

Kroniek van het migratierecht

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

Eindelijk een lichtpuntje in de voortdurende Europese migratiecrisis: Duitsland en Frankrijk hebben aangegeven vrijwillig asielzoekers die zijn aangetroffen in internationale wateren te willen hervestigen. Voor het overige wordt er stevig doorgewerkt aan het dichttimmeren van de buitengrenzen van de EU, databestanden worden gekoppeld maar het herziening van het pakket regelgeving loopt voorsnog vast op onenigheid over herziening van de Dublinverordening. Ondertussen biedt het Hof van Justitie van de EU waar nodig soelaas en is Nederland door het Hof op de vingers getikt wegens de te strenge eisen die aan gezinshereniging worden gesteld.

Op 23 september 2019 tekenden Duitsland, Frankrijk, Italië en Malta in het bijzijn van de Finse President van de Europese Commissie van de EU een gezamenlijke overeenkomst die we met enig optimisme een doorbraak mogen noemen in de EU buitengrenspolitiek.² Duitsland en Frankrijk hebben toegezegd om vrijwillig asielzoekers over te nemen die worden gered op zee. De grondslag van het asielbeleid in Europa is al jaar en dag dat asielzoekers asiel moeten aanvragen in het land van aankomst. Dat de EU op zeer effectieve wijze heeft gezorgd dat het vrijwel onmogelijk is om als asielzoeker via het vliegtuig Europa te bereiken, en dus vrijwel alle asielzoekers aankomen in landen als Italië, Griekenland en Malta doet daar niets aan af. Dat is pech voor de zuidelijke landen, die dan ook al jaren kampen met 'disproportionele migratiedruk', zoals dat nu in de overeenkomst heet. De Noord- en Oost-Europese lidstaten deden de afgelopen jaren weinig om te komen tot een solidaire verdeling van de asielzoekers over de Europese lidstaten om zo de druk te verlichten. Hongarije, Tsjechië en Polen weigeren überhaupt om asielzoekers her te vestigen.

Landen als Griekenland, Malta en Italië dragen zo al jaren de last van het Europese asielbeleid. Een land als Italië weigerde daarop maar om mensen die uit zee zijn opgepikt aan land te laten, het legde beslag op reddingsboten, stelde strafvervolgning in tegen humanitaire organisaties en vissers die mensen naar Europa brengen.³ Zoals we in onze vorige kroniek al schreven schrok Italië er vervolgens niet voor terug om de Libische kustwacht uit te rusten, te trainen en te betalen, alles om te zorgen dat de asielzoekers terugkeren naar Libië. Dat ze in Libië een risico lopen op mensenrechtenschendingen lijkt voor geen Europeaan een bezwaar te zijn tegen dit beleid. Als Italië onze Noord-Europese boontjes dopt, dan kijken we maar wat graag een andere kant op. Ook in de veelbesproken Turkije-deal presteerde de EU het om alles te doen om andere landen aan hun verplichtingen te houden en een oogje dicht te knijpen bij de mogelijke mensenrechtenschendingen. Dit alles terwijl de situatie voor asielzoekers in kampen in Italië, Griekenland en Turkije ronduit erbarmelijk is⁴ en boten in de Middellandse zee eindeloos ronddobberen omdat ze in geen haven worden opgenomen.⁵

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. dr. M.C. Stronks zijn allen werkzaam bij het Amsterdam Centre for Migration and Refugee Law van de Vrije Universiteit Amsterdam, mr. dr. G. Cornelisse is werkzaam bij de sectie Transnational

Legal Studies en mr. dr. N. Ismaïli bij de sectie familierecht van dezelfde universiteit. Deze kroniek bestrijkt de periode oktober 2018-september 2019.

Noten

2. 'Joint Declaration of Intent on a Controlled Emergency Procedure – Voluntary Commitments by Member States for a

Predictable Temporary Solidarity Mechanism', 23 september 2019.

3. Zie M. Fink, K. Gombeer & J. Rijpma: In search of a safe harbour for the Aquarius: The troubled waters of international and EU law, *eumigrationlawblog.eu*, 9 juli 2018.

4. Zie bijv. [www.theguardian.com/world/2019/sep/17/aid-workers-warn-of-](http://www.theguardian.com/world/2019/sep/17/aid-workers-warn-of-catastrophe-in-greek-refugee-camps)

[catastrophe-in-greek-refugee-camps](http://www.theguardian.com/world/europe/italy-migrants-spain-open-arms.html).

5. Zie bijv. www.nytimes.com/2019/08/18/world/europe/italy-migrants-spain-open-arms.html, www.theguardian.com/world/2019/apr/04/migrant-ship-storm-64-people-denied-safe-port-harbour-italy-malta.

Nederland mag dan op zijn handen blijven zitten, het is toch hoopvol dat Frankrijk en Duitsland iets proberen om de inhumane patstelling van het Europese asielbeleid te doorbreken

In het licht van deze jarenlange eenzijdige grenspolitiek mag het rustig opmerkelijk heten dat Duitsland en Frankrijk nu aangeven vrijwillig asielzoekers te willen hervestigen. Blijkens de verklaring gaat het om de 'humane ontschepping van migranten' die zijn aangetroffen in 'internationale wateren'. Deze migranten moeten snel – uiterlijk binnen vier weken – worden overgeplaatst naar de deelnemende landen. Natuurlijk haasten de landen zich te benadrukken dat dit niet mag leiden tot meer illegale binnenkomst, dat de bestaande maatregelen ter bestrijding van illegale binnenkomst blijven bestaan en dat het in principe een tijdelijke solidariteitsmaatregel is. En het zijn dus maar twee landen, Duitsland en Frankrijk, die op hun beurt wel andere lidstaten oproepen om mee te doen aan het vrijwillige initiatief. Nederland was er vlot bij om aan te geven niet mee te willen doen aan een tijdelijke maatregel. Bovendien meende Nederland dat het maar de vraag is of het water Italië en Griekenland daadwerkelijk aan de lippen staat.⁶ Nederland roept, met andere woorden, naar een drenkeling in de gracht dat zolang er geen structureel schoolzwemmen is ingevoerd, het niet meedoet aan tijdelijke oplossingen voor mensen die te water zijn geraakt. Nederland mag dan daarmee op zijn handen blijven zitten, het is toch hoopvol dat Frankrijk en Duitsland iets proberen om de inhumane patstelling van het Europese asielbeleid te doorbreken.

Buitengrenzen

Op 29 juli 2019 is door het HvJ EU uitspraak gedaan in de zaak *Vethanayagam/Minister van Buitenlandse Zaken* inzake het recht op beroep bij visumvertegenwoordiging op basis van de Visumcode.⁷ De zaak draaide om een aantal kwesties. Ten eerste of de Visumcode eraan in de weg staat dat referenten als belanghebbenden in eigen naam in bezwaar en beroep kunnen gaan tegen visumweigering. Een referent is de echtgenoot of partner, soms ook werkgever van de aanvrager die doorgaans al in Nederland verblijft en daardoor makkelijker toegang tot Nederlandse rechtshulp en relevante instanties heeft. Ten tweede wil de Nederlandse rechter weten in welke lidstaat een derde-lander een beroep moet instellen wanneer zijn aanvraag voor een kort verblijf- of Schengenvisum is geweigerd door een andere lidstaat dan de staat van bestemming, namelijk door de vertegenwoordigende staat. Daarnaast werd het Hof gevraagd of het in dat geval uitmaakt dat, zoals in de voorliggende zaak, de vertegenwoordigende staat geen lidstaat van EU is.

Het Hof wijkt bij alle antwoorden af van de conclusie van advocaat-generaal Sharpston, zonder het verschil in de conclusies te onderbouwen of zelfs maar naar haar conclusie te verwijzen. Het HvJ EU oordeelt dat de Visumcode niet toelaat dat de referent in eigen naam beroep instelt tegen een besluit tot visumweigering (par. 42-57). Dit leidt het HvJ EU af uit de letterlijke tekst, doelstelling

en context van artikel 32 lid 3 Visumcode. Kortgezegd betekent dit volgens het Hof dat nu een visum uitsluitend een machtiging aan de aanvrager betreft voor doorreis of (kort) verblijf, alleen de aanvrager als adressant van een besluit tot weigering een 'rechtstreeks en specifiek belang' heeft bij het instellen van een beroep. De referent kan als ondergeschikte of bijkomende partij ten opzichte van de aanvrager optreden, maar niet onafhankelijk van de aanvrager of in eigen naam. Volgens het HvJ EU laat artikel 32 (3) Visumcode onverlet dat de aanvrager een derde kan opdragen hem of haar in rechte te vertegenwoordigen.

De tweede en derde vragen in deze zaak betreffen de centrale kwestie: wanneer in het kader van artikel 8 lid 4 (d) een bilaterale vertegenwoordigingsafpraak is gesloten, is het dan aan de autoriteiten van de vertegenwoordigde staat om in beroep te beslissen inzake een besluit tot weigering van een Schengenvisum? Dit is volgens het Hof niet zo: wanneer in de bilaterale vertegenwoordigingsregeling is bepaald dat de consulaire autoriteiten van de vertegenwoordigende lidstaat bevoegd zijn om de besluiten tot weigering van een visum te nemen, is het aan de bevoegde autoriteiten van die lidstaat om te beslissen over het beroep tegen een besluit tot visumweigering. Het Hof wijst daarbij op respectievelijk de algemene (artikel 8 lid 2) en de bijzondere regeling van visumvertegenwoordiging (artikel 8 lid 4) van de Visumcode. Volgens de algemene regeling zal de vertegenwoordigende lidstaat, indien hij van mening is dat een visum moet worden afgewezen, de aanvraag eerst voorleggen aan de autoriteiten van de vertegenwoordigde staat die er vervolgens het definitieve besluit over neemt. Volgens de bijzondere regeling kan in een bilaterale afspraak worden vastgelegd dat de autoriteiten van de vertegenwoordigende lidstaat de bevoegdheid hebben om de aanvraag meteen af te wijzen. Het HvJ EU stelt vast dat de bilaterale afspraak tussen Zwitserland en Nederland de laatstgenoemde, bijzondere regeling betrof. Dit betekent dus dat de Zwitserse autoriteiten het definitieve besluit hebben genomen zoals bedoeld in artikel 32 lid 3 Visumcode (73-77). Het HvJ EU concludeert dat een gecombineerde uitleg van artikel 8 lid 4 onder d), en artikel 32 lid 3 Visumcode, op grond waarvan beroep tegen een besluit tot weigering van een visum moet worden ingesteld tegen de vertegenwoordigende staat, verenigbaar is met het fundamentele recht op effectieve rechterlijke bescherming.

