

Kroniek van het migratierecht

Hemme Battjes, Pieter Boeles, Evelien Brouwer, Galina Cornelisse, Marcelle Reneman, Lieneke Slingenberg, Thomas Spijkerboer & Martijn Stronks¹

Het migratierecht stond weer volop in de steigers het afgelopen jaar. In de algemene berichtgeving leest en hoort men veel over de grenzen van Europa, de samenwerking met Turkije en de verdeling van asielzoekers over Europa. Maar ook het gezinsmigratiebeleid, de opvang van vreemdelingen zonder verblijfsrecht, de controle aan de Europese binnengrenzen, het openbareordebeleid voor vreemdelingen en vreemdelingendetentie staan onder voortdurende spanning. De hoogspanning waaronder telkens weer acute oplossingen moeten worden gevonden voor complexe en langdurige problemen loopt als een rode draad door deze kroniek.

Het is nu al zo'n geruime tijd lawaaiig in en om het migratierecht, dat het pas nieuws zou zijn als er eens een periode niets ingrijpends zou plaatsvinden. Het is alsof je aan het werk bent naast een bouwput waar dag in dag uit de heipalen het achtergrondgeluid bepalen, tot het moment dat je ze niet meer hoort, maar je algehele prikkelbaarheid wel stevig is toegenomen. Het hedendaagse migratierecht mag dan geen bouwput heten – het is eerder een uiterst geraffineerd bouwwerk – wel wordt er met grote regelmaat een ingrijpende verbouwing aangekondigd om een schijnbaar alom aanwezige vorm van permanente geprikkeldheid het hoofd te bieden.

Ook de lezer van een kwaliteitskrant zal daarbij in eerste instantie denken aan de grenzen van Europa, de samenwerking met Turkije, of de verdeling van asielzoekers over Europa. Toch blijft het tumult niet beperkt tot het asielrecht, hoewel de algehele berichtgeving misschien anders doet vermoeden. Ook het gezinsmigratiebeleid, de opvang van vreemdelingen zonder verblijfsrecht, de controle aan de Europese binnengrenzen, het openbareordebeleid voor vreemdelingen en vreemdelingendetentie staan onder voortdurende spanning. Niet dat alle maatregelen in het hedendaagse migratierecht nu allemaal per se zo slecht zijn of ondoordacht, de gemene deler is veeleer de hoogspanning waaronder telkens weer acute oplossingen moeten worden gevonden, voor complexe en langdurige problemen. Die hoogspanning loopt als een rode draad door deze kroniek.

Gelukkig dwingt een kroniek als vanzelf tot enige distantie en verstillings, al was het alleen maar omdat in enkele pagina's een heel jaar tot staan moet worden gebracht. De toon die van dit schrijven uitgaat is dan ook overwegend zakelijk en beschouwend. Zoals in de opmer-

king dat de kroniek vanzelfsprekend geen volledig overzicht van het jaar bevat, maar wel een, naar onze smaken, relevante representatie daarvan.

Europese buitengrenzen

Het Europese Parlement en de Europese Raad bereikten in juni overeenstemming over een verordening die een Europese Grens- en Kustwacht instelt.² Daarmee wordt het bestaande agentschap (Frontex) opgeschaald. Het tempo waarmee deze wetgeving werd behandeld is verbluffend, want het voorstel van de Commissie dateerde van 15 december 2015.³ Het doel van het nieuwe agentschap is geïntegreerd management van grenzen op nationaal en Europees niveau, door 1. maatregelen in derde landen (zoals visumbeleid); 2. samenwerking met derde landen; 3. maatregelen aan de buitengrenzen zelf; en 4. terugkeer. Grensbewaking wordt een gedeelde bevoegdheid van de EU en de lidstaten. Daartoe gaat de Europese Grenswacht toezicht houden op de lidstaten. Lidstaten kunnen vragen om bijstand van de Grenswacht. En als een lidstaat er echt een zootje van maakt, kan de Europese Raad op voorstel van de Commissie zulke bijstand aan een lidstaat opdringen. Cruciaal is evenwel dat andere lidstaten metterdaad personeel beschikbaar stellen voor gevraagde of ongevraagde gezamenlijke operaties. De ervaringen in de *hotspots* in Griekenland en Italië geven wat dat betreft te denken.

Als onderdeel van het gemeenschappelijk buitenlandsbeleid van de EU besloot de Europese Raad in mei 2015 tot een militaire operatie op de Middellandse Zee. Het doel van deze operatie was het ontregelen van het *business model* van mensensmokkelaars en -handelaren in het centrale deel van de Middellandse Zee⁴ – in de praktijk tussen Italië en Tunesië/Libië. De operatie had aanvankelijk de onappe-

tijdelijke naam EUNAVFORMED, maar is Sophia gedoopt, naar een Somalisch meisje dat op 24 augustus 2015 werd geboren aan boord van de Duitse oorlogsbodem Schleswig-Holstein. De operatie is opgedeeld in verschillende fases. Tijdens Fase 1 observeert Sophia migratienetwerken door het verzamelen van informatie en het uitvoeren van patrouilles op zee. Tijdens Fase 2(a) entert Sophia smokkelboten in internationale wateren, en in voorkomende gevallen kunnen die worden doorzocht of geconfisqueerd. In Fase 2(b) zal dat ook gaan gebeuren in de territoriale wateren van derde landen, waaraan in Fase 2(c) wordt toegevoegd het vernietigen van boten binnen het territorium van derde landen.⁵ Fase 2(a) ging op 7 oktober 2015 in.⁶ De Europese Raad besloot deze zomer om ook de Libische kustwacht en marine te gaan trainen.⁷ Dat valt nog wel in verband te brengen met het ontregelen van het *business model* van smokkelaars, maar er is ook sprake van onvervalste *mission creep*. De VN Veiligheidsraad machtigde de EU om, als ze daar nu toch aan het rondvaren zijn, meteen ook maar het wapenembargo tegen Libië te handhaven.⁸

Cruciaal is dat andere lidstaten metterdaad personeel beschikbaar stellen voor gevraagde of ongevraagde gezamenlijke operaties

Een dingetje bij dit soort operaties is natuurlijk het internationale recht. De VN Veiligheidsraad bevestigde in oktober 2015 het recht van staten om in internationale wateren schepen te inspecteren als er reden is ze te verdenken van mensensmokkel, en om actie tegen schepen te ondernemen als er daadwerkelijk gesmokkeld wordt.⁹ Maar voor acties in Libisch territorium is instemming van de Libische autoriteiten vereist. Dat levert twee problemen op. Eén: wie van de kluwen van mannen met bommen en gra-

naten in Libië is de regering? Er is nu formeel een regering van nationale eenheid. Afspraken met die regering zorgen in ieder geval voor een schijn van verenigbaarheid met internationaal recht. Twee: Libië zal de wens van de EU om in Libië zelf op te treden tegen migratie vast gebruiken voor het gemarchandeer waar ook de vorige Libische regering (het regime van Khadaffi) veel succes mee had.

Operatie Sophia is in kwantitatief opzicht zeker een succes. Tot 15 juni 2016 werden 71 smokkelaars door de Italiaanse autoriteiten opgepakt als direct gevolg van Sophia, en nog eens 146 met steun van Sophia. Sophia 'neutraliseerde' 148 boten, en ondersteunde het 'neutraliseren' van nog eens 208 boten. Het redden van mensen is niet het doel van Sophia. Maar ondertussen: bij 98 reddingsoperaties werden 15 997 mensen gered, en Sophia ondersteunde de redding van nog eens 32 334 mensen.¹⁰ Het aantal migranten, inclusief het aantal mensen dat omkomt, daalt op deze route echter geenszins.¹¹ Met het ontregelen van het *business model* van smokkelaars wil het dus nog niet erg lukken.

Dat leek daarentegen aanvankelijk prima te lukken op de Aegeïsche Zee. Cruciaal daarvoor waren de afspraken tussen de EU en Turkije uit maart 2016, waarin enerzijds Turkije aanvaardde om alle migranten die vanaf 20 maart 2016 vanuit Turkije naar de Griekse eilanden zouden komen terug te nemen. Daartegenover beloofde de EU mee te werken aan visumvrij reizen voor Turkse onderdanen, zou de EU € 6 miljard bijdragen aan de opvang van vluchtelingen in Turkije,¹² en zouden de toetredingsonderhandelingen tussen Turkije en de EU weer worden herstart.¹³ Deze afspraken zijn opzienbarend, alleen al omdat Turkije in zijn eentje meer vluchtelingen bescherming biedt dan de hele Europese Unie bij elkaar.

Inmiddels zijn een paar honderd migranten door Griekenland daadwerkelijk teruggestuurd naar Turkije. Het was de bedoeling dat dat alleen mensen waren die geen asiel hadden aangevraagd, en bij wie er dus geen internationaalrechtelijke belemmeringen tegen terugzending waren. UNHCR berichtte evenwel dat er per ongeluk toch dertien mensen tussen zaten die wel asiel hadden gevraagd.¹⁴ Een Grieks rechtscollege oordeelde op 17 mei jl. over de vraag of mensen die asiel aangevraagd hebben teruggestuurd kunnen worden naar Turkije.¹⁵ Het oordeel was dat Turkije geen veilig derde land is in de zin van de

Auteurs

1. Prof. mr. H. Battjes, prof. mr. P. Boeles, mr. dr. E.R. Brouwer, mr. dr. A.M. Reneman, mr. dr. C.H. Slingenberg, prof. mr. T.P. Spijkerboer en mr. drs. M.C. Stronks zijn allen werkzaam bij de sectie migratierecht van de Vrije Universiteit Amsterdam, mr. dr. G. Cornelisse is werkzaam bij de sectie Transnational Legal Studies van dezelfde universiteit. Deze kroniek bestrijkt de periode oktober 2015 – september 2016.

Noten

2. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2292_en.htm, eindtekst Pb 2016 L 251.1, 16 september 2016.

3. COM(2015)671final.

4. Art. 1 Besluit 2015/778, Pb L122/31 (2015).

5. *Idem*, art. 2.

6. www.eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eunavfor-med/press-releases/20151007_en.htm.

7. www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/06/20-fac-eunavfor-med-sophia/?utm_source=dsms-auto&utm_medium=email&utm_campaign=EUNAVFOR+MED+Operation+Sophia%3a+mandate+extended+by+one+year%2c+two+new+tasks+added; Political and Security Committee Decision 2016/1635, Pb L243/11.

8. UNSC 2292, 14 juni 2016; Political and Security Committee Decision 2016/1637, 6 september 2016, Pb L243/14.

9. UNSC 2240, 9 oktober 2015.

10. Tabel afkomstig van Frontex, opgenomen in Marco Notarbartolo di Sciarra: *Challenges and innovations in the Italian judicial fight of migrants' smuggling in the Central Mediterranean route* (masterscriptie VU Amsterdam), 2016, p. 37.

11. <http://missingmigrants.iom.int/mediterranean>.

12. Overigens blijkt een deel van dat geld te worden besteed aan 'migration management', dat wil zeggen het tegenhouden van vluchtelingen en migranten, Persbericht

Europese Commissie 12 mei 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1728_en.htm.

13. Het visumvrij reizen, laat staan toetreding van Turkije tot de EU lijkt inmiddels illusoir.

14. www.theguardian.com/world/2016/apr/05/greece-deport-migrants-turkey-untied-nations-european-union.

15. Appeals Committee, nr. 05/133782, 17 mei 2016. Een Engelse vertaling is te vinden op www.borderline-europe.de/sites/default/files/background/AppealsCommittee_DecisionSTC.docx.

