiddel openstond. Overeenkomstig deze recente rechtspraak van de RvV is een bevel om het grondgebied te verlaten, genomen op grond van artikel 7, eerste lid van de Vreemdelingenwet, een terugkeerbesluit

in de zin van artikelen 6 en 7 van de Terugkeerrichtlijn en een beslissing tot terugleiding naar de grens, genomen op grond van artikel 7, lid 2 van de Vreemdelingenwet, een verwijderingsbesluit in de zin van artikel 8 van de Terugkeerrichtlijn<sup>124</sup>. Uit artikel 8 van de Vreemdelingenwet, dat spreekt van “het bevel om het grondgebied te verlaten of de beslissing tot terugleiding naar de grens”, volgt dat de beslissing tot terugleiding naar de grens onderscheiden moet worden van de beslissing tot afgifte van een bevel om het grondgebied te verlaten<sup>125</sup>. De beslissing tot terugleiding naar de grens wordt daarom door de RvV beschouwd als een individuele beslissing in de zin van artikel 39/1, § 1, tweede lid van de Vreemdelingenwet. Uit de artikelen 12, lid 1 juncto 13, lid 1 van de Terugkeerrichtlijn kan volgens de RvV worden afgeleid dat zowel tegen het bevel om het grondgebied te verlaten of het terugkeerbesluit, als tegen de beslissing tot terugleiding naar de grens of het verwijderingsbesluit een doeltreffend rechtsmiddel moet openstaan<sup>126</sup>.

“Volgens de RvV is de beslissing tot terugleiding naar de grens een aanvechtbare rechtshandeling die het voorwerp kan uitmaken van een verzoek tot schorsing en vernietiging.”

De Terugkeerrichtlijn onderscheidt inderdaad twee verschillende beslissingen: het terugkeerbesluit dat het onwettig verblijf vaststelt en een terugkeerverplichting oplegt of vaststelt<sup>127</sup> en het verwijderingsbesluit dat de terugkeerverplichting uitvoert, d.w.z. de fysieke verwijdering uit de lidstaat<sup>128</sup>. De Belgische Vreemdelingenwet past dit onderscheid echter niet toe in deze zin dat de beslissing tot verwijdering in artikel 1, § 1, 6° van de Vreemdelingenwet wordt gedefinieerd als “de beslissing die de illegaliteit van het verblijf van een vreemdeling vaststelt en een terugkeerverplichting oplegt”<sup>129</sup>. Concreet, wanneer een vreemdeling in onwettig verblijf wordt vastgehouden in afwachting van een verwijdering, krijgt hij een bevel om het grondgebied te verlaten met het oog op verwijdering (bijlage 13septies). Deze bestaat uit drie delen: het bevel om het grondgebied te verlaten, de beslissing tot terugleiding naar de grens en de beslissing tot vasthouding<sup>130</sup>. Volgens Myria komt de definitie van verwijderingsbesluit weergegeven in artikel 1

<sup>122</sup> Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen 25 april 2019, *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54-3618/007.

<sup>123</sup> RvV 8 februari 2018, nr. 199.329.

<sup>124</sup> L. DENYS, *Overzicht van het Vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 750.

<sup>125</sup> RvV 8 februari 2018, nr. 199.329.

<sup>126</sup> L. DENYS, *Overzicht van het Vreemdelingenrecht*, Heule, INNI Publishers, 2019, 754.

<sup>127</sup> Art. 3.4. en art. 6 Terugkeerrichtlijn.

<sup>128</sup> Art. 3.5. en art. 8 Terugkeerrichtlijn.

<sup>129</sup> T. WIBAULT, “La transposition de la directive Retour en droit belge”, *Revue du droit des étrangers*, 2012, 376-377.

<sup>130</sup> Myria, *Migratie in cijfers en in rechten 2018. Recht op gezinsleven in het gedrang*, 2018, 62.



van de Vreemdelingenwet overeen met de definitie van terugkeerbesluit in de zin van de Terugkeerrichtlijn. Het verwijderingsbesluit in de zin van de Terugkeerrichtlijn wordt niet voorzien door de Vreemdelingenwet. Het standpunt van Myria is dat de Belgische wetgeving expliciet in de aflevering van een verwijderingsbesluit moet voorzien waarin de bestemming van uitwijzing geïdentificeerd wordt en gemotiveerd wordt omtrent de afwezigheid van een ernstig risico op slechte behandeling in de zin van artikel 3 EVRM bij terugkeer. Dit verwijderingsbesluit moet voorafgaandelijk aan de detentie worden afgeleverd, aangezien de detentie enkel wettig is krachtens artikel 5 EVRM wanneer er een reëel vooruitzicht op verwijdering bestaat. In het geval dat de terugkeer een risico op schending van artikel 3 EVRM met zich zou meebrengen, zou het wettig doel van detentie in de zin van artikel 5 EVRM ontbreken. Gezien de huidige nationale wetgeving zou deze beoordeling moeten plaatsvinden vóór de aflevering van de bijlage 13septies<sup>131</sup>.