In antwoord op de laatste vraag, stelt het HvJ EU dat het geen rol speelt dat Zwitserland geen EU-lidstaat is. Zwitserland is volgens het HvJ EU 'niet alleen – als lid van de Raad van Europa sinds 6 mei 1963 – partij bij het EVRM, maar vooral ook geassocieerde staat op grond van de associatieovereenkomst met de Zwitserse Bondsstaat inzake het Schengenacquis, waarin in de tiende overweging van de considerans is vermeld dat 'de Schengensa-

menwerking berust op de beginselen van vrijheid, democratie, rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, zoals die met name gewaarborgd worden door het [EVRM]. Bovendien 'schept de associatieovereenkomst met de Zwitserse Bondsstaat inzake het Schengenacquis, zoals volgt uit artikel 1, lid 2, daarvan, wederzijdse rechten en verplichtingen, zodat de Zwitserse Bondsstaat derhalve – zoals artikel 2 van voornoemde overeenkomst bepaalt – alle bepalingen van het Schengenacquis volgens de daarin voorziene procedures moet uitvoeren.'

Buitengrenzen en databestanden

In het vorig kroniekjaar berichtten wij al over nieuwe wetgeving inzake grootschalige databestanden zoals het in- en uitreisstelsel (Entry Exit Systeem) en het ETIAS voor de centrale opslag van informatie over niet-visumplichtige derdelanders. Ook in het afgelopen jaar heeft de Uniewetgever in zijn drang naar veilige buitengrenzen niet stilgezeten. Zo zijn drie Verordeningen aangenomen ter wijziging van het huidige Schengen Informatie Systeem of SIS.⁸ Op basis van de Verordening 2018/1860 worden lid-

Ook in het afgelopen jaar heeft de Uniewetgever in zijn drang naar veilige buitengrenzen niet stilgezeten

staten verplicht terugkeerbesluiten in het SIS te signaleren. Op basis van Verordening 2018/1861 worden nieuwe criteria ter signalering in het SIS opgenomen, zoals verplichte opname van biometrische gegevens (gezichts-herkenning en vingerafdrukken). Daarnaast wordt een nieuwe categorie van signaleringen toegevoegd: 'derdelanders die het Unierecht of het nationale recht inzake binnenkomst of verblijf hebben omzeild of hebben gepoogd te omzeilen'. Ook krijgen Europol en de Europese kust- en grenswacht (EBCG) onder voorwaarden toegang tot de gegevens over derdelanders in het SIS. Op basis van Verordening 1862/2018 inzake het gebruik van SIS voor politie en justitiële doeleinden, wordt het mogelijk gemaakt DNA van minderjarigen ter opsporing van vermiste kinderen te registreren. Daarnaast wordt het mogelijk om preventief kinderen te signaleren die het risico lopen om door hun ouders ontvoerd te worden.

6. <https://nos.nl/artikel/2303052-vier-eu-landen-op-minitop-malta-maken-afspraken-over-verdeling-migranten.html> (laatst bezocht 29 september 2019).

7. HvJ EU 29 juli 2019, C-680/17, JV 2019/158, m.nt. P. Boeles.

8. Verordeningen 2018/1860, 2018/1861 en 2018/1862, PbEU L 312, 7.12.2018.

9. PbEU L 135/1-26, 22.05.2019

10. Zie voor een kritisch commentaar: Commissie Meijers 22 januari 2019, CM1902, www.commissie-meijers.nl/sites/all/files/cm1902_ecris-tcn_and_the_fundamental_right_to_non-discrimination_0.pdf.

11. PbEU L 135/27-84, 22.05.2019.

12. 'Refugees and migrants from Venezuela top 4 million: UNHCR and IOM', 7 juni 2019, www.unhcr.org/news/

Daarnaast is de Verordening 2019/816 inzake het ECRIS-TCN ofwel European Criminal Records Information Systeem-derdelanders (ECRIS-TCN) aangenomen.⁹ In dit centrale systeem dienen lidstaten alle derdelanders die in hun staat onherroepelijk zijn veroordeeld, te registreren. Het systeem is primair bedoeld voor het nationale strafrechtelijk proces om na te gaan of een derdelander al eerder in één of meerdere lidstaten is veroordeeld. Lidstaten kunnen dan door raadpleging van dit systeem, contact opnemen met de justitiële autoriteiten van de veroordelde lidstaat. Artikel 7 Verordening 2019/816 laat echter uitdrukkelijk toe dat lidstaten op basis van hun nationaal recht ECRIS-TCN ook gebruiken voor beslissingen inzake 'visa, verwerving van staatsburgerschap en migratieprocedures, inclusief asielprocedures'. In het ECRIS-TCN zullen ook Unieburgers met dubbele nationaliteit worden opgenomen: personen die naast een niet-EU-nationaliteit ook een EU-nationaliteit hebben. De vraag is of met deze maatregel geen ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt tussen EU-onderdanen en niet-EU-onderdanen, maar ook tussen EU-onderdanen met en zonder tweede nationaliteit.¹⁰

Ten slotte is Verordening 2019/817 inzake de interoperabiliteit van grootschalige databestanden aangenomen.¹¹ In deze verordening gaat het om de interoperabiliteit van de al bestaande systemen SIS, VIS en Eurodac en ook de hierboven genoemde 'nieuwe' systemen ECRIS-TCN, ETIAS en EES. De Commissie heeft steeds benadrukt dat met interoperabiliteit noch een nieuw centraal databestand van derdelanders in de EU wordt gecreëerd, noch het doelbindingsprincipe wordt losgelaten. Niettemin leidt de uitvoering van interoperabiliteit wel tot hetzelfde effect nu nationale autoriteiten en EU-agentschappen hiermee de mogelijkheid krijgen om met behulp van biometrie en identiteitsgegevens na te gaan of een persoon in meerdere databestanden is opgenomen.

Buitengrenzen van het Koninkrijk

Sinds 2014 hebben meer dan vier miljoen Venezolanen hun land van herkomst verlaten.¹² Dat heeft in onder meer Aruba, Curaçao en Bonaire geleid tot een forse toename van het aantal asielaanvragen – van 1 januari tot en met 31 augustus 2019 bedroeg het aantal aanvragen in Aruba 1553, terwijl dat er voorheen niet meer dan tien per jaar waren.¹³ Vooral over Curaçao verschenen in 2018 en begin 2019 zorgwekkende berichten.¹⁴ Naar schatting van Amnesty International verbleven er in 2018 5.000 tot 15.000 Venezolanen illegaal; onrechtmatige detentie en uitzetting naar Venezuela kwamen veelvuldig voor.

De juridische situatie is wat rommelig. Toelating en uitzetting zijn een landsaangelegenheid, zodat de Nederlandse regering afstand moet houden; naleving van men-

press/2019/6/5cfa2a4a4/refugees-migrants-venezuela-top-4-million-unhcr-10m.html.

13. Kamerstukken I 2019/20, 29653, 1, p. 7.

14. Amnesty International, 'Opgesloten en Uitzet. Gevluchte Venezolanen krijgen geen bescherming in Curaçao', 10 september 2018, www.amnesty.nl/content/

uploads/2018/09/AMN_18_45_rapport-Curacao_WEB.pdf?x65409; Refugees International, 'Hidden and Afraid: Venezuelans without status or protection on the Dutch Caribbean Island of Curaçao', 10 april 2019, <https://reliefweb.int/report/cura-ao-netherlands/hidden-and-afraid-venezuelans-without-status-or-protection-dutch>.

senrechtelijke verplichtingen is echter weer wel Rijksaan- gelegenheid.¹⁵ Wat die verplichtingen betreft, Curaçao is anders dan Aruba (en Bonaire, deel van Nederland) niet gebonden door het Vluchtelingenverdrag.¹⁶ Het heeft ook geen asielpcedure. Curaçao is wel partij bij het EVRM, en dus gebonden door het verbod op onrechtmatige detentie en op verwijdering als er een reëel risico op onmenselijke behandeling bestaat. Het had in 2018 een 'Procedure voor bescherming op grond van artikel 3 EVRM' voor beroep tegen onrechtmatige uitzetting in het leven geroepen. Deze regeling was echter strijdig met het EVRM – zo kon er alleen onmiddellijk bij binnenkomst een beroep op worden gedaan.¹⁷

De Curaçaose procedure is aangepast op 'advies' van Nederland waarbij de gesignaleerde strijdigheden met het EVRM zijn verwijderd

Zowel de Tweede als Eerste Kamer hebben de situatie van Venezolanen in Caribisch Nederland meermaals aan de orde gesteld. Dat heeft geresulteerd in toezeggingen van 'ondersteuning' van Aruba en Curaçao voor een bedrag van bijna € 24 miljoen – voor een betere behandeling van asielaanvragen, maar ook voor versterking van de kustwacht.¹⁸ Verder is de Curaçaose procedure aangepast op 'advies' van Nederland waarbij de gesignaleerde strijdigheden met het EVRM zijn verwijderd.¹⁹ Echter, nog altijd kan uitsluitend niet-uitzetting verkregen worden, geen asielvergunning.²⁰

Verantwoordelijkheid voorbij de buitengrens

Op 14 juni 2019 verdedigden Tineke Strik en Ashley Terlouw hun preadvies 'Territorialiteit en vluchtelingenrecht: verantwoordelijkheid nemen, delen of afschuiven?'.²¹ Asielrecht is van oudsher sterk verbonden met territorialiteit: staten hebben verplichtingen jegens vluchtelingen op hun grondgebied, niet elders. Vandaar dat (Europese) staten de laatste decennia belemmeringen voor binnenkomst steeds meer buiten het grondgebied zijn gaan opwerpen, met de invoering van de visumplicht, en met overeenkomsten op grond waarvan staten als Turkije overtocht naar Europa tegenhouden. In het zeer doorwrochte en fraaie preadvies wordt onderzocht in hoeverre in zulke gevallen toch verantwoordelijkheid van Europese staten kan worden aangenomen. De auteurs menen van wel, op grond van jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Internationale Hof van Justitie, en van de ILC *Draft Articles on State Responsibility*.