EU Procedurerichtlijn. Volgens de Griekse rechter krijgen asielzoekers er geen bescherming in overeenstemming met het Vluchtelingenverdrag (artikel 28(1)(e) Richtlijn 2013/32) en bovendien schendt Turkije het refoulementverbod (artikel 38(1)(c) Richtlijn 2013/32), aangezien het systematisch Syrische vluchtelingen deporteert en met gebruikmaking van geweld Syrische vluchtelingen de toegang weigert (volgens Human Rights Watch worden vluchtelingen aan de grens zelfs doodgeschoten).¹⁶ Kort na dit oordeel werd deze beroepsinstantie door de Griekse wetgever vervangen door een andere.¹⁷ Daarmee voegt Griekenland zich in het rijtje Hongarije-Polen-Turkije: als de rechter iets beslist wat de regering niet zint, dan nemen we een andere rechter. Nog een kwestie van breder belang is dat de EU-Turkije deal is vastgelegd in een persverklaring.¹⁸ Hiermee wordt het constitutionele kader ontweken dat het Europese recht geeft voor overeenkomsten tussen de EU en derde landen. Dit voorziet in een rol voor het Europese Parlement en het Hof van Justitie, maar afkeer van dergelijke controlemechanismen is kennelijk niet voorbehouden aan Grieken, Turken, Polen of Hongaren.¹⁹

Europese binnengrenzen: Schengen

Sinds september 2015 hebben verschillende lidstaten, zoals Frankrijk, Duitsland, Oostenrijk, Slovenië en België de controles aan de binnengrenzen heringevoerd, ter bescherming van de binnenlandse veiligheid, maar ook om zogenaamde 'secundaire stromen van asielzoekers' tegen te gaan.

De tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles is toegestaan op grond van de Schengengrenscodex onder voorwaarde dat bij de Europese Commissie wordt gemeld waar en hoe lang de grenscontroles worden uitgevoerd en het Europese Parlement, de Raad en andere lidstaten hierover worden ingelicht. Deze grenscontroles mogen maximaal één maand duren met de mogelijkheid tot verlenging tot een maximum van zes maanden. In 2013 is de Schengengrenscodex (SGC) gewijzigd, waarbij niet alleen explicietere regels werden opgenomen inzake de voorwaarden van tijdelijke binnengrenscontroles, maar ook een nieuwe bepaling is toegevoegd op grond waarvan de Raad bij besluit een of meer lidstaten kan toestaan tijdelijke controles uit te voeren bij 'voortdurende serieuze tekortkomingen' in de buitengrenscontrole.²⁰ Deze bevoegdheid is neergelegd in artikel 29 van de in 2016 geconsolideerde SGC of Verordening 2016/399. De algemene bevoegdheid tot tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles is nu neergelegd in artikelen 25-28 SGC.²¹ Op basis van artikel 29 SGC, mag de Raad de daar omschreven binnengrenscontroles alleen toestaan wanneer sprake is van uitzonderlijke omstandigheden die een ernstig risico voor de openbare orde en interne veiligheid binnen de Schengenzone doen ontstaan. Ook hier geldt in beginsel een maximum termijn van zes maanden, deze termijn kan echter tot drie keer worden verlengd waardoor de controles maximaal twee jaar kunnen voortduren.

In mei 2016 is deze bevoegdheid tot uitzonderlijke herinvoering van binnengrenscontroles voor de eerste keer toegepast vanwege de falende buitengrenscontroles in Griekenland. Zoals bekend werd met name dit land geconfronteerd met een hoge instroom van asielzoekers en bleek het zowel door overmacht, gebrek aan efficiënte

organisatie en middelen, als het uitblijven van voldoende hulp door andere lidstaten en Europese instituties niet bij machte de migranten voldoende opvang en tijdige toegang tot de procedures te bieden. In maart 2016, publiceerde de Europese Commissie het 'Stappenplan: terug naar Schengen'.²² De Commissie stelde hierin, nadat het Schengen als een van de belangrijkste successen van de

Daarmee voegt Griekenland zich in het rijtje Hongarije-Polen-Turkije: als de rechter iets beslist wat de regering niet zint, dan nemen we een andere rechter

Europese integratie had genoemd, een schema vast ter verbetering van de uitvoering van de buitengrenscontroles in Griekenland. Al in mei 2016 oordeelde de Commissie dat, ondanks de 'vooruitgang' in Griekse maatregelen ter verbetering van de controles, nog steeds sprake was van serieuze tekortkomingen aan de buitengrenzen.²³ Op basis van een ontwerp-besluit van de Commissie, nam de Raad van JBZ ministers op 12 mei 2016 een besluit²⁴ waarbij Oostenrijk, Duitsland, Denemarken, Zweden en Noorwegen, werd toegestaan hun (al ingevoerde) binnengrenscontroles verder te handhaven met een maximumtermijn van zes maanden.²⁵

Europese binnengrenzen: Mobiel Toezicht Veiligheid

In de vorige kroniek werd melding gemaakt van de wijziging van het Vreemdelingenbesluit in 2014, op basis waarvan de Nederlandse regering kan besluiten tijdelijk de controles aan de binnengrenzen in de vorm van Mobiel Toezicht Veiligheid (MTV) te intensiveren (4.17b Vreemdelingenbesluit). Nederland beroept zich voor de toepassing van deze bevoegdheid niet op de hierboven genoemde artikelen 25-28 SGC tot tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles, maar op artikel 23 (vroeger 21) SGC. Deze bepaling laat lidstaten toe aan de binnengrenzen politiecontroles uit te voeren zolang deze niet-systematisch zijn en niet de vorm hebben van daadwerkelijke grenscontroles.

Op basis van artikel 4.17 b Vb kan het aantal controles in het binnengrensgebied, zoals normaal is toegestaan op basis van artikel 4.17a, worden verdubbeld: per dag mogen in ten hoogste zes treinen per traject en ten hoogste veertig treinen worden gecontroleerd (waarvan het toezicht slechts mag worden uitgeoefend in een deel van de trein, en per trein in ten hoogste vier treincoups). Op de weg of vaarweg mogen ten hoogste 180 uur per maand en ten hoogste twaalf uur per dag controles worden uitgevoerd, maar ook hierbij mag slechts een deel van de

passerende vervoermiddelen' worden stilgehouden. Deze (tijdelijke) controles mogen worden uitgevoerd bij 'aanzienlijke toename van illegaal verblijf na grensoverschrijding, dan wel indien er concrete aanwijzingen zijn dat op korte termijn een dergelijke toename kan worden verwacht'. Deze vorm van geïntensiveerde binnengrenscontroles is voor het eerst toegepast in september 2015 als antwoord op de toename van asielzoekers in Europa.²⁶ Volgens de Nederlandse regering was deze maatregel gerechtvaardigd onder andere om te voorkomen dat mensensmokkelaars misbruik maken van de kwetsbare situatie van asielzoekers. Sindsdien is de intensivering nog drie keer verlengd.²⁷ Blijkens de toelichting op het besluit van 16 oktober 2015 diende deze intensivering volgens staatssecretaris Dijkhoff drie doelen. Ten eerste, de bestrijding van illegale immigratie in het algemeen en de bestrijding van mensensmokkel in het bijzonder; ten tweede, het voorkomen van mensonterende incidenten (zoals de omgekomen vreemdelingen in vrachtwagens); en, ten derde, het voorkomen van substantiële incidenten voor de openbare orde en veiligheid in Nederland.

In twee uitspraken eind 2015 deden twee lagere rechters uitspraak over de rechtmatigheid van deze geïntensiveerde vorm van MTV controles op basis waarvan derdelanders waren aangehouden en vervolgens gedetineerd. In beide gevallen hadden de betrokken personen aangevoerd dat de MTV-controles onrechtmatig waren en daarmee ook hun detentie niet rechtmatig moest worden geacht te zijn. Waar de Groningse rechter oordeelde dat deze controles voldeden aan de voorwaarden van de SGC, besloot de Rotterdamse rechter dat de noodzaak van de controles onvoldoende was aangetoond.²⁸ De Rotterdamse rechtbank stelde daarbij expliciet vast dat het vereiste criterium voor deze geïntensiveerde controles niet 'een aanzienlijke toename instroom van asielzoekers' is, maar een (verwachte) aanzienlijke toename van illegaal verblijf. Deze verwachting was volgens de rechter niet aangetoond. De uitspraak van de Rechtbank Rotterdam is echter op 24 december 2015 door de ABRvS vernietigd.²⁹ Volgens de

Afdeling mocht de staatssecretaris de aanzienlijk verhoogde instroom van vreemdelingen in de Europese Unie ten tijde van het nemen van het besluit in algemene zin aanmerken als een concrete aanwijzing dat op korte termijn een aanzienlijke toename van illegaal verblijf na grensoverschrijding kon worden verwacht. Ook accepteert de Afdeling het betoog van de staatssecretaris dat bij of kort na staandehouding van vreemdelingen nog onzeker is of deze om asiel zullen verzoeken.³⁰ Met andere woorden, de betrokkene mocht als illegaal worden beschouwd en in bewaring worden genomen.³¹

Nederland is overigens niet het enige land waar vragen rijzen over de rechtmatigheid van vreemdelingentoezicht aan de binnengrenzen in het licht van de Schengengrenscodes. Op 7 januari 2016 heeft een Duitse rechtbank prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de EU inzake de rechtmatigheid van Duitse politiecontroles in het binnengrensgebied (tot 30 km van de binnengrenzen) en op personen aan boord van treinen of op stations. De rechtbank wil weten of deze controles ter voorkoming of bestrijding van illegale binnenkomst zijn toegestaan zonder dat aan die betrokken grens het grenstoezicht tijdelijk is heringevoerd op basis van artikel 23 (nu 25) SGC.³²

Tot slot nog de uitspraak van het Hof van Justitie EU in de zaak *Affum* van 7 juni 2016.³³ In dit arrest ging het om de vraag of de strafbaarstelling van illegale binnenkomst via de binnengrenzen van het Schengengebied (in dit geval vanuit België naar Frankrijk) in overeenstemming is met de Terugkeerrichtlijn 2008/115, wanneer de betrokkene op doorreis is naar een derde staat, niet behorend tot de Schengenzone (in dit geval het Verenigd Koninkrijk). De Franse rechter wilde weten of, in navolging van de eerdere uitspraken van het Hof van Justitie, in *El Dridi* (C-61/11 PPU) en *Achughbabian* (C-329/11) een dergelijke strafbaarstelling niet een effectieve toepassing van de Terugkeerrichtlijn zou belemmeren. In deze zaak had de Franse regering aangevoerd dat nu betrokkene op doorreis was naar het Verenigd Koninkrijk (zij was vlak voor de ingang van de Kanaaltunnel aangehouden) het

16. Human Rights Watch: *Turkey: Border Guards Kill and Injure Asylum Seekers*, 10 May 2016, www.hrw.org/news/2016/05/10/turkey-border-guards-kill-and-injure-asylum-seekers; de NOS sprak ooggetuigen en sprak via Skype met teruggestuurde Syriërs, <http://nos.nl/artikel/2098757-turkije-stuurt-vluchtelingen-terug-naar-syrie.html>.

17. Mariana Gkiliati: 'Greece creates new asylum Committees after decisions blocking returns under the EU-Turkey deal', *Leiden Law Blog* 5 augustus 2016.

18. www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/.

19. Zie nader E. Cannizzaro, 'Disintegration Though Law?' *European Papers* 2016, p. 3-6; M. den Heijer & T. Spijkerboer, 'Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?' *EU Law Analysis*, 7 april 2016,

<http://eulawanalysis.blogspot.nl/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html>.

20. Verordening 610/2013, *PbEU* L 182, 29 juni 2013.

21. Met de nieuwe geconsolideerde versie in Verordening 2016/399, zijn alle bepalingen, ook zoals gewijzigd in 2013, hernummerd. *PbEU* L 77, 2 maart 2016.