Dit standpunt wordt ondersteund door rechtspraak van het EHRM<sup>132</sup>, de Raad van State<sup>133</sup> en het Hof van Cassatie<sup>134</sup> waarin geconcludeerd wordt dat het onderzoek naar een mogelijke behandeling in strijd met artikel 3 EVRM moet gebeuren op het moment van het afleveren van een bevel om het grondgebied te verlaten en vóór het nemen van een dwangmaatregel. Een voorwaarde hiervoor is dat de bestemming duidelijk is. Wat de vrijheidsbenaming betreft, moet de rechtszekerheid strikt in acht worden genomen met betrekking tot alle elementen die relevant zijn voor de rechtvaardiging van de detentie. Onduidelijkheid over de bestemming waarnaar een vreemdeling in detentie zal worden uitgewezen, is niet acceptabel voor het EHRM. Het staat immers een betekenisvol onderzoek van de risico's die uitwijzing met zich meebrengt en een effectieve controle in de zin van artikel 13 EVRM in de weg<sup>135</sup>. De RvV oordeelde in dezelfde zin: "Thans kan de Raad niet enkel dan vaststellen dat er volkomen onduidelijkheid heerst naar welk land de gemachtigde beoogt de verzoeker te verwijderen of terug te leiden. Dit heeft hem er evenwel niet van weerhouden de thans bestreden beslissing te nemen. Echter, door deze handelswijze wordt de Raad in de volkomen onmogelijkheid gesteld om een effectief rechtsmiddel te bieden wat betreft een eventueel risico op schending van artikel 3 EVRM"<sup>136</sup>. Hieruit volgt dat op het ogenblik van het afleveren van de bijlage 13septies L de bestemming waarnaar de vreemdeling wordt uitgewezen duidelijk moet zijn en een nauwkeurig onderzoek naar een mogelijke behandeling in strijd met artikel 3 EVRM bij uitwijzing moet hebben plaatsgevonden. De RvV vernietigde in verschillende arresten de bijlage 13septies L op grond van volgende motivering:

"Verzoeker lijkt te kunnen worden bijgetreden waar hij stelt dat het nemen van een bevel om het grondgebied te verlaten reeds veronderstelt dat een onderzoek naar artikel 3 van het EVRM moet gebeuren. Een dergelijk bevel legt reeds de verplichting op om het grondgebied te verlaten én bevat een terugkeerverplichting (RvS 28 september 2017, nr. 239.259). *In casu* is dit des te meer het geval omdat het bevel is afgegeven zonder termijn voor vrijwillig vertrek. De stelling dat de gemachtigde zich er zou mee kunnen vergenoegen slechts op het ogenblik van de tenuitvoerlegging van een beslissing een onderzoek naar artikel 3 van het EVRM te doen, strookt niet met de duidelijke termen van artikel 7 van de Vreemdelingenwet. Dit artikel, dat zowel de rechtsgrond vormt voor de beslissing tot verwijdering als de beslissing tot terugleiding, stelt in de aanhef 'onverminderd meer voordelige bepalingen vervat in een internationaal verdrag' zodat de gemachtigde bij het nemen van een beslissing houdende een bevel om het grondgebied te verlaten reeds moet onderzoeken of de verwijderingsmaatregel in overeenstemming is met de normen van de internationale verdragen waardoor België gebonden is, te dezen met artikel 3 van het EVRM. (...) ook de Raad van State zich onder meer juist steunt op het bepaalde in het arrest *Paposhvili* om tot de conclusie te komen dat een mogelijke schending van artikel 3 van het EVRM moet worden onderzocht bij het nemen van een beslissing houdende een bevel om het grondgebied te verlaten"<sup>137</sup>.