Binnengrenzen

In 2019 heeft het HvJ EU twee arresten gewezen over de reikwijdte en de betekenis van binnengrenscontroles in

het Schengengebied. In het arrest in de gevoegde zaken *Touring Tours/Sociedad de Transportes* concludeert het HvJ EU dat de personencontroles die busmaatschappijen aan de binnengrenzen van het Schengengebied verplicht op hun passagiers uitvoeren, in strijd zijn met artikel 21 van de Schengengrenscode (SBC).²² Op basis van deze bepaling zijn controles in beginsel, anders dan grenscontroles zoals bedoeld in artikel 20 SBC, aan de binnengrenzen toegestaan, tenzij deze in de uitvoering hetzelfde effect hebben als grenscontroles. De busmaatschappijen in de deze zaken waren door de Duitse overheid verplicht hun passagiers op de juiste reis- en verblijfsdocumenten te controleren, op straffe van een dwangsom van € 1000. Hierdoor, zo stelt het Hof, moeten deze controles ook al worden ze door private ondernemingen uitgevoerd, gelijk gesteld worden met de uitoefening van politiebevoegdheden zoals bedoeld in artikel 21. Redenen die het Hof aanvoert om de door de busmaatschappijen uit te voeren controles gelijk te stellen met (verboden) grenscontroles, zijn onder meer het algemene karakter en de stelselmatige uitvoering van de controles, het doel van de controles (verzekeren dat wordt voldaan aan de inreisvoorwaarden) en de nauwe band met het overschrijden van de binnengrenzen. De uit het Duitse vreemdelingenrecht voortvloeiende plicht van vervoersmaatschappijen om deze controles uit te voeren is daarmee in strijd met het Unierecht.

De zaak *Arib* van 19 maart 2019 is de tweede uitspraak van het HvJ EU over binnengrenzen.²³ Dit arrest ging over de verzekeringsstelling van een derdelander die illegaal op Frans grondgebied werd aangetroffen tijdens de uitvoering van tijdelijke binnengrenscontroles op basis van artikel 25 SBC en ter uitzetting werd gedetineerd. Op basis van artikel 25 SBC mogen lidstaten onder bepaalde voorwaarden overgaan tot tijdelijke herinvoering van grenscontroles. Frankrijk heeft met toestemming van de Europese Commissie deze tijdelijke grenscontroles al meerdere keren verlengd vanwege een ernstige bedreiging van openbare orde of binnenlandse veiligheid. De centrale vraag van deze uitspraak is of door de herinvoering van binnengrenscontroles, het toezicht aan de binnengrenzen gelijk gesteld kan worden met toezicht aan de buitengrenzen. In het laatste geval zou, aldus de Franse regering, de Schengengrenscode (Verordening 2016/399) van toepassing zijn die de autoriteiten meer ruimte geeft om de betreffende persoon in verzekering te stellen dan de Terugkeerrichtlijn (Richtlijn 2008/115). Op basis van de Terugkeerrichtlijn mag een persoon immers alleen in bewaring worden gesteld om zijn verwijdering voor te bereiden dan wel uit te voeren en alleen wanneer geen andere doeltreffende maar minder ingrijpende maatregelen mogelijk zijn. Het HvJ EU stelt vast dat betrokkene niet de toegang tot het Franse gebied was geweigerd, maar dat hij wegens illegaal verblijf werd aangehouden. Daarom hadden alle procedurele stappen van de Terugkeerrichtlijn in verband met de uitzetting van irreguliere derdelanders moeten worden doorlopen. De tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles heeft niet tot gevolg dat lidstaten illegaal verblijvende derdelanders die tijdens de grenscontrole worden aangetroffen, onmiddellijk naar de buitengrenzen kunnen brengen of deze sneller of eenvoudiger uit het grondgebied mogen verwijderen dan wanneer de personen bij politiecontroles aan de binnengrenzen zouden zijn aangetroffen (par. 56).

De tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles heeft niet tot gevolg dat lidstaten illegaal verblijvende derdelanders die tijdens de grenscontrole worden aangetroffen, onmiddellijk naar de buitengrenzen kunnen brengen

Gezinsmigratie

In de afgelopen verslagperiode zijn op het gebied van gezinshereniging met name uitspraken van het HvJ EU relevant geweest voor Nederland. Te beginnen met de uitspraak in de zaak *E*.²⁴ Deze ging over de bewijslast van vluchtelingen bij de behandeling van verzoeken om gezinshereniging. Gezinsherenigers die geen officiële documenten kunnen overleggen die de identiteit van en de band met hun gezinsleden bewijzen, moesten op grond van het Nederlandse beleid een plausibele verklaring hebben voor het niet hebben van die documenten.²⁵ Bovendien moesten zij aantonen dat het onmogelijk was deze documenten alsnog te verkrijgen. Lukte dit de aanvrager niet, dan werd door de IND niet naar andere (ook niet-officiële) documenten gekeken en werd ook geen nader onderzoek, in de vorm van DNA-onderzoek of interviews aangeboden. De vraag was of deze praktijk wel in overeenstemming zou zijn met artikel 11 lid 2 Gezinsherenigingsrichtlijn. Daarin wordt namelijk bepaald dat lidstaten ook andere bewijsstukken moeten meenemen in het besluit.²⁶ Het HvJ EU maakt in *E*. duidelijk dat Nederland een te zware bewijslast eist van gezinsherenigers. Het Hof stelde dat de gezinshereniger en zijn of haar gezinslid weliswaar moeten voldoen aan een samenwerkingsplicht – zij moeten relevante informatie verschaffen en beschikbaar zijn voor gesprekken en andere onderzoeken. Daarnaast moeten ze, indien geen officiële bewijsstukken worden verstrekt, uitleggen waarom dat niet kan. Hebben zij echter in voldoende mate voldaan aan de samenwerkingsplicht, dan moeten volgens het Hof ook niet-officiële bewijsstukken in de beoordeling worden meegenomen en zal nader onderzoek vereist zijn. Het Nederlandse bewijsnoodbeleid kon hiermee niet ongewijzigd in stand blijven.

Ook de zaak *K. en B.* raakte aan gezinshereniging van vluchtelingen.²⁷ In Nederland hebben vluchtelingen het

recht om hun gezinsleden naar Nederland te laten komen onder minder strenge voorwaarden dan bij gewone gezinshereniging (ook wel 'nareis'). Een dergelijke aanvraag moet echter wel binnen drie maanden worden ingediend, daarna kan alleen nog de reguliere gezinsherenigingsweg worden bewandeld. Volgens het HvJ EU is het inderdaad toegestaan dat na een termijnoverschrijding zonder geldige reden de aanvraag niet langer volgens de voorkeursregeling wordt behandeld. Wel is echter vereist dat de betrokkenen volledig worden geïnformeerd over de gevolgen van een termijnoverschrijding en dat in de reguliere procedure terdege rekening wordt gehouden met het vluchtelingschap van de aanvrager.

De zaak *Y. Z., Z. Z. en Y. Y.* tot slot. Het HvJ EU oordeelt daarin dat wanneer een aanvrager een verblijfsvergunning heeft verkregen op basis van fraude, het feit dat de gezinsleden niet wisten van de fraude, niet in de weg staat aan de intrekking van de verblijfsvergunningen van deze gezinsleden.²⁸ Dit uitgangspunt is volgens het Hof te verenigen met de Gezinsherenigingsrichtlijn. Daarin zijn de verblijfsrechten van de gezinsleden immers afgeleid van het verblijfsrecht van de aanvrager.²⁹ Indien de aanvrager eigenlijk nooit een verblijfsrecht op grond van de Richtlijn heeft gehad, geldt dat evenzeer voor zijn gezinsleden.

Dan nog wat in het oog springende ontwikkelingen in de nationale wet- en regelgeving. Anders dan vorig jaar in deze kroniek werd gesteld, is er in de afgelopen verslagperiode wel degelijk sprake geweest van een verruimde uitleg van het Kinderpardon. Een groot deel van de oorspronkelijke aanvragen op de zogenaamde Regeling langdurig verblijvende kinderen werd aanvankelijk afgewezen op grond van het meewerkcriterium, hetgeen betekent dat een vreemdeling moest hebben meegewerkt aan vertrek. Deze aanvragen zijn opnieuw beoordeeld aan de hand van het beschikbaarheids criterium, wat wil zeggen

15. Zie nader M. den Heijer, 'Haal ons uit het isolement. Over Venezolaanse vluchtelingen op Curaçao' in: *NJB* 2019/921, afl. 17, p. 1246-1250 en de publicatie van het ACVZ *Het Koninkrijk en de internationale bescherming van (asiel)migranten*, maart 2019, <https://acvz.org/pubs/koninkrijk-en-internationale-bescherming-asielmigranten/>.