22. Europese Commissie, *Roadmap: Back to Schengen*, COM (2016) 120, 4 maart 2016.

23. COM (2016) 275, 4 mei 2016.

24. Besluit 12 mei 2016, Raadsdocument 8835/16.

25. Zie voor een uitgebreide bespreking van de herinvoering van de binnengrenscontroles en het toezicht van de Europese Commissie daarop het Rapport 'Internal border controls in the Schengen area: Is Schengen crisis-proof?' (juni 2016). Dit werd op verzoek van de LIBE-Commissie van het Euro-

pees Parlement opgesteld door Guild, Carrera, Vosiljute, Groenendijk, Brouwer, Bigo, Jeandesboz en Martin-Mazé; www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571356/IPOL_STU%282016%29571356_EN.pdf

26. *Stcrt.* 2015, 31186.

27. Zie de gepubliceerde besluiten in *Stcrt.* 2015, 36592, *Stcrt.* 2015, 42807 en *Stcrt.* 2016, 16021.

28. Rb. Groningen 16 november 2015, AWB 15/9361; Rb. Rotterdam 3 december 2015, AWB 15/19730.

29. ABRvS 24 december 2015, *JV* 2016-54, m.nt. E.R. Brouwer.

30. In de onderhavige zaak was een eerder asielverzoek van betrokkene tot en met het beroep bij de Afdeling afgewezen. Door betrokkene was voorafgaande zijn inbaweringstelling gewezen op de voor hem onveilige situatie in Congo en aangevoerd dat hij

een nieuwe asielaanvraag aan het voorbereiden was. De Afdeling concludeerde dat de staatssecretaris deze mededelingen niet als asieliwens hoefde op te vatten.

31. Over de praktijk van MTV, en met name de vervagende grens tussen migratiecontrole en bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit bij de uitvoering daarvan, is in 2016 een uitgebreid onderzoek gepubliceerd door enkele Leidse onderzoekers M.A.H. van der Woude, J. Brouwer & T.J.M. Dekkers, *Beslissen in grensgebieden - Een onderzoek naar het Mobiel Toezicht Veiligheid zoals uitgevoerd door de Koninklijke Marechaussee*, Boom 2016.

32. C- 9/16, prejudiciële vraag Amtsgericht Kehl, 7 januari 2016.

33. HvJ EU 7 juni 2016, *Affum*, C-47/15, *JV* 2016/236, m.nt. E.R. Brouwer.

hier om externe grenscontroles ging. Daarbij beriep de Franse regering zich op artikel 5 lid 3 van de Schengengrenscore op grond waarvan lidstaten aan personen die illegaal de buitengrenzen overschrijden, 'doeltreffende, evenredige en afschrikkende' sancties op kunnen leggen. Het HvJ EU stelt vast dat de onderhavige strafbaarstelling duidelijk de illegale overschrijding van de Schengen binnengrenzen betrof en dat daaraan het feit dat de betrokkene bezig was de Schengenzone te verlaten niets aan afdeed (r.o. 75). Ook benadrukt het HvJ EU dat een lidstaat zich niet op de bij de Schengengrenscore opgelegde verplichtingen kan beroepen om een schending van de Terugkeerrichtlijn te rechtvaardigen (r.o. 92). Gezien de op basis van de Terugkeerrichtlijn gestarte overnameprocedure met België, concludeert het HvJ EU dat het onderhavige geval onder de reikwijdte van de Terugkeerrichtlijn valt en dat aan het nuttig effect van de uitvoering daarvan geen afbreuk mag worden gedaan wanneer door het opleggen van een gevangenisstraf de overdracht van de derdelander aan genoemde staat wordt vertraagd.

Europees asielrecht: onderlinge verdeling

In september 2015 kondigde de Europese Commissie, in een persbericht getiteld 'vluchtelingen crisis: Europese Commissie treedt doortastend op',³⁴ een 'breed pakket maatregelen' aan om de 'vluchtelingen crisis' te beteugelen. Een daarvan was een '*emergency allocation system*', een systeem voor verplichte herverdeling van 120 000 asielzoekers in Griekenland en Italië over de andere lidstaten,³⁵ bovenop de 40 000 over wier herverdeling eerder al besloten was.³⁶ Bij de uitvoering van dit plan is vooralsnog niet zo doortastend opgetreden. Hongarije en Oostenrijk weigeren elke medewerking; andere lidstaten stelden alles bij elkaar zo'n 13 000 plaatsen beschikbaar, maar maken geen haast met de overdrachten. Een jaar later, in september 2016, waren 3493 asielzoekers uit Griekenland en iets meer dan 1000 uit Italië overgenomen.³⁷ Voor herplaatsing komen alleen personen in aanmerking die in een van beide landen een asielverzoek hebben ingediend en niet zijn doorgereisd.

Ondertussen is de Dublinverordening gewoon van kracht gebleven, de regeling die criteria geeft welke lid-

Een jaar later, in september 2016, waren 3493 asielzoekers uit Griekenland en iets meer dan 1000 uit Italië overgenomen

staat een asielverzoek moet behandelen. Dit komt er kort gezegd op neer dat die lidstaat een asielverzoek in behandeling moet nemen waar de asielzoeker de Europese Unie binnen is gereisd, tenzij een eventueel gezinslid van de asielzoeker aanwezig is in een andere lidstaat (in welk geval de laatste lidstaat verantwoordelijk is).³⁸ Dat betekent dat Nederland rustig door ging en gaat met het over-

dragen van asielzoekers aan Italië. Op de onverkorte werking van de Dublinregeling waren in de afgelopen kroniekperiode wel twee uitzonderingen. Ten eerste is de Dublinverordening nog altijd niet van toepassing op Griekenland. In 2011 bepaalden zowel het EHRM als het Hof van Justitie dat de asielopvang en -procedure daar dermate deplorabel waren dat overdracht neerkwam op een vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM.³⁹ Ondertussen heeft Griekenland wel gewerkt aan verbetering van zijn opvangsysteem; de Europese Commissie mikt erop dat vanaf december 2016 weer overdrachten naar dat land kunnen plaatsvinden.⁴⁰ Of de (Europese) rechter daar hetzelfde over denkt zal nadien moeten blijken. Ten tweede had het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in 2014 bepaald dat overdrachten van (gezin met) minderjarige kinderen naar Italië alleen waren toegestaan indien vooraf nauwkeurige garanties waren gegeven dat er geschikte opvang beschikbaar was.⁴¹ In november 2015 bepaalde het echter dat overdrachten ook zonder garanties zijn toegestaan, als de overdragende staat Italië maar informeert over de bijzondere behoeften van kwetsbare personen zoals kinderen. Deze lijn had de Nederlandse Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State eerder al had ingezet.⁴²

De Dublinverordening wordt ondertussen gewoon toegepast, dit terwijl een aantal Midden- en Oost-Europese landen aangeeft geen asielzoekers te willen overnemen. Langzamerhand wordt toch ook wel breed erkend dat de regeling een onevenredige belasting betekent voor lidstaten aan de zuidelijke buitengrenzen. Ook de Commissie heeft dit inmiddels erkend. In mei publiceerde zij een voorstel voor wijziging van de verordening, waarin ze opmerkt dat het huidige Dublinsysteem 'structurele zwaktes en tekortkomingen' vertoont.⁴³ Daarin is een '*corrective allocation mechanism*' opgenomen dat als volgt werkt. Op basis van de omvang van de bevolking en het BNP wordt per lidstaat een soort quotum aan asielzoekers vastgesteld. Zodra het aantal aanvragen 150% bedraagt van dat quotum, worden nieuwe aanvragen verdeeld over de lidstaten die nog onder de 150% van hun quotum zitten.⁴⁴ Of de Raad hier enthousiast over is valt te betwijfelen, gezien de lauwe respons op het hierboven besproken '*emergency allocation system*'.

Verder bevat het voorstel een aantal aanscherpingen. Om doorreizen te ontmoedigen, bepaalt het dat de vreemdeling die geen asiel aanvraagt in de staat waar hij of zij de Unie binnenkwam geen recht meer heeft op opvang.⁴⁵ En voordat wordt onderzocht welke lidstaat verantwoordelijk is, moet een lidstaat voortaan eerst bezien of een niet-lidstaat waar de asielzoeker eerder verbleef als eerste asiel-land of veilig derde land kan gelden (te denken valt aan Turkije), en of de vreemdeling afkomstig is uit een 'veilig land van herkomst' (zie onder).⁴⁶ Als dat het geval is, moet het asielverzoek worden afgewezen en moet de lidstaat de uitzetting naar de niet-EU-lidstaat ter hand nemen. Opvallend is ten slotte dat de zogenoemde soevereiniteitsclausule op grond waarvan een lidstaat asielverzoeken in behandeling kan nemen, ook al is een andere lidstaat misschien verantwoordelijk (zoals Duitsland deed van augustus tot november 2015), wordt afgeschaft.⁴⁷ Kortom, de Commissie zoekt de oplossing voor het disfunctioneren van Dublin in meer dwang jegens lidstaten, asielzoekers

De Commissie zoekt de oplossing voor het disfunctioneren van Dublin in meer dwangjegers lidstaten, asielzoekers en derde landen

en derde landen. Zoals onder meer de Commissie-Meijers en verscheidene commentatoren hebben opgemerkt worden hiermee niet de oorzaken van het disfunctioneren van het Dublinsysteem geadresseerd.⁴⁸

Europees asielrecht: veilige landen van herkomst

Het brede pakket maatregelen van de Commissie van september 2015 bevatte ook een voorstel voor een verordening met een lijst van landen op de Westelijke Balkan en Turkije, die door alle lidstaten als 'veilig' beschouwd zouden moeten worden.⁴⁹ Het voorstel is nog in behandeling. Vooruitlopend op de inwerkingtreding van deze verordening heeft de staatssecretaris, daartoe aangespoord door de Tweede Kamer, alvast een nationale lijst met veilige landen van herkomst opgesteld.⁵⁰ Het idee is dat asielverzoeken van bijvoorbeeld Albaniërs die in het algemeen minder kansrijk zijn dan die van bijvoorbeeld Syriërs snel

ler kunnen worden afgedaan, zodat meer capaciteit beschikbaar is voor de laatsten. Inwoners van veilige landen worden in 'spoor 2' in een eenvoudiger procedure behandeld (zie deze kroniek, Asielprocedure).

Op de lijst staan naast Westelijke Balkan-landen ook niet-Europese staten zoals Jamaica, India en Ghana; Turkije is 'gezien onder meer de bredere migratiediscussie tussen de EU en Turkije' vooralsnog niet als veilig aangemerkt.⁵¹ In verscheidene van deze landen bevinden bepaalde groepen (bijvoorbeeld homoseksuelen) zich in een zeer kwetsbare positie. De regeling geeft zich daar in zekere mate rekenschap van door bij sommige veilige landen te verduidelijken dat ze toch niet veilig zijn voor bepaalde groepen, of dat bepaalde groepen verhoogde aandacht behoeven.⁵² Het is de vraag of het Unierechtelijk dan nog is toegestaan deze landen als 'veilig' aan te merken.⁵³

Opname van een land op de lijst betekent niet, dat het asielverzoek van een inwoner ervan per definitie wordt afgewezen. Volgens de staatssecretaris is sprake van een omkering van de bewijslast: een Albaniër moet aangeven waarom zijn land in zijn individuele geval niet als veilig zou kunnen worden beschouwd.⁵⁴ Hoe dat in praktijk uitpakt moet nog blijken. Rechtbanken zijn verschillend omgegaan met de aanmerking als veilig land en de toepassing op specifieke asielverzoeken; de Afdeling heeft zich er nog niet over uitgelaten. Wel heeft A-G Widdershoven een Conclusie genomen waarin hij onder meer stelt dat een land niet in algemene zin als veilig kan worden aangemerkt als voor (minderheids)groepen systematisch

34. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/news/news/2015/20150909_1_en.htm, laatst geraadpleegd op 1 oktober 2016.

35. Besluit (EU) 2015/1601 van de Raad van 22 september 2015 tot vaststelling van voorlopige maatregelen op het gebied van internationale bescherming ten gunste van Italië en Griekenland, *Pb* (2015) L 248/80.