Het in de praktijk gevoerde beleid ten aanzien van 'migranten in transit' toont aan dat detentie geen uitzonderlijke maatregel is en zelfs wordt ingezet als ontradringsmiddel. Verschillende vasthoudingsmaatregelen worden ontwikkeld om lacunes in de wetgeving en praktische obstakels te omzeilen. Gezien hun nationaliteit en kwetsbaar profiel kunnen een significant aantal van deze personen een prima facie beschermingsnood doen gelden en is een uitwijzing naar het land van herkomst niet mogelijk omwille van een reëel risico op een behandeling in strijd met artikel 3 EVRM. Desondanks worden zij zonder voorafgaand grondig onderzoek van hun specifiek mogelijks kwetsbaar profiel en zonder onderzoek of er een reëel risico op onmenselijke of vernederende behandeling bestaat bij terugkeer naar het land van herkomst vastgehouden om in vele gevallen na enkele dagen opnieuw vrijgesteld te worden. Detentie zonder voorafgaand (of uitgesteld) onderzoek naar een mogelijke schending van artikel 3 EVRM en zonder wettig doel, namelijk uitwijzing, moet worden beschouwd als willekeurige detentie.

"Verschillende vasthoudingsmaatregelen worden ontwikkeld om lacunes in de wetgeving en praktische obstakels te omzeilen."

<sup>131</sup> Myria, *Migratie in cijfers en in rechten 2018. Recht op gezinsleven in het gedrang*, 2018, 62.

<sup>132</sup> EHRM 13 december 2016, nr. 41738/10, *Paposhvili/België*.

<sup>133</sup> RvS 28 september 2017, nr. 239.259; RvS 29 mei 2018, nr. 241.623; RvS 29 mei 2018, nr. 241.625.

<sup>134</sup> Cass. 31 januari 2017, P.18.0035.F.

<sup>135</sup> EHRM 11 oktober 2011, nr. 46390/10, *Auad/Bulgarije*; EHRM 15 april 2014, nr. 43875/09, *Asalya/Turkije*.

<sup>136</sup> RvV 1 oktober 2018, nr. 210383.

<sup>137</sup> Zie o.a. RvV 1 oktober 2018, nr. 210.383; RvV 24 december 2018, nr. 214.610.

## 4\_ Conclusie

De wijziging van de Vreemdelingenwet in lijn met het EU-recht is een stap vooruit op vlak van de bescherming van het fundamentele recht op vrijheid van verzoekers om internationale bescherming. In tegenstelling tot het verleden, gaat de Vreemdelingenwet nu uit van het uitzonderlijk karakter van detentie en voorziet het in een strikt kader waarbinnen het detentie onderwerpt aan de voorwaarden van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.

Op bepaalde vlakken worden echter tekortkomingen vastgesteld die een risico op willekeurige detentie doen ontstaan. Deze tekortkomingen lijken het gevolg van de aanpassing van de Vreemdelingenwet aan reeds bestaande detentiepraktijken. Zo werd de Opvangrichtlijn onvolledig omgezet in artikel 74/5 van de Vreemdelingenwet dat geen voorwaarden stelt aan detentie van verzoekers om internationale bescherming aan de grens zodat de praktijk van automatische grensdetentie die reeds bestond vóór de wetwijziging behouden blijft. De praktijk van voortgezette detentie van verzoekers op het grondgebied na toelating tot binnenkomst in het Rijk die reeds bestond in het verleden werd wettelijk vastgelegd. Dit laat toe de maximumdetentietermijnen voor verzoekers aan de grens voorzien in de wetgeving te omzeilen. De criteria om het risico op onderduiken vast te stellen zijn dermate vaag en algemeen geformuleerd dat het principe van rechtszekerheid in het gedrang komt, en kunnen ertoe leiden dat elke verzoeker het voorwerp van detentie kan uitmaken. Bijkomende alternatieven voor detentie werden nog niet voorzien bij koninklijk besluit waardoor de voorwaarde van noodzakelijkheid en het onderzoeken van de mogelijkheid om minder dwingende maatregelen uitgehold wordt. Deze leemten in de Vreemdelingenwet verlenen een grote discretionaire bevoegdheid aan de Belgische staat en creëren een risico op willekeurige detentie.

De geanalyseerde gevallen van vasthouding van verzoekers aan de grens, hun voortgezette vasthouding op het grondgebied na toelating tot binnenkomst in het Rijk en de vasthouding van 'migranten in transit' zijn exemplarisch in deze zin dat ze enerzijds aantonen dat de leemten in de Vreemdelingenwet wel degelijk, in strijd met mensenrechtelijke verdragen en EU-wetgeving, leiden tot willekeurige detentie en rechtsonzekerheid en anderzijds dat, ondanks een strikt wetgevend detentiekader, ook op Belgisch niveau detentie in bepaalde gevallen niet uitzonderlijk maar routinematig is en gebruikt wordt als ontradingmiddel.