16. Zie ook hierover uitgebreid Den Heijer (vorige noot) en D. Brouwer & H. Battjes, *Asielrecht in de overzeese gebieden van het Koninkrijk*, 6 februari 2018, <http://verblijfsblog.nl/?p=2531>.

17. Zie het artikel van Den Heijer in *NJB*,

noot 15.

18. *Kamerstukken II* 2018/19, 29653, 56.

19. *Kamerstukken I* 2019/20, 29653, I, p. 7.

20. Vergelijk 'Beleid inhoudende het te volgen procedure bij een verzoek om bescherming ex artikel 3 EVRM' van juni 2019, p. 5, www.gobiernu.cw/files/Ministeries/JUS/TO_Curacao/Beleid_inhoudende_de_procedure_ex_artikel_3_EVRM_2_.pdf.

21. 'Territorialiteit en vluchtelingenrecht: verantwoordelijkheid nemen, afschuiven of delen?', in: *De grenzen voorbij – De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie, Handelingen NJV*, 149e jaargang/2019,

delingen NJV, 149e jaargang/2019,

Wolters Kluwer 2019, p. 134-217. Zie ook de zeer lezenswaardige bespreking van het preadvies door T.N.B.M. Spronken, 'Vluchten kan niet meer', *NJB* 2019/1266, afl. 22.

22. HvJ EU 13 december 2018, gevoegde zaken C-412/17 en C-474/17,

ECLI:EU:C:2018:1005 (*Touring Tours en Sociedad de Transportes*), besproken door J. Rijpma in *NIer* 2019, 5-6.

23. HvJ EU 19 maart 2019, C-444/17,

ECLI:EU:C:2019:220.

24. HvJ EU 13 maart 2019, C-635/17 (*E./Staatssecretaris van veiligheid en Justitie*).

25. *Kamerstukken II* 2015/16, 19637, 208,

p. 3-4.

26. Richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging.

27. HvJ EU 7 november 2018, C-380/17 (*K. en B./Staatssecretaris van veiligheid en Justitie*).

28. HvJ EU 14 maart 2019, C-557/17 (*Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie/Y. Z., Z. Z. en Y. Y.*). Zie hierover ook de Expert Opinion van de Migration Law Clinic van de VU Amsterdam, via <https://migrationlawclinic.org/>.

29. HvJ EU 14 maart 2019, C-557/17 (*Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie/Y. Z., Z. Z. en Y. Y.*), r.o. 46-48.

dat een vreemdeling beschikbaar moet zijn geweest voor vertrekgesprekken en zich heeft gehouden aan de meldplicht.³⁰ Hierdoor is een groot deel van de afgewezen kinderen – en daarmee ook zijn of haar gezinsleden – alsnog in aanmerking gekomen voor een verblijfsvergunning.

Daartegenover staat dan wel dat per 1 mei 2019 de discretionaire bevoegdheid voor schrijvende gevallen is afgeschaft.³¹ Een verblijfsvergunning op humanitaire gronden kan nu alleen nog worden toegekend aan categorieën vreemdelingen die specifiek zijn aangewezen in het Voorschrift Vreemdelingen 2000.³² De staatssecretaris heeft aangegeven hier een nieuwe categorie aan toe te voegen, namelijk kinderen ten aanzien van wie een kinderbeschermingsmaatregel is opgelegd.³³ Vóór afschaffing van de discretionaire bevoegdheid werd een recht op verblijf in zulke gevallen beoordeeld onder de discretionaire bevoegdheid. Omdat dit nu niet meer kan heeft de staatssecretaris een nieuw beleidskader aangewezen. Dit nieuwe beleid is per 1 oktober 2019 ingegaan en houdt in dat in de gevallen dat een opgelegde kinderbeschermingsmaatregel formeel kan worden overgedragen aan het land van herkomst of aan een Dublin-partner, of een ander land binnen de EU waar het kind bescherming geniet, het kind én zijn of haar gezin kan terugkeren. Is de kinderbeschermingsmaatregel niet overdraagbaar, en is de duur van een maatregel in ieder geval een jaar, dan wordt verblijf in Nederland toegestaan. Het verblijfsrecht blijft in stand bij verlenging van de kinderbeschermingsmaatregel. Eindigt de kinderbeschermingsmaatregel dan komt de grond voor verblijf te vervallen.

Openbare orde

In de vorige kroniek werd beschreven hoe het Hof van Justitie EU geleidelijk afkoerst op een geharmoniseerde toetsing van het gevaar voor de openbare orde in het Europese migratierecht.³⁴ In toenemende mate past het Hof het zogenoemde actuele bedreigingscriterium toe, volgens welk moet worden onderzocht of de persoonlijke gedragingen van de betrokkene blijf geven van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast. Bij het Hof zijn thans twee door de Nederlandse Afdeling bestuursrechtspraak aangebrachte zaken aanhangig, waarin de vraag wordt gesteld hoe een gevaar voor de openbare orde moet worden beoordeeld in het kader van de Gezinsherenigingsrichtlijn.³⁵ In een derde zaak, eveneens aan het Hof voorgelegd door de Afdeling, gaat het om het openbare-ordecriterium voor iemand die een vergrijp pleegt tijdens de vrije verblijfstermijn van drie maanden in het Schengen gebied.³⁶ Te verwachten is dat de arresten in die drie zaken duidelijkheid zullen verschaffen over de openbare ordetoets in het reguliere migratierecht.

Te verwachten is dat de arresten in die drie zaken duidelijkheid zullen verschaffen over de openbare ordetoets in het reguliere migratierecht

Bij asiel ligt de problematiek anders dan bij reguliere migratie, omdat vluchtelingen en subsidiair beschermden een zeer sterke bescherming tegen uitzetting genieten. De Kwalificatierichtlijn bevat specifieke openbare-ordebepalingen die strikter zijn dan het 'actuele bedreigingscriterium'. Inmiddels heeft de Europese rechter verduidelijkt hoe de lidstaten in asielzaken met de openbare orde moeten omgaan. Het meest principieel is het arrest *M., X. en X* van 14 mei 2019,³⁷ dat ging over de vraag of de Kwalificatierichtlijn ongeldig is wegens strijd met het Vluchtelingenverdrag. Het antwoord is 'nee', maar daarvoor moest het Hof wel een aantal interpretatieve ingrepen plegen. In het arrest geeft het Hof een uitleg van artikel 14 lid 4 Richtlijn over intrekking, beëindiging of weigering van de vluchtelingstatus wegens een gevaar voor de veiligheid van de lidstaat of wegens een gevaar voor de samenleving van de lidstaat op basis van veroordeling voor een bijzonder ernstig misdrijf. Het Hof beperkt de rechtsgevolgen van zo'n besluit, nu het intrekken, beëindigen of weigeren van de status van de richtlijn volgens het Hof geen invloed heeft op het voortbestaan van de hoedanigheid van 'vluchteling' in de zin van het Vluchtelingenverdrag en evenmin op het voortbestaan van het absolute verbod van refoulement. In de praktijk zal dat betekenen dat de verblijfsstatus wegens specifieke openbare-ordegronden kan worden ingetrokken, beëindigd of geweigerd, maar dat eventuele uitzetting uitsluitend mogelijk is naar andere landen dan het land van vervolging.

Ok over uitsluiting van de subsidiaire-beschermingsstatus om redenen van openbare orde heeft het Hof van Justitie zich uitgesproken. In het systeem van de Kwalificatierichtlijn valt een beslissing tot intrekking, beëindiging of weigering van de subsidiaire beschermingsstatus wegens de openbare orde steeds samen met een beslissing tot uitsluiting. Zie artikel 17 lid 1 sub b en 19 lid 3 sub a. In het arrest *Shajin Ahmed* van 13 september 2018³⁸ besliste het Hof dat deze bepaling een uitsluitingsgrond bevat, die een uitzondering is op de algemene regel van artikel 18 Richtlijn 2011/95 en dus restrictief moet worden uitgelegd. In de Hongaarse wetgeving was bepaald dat misdrijven waarop naar Hongaars recht een gevangenisstraf van vijf jaar of meer kon worden gesteld, automatisch werden aangemerkt als ernstig. Zo'n automatisme is volgens het Hof in strijd met de richtlijn. De bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat kan slechts gebruik maken van de in die bepaling genoemde uitsluitingsgrond na met betrekking tot de individuele persoon de haar ter kennis gebrachte specifieke feiten te hebben onderzocht. Op basis van dat onderzoek moest worden besloten of er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat de daden van de betrokkene, die voor het overige voldoet aan de criteria om de gevraagde status te krijgen, onder de desbetreffende uitsluitingsgrond vallen. Het is niet toelaatbaar zo'n beslissing uitsluitend te baseren op de straf die overeenkomstig het recht van die lidstaat op een specifiek misdrijf is gesteld.