36. Besluit (EU) 2015/1523 van de Raad van 14 september 2015 tot vaststelling van voorlopige maatregelen op het gebied van internationale bescherming ten gunste van Italië en van Griekenland (*Pb* L 239, 15 september 2015, p. 146).

37. Member States' Support to Emergency Relocation Mechanism (As of 5 September 2016), http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/press-material/docs/state_of_play_-_relocation_en.pdf, laatst geraadpleegd op 2 oktober 2016.

38. Verordening (EU) 604/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de

lidstaten wordt ingediend (herschikking), *Pb* (2013) L180/31.

39. EHRM 21 januari 2011, *JV* 2011/68 (*M.S.S./België en Griekenland*), m.nt. H. Battjes; HvJ EU 21 december 2011, *JV* 2012/77 (*N.S. e.a./SSHD*), m.nt. H. Battjes.

40. Brussels 15 juni 2016 C(2016) 3805 final Commission Recommendation of 15 juni 2016 addressed to the Hellenic Republic on the specific urgent measures to be taken by Greece in view of the resumption of transfers under Regulation (EU) 604/2013.

41. EHRM 4 november 2014, *JV* 2014/384 (*Tarakhel/Zwitserland*), m.nt. H. Battjes.

42. EHRM 26 november 2015, *JV* 2016/1 (*J.A./Nederland*); ABRvS 07 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3209, *JV* 2015/331.

43. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), COM(2016)270, 4 mei 2016.

44. Art. 34 van het Voorstel (zie voorgaande voetnoot).

45. Art. 5 van het voorstel.

46. Art. 3 lid 3 van het voorstel.

47. Zie het nieuwe art. 19 lid 1 van het voorstel; onverplicht het asielverzoek aan zich trekken mag nog wel indien verantwoordelijkheid nog niet is vastgesteld en er gezinsbanden zijn met een persoon die reeds in de lidstaat verblijft.

48. Note on the proposed reforms of the Dublin Regulation (COM (2016) 197), the Eurodac recast proposal (COM (2016) 272 final), and the proposal for an EU Asylum Agency (COM(2016)271 final), CM 1609, commissie-meijers.nl; M. den Heijer, J.J. Rijpma & T.P. Spijkerboer, 'Dwang, verbod en grootse verwachtingen: over het falende Europese asielbeleid', *NJB* 2016/1177, afl. 24, p. 1672-1682; H. Battjes, E. Brouwer, L. Slingenberg & T. Spijkerboer, *The Crisis of European Refugee Law: Lessons from Lake Success* (preadvies CJV 2016), christenjuristen.nl.

49. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een gemeenschappelijke EU-lijst van veilige landen van herkomst voor de toepassing van Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming, en tot wijziging van

Richtlijn 2013/32/EU, COM(2015)452def, 9 september 2015.

50. Bijlage 13 bij het Voorschrift Vreemdelingen, opgenomen in *Stcrt.* 2015, 40568 en gewijzigd op 12 februari 2016 *Stcrt.* 2016, 8083; zie voor stukken parlementaire behandeling en verdere bespreking van de regeling H. Battjes, 'Veilige landen van herkomst. Verzwarings van de bewijslast?', *A&MR* 2016 (6/7), p 275-285.

51. Brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 3 november 2015, *Kamerstukken II* 2015/16, 19637, 2076, p. 3.

52. Zie de Toelichting bij de lijst in Bijlage 13 VV.

53. De Bijlage bij de Procedurerichtlijn (Richtlijn 2013/32/EU) bevat criteria waaraan een land van herkomst moet voldoen om als veilig aangemerkt te kunnen worden.

54. Vergelijk art. 36 lid 1 Procedurerichtlijn, geïmplementeerd in art. 3.106b VB 2000, dat bepaalt dat de asielzoeker 'substantiële redenen' moet aanvoeren waarom het land in zijn of haar geval niet veilig zou zijn.

gevaar op vervolging of een onmenselijke behandeling bestaat; wel mag de staatssecretaris een land als veilig aanmerken als hij een uitzondering maakt voor die (minderheids)groepen of voor een onveilig deel van dat land, aldus de A-G.⁵⁵

Europees asielrecht: Afghaanse 1F-ers

Naast al dit Unierechtelijk geweld lijkt het belang van de alledaagse bijstellingen van het materiële asielrecht in beleid en rechtspraak gering. Eén uitspraak springt eruit: *A.W.Q./Nederland* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens lijkt een einde te maken aan een lang bestaand probleem in het Nederlandse asielrecht, namelijk dat van de Afghaanse Khad/Wad-medewerkers.⁵⁶ In de jaren negentig was een aanzienlijk aantal medewerkers van deze beruchte geheime diensten van het Najibullahbewind (1979-1992) naar Nederland gekomen. Asiel werd geweigerd (of later ingetrokken), veelal op grond van een omstreden algemeen ambtsbericht waarin gesteld werd dat bij alle officieren van deze diensten mag worden aangenomen dat zij zich schuldig hebben gemaakt aan ernstige misdrijven als bedoeld in artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag.⁵⁷ Uitzetting was vaak echter onmogelijk, omdat de betrokkenen juist vanwege hun verleden een onmenselijke behandeling als bedoeld in artikel 3 EVRM te wachten zou staan. In januari echter verklaarde het Europees Hof klachten tegen voorgenomen uitzetting van A.W.Q. en vier andere Khad/Wad-medewerkers niet-ontvankelijk. Het EHRM stelt dat de interesse in het verleden van deze mensen in Afghanistan dermate beperkt is dat zij geen reëel risico op onmenselijke behandeling meer lopen.⁵⁸

Asielprocedure

Door de hoge asielinstream moesten asielzoekers het afgelopen jaar maandenlang in de noodopvang wachten voordat zij de asielprocedure (die meestal slechts acht dagen duurt) in konden stromen.⁵⁹ Deze situatie was voor de staatssecretaris aanleiding om een aantal maatregelen te treffen. Hij breidde de capaciteit van de IND uit en bepaalde dat in de aanmeldcentra ook in het weekend zou worden doorgewerkt.⁶⁰ In februari 2016 besloot de staatssecretaris bovendien de beslistermijn voor asielaanvragen te verlengen van zes naar vijftien maanden.⁶¹ Dit betekent bijvoorbeeld dat asielzoekers die hun gezinsleden in hun land van herkomst hebben achtergelaten, lang moeten wachten op gezinshereniging. Zij kunnen hun partners en kinderen pas na het verkrijgen van een asielstatus naar Nederland laten komen.⁶² In augustus 2016 had de IND een deel van de voorraad weggewerkt en liepen de wachttijden weer terug. De IND kondigde aan weer minder personeel nodig te hebben en de weekendopenstelling per 1 oktober 2016 te beëindigen.⁶³

Asielprocedure: vijfsporenbeleid

De meest ingrijpende maatregel naar aanleiding van de hoge instroom was de invoering van het vijfsporenbeleid per 1 maart 2016. Dit beleid maakt het mogelijk dat kansarme asielaanvragen met voorrang worden afgewezen en dat de asielprocedure voor kansrijke asielzoekers wordt versneld.⁶⁴ Deze maatregel beoogde te voorkomen dat

kansarme asielzoekers 'onnodig lang een schaarse opvangplek bezet houden'⁶⁵ en hij probeerde deze asielzoekers te ontmoedigen asiel in Nederland aan te vragen.⁶⁶ Asielverzoeken waarvoor een andere EU-lidstaat verantwoordelijk is (Dublinzaken, spoor 1),⁶⁷ zaken van asielzoekers uit veilige landen van herkomst en asielzoekers die in een andere EU-lidstaat internationale bescherming hebben verkregen (spoor 2)⁶⁸ kunnen in een speciale, eenvoudiger procedure worden afgewezen. In een gehoor, dat vlak na binnenkomst wordt afgenomen, bepaalt de IND of een asielzoeker in spoor 1 of 2 thuis hoort. Als dat het geval is, dan krijgt de asielzoeker minder waarborgen dan in de normale Algemene Asielprocedure. Hij heeft bijvoorbeeld geen recht op voorbereiding op de asielprocedure door een advocaat noch op een medisch onderzoek naar zijn vermogen gehoord te worden door de IND.⁶⁹ Daarnaast krijgt hij in plaats van een eerste en een nader gehoor, één gehoor over zowel zijn identiteit, nationaliteit en reisroute als eventuele redenen waarom hij niet naar zijn land van herkomst of een derde land kan worden uitgezet.⁷⁰ Als het asielverzoek vervolgens toch meer onderzoek vergt dan verwacht, dan wordt de asielzoeker doorgestuurd naar de normale Algemene Asielprocedure en krijgt hij alsnog alle daarbij behorende waarborgen. De vereenvoudigde procedures voor kansarme asielaanvragen zullen ook blijven bestaan als de instroom verder afneemt.⁷¹

In het Vreemdelingenbesluit is daarnaast een mogelijkheid geïntroduceerd om een tijdelijke procedure in te

De vereenvoudigde procedures voor kansarme asielaanvragen zullen ook blijven bestaan als de instroom verder afneemt

voeren voor de versnelde inwilliging van een bepaalde groep kansrijke asielverzoeken (spoor 3).⁷² Deze procedure is ontworpen voor aanvragen van Syrische asielzoekers, die het afgelopen jaar goed waren voor 45% van de asielinstream.⁷³ Om de procedure te kunnen toepassen moet de staatssecretaris daartoe 'in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad' een besluit nemen. Het besluit geldt voor een periode van een jaar en kan steeds met maximaal zes maanden worden verlengd of (tussentijds) worden ingetrokken.⁷⁴ Tot nu toe heeft de staatssecretaris deze tijdelijke procedure echter niet toegepast. Mogelijke redenen zijn angst voor een aanzuigende werking die uit zou gaan van de versnelde inwilligingen, de lagere asielinstream en/of een noodzakelijke wijziging van het Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000.⁷⁵

Alleen asielzoekers van wie de identiteit en nationaliteit vaststaan, komen in aanmerking voor versnelde inwilliging.⁷⁶ Snelle inwilliging lijkt op het eerste gezicht gunstig voor de asielzoeker. Er zitten echter ook haken en ogen aan. In de versnelde inwilligingsprocedure ontbreekt

de voorbereiding door een advocaat en het medisch onderzoek. Bovendien heeft de asielzoeker gedurende de procedure geen recht op gratis rechtsbijstand⁷⁷ en krijgt hij slechts één gehoor (in plaats van twee).⁷⁸ Het asielsdossier is daardoor minder compleet (en mogelijk ook van mindere kwaliteit) dan bij een normale inwilliging. De Afdeling advisering van de Raad van State wees erop dat de asielzoeker bij een eventuele intrekking in een nadelige positie terecht zal komen. Door tijdsverloop zullen zijn herinneringen zijn vervaagd en de asielzoeker zal zijn verklaringen dan niet altijd meer met bewijsstukken kunnen onderbouwen.⁷⁹

Asielprocedure: marginale toets en *ne bis in idem*

Europese regelgeving heeft geleid tot twee belangrijke wijzigingen in het rechterlijk toetsingskader in asielzaken: de afschaffing van de marginale toets van het oordeel over de geloofwaardigheid van het asielrelaas en het verlaten van het *ne bis in idem* beoordelingskader in tweede en volgende asielaanvragen. Vooral die laatste wijziging zal mogelijk ook gevolgen hebben voor het algemene bestuursrecht.

In de vorige kroniek schreven wij over de implementatie van de herziene Asielprocedurerichtlijn, die in juli 2015 heeft plaatsgevonden.⁸⁰ Artikel 46 lid 3 van die richtlijn bepaalt dat de rechter in het beroep tegen de afwijzing van een asielaanvraag een volledig en *ex nunc* onderzoek naar zowel de feitelijke als juridische gronden moet verrichten. Deze bepaling is geïmplementeerd in artikel 83a VW 2000. De verwachting was dat deze bepaling een einde zou maken aan de veel bekritiseerde marginale toetsing van het oordeel van de IND over de geloofwaar-

digheid van het asielrelaas. Rechtbanken⁸¹ en de Afdeling bestuursrechtspraak⁸² waren het erover eens dat dit niet betekende dat de rechter zijn eigen oordeel over de geloofwaardigheid in de plaats moest stellen van dat van het asielrelaas. De rechtbanken verschilden echter van mening over de vraag hoe intensief de rechterlijke toetsing moest zijn.⁸³

In een uitspraak van 13 april 2016 gaf de Afdeling daarover (meer) duidelijkheid.⁸⁴ De Afdeling oordeelde dat het geloofwaardigheidsoordeel deels vol en deels met enige terughoudendheid getoetst moet worden. De toetsingsintensiteit is afhankelijk van de vraag of het bestuursorgaan beslissruimte heeft. De rechter toetst op welke elementen van het asielrelaas relevant zijn en of gevonden tegenstrijdigheden, vaagheden en bevreemdende verklaringen behoren tot de essentie van het asielrelaas. Daarnaast toetst de bestuursrechter de geloofwaardigheid van met bewijs onderbouwde verklaringen vol en kan hij zelf beoordelen of verklaringen tegenstrijdig zijn. Het bestuur heeft volgens de Afdeling beslissruimte bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van niet onderbouwde verklaringen van de asielzoeker. In dat geval is de rechterlijke toets enigszins terughoudend. De Afdeling rechtvaardigt de beslissruimte van de staatssecretaris door te wijzen op diens bijzondere expertise. De staatssecretaris schat op basis van ervaringsgegevens in of de niet onderbouwde verklaringen van de asielzoeker waar zijn. Of die verklaringen waar zijn, is nooit met zekerheid te zeggen. De bestuursrechter is volgens de Afdeling 'niet beter in staat' dan de staatssecretaris om de geloofwaardigheid van deze verklaringen te beoordelen.⁸⁵

Ook het verlaten van het '*ne bis in idem*-beoordelingskader' voor tweede en volgende asielaanvragen is

55. Conclusie 20 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2040.

56. EHRM 12 januari 2016, klacht 25077/06.

57. Zie over dit ambtsbericht uitgebreid Z. Bahtiyar, *Exclusion clauses of the Refugee Convention in relation to national immigration legislations, European policy and human rights instruments. Article 1F versus the non-refoulement principle* (diss. Tilburg), 2015.

58. EHRM 12 januari 2016, *JV* 2016/65 (A.W.Q. en D.H./Nederland), m.nt. H. Battjes, r.o. 70.

59. In april 2016 duurde het gemiddeld zeven maanden voordat een asielzoeker een beslissing op zijn aanvraag ontving. IND, 'Asielzoekers ontvangen verlengingsbrief van de IND', 25 april 2016, <https://ind.nl/organisatie/nieuws/Paginas/Asielzoekers-ontvangen-verlengingsbrief-van-de-IND.aspx>.

60. Nieuwsbericht IND, 6 februari 2015, <https://ind.nl/organisatie/nieuws/Paginas/aanmeldcentra-ter-apel,-zevenaar-en-den-bosch-komende-maanden-ook-in-woeken-den-open.aspx>.

61. *Kamerstukken II* 2015/16 19637, 2124, p. 2.

62. Art. 29 lid 2 VW 2000.

63. Nieuwsbericht IND 22 augustus 2016, www.ind.nl/organisatie/nieuws/Paginas/Wijziging-inzet-personeel-en-be%cc%abidinging-weekendopenstelling-als-gevolg-van-lagere-asielinstream.aspx.

64. *Kamerstukken II* 2015/16, 19637, 2086.

65. Nota van toelichting bij het Besluit van 17 februari 2016 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, *Stb.* 2016, 87, p. 9.

66. *Kamerstukken II* 2015/16, 19637, 2124, p. 2, nota van toelichting bij het besluit van 17 februari 2016 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, *Stb.* 2016, 87, p. 9.

67. Art. 3.109c VB 2000.

68. Art. 3.109ca VB 2000.

69. Deze waarborgen zijn neergelegd in art. 3.109 lid 2 en 6 VB 2000. FMMU doet onder meer onderzoek naar de vraag of de asielzoeker medische problemen heeft die interfereren met zijn vermogen volledig en consistent te verklaren.

70. Art. 3.109ca lid 4 VB 2000.

71. Zie voor een uitgebreidere beschrijving en toetsing van deze procedure aan Europees recht, A.M. Reneman, 'Versnelling, verlenging en vereenvoudiging van asielprocedures vanwege hoge instroom, Spanning met het Europese recht', *A&MR* 2016, nr. 6/7, p. 264-274.

72. Art. 3 VB 2000.

73. IND Business Information Centre (BIC), *Asylum Trends June* 2016, p. 4.

74. Art. 3.123a lid 2-4 VB 2000.

75. *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 1162, p. 2.

76. Para. C1/2.8.1 Vc, *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 1162, p. 3.

77. *Kamerstukken II* 2015/15 19637, 2086, p. 2.

78. Art. 3.123b VB 2000.

79. Advies Raad van State inzake de voorgestelde wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, *Stcrt.* 2016, 10582, p. 10. Zie voor toetsing van de procedure aan het Europees recht, A.M. Reneman, 'Versnelling, verlenging en vereenvoudiging van asielprocedures vanwege hoge instroom, Spanning met het Europese recht', *A&MR*

2016, nr. 6/7, p. 264-274.

80. H. Battjes e.a., 'Kroniek Migratierecht', *NJB* 2015/1782, afl. 35, p. 2478-2479.

81. Zie bijv. Rb. Den Haag zp. Roermond 17 augustus 2015, AWB 15/1593, r.o. 6 en Rb. Den Haag zp. Den Bosch 3 september 2015, AWB 15/11959, ECLI:NL:RBDHA:2015:10580, r.o. 2.

82. ABRvS 13 april 2016, *AB* 2016/196, *JV* 2016/194, m.nt. Kok.

83. Zie voor een zeer intensieve toets bijvoorbeeld Rb. Den Haag zp. Roermond 17 augustus 2015, AWB 15/1593, r.o. 6 en een meer terughoudende toets Rb. Den Haag zp. Arnhem 10 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11350, r.o. 4. Zie ook K. Geertsema, 'Toetsen of beoordelen, indringend of enigszins terughoudend: wat moet de rechter in asielzaken?', *JV* 2015, nr. 4/36.

84. ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, *AB* 2016/195, m.nt. Reneman, *JV* 2016/196.

85. Zie voor een meer uitgebreide analyse en kritiek op dit standpunt de noot van Reneman bij *AB* 2016/195.

ingegeven door de herziene Procedurerichtlijn.⁸⁶ Dit beoordelingskader houdt in dat de bestuursrechter in tweede of volgende aanvragen ambtshalve toetst of er een wijziging van het recht of relevante nieuwe feiten en omstandigheden zijn. Als daarvan geen sprake is, kan de bestuursrechter het bestreden besluit in beginsel niet toetsen, ook niet als het bestuursorgaan de zaak volledig heeft (her)beoordeeld.⁸⁷ Tot 20 juli 2015 was op deze aanvragen artikel 4:6 Awb van toepassing. De IND kon op grond van deze bepaling een opvolgende asielaanvraag onder verwijzing naar het eerste asielbesluit afwijzen als geen sprake was van nieuwe feiten of veranderde omstandigheden (hierna: nova). Dit was echter niet verplicht.

Besluiten waarin de IND de aanvraag na een inhoudelijke beoordeling als (kennelijk) ongegrond heeft afgewezen kunnen, anders dan voorheen, inhoudelijk door de rechter worden getoetst

De Nederlandse wetgever heeft er bij de implementatie van de Asielprocedurerichtlijn voor gekozen om het beslissysteem van de richtlijn over te nemen in de Vreemdelingenwet 2000. Dit betekent dat tweede en volgende asielaanvraag nu (meestal) op basis van de Vreemdelingenwet 2000 niet-ontvankelijk (artikel 30a lid 1 onder d) of kennelijk ongegrond (artikel 30b lid 1 aanhef en onder g) worden verklaard.⁸⁸ De Afdeling oordeelde in een uitspraak van 22 juni 2016 dat het nieuwe systeem voor de afdoening van opvolgende aanvragen voor het bestuursorgaan ook moet leiden tot een ander beoordelingskader voor de bestuursrechter.⁸⁹ Daarnaast verwijst de Afdeling naar uitspraken waarin het EHRM een schending van artikel 3 EVRM constateerde in zaken waarin een inhoudelijke beoordeling van een of meer opvolgende aanvragen achterwege was gebleven.⁹⁰ De Afdeling besloot dat de bestuursrechter het besluit op een opvolgende aanvraag voortaan op basis van de aangevoerde beroepsgronden moet toetsen. Dit betekent dat besluiten waarin de IND de aanvraag, (ondanks het ontbreken van nova) na een inhoudelijke beoordeling als (kennelijk) ongegrond heeft afgewezen, anders dan voorheen inhoudelijk door de rechter kunnen worden getoetst. De rechterlijke controle op besluiten op opvolgende asielaanvragen wordt dus uitgebreid.

De afschaffing van het *ne bis in idem*-beoordelingskader geldt voor opvolgende asielaanvragen en voor verzoeken om terug te komen op een eerder asielbesluit.⁹¹ Bovendien past de Afdeling het nieuwe beoordelingskader niet alleen toe op asielzaken, maar op alle besluiten die op de VW 2000 of de Wet COA zijn gebaseerd. Het is de vraag of de Afdeling ook in de rest van het bestuursrecht de nieuwe lijn gaat volgen.

Asielprocedure: effectief rechtsmiddel in Dublinzaken

In 2013 oordeelde het Hof van Justitie dat slechts beperkte rechterlijke toetsing mogelijk is van een besluit om een asielzoeker in het kader van de Dublinverordening over te dragen naar een andere EU-lidstaat.⁹² De uitspraak betrof een asielzoeker die zou worden overgedragen naar de lidstaat waar zij de EU was binnengekomen en die de overdracht geaccepteerd had. Het Hof oordeelde dat de nationale rechter alleen kon beoordelen of de overdracht een schending van het verbod op marteling, onmenselijke of vernederende behandeling zou opleveren. Het Hof verwees onder meer naar het belang van het interstatelijk vertrouwensbeginsel en de effectiviteit van het Dublinsysteem. De Afdeling legde de uitspraak van het Hof ruim uit en paste die toe op alle criteria van de Dublinverordening.⁹³

Rechtbank Den Bosch betwijfelde de juistheid van deze uitspraak en stelde vragen aan het Hof van Justitie.⁹⁴ Daarbij speelde een rol dat er inmiddels een nieuwe Dublinverordening gold waarin de rechtsmiddelenclausule was aangepast.⁹⁵ Tegen het Dublinbesluit moet een beroep of een bezwaar ten aanzien van de feiten en het recht openstaan. Op 7 juni 2016 besloot het Hof van Justitie dat een asielzoeker tegen de foutieve toepassing van de Dublincriteria beroep in kan stellen.⁹⁶ Het Hof verwees daarbij naar de gewijzigde tekst van de rechtsmiddelenclausule in de Dublinverordening, maar gek genoeg niet naar het recht op een effectief rechtsmiddel neergelegd in artikel 47 EU Handvest.⁹⁷ Zoals hierboven reeds beschreven heeft de Europese Commissie inmiddels een voorstel gedaan voor (weer) een nieuwe Dublinverordening.⁹⁸ Daarin wordt de rechtsmiddelenclausule beperkt tot 'an assessment of whether applicants' fundamental rights to respect of family life, the rights of the child, or the prohibition of inhuman and degrading treatment risk to be infringed upon'.⁹⁹ Het is de vraag of dit in overeenstemming is met artikel 47 EU Handvest.¹⁰⁰

Opvang

Bij de bekendmaking van het moeizaam totstandgekomen 'bed, bad en broodakkoord' in april 2015¹⁰¹ (zie daarover de vorige kroniek) gaven de verantwoordelijke bewindslieden aan dat ze de uitgangspunten van dit akkoord bij voorkeur deel wilden laten uitmaken van een bestuursakkoord met de gemeenten. Het nieuwe bestuursakkoord zou voor 1 november 2015 gesloten moeten worden. Hoewel sindsdien diverse malen door de staatssecretaris is aangegeven dat er reëel uitzicht was op een bestuursakkoord,¹⁰² is het tot op heden niet gesloten.