Asiel

De Europese Commissie heeft in 2016, naar aanleiding van de verhoogde asielinstroom, voorstellen ingediend voor wijziging van vrijwel alle Unierechtelijke asielregelingen.³⁹ Verdere harmonisatie, een nieuwe regeling voor de verdeling van asielzoekers over de lidstaten en ontmoedi-

Omdat afgesproken was alle voorstellen in één pakket te behandelen, hield het gebrek aan overeenstemming over ‘Dublin’ alle verdere voortgang tegen

ging van doorreizen uit de lidstaat van eerste aankomst, zouden het Europese asielsysteem efficiënter, eerlijker en toekomstbestendiger moeten maken.⁴⁰ Met vijf van de zeven regelingen is in de afgelopen kroniekperiode aanzienlijke vooruitgang geboekt.⁴¹ Maar de Dublinverordening bleek een struikelblok. Het Europees Parlement en de Raad hadden verschillende opvattingen over hoe te komen tot verplichte verdeling van asielzoekers over de lidstaten – en ook binnen de Raad was hierover bepaald geen overeenstemming. Omdat echter afgesproken was alle voorstellen in één pakket te behandelen, hield het gebrek aan overeenstemming over ‘Dublin’ alle verdere voortgang tegen. De Commissie stelde in het voorjaar nog voor de andere voorstellen uit het pakket te halen en afzonderlijk aan te nemen,⁴² maar daar stemde de Raad niet mee in. Nu de onderhandelingen verder moeten met een nieuw Europees Parlement is het nog maar afwachten of zelfs de voortgang die geboekt was blijft staan. Vooralsnog blijft de Europese Unie werken met regelgeving waarvan onderdelen vrij stelselmatig niet nageleefd worden – te denken valt aan de weigering van vreemdelingen, onder wie asielzoekers, aan de grens door onder andere Duitsland, Italië, Spanje en Hongarije,⁴³ of aan de ‘administratieve overeenkomsten’ tussen Duitsland en Griekenland over overname van asielzoekers en gezinsleden, buiten de Dublinverordening om.⁴⁴

De rechtspraak over de Europese asielregelingen ontwikkelt zich ondertussen wel. In *H en R* bepaalde het Hof van Justitie dat in beginsel alleen de lidstaat waar een eerste asielverzoek is ingediend, hoeft te bezien welke lidstaat volgens de criteria van de verordening verantwoordelijk is.⁴⁵ Dat betekent dat als bijvoorbeeld een vreemdeling in Italië een verzoek indient en vervolgens in Nederland nog een verzoek indient omdat zijn vrouw hier verblijft, Nederland hem zonder enig onderzoek aan Italië mag overdragen. Of dan de Dublin-bepaling over gezinseenheid wordt toegepast, moet maar worden afgewacht. Dat leidt tot snellere procedures, aldus een van de overwegingen van het Hof, en ontmoedigt doorreizen van asielzoekers – geheel in lijn met de Commissievoorstellen uit 2016.

De laatste jaren kregen onder meer Nederland en Duitsland veelvuldig asielverzoeken van personen die in een andere lidstaat wel een asielstatus hadden gekregen, maar geen verdere ondersteuning – bijvoorbeeld geen huisvesting, uitkering of toegang tot een taal cursus, en dus feitelijk ook niet tot de arbeidsmarkt. Kwamen zij in aanmerking voor asiel, omdat de behandeling in de andere lidstaat strijdig was met het verbod op onmenselijke behandeling (artikel 4 Handvest)? Dat leek niet onlogisch, omdat al sinds 2011 geldt dat een lidstaat artikel 4 Handvest schendt als het asielzoekers in zulke omstandigheden laat verkeren.⁴⁶ Het Hof van Justitie bepaalde in *Jawo en Ibrahim* dat in bijzondere gevallen ook bij statushouders van zo’n schending sprake kon zijn, maar het ontbreken van bijstand of het niet aanbieden van integratiecursussen (zoals taallessen) geldt niet als de voor schending vereiste ‘ernstige deprivatie’.⁴⁷ Uitgangspunt is dus dat statushouders geacht mogen worden zich te kunnen redden – ze hebben immers wel recht op toegang tot behuizing, de arbeidsmarkt en dergelijke. Daarmee lijkt asiel in Nederland voor vreemdelingen met een Griekse, Italiaanse of Bulgaarse asielstatus alleen in uitzonderlijke gevallen vereist – bij alleenstaande kinderen voor wie de andere lidstaat geen voorzieningen trof bijvoorbeeld.

30. Kamerstukken II 2018/19, 19637, 2459. p. 1-2.

31. Besluit van 8 april 2019 tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000, in verband met de aanpassing van enkele regels voor de beoordeling van verblijfsaanvragen (Stb. 2019, 143) en Kamerstukken II 2018/19, 19637, 2477, p. 1. Met het afschaffen van de discretionaire bevoegdheid blijft er echter nog altijd ruimte voor de bewindspersoon om naar eigen inzicht verblijfsvergunningen te verstrekken, zie hierover ook het blog van Martijn Stronks, *Kun je de discretionaire bevoegdheid afschaffen?*, op verblijfblog.nl.

32. Op basis van art. 3.48 lid 2 aanhef en onder b c.q. art. 3.51 lid 3 van het Vreemdelingenbesluit 2000.

33. Kamerstukken II 2018/19, 19637, 2522, p. 2.

34. HvJ EU 25 juni 2015, C-373/13 (*H.T.*); HvJ EU 15 februari 2016, C-601/15 PPU; HvJ EU 16 januari 2018, C-240/17 (E.); HvJ EU 8 mei 2018, C-82/16 (*K.A. en anderen*).

35. C-381/18 en C-382/18.

36. C-380/18.

37. HvJ 14 mei 2019, C-391/16, C-77/17 en C-78/17.

38. HvJ 13 september 2018, C-369/17.

39. Zie europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1620_en.htm, met verwijzingen; laatst bezocht 8 oktober 2019.

40. Zie *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Towards a Reform of the Common European Asylum System and Enhancing Legal Avenues to Europe*, 6 april 2016, COM(2016) 197 final, p. 6.

41. Dit betrof de nieuwe Kwalificatieverordening, de gewijzigde Opvangrichtlijn, de

gewijzigde Eurodacverordening, het voorstel voor een Europees Asielagentschap met meer bevoegdheden dan het huidige EASO en een voorstel voor een Hervestigingsverordening; zie de *Nota van het Voorzitterschap aan Coreper/de Raad* van 26 februari 2019, doc. 6600/19, consilium.europa.eu, laatst geraadpleegd op 17 september 2019.

42. Persbericht 4 december 2018, *Managing Migration: Commission calls time on asylum reform stalling*, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6627_en.htm, laatst bezocht 17 september 2019.

43. AIDA 2018, *Access to protection in Europe*, p. 10 en 12, www.asylumineurope.org/sites/default/files/shadow-reports/aida_access_territory.pdf, laatst bezocht 8 oktober 2019.

44. ECRE, *Bilateral Agreements: Implementing Or Bypassing The Dublin Regulation?*

ECRE's *Assessment of Recent Administrative Arrangements on Transfer of Asylum-Seekers and their Impact on the Ceas*, december 2018, www.ecre.org/wp-content/uploads/2018/12/Policy-Papers-05.pdf, laatst bezocht 8 oktober 2019.

45. HvJ EU 2 april 2019, gevoegde zaken C-582/17 en C-583/17, ECLI:EU:C:2019:280 (*Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie/H en R*), JV 2019/91, m.nt. Battjes.

46. HvJ EU 21 december 2011 (*N.S./SSHD e.a.*), C-411/10, ECLI:EU:C:2011:865, JV 2012/77 m.nt. Battjes.

47. HvJ EU 19 maart 2019, C-163/17, ECLI:EU:C:2019:218 (*Abubacarr Jawo/BRD*); HvJ EU 19 maart 2019, C-297/17, ECLI:EU:C:2019:219 (*Bashar Ibrahim e.a./BRD*), JV 2019/89, m.nt. Battjes.

In de werkinstructie naar aanleiding van deze uitspraak merkt de staatssecretaris op dat ‘aanpassing aan de levenswijze in het land van herkomst [kan] inhouden dat zij in mindere mate dan in Nederland zelfstandig en onafhankelijk van een man keuzes kan maken’

Over de vraag wie in aanmerking komt voor asiel deden de beide Europese hoven in de afgelopen kroniekperiode geen spectaculaire uitspraken, de hoogste Nederlandse asielrechter deed dat echter wel. In november deed de Afdeling uitspraak over de vraag wanneer een westerse levensstijl grond kan zijn voor asielverlening.⁴⁸ De staatssecretaris wilde daar nooit aan: deze ging ervan uit dat wie na vertrek uit Afghanistan een westerse levensstijl had aangenomen, zich na terugkomst weer kon aanpassen. Het enkele feit dat men daar niet dezelfde vrijheden heeft als hier is geen grond voor asiel.⁴⁹ De Afdeling onderschrijft dat standpunt in grote lijnen, maar brengt wel twee belangrijke nuances aan. Ten eerste, als de westerse levensstijl een uiting is van een politieke of godsdienstige overtuiging, mag niet worden verwacht dat de vreemdeling er afstand van doet – als dus vervolging zou dreigen vanwege die overtuiging, komt de vreemdelinge toch in aanmerking voor asiel. Ten tweede kunnen er uitingen zijn die men niet kan veranderen, ook al zou men dat willen, bijvoorbeeld de gewoonte om gesprekspartners, ook als dat mannen zijn, aan te kijken. Ook hierbij geldt dat als de vrouw in kwestie daardoor in de problemen zou komen, zij asiel moet krijgen. Of deze nuances in de praktijk tot veel inwilligingen zullen leiden moet worden afgewacht. Duidelijk is wel dat de staatssecretaris nog steeds meent dat aanpassing doorgaans mogelijk is – in de werkinstructie naar aanleiding van deze uitspraak merkt hij op dat ‘aanpassing aan de levenswijze in het land van herkomst [kan] inhouden dat zij in mindere mate dan in Nederland zelfstandig en onafhankelijk van een man keuzes kan maken ten aanzien van bijvoorbeeld een huwelijkspartner, werk, maatschappelijke activiteit of te volgen onderwijs’⁵⁰ – oftewel, gedwongen huwelijk en het moeten afzien van scholing of betaald werk zijn geen probleem.