Diverse gemeenten hebben 'bed, bad en broodregelingen' op grond waarvan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen onderdak en basisvoorzieningen krijgen. Gemeenten waren hiertoe sinds december 2014 verplicht op grond van een voorlopige voorziening van de Centrale Raad van Beroep¹⁰³ en kregen daarvoor, uiteindelijk,¹⁰⁴ ook een financiële vergoeding van het Rijk. De bedoeling van het door de VVD en PvdA gesloten akkoord was dat dergelijke opvang beperkt zou worden tot een aantal weken en tot de vijf grote steden. Daarna zou opvang slechts mogelijk zijn in de Vrijheidsbeperkende locatie in Ter Apel (hierna: VBL) onder voorwaarde dat de vreemdeling mee zou werken aan zijn terugkeer.

Bij de bekendmaking van het akkoord werd echter een belangrijk voorbehoud gemaakt. De vraag of internationale verdragen, zoals het EVRM, aan illegaal verblijvende vreemdelingen een recht op opvang verlenen was nog in geschil. Een 'richtinggevende uitspraak' van de Raad van State werd hierover op korte termijn verwacht.

Omdat door de vreemdeling het hoger beroep tijdens de zitting bij de Afdeling werd ingetrokken,¹⁰⁵ moest er worden gewacht op een nieuwe zaak en kwam de verwachte richtinggevende uitspraak pas in november 2015. Op 26 november 2015 oordeelden de Centrale Raad van Beroep¹⁰⁶ en de Afdeling¹⁰⁷ – in volledig op elkaar afgestemde uitspraken¹⁰⁸ – dat de beschikbaarheid van voorwaardelijke opvang in de VBL betekent dat er geen sprake is van strijd met een eventuele positieve verplichting tot het bieden van opvang voortvloeiend uit artikel 3 of 8 EVRM. De vraag of de overheid verplicht is om alle illegaal verblijvende vreemdelingen opvang te bieden bleef dus in het midden, maar duidelijk werd dat als een dergelijke verplichting bestaat, de staat daaraan voldoet door opvang aan te bieden in de VBL onder voorwaarde van meewerken aan terugkeer. Het *European Comité on Social Rights*, het toezichthoudend comité bij het Europees Sociaal Handvest, had in 2014 juist geoordeeld dat opvang aan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen *niet* afhankelijk mag worden gemaakt van medewerking aan terugkeer.¹⁰⁹ Hoewel zowel de Afdeling als de Centrale Raad oordelen van dit comité als gezaghebbend aanmerken, gaven zij geen argumenten voor hun afwijkende interpretatie.

Op het uitgangspunt dat de voorwaarde van meewerken aan terugkeer aan vreemdelingen kan worden gesteld werd één uitzondering geformuleerd door de Afdeling.

Indien vreemdelingen vanwege hun psychische gesteldheid niet in staat zijn de gevolgen van hun handelen te overzien, kunnen zij niet verantwoordelijk worden gehouden voor hun weigering om mee te werken aan vertrek. Latere rechtspraak van de Afdeling laat zien dat deze uitzondering beperkt wordt geïnterpreteerd en toegepast en dat de bewijslast geheel bij de vreemdeling ligt.¹¹⁰

Een ander belangrijk aspect van de uitspraken van 26 november 2015 is dat de Centrale Raad van Beroep zich niet langer bevoegd acht om uitspraak te doen in geschillen over de opvang van illegaal verblijvende vreemdelingen, omdat het opvangstelsel nu volgens de Centrale Raad 'sluitend' moet worden geacht. Vanwege 'overwegingen van rechtszekerheid en het belang van een transparante rechtsmachtverdeling' zullen geschillen over de opvang van vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf voortaan dus uitsluitend door de Afdeling worden beslecht.¹¹¹ Aan de jurisprudentielijn die de Centrale Raad sinds 2008 heeft opgebouwd over positieve verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM tot het bieden van opvang aan kwetsbare vreemdelingen, ook als zij onrechtmatig in Nederland verbleven,¹¹² komt daarmee dus een einde.

Naar aanleiding van vragen vanuit het parlement over het uitblijven van een bestuursakkoord met de gemeenten, verwees de staatssecretaris in mei 2016 voor de tweede keer expliciet naar een te verwachten uitspraak van de Afdeling die de kaders van het bestuursakkoord (mede) zou kunnen vormgeven. Deze uitspraak kwam in juni 2016. De Afdeling oordeelde dat gemeenten niet verplicht zijn om bed, bad en broodvoorzieningen te verstrekken aan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen en dat dergelijke voorzieningen daarom moeten worden

86. Zie hierover ook A.M. Reneman, 'Ne bis in idem beoordelingskader dient te worden ingeperkt', *A&MR* 2015, nr. 9, p. 368-381.

87. ABRvS 4 april 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF7223, AB 2003/215, m.nt. Vermeulen, *JV* 2003/219, m.nt. Spijkerboer en in het algemeen bestuursrecht ABRvS 4 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3086, AB 2008/298, m.nt. Ortlep.

88. Art. 4:6 Awb is alleen nog van toepassing als een tweede aanvraag is ingediend voordat uitspraak is gedaan in het beroep tegen de afwijzing van de eerste asielaanvraag.

89. ABRvS 22 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1759, AB 2016/253, m.nt. Reneman,

90. EHRM 19 januari 2016, *M.D. en M.A./België*, AB 2016/124, m.nt. Reneman; EHRM 23 maart 2016, *JV* 2016/132 (*F.G./Zweden*), m.nt. Spijkerboer.

91. R.o. 4.8. Zie eerder bijv. ABRvS 15 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4661, r.o. 2.1. Op dergelijke verzoeken past(e) de Afdeling artikel 4:6 Awb en het *ne bis in idem*-beoordelingskader overeenkomstig toe. Zie voor het algemeen bestuursrecht

bijvoorbeeld ABRvS 12 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB9980, AB 2008/2, m.nt. Ortlep; ABRvS 9 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2850, AB 2016/5, m.nt. Marseille.

92. HvJ EU 10 december 2013, *JV* 2014/32 (*Abdullahi*), m.nt. Brouwer.

93. ABRvS 4 september 2014, *JV* 2014/351.

94. Rb. Den Haag zp Den Bosch 2 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:1004, *JV* 2015/71.

95. Verordening 604/2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend (herschikking), 2013, *Pb* L 180/31. De Commissie doet ook een voorstel tot het vervangen van de (onlangs gewijzigde) Procedureregeling (2013/32) door een nieuwe Verordening tot de vaststelling van een gemeenschappelijke procedure voor internationale bescherming in de Unie, Verordening 467/2016.

96. HvJ EU 7 juni 2016, *JV* 2016/192

(*Ghezelbash*), m.nt. Battjes.

97. Zie ook de noot van Battjes bij *JV* 2016/192, onder punt 3 en 4.

98. COM(2016)270 final.

99. Punt 24 van de Considerans COM(2016)270 final.

100. Zie voor kritiek ook Commissie Meijers, Note on the proposed reforms of the Dublin Regulation (COM (2016) 197), the Eurodac recast proposal (COM (2016) 272 final), and the proposal for an EU Asylum Agency (COM(2016)271 final), www.commissie-meijers.nl.

101. *Kamerstukken II* 2015/16, 19637, 1994.

102. *Kamerstukken II* 2015/16, 19637, 2106 en *Kamerstukken II* 2015/16, 19637, 2189.

103. CRvB (vzr.) 17 december 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:4178, *JV* 2015/35.

104. In eerste instantie nam de staatssecretaris het standpunt in dat het Rijk geen partij was in de zaken bij de CRvB en dat er daarom geen reden was om gemeenten financieel te compenseren (*Kamerstukken II* 2014/15, 19637, 1940). Na overleg met de VNG stelde de staatssecretaris dat beleid met betrekking tot de opvang en terugkeer

van vreemdelingen een verantwoordelijkheid van de rijksoverheid is en dat toch een financiële tegemoetkoming zal worden verleend aan gemeenten (bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 34000-VI, nr. Q).

105. *Kamerstukken II* 2015/16, 2075.

106. CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3834, *JV* 2016/19; CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3803; CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4093.

107. ABRvS 26 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3415, *JV* 2016/17.

108. Zie daarover A. Terlouw, 'Een sluitend systeem van opvang? Commentaar bij de bed-bad-brood-uitspraken van de RvS en CRvB', *A&MR* 2016-1, p. 4-9.

109. ECSR 1 juli 2014, bekend gemaakt op 10 november 2014, 90/2013 (*CEC/Nederland*), *JV* 2015/24, m.nt. Slingenberg, para. 117.

110. Zie bijv. ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:813, *JV* 2016/150 m.nt. Slingenberg.

111. CRvB 26 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:3834, r.o. 4.7.1.

112. Zie bijv. CRvB 4 juni 2014, *JV* 2014/252 m.nt. Slingenberg.

Het blijft de vraag welke afspraken de gemeenten en het Rijk zullen maken over de opvang van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen en of die afspraken de juridische toets kunnen doorstaan

aangemerkt als buitenwettelijk begunstigend beleid.¹¹³

Op 5 juli 2016 heeft ook het EHRM zich over deze kwestie uitgelaten. Een klacht tegen Nederland die was ingediend door een uitgeprocedeerde asielzoeker die leefde in de zogenoemde Vluchtgarage in Amsterdam en geen opvang van de overheid kreeg, werd door het Hof met voorrang behandeld en kennelijk ongegrond verklaard.¹¹⁴ Het Hof oordeelde dat Nederland niet tekortschoot in zijn positieve verplichtingen op grond van artikel 3 EVRM. Van belang hierbij vond het Hof dat er een juridische mogelijkheid was om een buitenschuldvergunning aan te vragen en dat de overheid, na de termijn voor vrijwillig vertrek, opvang aanbood in de VBL. Het feit dat die opvang afhankelijk is van medewerking aan terugkeer is niet als zodanig in strijd met artikel 3 EVRM, aldus het Hof.¹¹⁵ Het Hof hechtte echter ook belang aan het bestaan van gemeentelijke bed, bad en broodvoorzieningen waar vreemdelingen terecht kunnen voor voeding en nachtopvang.¹¹⁶ Het is daarom de vraag of het oordeel van het Hof anders zal luiden indien dergelijke voorzieningen slechts voor een beperkt aantal weken beschikbaar zijn, zoals voorzien in het bed, bad en broodakkoord van het kabinet, of nu de gemeentelijke opvang wordt aangemerkt als onverplicht en buitenwettelijk begunstigend beleid.

Het blijft dus de vraag welke afspraken de gemeenten en het Rijk zullen maken over de opvang van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen en of die afspraken de juridische toets kunnen doorstaan. Wellicht in de volgende kroniek meer duidelijkheid.

Over de opvang van asielzoekers en de huisvesting van vreemdelingen met een asielvergunning werd in de tussentijd wel een bestuursakkoord gesloten tussen het Rijk en de gemeenten. Hierin werden afspraken gemaakt over het uitbreiden van de opvangcapaciteit voor asielzoekers, over het tijdelijk huisvesten van asielstatushouders in niet-reguliere huisvesting zoals vakantiehuisjes, en over participatie en maatschappelijke begeleiding van asielstatushouders. Voor de nadere uitwerking hiervan zijn wetsvoorstellen¹¹⁷ ingediend en is nieuwe regelgeving¹¹⁸ aangenomen. In april 2016 is bovendien een wetsvoorstel ingediend dat beoogt asielstatushouders niet langer automatisch voorrang te geven bij sociale huisvesting.¹¹⁹ Op 6 september 2016 verbleven in Nederland nog steeds bijna 15 000 vreemdelingen met een verblijfsvergunning in de opvang die voor asielzoekers is bedoeld, naast ruim 17 000 asielzoekers. Acht procent daarvan verblijft in noodopvang.¹²⁰

Gezinshereniging

Restrictieve bepalingen van het Deense gezinsherenigingsrecht zijn in twee recente Europese uitspraken onrechtmatig verklaard. De Deense overheid legde overwegingen van integratie ten grondslag aan belemmerin-

gen voor gezinshereniging van bepaalde groepen, en dit bleek Europeesrechtelijk niet in de haak te zijn.

In de zaak *Biao* ging het om Deense regelgeving volgens welke gezinshereniging pas op 28-jarige leeftijd werd toegestaan aan in Denen van geboorte en pas na 28 jaar legaal verblijf aan oorspronkelijk buitenlanders die de Deense nationaliteit later verkregen. De Grote Kamer van het EHRM kwam in deze zaak¹²¹ tot een andere uitkomst dan de Kamer in op 25 maart 2014.¹²² Het Hof oordeelde dat deze Deense regeling discriminerend was in het licht van artikel 8 en 14 van het EVRM. Gegeven de zeer beperkte discretionaire ruimte die de Deense regering toekwam, achtte het Hof niet aangetoond dat er dwingende of heel zwaarwegende redenen waren om het indirecte discriminerende effect van de 28-jaarsregel te rechtvaardigen. Die regel bevoordeelt Denen van etnisch Deense oorsprong, en benadeelt, of heeft een disproportioneel nadelig effect op personen die de Deense nationaliteit later in hun leven verkregen en die van een andere etnische afkomst zijn.

Een andere Deense regel werd beoordeeld door het Hof van Justitie EU.¹²³ Volgens die regel kan een verblijfsvergunning aan een ongehuwd minderjarig kind slechts worden afgegeven als de aanvrager een zodanige binding met Denemarken heeft of kan krijgen dat er een basis is voor een geslaagde integratie in het land. Dit geldt evenwel niet indien de aanvraag wordt ingediend binnen de twee jaar nadat de ouder een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd heeft verkregen of hij een verblijfsvergunning verkreeg die uitzicht biedt op duurzaam verblijf. Volgens het Hof is dit, als het om Turkse ouders gaat, een nieuwe beperking in de zin van artikel 13 Besluit 1/80 EEG-Turkije. Het Hof oordeelde voorts dat deze beperking niet werd gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. Volgens het Hof geldt dit criterium immers ongeacht de persoonlijke situatie van het betrokken kind en de banden van dit kind met de lidstaat in kwestie. Het criterium dreigt er volgens het Hof toe te leiden dat kinderen die zich, qua leeftijd, hun banden met Denemarken alsmede hun relatie met de aldaar wonende ouder, in een volkomen vergelijkbare situatie bevinden verschillend worden behandeld. Dit verschil zou dan enkel worden bepaald door het tijdstip waarop de aanvraag tot gezinshereniging wordt ingediend.

De EU Gezinsherenigingsrichtlijn is op 1 april 2016 nader uitgelegd door het Hof van Justitie in de zaak *Khachab*.¹²⁴ Artikel 7 van die richtlijn biedt de bevoegde autoriteiten van een lidstaat de mogelijkheid een verzoek om gezinshereniging af te wijzen op basis van een 'prospectieve beoordeling' van de waarschijnlijkheid dat de gezinshereniger in het jaar dat volgt op de indiening van dat verzoek al dan niet over stabiele en regelmatige inkomsten blijft beschikken. Deze inkomsten dienen om de vreemde-

ling en zijn gezinsleden te onderhouden zonder daarbij een beroep te doen op het stelsel voor sociale bijstand van de betrokken lidstaat. De beoordeling hiervan wordt gebaseerd op de ontwikkeling van de inkomenspositie van de gezinshereniger in de zes maanden voorafgaand aan dat verzoek. Het is nog niet geheel duidelijk wat de implicaties zijn voor het Nederlandse gezinsherenigingsrecht, waarin weliswaar ook van te voren wordt beoordeeld of de middelen duurzaam zullen zijn, maar dan op basis van een arbeidscontract voor minstens één jaar.

Openbare orde

In juni 2015 wees het Hof van Justitie EU twee belangrijke arresten over het begrip 'openbare orde' in het Unierechtelijke migratierecht met betrekking tot derdelanders.¹²⁵ In het jaar dat sindsdien verstrekt is in grote lijnen zichtbaar geworden wat de reikwijdte is van die arresten en hoe de Nederlandse rechtspraak daarmee omgaat. Inmiddels wees het Hof begin 2016 nog een derde arrest,¹²⁶ waarin het openbare-ordebegrip eveneens ter sprake komt. Uit die arresten komt het volgende beeld naar voren. Wanneer in instrumenten van het EU migratierecht de term 'gevaar voor de openbare orde' voorkomt, kan dat gevaar niet worden vastgesteld door de enkele verwijzing naar een algemene praktijk, een veroordeling of een vermoeden, zonder dat naar behoren rekening wordt gehouden met de persoonlijke gedragingen van de derdelander en met het gevaar dat van die gedragingen uitgaat voor de openbare orde. Nodig is een individueel onderzoek van het betrokken geval en de vaststelling van een daadwerkelijke en actuele bedreiging. Hoewel de betrokken arresten gingen over specifieke bepalingen van specifieke richtlijnen is aannemelijk dat het nieuwe criterium van de 'actuele bedreiging' geldt voor alle gevallen waarin het Unierecht spreekt van gevaar of bedreiging van, of redenen van openbare orde.

De Afdeling bestuursrechtspraak gaf op 30 december 2015, *JV* 2016/42, een richtsnoer voor het bepalen van de gevallen waarin het nieuwe Unierechtelijke criterium in Nederland moet worden toegepast. Het kwam daarbij tot het volgende schema:

- Komen de openbare-orde norm voor in een bepaling die een afwijking vormt van een beginsel?

- Wordt de situatie bestreken door het Unierecht?
- Zo ja, dan moet die norm restrictief worden uitgelegd en moet worden vastgesteld of er uit de persoonlijke gedragingen van de betrokkene een daadwerkelijk en actueel gevaar voor de openbare orde voortvloeit. Inmiddels kan worden vastgesteld dat de openbare orde norm geldt voor het verkorten van een vertrektermijn, voor het opleggen van een (zwaar) inreisverbod, voor bewaring van asielzoekers en voor het intrekken van asielvergunningen.¹²⁷

Een 'actuele bedreiging' van de openbare orde hoeft volgens het Hof van Justitie overigens niet te worden vastgesteld om een asielzoeker uit te sluiten van bescherming op gronden zoals omschreven in artikel 1F Vluchtelingenverdrag.¹²⁸ De Afdeling bestuursrechtspraak gaat er evenwel van uit dat de ernst van de misdrijven die iemand in zo'n geval worden tegengeworpen meebrengt dat er in geval van uitsluiting op grond van artikel 1F Vluchtelingenverdrag steeds sprake is van een 'actuele bedreiging'.¹²⁹ Over deze kwestie heeft de Rechtbank Middelburg prejudiciële vragen gesteld.¹³⁰ Zie in dit verband ook de Expert opinion van de Migration Law Clinic van de VU.¹³¹

Detentie: de herschikte Opvangrichtlijn

De Opvangrichtlijn heeft de gronden waarop een asielzoeker gedurende de asielprocedure gedetineerd kan worden geharmoniseerd. Het juridische kader dat de herschikte Opvangrichtlijn neerlegt voor het gebruik van detentie komt in het kort op het volgende neer: Lidstaten mogen een asielzoeker niet in bewaring houden louter omdat hij een asielverzoek heeft ingediend.¹³² Bewaring dient een evenredige maatregel te zijn, die slechts kan worden toegepast in een limitatief aantal opgesomde gevallen.¹³³ Volgens lid 3 van artikel 8 zijn dat de volgende gevallen: Om de identiteit of nationaliteit van de asielzoeker vast te stellen; om gegevens te verkrijgen die ten grondslag liggen aan het verzoek voor internationale bescherming; in het kader van een grensprocedure; indien de asielzoeker onder de Terugkeerrichtlijn valt en een asielverzoek slechts indient om zijn verwijdering uit te stellen of te verijdelen; en indien bewaring wordt toegepast in overeenstemming met

113. ABRvS 29 juni 2016,

ECLI:NL:RVS:2016:1783 en

ECLI:NL:RVS:2016:1782.

114. EHRM 5 juli 2016, 17931/16 (*Hunde/Nederland (beslissing)*).

115. *Idem*, par. 56.

116. *Idem*, par. 59.

117. O.a. een wetsvoorstel tot 'wijziging van de Woningwet in verband met het tijdelijk uitbreiden van het werkgebied van toegelaten instellingen met het oog op het huisvesten van vergunninghouders', *Kamerstukken II* 2015/16, 34403.

118. O.a. Regeling van de Minister voor Wonen en Rijksdienst van 10 december 2015, nr. 2015-00000731519, houdende vaststelling van regels voor het verstrekken van subsidie (Tijdelijke regeling stimulerend

huisvesting vergunninghouders), *Stcrt.*

2015, 45925; Besluit van de Staatssecretaris

van Veiligheid en Justitie van 23 december

2015, 718939, houdende intrekking van

het Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 12 oktober 2015

(*Stcrt.* 2015, 35582), en tijdelijke uitbreiding van de bevoegdheid van het Centraal

Orgaan opvang asielzoekers om bepaalde categorieën vreemdelingen uit te sluiten

van verstrekkingen op grond van de Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere

categorieën vreemdelingen 2005 (Gemeentelijk Versnellingsarrangement), *Stcrt.* 2015,

48827.

119. *Kamerstukken II* 2015/16, 34454.

120. Bron: COA (www.coa.nl/nl/over-coa/cijfers-en-jaarverslagen, geraadpleegd op 2

oktober 2016).

121. EHRM 24 mei 2016, *JV* 2016/215

(*Biao/Denemarken*), m.nt. Groenendijk.

122. EHRM 25 maart 2014, *JV* 2104/185

(*Biao/Denemarken*), m.nt. K.M. de Vries.

123. HvJ EU 12 april 2016, *JV* 2016/133

(*Genc*), m.nt. C.A. Groenendijk.

124. HvJ EU 1 april 2016, *JV* 2016/171,

m.nt. M. Wiersma.

125. HvJ EU 11 juni 2015, *JV* 2015/209

(*Zh. en O.*), m.nt. G. N. Cornelisse; HvJ EU

24 juni 2015, *JV* 2015/258 (*HT*), m.nt.

H. Battjes.

126. HvJ EU 15 februari 2016, *JV* 2016/90,

m.nt. G.N. Cornelisse.

127. Zie ook ABRvS 8 april 2016, *JV*

2016/143, m.nt. Wijngaarden, r.o. 4.2

(over bewaring); ABRvS 2 juni 2016, *JV*

2016/199 m.nt. Boeles, r.o. 3.4, 3.5; ABRvS

17 juni 2016, (over de vluchtelingstatus);

ABRvS 5 augustus 2016,

ECLI:NL:RVS:2016:2219, r.o. 3.2 (zwaar

inreisverbod).

128. HvJ EU 9 november 2010, *JV* (B. en

D.), m.nt. H. Battjes.

129. ABRvS 15 juni 2015, *JV* 2015/225.

130. Rb. Middelburg 9 juni 2016, *JV*

2016/213.