Asielprocedures

In 2018 kreeg de IND te maken met meer en complexere asielaanvragen dan verwacht.⁵¹ Als gevolg hiervan liepen de doorlooptijden van asielaanvragen op. In het begin van 2018 bedroeg de gemiddelde wachttijd voordat een asielzoeker de algemene asielprocedure kon beginnen 75 dagen. In maart 2019 was de gemiddelde wachttijd bijna verdubbeld tot 140 dagen. Op dat moment wachtten meer dan 2000 asielzoekers meer dan zes maanden op de start van hun asielprocedure.⁵² Ook de behandelduur van complexere zaken die naar de verlengde asielprocedure werden verwezen, liep enorm op. In de eerste helft van 2019 werd slechts in ruim een kwart van de zaken de beslistermijn van zes maanden gehaald.⁵³ Tegelijkertijd deed de IND de zaken van asielzoekers uit veilige landen van her-

komst zeer snel af. Zij kregen gemiddeld binnen vier weken een (negatieve) beslissing op hun asielaanvraag.⁵⁴

De staatssecretaris erkende dat asielprocedures van asielzoekers met complexere zaken te lang duurden. Hij besloot extra personeel aan te trekken voor de IND: 200 fte in 2018⁵⁵ en nog eens 150 fte in 2019.⁵⁶ Ook kondigde de staatssecretaris maatregelen aan die moeten leiden tot betere samenwerking tussen de verschillende instanties, die zijn betrokken bij de asielprocedure.⁵⁷ In april 2019 verwachtte hij dat de IND in 2021 de meeste zaken weer binnen de wettelijke beslistermijn zal kunnen afdoen.⁵⁸

In de politiek wordt vaak gesteld dat asielprocedures moeten worden versneld.⁵⁹ In juni 2019 concludeerde de Onderzoekscommissie Langdurig verblijvende vreemdelingen zonder bestendig verblijfsrecht (de Commissie Van Zwol) dat de Nederlandse asielprocedure goed in elkaar zit. Wijziging van het asielsysteem zal de doorlooptijden niet versnellen. Volgens de Commissie zit de oplossing in een ‘meerjarige stabiele, personele en financiële capaciteit met voldoende (buffer)ruimte’ voor de uitvoerende diensten, zodat zij pieken in het aantal asielaanvragen kunnen opvangen.⁶⁰ De Commissie is ook geen voorstander van het plan van de regering⁶¹ om de rechtsbijstand in de eerste fase van de asielprocedure te beperken. De Commissie beveelt aan te investeren in een zorgvuldige behandeling van een eerste asielaanvraag, omdat dit de vertraging bij beroeps-, vervolg- en vertrekprocedures beperkt.⁶²

De hoge aantallen tweede en volgende (opvolgende) asielaanvragen zijn de politiek al lange tijd een doorn in het oog. In 2018 werden 3500 opvolgende aanvragen ingediend, 14% van het totale aantal asielaanvragen in dat jaar.⁶³ In de eerste helft van 2019 waren dit er ruim 2000.⁶⁴ Dit hoge aantal kan mede verklaard worden door een uitspraak van de Afdeling van 28 juni 2018.⁶⁵ Daarin oordeelde de Afdeling dat een vreemdeling met de indiening van een formulier model M35-O een (opvolgende asiel)aanvraag heeft gedaan in de zin van artikel 1:3 Algemene Wet bestuursrecht (Awb). Dat betekent dat de asielzoeker met die indiening direct recht heeft op opvang. Eerder werd ervan uitgegaan dat een asielzoeker pas een asielaanvraag had ingediend met de indiening van een ander formulier op de dag dat de asielprocedure daadwerkelijk aanving. Tussen het moment van indiening van het formulier model M35-O en de start van de asielprocedure zit vaak een wachttijd van enkele maanden. De uitspraak van de Afdeling maakte het aantrekkelijk voor asielzoekers om een opvolgende asielaanvraag in te dienen, omdat zij zo weer opvang kregen.

De IND heeft recent een nieuwe werkwijze geïntroduceerd die voorkomt dat asielzoekers langdurig in de

opvang mogen verblijven door een (kansloze) opvolgende aanvraag in te dienen.⁶⁶ De IND vereist nu dat de asielzoeker in persoon formulier M35-O invult op AC Ter Apel en aangeeft op welk nieuw bewijs of welke nieuwe ontwikkeling de opvolgende asielaanvraag is gebaseerd. Als de toelichting en onderbouwing van het asielverzoek volgens de IND onvoldoende is, dan brengt hij een voornemen uit dat strekt tot buitenbehandelingstelling van de aanvraag op grond van artikel 30c lid 1 onder c VW 2000. Als de asielzoeker volgens de IND de opvolgende aanvraag in zijn zienswijze nog steeds onvoldoende heeft toegelicht en onderbouwd, dan stelt de IND de opvolgende aanvraag daadwerkelijk buiten behandeling. De Afdeling heeft de toepassing van de buitenbehandeling in opvolgende aanvragen door de IND in een uitspraak van 21 februari 2019 toegestaan.⁶⁷

Lang niet alle opvolgende aanvragen zijn kansloos. Ongeveer 20% van deze aanvragen wordt ingewilligd

Uit het rapport van de Commissie van Zwol blijkt dat lang niet alle opvolgende aanvragen kansloos zijn. Ongeveer 20% van deze aanvragen wordt ingewilligd.⁶⁸ Voor opvolgende aanvragen ingediend door asielzoekers die verblijven op een gezinslocatie, ligt het percentage voor sommige nationaliteiten (Afghanistan, Somalië, Irak en Iran) zelfs tussen de 40 en 50%.⁶⁹ De Commissie van Zwol concludeert dan ook dat de procedure voor opvolgende aanvragen 'een duidelijke waarde' heeft. Zij beveelt de regering aan effectief en zichtbaar te sturen op de snelheid en tijdigheid van tweede en volgende asielprocedures.⁷⁰

Verschillende aspecten van het (hoger) beroep in asielzaken zijn recent voorgelegd aan het HvJ EU. De Afdeling had het Hof in oktober 2017 vragen gesteld over de

ex nunc toetsing in het asielberoep. De Afdeling wilde weten of de rechtbanken verplicht zijn om nieuwe asielmotieven (door een vreemdeling aangevoerde redenen om in Nederland om asielrechtelijke bescherming te vragen) te betrekken bij het beroep.⁷¹ Het gaat bijvoorbeeld om de situatie dat een asielzoeker in beroep aanvoert dat hij na het asielbesluit is bekeerd tot het christendom. Tot dan toe was de lijn van de Afdeling dat nieuwe asielmotieven in principe niet onder de *ex nunc* toetsing van art. 83 VW 2000 vallen. Deze lijn heeft de Afdeling in een uitspraak van 3 juli 2019 verlaten⁷² op grond van de uitspraak van het HvJ EU in de zaak *Ahmedbekova*.⁷³ De Afdeling heeft haar prejudiciële vragen ingetrokken, nadat het HvJ EU had gevraagd of zij haar prejudiciële vragen na *Ahmedbekova* wilde handhaven. De hoofdregel is nu dat de rechtbanken nieuwe asielmotieven met toepassing van artikel 83 VW 2000 meenemen in het beroep, mits deze tijdig zijn ingediend en voldoende concreet zijn. Bovendien moet de staatssecretaris in staat zijn om het nieuwe asielmotief te beoordelen zonder dat er ontoelaatbare vertraging ontstaat. Het is aan de rechtbanken om te beoordelen of dat het geval is.

Daarnaast heeft het HvJ EU in een Hongaarse zaak bepaald dat een rechter een einde moet kunnen maken aan het gepingpong tussen het bestuursorgaan en de rechter in een asielzaak. Het ging om een zaak, waarin de Hongaarse rechter het beroep tegen de afwijzing van het asielverzoek twee maal gegrond had verklaard. In het tweede geponde beroep bepaalde de rechter dat de asielzoeker in aanmerking kwam voor een asielvergunning, tenzij deze een gevaar vormde voor de openbare orde. De beslisautoriteit wees de aanvraag echter voor de derde maal af, zonder dat deze een gevaar voor de openbare orde aannemelijk maakte of naar nieuwe feiten of omstandigheden verwees. Daarop vroeg de Hongaarse rechter het HvJ EU of artikel 46 lid 3, gelezen in het licht van artikel 47 Handvest, in deze situatie vereist dat hij zijn eigen beslissing in plaats stelt van het asielbesluit en internationale bescherming verleent. Het Hongaarse recht stond de rechter niet toe dit te doen. Het HvJ EU beantwoordt de vraag van de Hongaarse rechter bevestigend.⁷⁴ Het Hof overweegt bovendien dat artikel 46 lid 3 Procedurelijnen de rechter de bevoegdheid verleent om na

48. ABRvS 21 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3735, JV 2019/40, m.nt. Den Heijer.

49. Vc C7/2.8 zoals deze luidde tot 1 september 2019, zie *Stcrt.* 2015, 18172.

50. Werkinstructie 2019/1, https://ind.nl/Documents/WI_2019-1.pdf.

51. Kamerstukken II 2018/19, 19637, 2492, p. 2, Kamerstukken II 2018/19, 19637, 2492.

52. Rapport Onderzoekscommissie Langdurig verblijvende vreemdelingen zonder bestendig verblijfsrecht (juni 2019), www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/06/04/onderzoekscommissie-langdurig-verblijvende-vreemdelingen-zonder-bestendig-verblijfsrecht, p. 43-44

(hierna Rapport Commissie Van Zwol).

53. Cijfers over maart t/m augustus 2019, beschikbaar op <https://ind.nl/paginas/doorlooptijden-asielprocedure.aspx>, geraadpleegd op 8 oktober 2019.

54. *Ibid.*

55. Kamerstukken II 2018/19, 19637, 2422, *Aanhangsel van de Handelingen II* 2018/19 nr. 724, *Aanhangsel van de Handelingen II* 2018/19, 1704.