131. <https://migrationlawclinic.org/2016/07/20/once-a-criminal-always-a-threat/>

132. Art. 8 lid 1 herschikte Opvangrichtlijn.

133. Art. 8 lid 2 en 3 herschikte

Opvangrichtlijn.

de Dublinverordening in het geval van een Dublinclaim.

De redenen voor bewaring dienen in het nationale recht te worden vastgelegd, evenals regels over alternatieven voor bewaring.¹³⁴ De richtlijn legt ook een aantal waarborgen neer voor verzoekers in bewaring, zoals een *habeas corpus* bepaling.¹³⁵ In Nederland zijn de gronden voor bewaring uit het Europees recht neergelegd in artikel 6 VW 2000 (grensprocedure),¹³⁶ artikel 59 a VW 2000 (Dublinprocedure), en artikel 59b VW 2000 (de andere van de in artikel 8 lid 3 Opvangrichtlijn opgesomde gevallen).

In november 2015 stelde de Afdeling een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van de openbareordegrond voor bewaring van asielzoekers onder de herschikte Opvangrichtlijn, en het Handvest voor de Grondrechten van de EU.¹³⁷ Het ging in deze zaak om de heer J.N., een derdelander die in 1995 Nederland binnen kwam, en in de periode 1999-2014 eenentwintig keer strafrechtelijk werd veroordeeld, meestal voor diefstal-gerelateerde delicten. Deze veroordelingen bestonden uit boetes of gevangenisstraffen van telkens ten hoogste drie maanden. In diezelfde periode diende N. vier keer een asielverzoek in, waarvan er twee afgewezen werden, en één door hemzelf ingetrokken. Gedurende de behandeling van zijn vierde asielverzoek in 2015 werd hij in bewaring gesteld op grond van het nieuwe artikel 59b VW 2000, omdat hij een gevaar zou zijn voor de openbare orde.

De Afdeling heeft zich de vraag gesteld of de bepaling uit de opvangrichtlijn volgens welke asielzoekers op openbareordegronden gedetineerd kunnen worden geen strijd oplevert met het Handvest. De beperkingen aan het recht op vrijheid als beschermd door het Handvest

Bewaring dient een evenredige maatregel te zijn, die slechts kan worden toegepast in een limitatief aantal opgesomde gevallen

mogen immers niet verder gaan dan die welke door het EVRM in artikel 5 zijn toegestaan. En onder artikel 5 lid 1 onder f van het EVRM kunnen asielzoekers alleen maar gedetineerd worden ter fine van hun uitzetting, of om hun illegale binnenkomst te verhinderen. Nu de terugkeerprocedure die jegens J.N. was aangevangen is komen te vervallen als gevolg van zijn asielverzoek, en hem ingevolge de Procedurerichtlijn een recht van verblijf is toegekend, kan zijn bewaring volgens de Afdeling niet gerechtvaardigd worden onder artikel 5 lid 1 onder f EVRM. Er rijst zogezegd een vraag over de geldigheid van artikel 8 lid 3 onder e van de Opvangrichtlijn, en de rechter is verplicht om die vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen.

De uitspraak van het Hof van Justitie is vernuftig in die zin dat deze de reeds aangevangen terugkeerprocedu-

re jegens N. benadrukt, en het Nederlandse wettelijke systeem, volgens welke het indienen van een asielverzoek automatisch leidt tot het *vervallen* van een terugkeerbesluit, niet in overeenstemming acht met de het doel van de Terugkeerrichtlijn. Volgens het Hof dient de verplichting die de lidstaten ingevolge de Terugkeerrichtlijn hebben, om illegaal verblijvende derdelanders zo snel mogelijk te verwijderen, zo uitgelegd te worden dat indien zo'n derdelander een asielverzoek indient, het Terugkeerbesluit slechts *opgeschort* wordt, en niet *vervalt* zoals in het Nederlandse systeem. In dat geval ontstaat er immers geen strijd met artikel 5 EVRM, aangezien er nog steeds een terugkeerprocedure hangende is.

Het Hof laat zich niet uit over de vraag hoe de bepaling uit de Opvangrichtlijn, volgens welke detentie van asielzoekers op grond van de openbare orde geoorloofd is indien er *geen* terugkeerbesluit is genomen zich verhoudt tot artikel 5 lid 1 onder f EVRM. In dat geval kan immers niet gezegd worden dat de bewaring is opgelegd met het oog op verwijdering, zoals vereist door artikel 5 EVRM.

De Afdeling heeft zich sinds mei 2016 wel gebogen over de detentie van asielzoekers op grond van artikel 59b Opvangrichtlijn, zonder dat er een terugkeerbesluit is genomen. Zo deed het op 13 mei 2016 uitspraak in de zaak van een vreemdeling die vijf dagen nadat hij (in 2012) terugkeerde naar zijn land van herkomst opnieuw Nederland in was gereisd.¹³⁸ Er werd in deze zaak geen nieuw terugkeerbesluit genomen, hoewel de autoriteiten hem op 19 december 2015 wel trachtten uit te zetten. Die uitzetting werd geannuleerd vanwege het ontbreken van medische begeleiding. Direct daarna werd hij staande gehouden, waarop hij in het gehoor kenbaar maakte dat hij een asielverzoek wilde indienen. Hij werd vervolgens in bewaring gesteld op grond van artikel 59 b onder b VW 2000, de bepaling die artikel 7 lid 3 onder b van de Opvangrichtlijn implementeert. Ingevolge die bepaling mag een asielzoeker in bewaring worden gehouden *'om de gegevens te verkrijgen die ten grondslag liggen aan het verzoek om internationale bescherming en die niet zouden kunnen worden verkregen als de betrokkene niet in bewaring zou worden gehouden, met name in geval van risico op onderduiken van de verzoeker.'*

In beroep voert de vreemdeling aan dat zijn bewaring zowel in strijd is met artikel 5 EVRM als met artikel 6 Handvest omdat deze bewaring niet zijn verwijdering tot doel heeft. Bij de Afdeling wordt de strekking van deze beroepsgrond zo geïnterpreteerd dat artikel 8 lid 3 aanhef en onder b van de Opvangrichtlijn ongeldig is, zodat de krachtens artikel 59b lid 1 aanhef en onder d VW 2000 opgelegde bewaring onrechtmatig is.

De Afdeling voert een geldigheidsonderzoek uit naar artikel 8 lid 3 onder b van de Opvangrichtlijn langs de lijnen van het arrest *J.N.* en concludeert dat artikel 8 lid 3 aanhef en onder b van de Opvangrichtlijn geldig is, en dat artikel 59b lid 1 aanhef en onder b VW 2000 niet onverbindend is. Vervolgens besteedt zij geen aandacht meer aan de vraag *in hoeverre het ontbreken van een terugkeerbesluit implicaties heeft voor de rechtmatigheid van de bewaring van de vreemdeling in dit specifieke geval.* Dat is vreemd want de vreemdeling heeft in beroep, en ook in

hoger beroep expliciet aangevoerd dat de bewaring in strijd is met artikel 5 EVRM en artikel 6 Handvest, omdat er geen uitwijzingsprocedure hangende is.

De cruciale vraag wanneer en onder welke omstandigheden de bewaring van asielzoekers *jegens wie geen terugkeerbesluit is genomen* toch gerechtvaardigd kan worden onder artikel 5 EVRM (en dus onder artikel 6 Handvest) als zijnde de rechtmatige detentie van een persoon waartegen

Het meest vermeldenswaardig is echter zonder twijfel het boek *Het Nederlands migratierecht* onder redactie van Karin Zwaan

een uitwijzings- of uitleveringsprocedure hangende is, blijft zo onbeantwoord door de Afdeling. Dat is des te opvallender, omdat zijn detentie precies op dit punt strijd oplevert met artikel 5 EVRM en artikel 6 Handvest. Ook oordeelt de Afdeling dat er bij een detentie onder 59b VW 2000 geen zicht op uitzetting vereist is.¹³⁹ Verder wordt er niet ingegaan op de vraag in hoeverre deze maatregel zich dan verhoudt tot artikel 5 lid 1 onder f EVRM. Deze bepaling vereist echter wel degelijk dat er zicht op uitzetting bestaat, dus dat is merkwaardig. Gelukkig zal het Hof van Justitie hierover binnen afzienbare tijd duidelijkheid verschaffen, gezien de prejudiciële vragen die de rechter uit Haarlem precies op dit punt gesteld heeft.¹⁴⁰

Enkele boeken tot besluit

De volgende in de kroniekperiode verschenen boeken kwamen ons onder ogen. Van de hand van Pahladsingh & Waasdorp zijn zowel het boek *Crimmigration law in the European Union: The Return Directive and the entry ban* (nog te verschijnen bij Wolf Legal Publishers, 2016) als de tweede druk van *Het inreisverbod* (Sdu, 2016) verschenen. Waasdorp publiceerde bovendien *Handboek Terugkeerbesluit* (Boom Juridisch, 2016). Peter Rodrigues hield de

Thorbeckelezing met de titel *Zorgen voor uitgeprocedeerde vreemdelingen* (Wolters Kluwer, 2016) en Hemme Battjes, Evelien Brouwer, Lieneke Slingenberg & Thomas Spijkerboer schreven een preadvies voor de Christen Juristen Vereniging onder de titel *The Crisis of European Refugee Law: Lessons from Lake Success*.

Het meest vermeldenswaardig is echter zonder twijfel het boek *Het Nederlands migratierecht* (Boom, 2016) onder redactie van Karin Zwaan, en geschreven door vele auteurs voornamelijk verbonden aan het Centrum voor migratierecht in Nijmegen. Het is al weer enige tijd geleden dat er een actueel boek was over het Nederlandse migratierecht dat beoogt het gehele, of tenminste een groot deel van het, vakgebied te bestrijken. De laatste editie van het vermaarde *Nederlands vreemdelingenrecht* van Kuijjer & Steenbergen dateert van 2005, hetzelfde jaar waarin de laatste editie van die andere klassieker van het migratierecht verscheen, *Vluchtelingenrecht* van Spijkerboer & Vermeulen. Pogingen om tot een nieuwe editie van Kuijjer & Steenbergen te komen strandden herhaaldelijk, hoewel het boek *Asielrecht* van Van Bennekom & Van der Winden voortkwam uit zo'n poging, maar dat boek dateert ook al weer uit 2012. Nu is er dus eindelijk weer een boek dat beoogt het gehele Nederlandse vreemdelingenrecht recht te doen en dat tevens zeer geschikt is voor het onderwijs. Uit alles blijkt dat het Unierecht voorop gaat, en tegelijkertijd wordt – waar relevant – de Nederlandse regelgeving uiteengezet – zij het niet erg uitvoerig of gedetailleerd. Het boek leest prettig en is helder genoeg om de haast onvermijdelijke verwarring bij studenten over dit meerlagige recht tot een minimum te beperken. Het onderwijs in het Nederlandse migratierecht kan dus weer even vooruit. •

¹³⁴. Art. 8 herschikte Opvangrichtlijn. Zie voor een uitgebreide bespreking van het juridisch kader: E. Tsourdi, 'Asylum Detention in EU law: Falling between Two Stools', *Refugee Survey Quarterly* 2016, 35 (1): 7-28.

¹³⁵. Art. 9 lid 4 herschikte Opvangrichtlijn.

¹³⁶. Zie over de grensprocedure in Nederland, en de vraagtekens die daar vanuit Unierechtelijk perspectief gezet mogen worden: G.N. Cornelisse, 'Territory, Proce-

dures and Rights: Border Procedures in EU Asylum Law', *Refugee Survey Quarterly* 2016, 35 (1): 74-90.

¹³⁷. ABRvS 17 november 2015, *JV* 2015/354.

¹³⁸. ABRvS 13 mei 2016, *JV* 2016/178.

¹³⁹. Zie ook ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1383.

¹⁴⁰. Rb. Den Haag zp. Haarlem 13 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:265.