56. Kamerstukken II 2018/19, *Aanhangsel van de Handelingen II* 2018/19, 1704.

57. Kamerstukken II 2018/19 19637, 30573, 2415.

58. Kamerstukken II 2018/19 19637, 2492.

59. Zie ook M. Reneman, 'Kan de asielprocedure sneller?' (16 april 2019),

www.verblijfblog.nl.

60. Rapport Commissie Van Zwol, p. 57-58.

61. VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, *Vertrouwen in de toekomst*, Regeerakkoord 2017-2021, p. 52.

62. Rapport Commissie Van Zwol, p. 58.

63. Rapport Commissie Van Zwol, p. 123.

64. IND, *Asylum Trends August 2019*, https://ind.nl/en/Documents/AT_Augustus_2019_hoofdrapport.pdf, p. 6.

65. ABRvS 28 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2157, JV 2018/170, m.nt. Slingenberg. Zie ook Rapport Commissie Van Zwol, p. 140.

66. Zie voor de procedure vanaf 1 juli 2019, Rapport Commissie Van Zwol, p. 141.

67. ABRvS 21 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:574, AB 2019/339, m.nt. Reneman.

ECLI:NL:RVS:2019:574, AB 2019/339, m.nt. Reneman.

68. Rapport Commissie Van Zwol, p. 124.

69. Rapport Commissie Van Zwol, p. 79.

70. Rapport Commissie Van Zwol, p. 58.

71. ABRvS 4 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2669.

72. ABRvS 3 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2073.

73. HvJ EU 4 oktober 2018, C-652/16, *Ahmedbekova*, JV 2018/205, AB 2019/72, beide m.nt. Reneman.

74. HvJ EU 9 juli 2019, C556/17, ECLI:EU:C:2019:626 (*Torubarov*).

afloop van een uitputtend en geactualiseerd onderzoek van de feitelijke en juridische gegevens een bindende uitspraak te doen over de vraag of een asielzoeker voldoet aan de voorwaarden om internationale bescherming te krijgen. Het is de vraag hoe dit zich verhoudt tot de toetsende rol van de Nederlandse asielrechter.

Het HvJ EU heeft ten slotte op verzoek van de Afdeling de vraag beantwoord of artikel 46 Procedurerichtlijn vereist dat het hoger beroep in asielzaken schorsende werking heeft. Aanleiding was een eerdere uitspraak van het EHRM, waarin werd geoordeeld dat het hoger beroep in asielzaken vanwege het gebrek aan schorsende werking geen effectief rechtsmiddel is. Asielzoekers hoeven dus niet in hoger beroep te gaan alvorens zij een klacht indienen bij het EHRM.⁷⁵ Het HvJ EU oordeelt echter dat artikel 46 Procedurerichtlijn noch artikel 47 van het EU Handvest (het recht op een effectief rechtsmiddel) een hoger beroep met schorsende werking vereist. Alleen beroepen in eerste aanleg moeten de gevolgen van de asielbeslissing opschorten. De richtlijn verplicht lidstaten (net als het EVRM) ook niet tot beroep in asielzaken in twee instanties. Lidstaten die desondanks hoger beroep in asielzaken openstellen, moeten er wel voor zorgdragen dat de hoger beroepsprocedure voldoet aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en doeltreffendheidsbeginsel.⁷⁶

In een zeer uitgebreide uitspraak van 3 april 2019 heeft de Afdeling uitleg gegeven over de achtergrond en toepassing van de verkorte motivering in vreemdelingenzaken op grond van artikel 91 lid 2 VW 2000.⁷⁷ Daarnaast gaat zij in op de toepassing van het grievensysteem en haar eigen werkwijze. Dit 'met het oog op de discussie die binnen de rechtspraak wordt gevoerd'.⁷⁸ De Afdeling rechtvaardigt de verkorte motivering in vreemdelingenzaken (ten opzichte van volledige motivering in andere bestuursrechtelijke zaken) met twee factoren: werklast en duur van de procedure. Volgens de Afdeling kan zij zonder de specifieke instrumenten van de VW 2000 (zoals de verkorte motivering, het grievensysteem en het afdoen van zaken buiten zitting) het grote aantal hoger beroepen niet binnen een redelijke termijn afhandelen. De Afdeling geeft aan dat zij voortdurend afweegt of een uitspraak volledig of verkort gemotiveerd moet worden. Daarbij staan de begrippen rechtseenheid (tussen de zittingsplaatsen van de rechtbank, tussen de Afdeling en de andere hoogste (bestuurs)rechters), rechtsontwikkeling (uitleg van nieuwe regelgeving) en rechtsbescherming in algemene zin (zaaksoverstijgende rechtsbeschermingskwesties) centraal. In uitgebreid gemotiveerde uitspraken zet de Afdeling haar jurisprudentielijnen uit. Soms gebeurt dat in zogenaamde pilotuitspraken, die bedoeld zijn om de

rechtspraak snel en goed voor te lichten over feiten of rechtsvragen die op een bepaald moment in veel verschillende dossiers relevant zijn. In die zaken houdt de Afdeling vaak een zitting, en laat zij de partijen van te voren schriftelijke vragen beantwoorden. De Afdeling maakt in haar uitspraak van 3 april 2019 ook duidelijk in welke gevallen zij een verkorte motivering toepast, bijvoorbeeld wanneer de argumentatie in het hoger beroepschrift zwak is, wanneer zij de voorgelegde vragen al eerder heeft beantwoord, of de discussie die bij de rechtbank is gevoerd, wordt herhaald.

Sinds kort past de Afdeling artikel 91 lid 2 VW 2000 ook regelmatig toe op hoger beroepen van de staatssecretaris.⁷⁹ Het gaat bijvoorbeeld om zaken waarin de staatssecretaris klaagt over een door de rechtbank geconstateerd zorgvuldigheids- of motiveringsgebrek, dat in een nieuw besluit eenvoudig kan worden hersteld. De Afdeling wil daarnaast niet dat de staatssecretaris het hoger beroep gebruikt als herkansingsmogelijkheid, bijvoorbeeld in zaken waarin geen procesvertegenwoordiger van de staatssecretaris op de zitting van de rechtbank is verschenen. Dit kwam het afgelopen jaar regelmatig voor.⁸⁰ De Afdeling benadrukt ook dat uit de toepassing van de verkorte motivering in hoger beroep niet mag worden afgeleid dat zij de uitspraak van de rechtbank onderschrijft. In een ongemotiveerde uitspraak bevestigt de Afdeling slechts 'dat het hogerberoepschrift geen aanleiding geeft de rechtbankuitspraak te corrigeren'.⁸¹

Opvang

Ten tijde van het schrijven van de vorige kroniek was het nieuwe politieke compromis over de opvang van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen al gesloten, maar was er nog geen overeenstemming bereikt tussen Rijk en gemeenten. De feitelijke situatie voor vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf was daarom nog onveranderd: zij konden onder verantwoordelijkheid van het Rijk worden opgevangen in de Vrijheidsbepalende Locatie (VBL) in Ter Apel, maar alleen onder voorwaarde dat ze meewerkten aan vertrek. Gezinnen met minderjarige kinderen werden geplaatst in een van de gezinslocaties. Daarnaast konden deze vreemdelingen in veel gemeenten terecht voor 'bed, bad en brood-voorzieningen', die gemeenten volgens de Afdeling onverplicht verstrekten, op grond van buitenwettelijk begunstigend beleid.⁸²

Kort na het verschijnen van de vorige kroniek heeft de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid een samenwerkingsovereenkomst gesloten met de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG). Afgesproken is dat er gedurende drie jaar vijf pilots Landelijke Vreemdelingenvoorzieningen (LNVs) zullen worden ontwikkeld. Indien succesvol zal op basis van deze pilots een inhoudelijk bestuursakkoord worden gesloten, waarna kan worden gewerkt aan een landelijk dekkend netwerk van acht LNVs. De bedoeling is dat in de LNVs, onder gezamenlijke verantwoordelijkheid van Rijk en gemeenten, vreemdelingen zonder verblijfsrecht worden opgevangen. Na een rusttermijn van veertien dagen zal onderdak in een LNV afhankelijk zijn van medewerking aan een individueel vastgesteld begeleidingstraject.⁸³ De vijf pilots worden ontwikkeld in Amsterdam, Rotterdam, Utrecht, Eindhoven en Groningen. Met deze gemeenten zijn in het voorjaar van 2019 convenanten

In een zeer uitgebreide uitspraak van 3 april 2019 heeft de Afdeling uitleg gegeven over de achtergrond en toepassing van de verkorte motivering in vreemdelingenzaken

afgesloten, waarin concretere afspraken zijn gemaakt. Uit deze convenanten blijkt bijvoorbeeld dat van opvang in een LVV zijn uitgesloten:

- Vreemdelingen met een zwaar inreisverbod van tien jaar en langer;
- Ongewenstverklaarden;
- Unieburgers;
- Dublinclaimanten; en
- Vreemdelingen die opvang (kunnen) krijgen in een vrijheidsbepenkende locatie of een gezinslocatie.⁸⁴

Afgesproken is verder dat al tijdens de pilotperiode gemeentelijke voorzieningen zoveel mogelijk in dezelfde tempo worden afgebouwd als de LVV-capaciteit wordt opgebouwd. Omdat het bieden van opvang aan vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf in strijd is met artikel 10 van de Vreemdelingenwet, heeft de staatssecretaris aangekondigd een wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in te zullen dienen.⁸⁵ De LVVs worden momenteel ontwikkeld. Hoe de LVVs zich precies verhouden tot de gezinslocaties en de VBL moet nog worden afgewacht. Duidelijk is inmiddels wel dat als een vreemdeling aan de hand van actuele medische gegevens een begin van bewijs levert dat opvang in de VBL om medische redenen niet geschikt is, er een deskundige beoordeling moet plaatsvinden. Voordat onderdak in de VBL wordt aangeboden moet een deskundige dan onderzoeken of onderdak in de VBL adequate opvang vormt voor de betreffende vreemdeling.⁸⁶ Logischerwijs geldt dit ook voor de LVVs.

De discussie rond de opvang van asielzoekers heeft de afgelopen periode in het teken gestaan van de consequenties van het arrest *Gnandi* van het HvJ EU.⁸⁷ In dit arrest, reeds besproken in de vorige kroniek, oordeelde het Hof dat de afwijzing van een asielverzoek ook meteen een terugkeerbesluit in de zin van de Terugkeerrichtlijn kan zijn. Wel vloeit uit het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel en het verbod van refoulement voort dat *alle* rechtsgevolgen van het terugkeerbesluit moeten worden geschorst in afwachting van een rechterlijke uitspraak over het terugkeerbesluit. Dit betekent dat er ook een

recht op opvang in de zin van de Opvangrichtlijn blijft bestaan, totdat de beroepstermijn, of de termijn voor het aanvragen van een voorlopige voorziening (vovo), is verstreken, of, indien beroep is ingesteld of een vovo is aangevraagd, totdat de rechter hierover heeft beslist.⁸⁸ Op grond van de Nederlandse regelgeving eindigt het recht op opvang echter voor asielzoekers wier beroep geen automatische schorsende werking geeft,⁸⁹ na afloop van de vertrektermijn, ongeacht of de rechter dan al heeft beslist over de vovo of niet.⁹⁰ Dat dit in strijd is met *Gnandi* werd in de Nederlandse rechtspraak snel erkend.⁹¹ Het Hof maakte in *Gnandi* wel duidelijk dat het Unierecht geen rechtspraak in twee instanties vereist. Recht op beroep met schorsende werking en opvang geldt dus alleen bij de rechter in eerste aanleg. De redenering uit *Gnandi* is daarom niet van toepassing op de situatie waarin het Committee Against Torture (CAT) een *interim measure* heeft afgegeven, zoals Rechtbank Haarlem ook recent oordeelde.⁹²

Recht op beroep met schorsende werking en opvang geldt dus alleen bij de rechter in eerste aanleg

Lastiger is de vraag of ook asielzoekers wier asielverzoek niet-ontvankelijk is verklaard omdat zij reeds in een andere EU lidstaat internationale bescherming hebben gekregen, recht hebben op opvang in afwachting van een rechterlijke beslissing. De niet-ontvankelijk verklaring van het asielverzoek geldt in dit geval immers niet als terugkeerbesluit;⁹³ deze asielzoekers krijgen het bevel Nederland onmiddellijk te verlaten en zich naar het grondgebied van die andere lidstaat te begeven.⁹⁴ Omdat de redenering van het Hof in *Gnandi* over een terugkeerbesluit gaat, is de Nederlandse rechtspraak verdeeld over de vraag of ook asielzoekers die al elders in de EU internatio-

75. EHRM 5 juli 2016, 29094/09, *A.M./Nederland*, AB 2016/435, m.nt. Reneman.

76. HvJ EU 26 september 2018, C-180/17, ECLI:EU:C:2018:775, *AB 2019/326*, m.nt. Reneman.

77. ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1061.

78. Zie bijv. E.T.P. Scheers, 'Afdeling: speel open kaart en motiveer!', *A&MR* 2018, nr. 4, p. 172-179; M. Reneman, 'Ongemotiveerde afwijzing van verzoeken om prejudiciële vragen', *JV* 2015, nr. 4 / 35 en de annotatie van Groenendijk bij *JV* 2015/139.

79. Op 23 november 2018 heeft de Afdeling ten minste 23 hoger beroepen van de staatssecretaris in zaken over de geloofwaardigheid van bekeeringen en seksuele gerichtheid ongemotiveerd afgedaan. Zie ABRvS 3 april 2019,

ECLI:NL:RVS:2019:1061, r.o. 25 en VluchtelingenWerk Nederland, *Overzicht van op 23 november 2018 door de Afdeling bevestigde uitspraken over LHBTI en Beking*, beschikbaar op vluchtweb.nl.

80. *Kamerstukken II* 2018/19, 19637, 2469.

81. ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1061, r.o. 29.1.

82. ABRvS 29 juni 2016, *JV* 2016/242.

83. *Kamerstukken II* 2018/19, 19637, 2445.

84. *Convenanten Pilot-LVV in gemeenten Amsterdam, Eindhoven, Groningen, Rotterdam en Utrecht*, bijlagen bij *Handelingen II* 2018/19, 3283.

85. Zie toelichting bij Besluit van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 25 maart 2019, 2540879, houdende verle-

ning van mandaat en machtiging Landelijke Vreemdelingenvoorziening (Mandaatbesluit en machtiging LVV), *Stcr.* 2019, 18281.

86. Rb. Amsterdam 25 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:781; Rb. Haarlem 31 januari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:2333; Rb. Amsterdam 21 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3397; Rb. Haarlem 9 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5087.

87. HvJ EU 19 juni 2018, C-181/16.

88. Zie uitgebreider over dit arrest: C.H. Slingenbergh, 'Illegaal verblijf met toestemming: Uitspraak Uitgelicht. *Gnandi* en C. e.a.', *Asiel&Migrantenrecht* 2018(10), p. 496-501.

89. Zie art. 82 lid 2 VV 2000.

90. Art. 5 Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen.

91. Rb. Haarlem 20 juni 2018,

ECLI:NL:RBDHA:2018:7396; Rb. Haarlem 2 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7818.

92. Rb. Haarlem 4 september 2019,

ECLI:NL:RBDHA:2019:9554. Het beroep van de vreemdeling tegen de weigering van opvang tijdens de procedure bij het CAT werd wel gegrond verklaard, omdat niet duidelijk was of het terugkeerbesluit in deze zaak was opgeschort op grond van art. 6 Terugkeerrichtlijn of verwijdering was ingesteld op grond van art. 9 Terugkeerrichtlijn, waardoor de juridische grondslag van het bestreden besluit onduidelijk was.

93. Art. 45 lid 9 VV 2000.

94. Pas indien dit bevel niet wordt nageleefd, wordt tegen de vreemdeling een terugkeerbesluit uitgevaardigd (art. 62a lid 3 VV 2000).

nale bescherming hebben gekregen, recht hebben op opvang tijdens hun beroepsprocedure in Nederland.⁹⁵

Zoals al eerder opgemerkt in deze kroniek liggen de onderhandeling over een nieuwe Opvangrichtlijn stil sinds er daarover in juni 2018 overeenstemming tussen het Europees Parlement en de Raad is bereikt.⁹⁶

Terugkeer en bewaring

Het belang van de zaak *Gnandi* voor de Nederlandse rechtspraak blijkt niet alleen uit de jurisprudentie over opvang, maar evengoed over bewaring. Het arrest gaf in de afgelopen kroniekperiode aanleiding tot spannende ontwikkelingen in de Nederlandse bewaringsjurisprudentie. De meest in het oog springende daarvan was een uitspraak waarin de Afdeling concludeerde dat er geen adequate nationaalrechtelijke grondslag bestaat voor de bewaring van afgewezen asielzoekers in de grensprocedure, zolang hun beroep loopt of er beroep openstaat tegen die afwijzing.⁹⁷ De Afdeling overwoog dat uit *Gnandi* volgt dat het Unierecht zich in beginsel niet verzet tegen vrijheidsontneming van asielzoekers tijdens de rechtsmiddelementermijn, maar dat die vrijheidsontneming uitsluitend mogelijk is in overeenstemming met de Opvangrichtlijn. Die richtlijn is voor wat betreft grensdetentie geïmplementeerd in artikel 6 lid 3 VW 2000. Vrijheidsontneming na de afwijzing van het asielverzoek in de grensprocedure kan echter niet op deze bepaling gebaseerd worden volgens de Afdeling. Dat geldt ook voor artikel 6 lid 6 VW 2000, dat bepaalt dat grensdetentie na afwijzing van het asielverzoek kan worden voortgezet indien de openbare orde of nationale veiligheid dat vordert. Deze bepaling kan volgens de Afdeling niet richtlijnconform worden uitgelegd omdat hij expliciet gekoppeld is aan het risico op onttrekken aan het toezicht dan wel het gevaar op het ontwijken of belemmeren van de voorbereiding van het vertrek of de uitzettingsprocedure in artikel 5.1a VB 2000. Dit is immers een implementatie van de Terugkeerrichtlijn – en daar kan de detentie van asielzoekers die nog een rechtsmiddel open hebben staan tegen de afwijzing van hun verzoek nu juist niet op gebaseerd worden. Dit betekent dat er een nieuwe wettelijke grondslag moet komen voor de vrijheidsbeneming van asielzoekers in de grensprocedure na de afwijzing van hun asielverzoek. Het wetsvoorstel daartoe ligt nu in de Tweede Kamer.⁹⁸ De Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid heeft de Kamer gevraagd om een spoedige behandeling van het wetsvoorstel omdat door de nu ontstane situatie 'het grensbewakingsbelang ernstig in het geding komt'.⁹⁹

Dat het Europese recht het bewaringsrecht er niet eenvoudiger op maakt werd ook duidelijk uit de Afdelingsuitspraak over de motivering van de wettelijke grondslagen van een bewaringsmaatregel.¹⁰⁰ De Afdeling gaat in die uitspraak per verschillende grondslag van bewaring of grensdetentie na aan welke vereisten de motivering moet voldoen. Die uitspraak laat bij uitstek zien dat de dynamiek tussen de verschillende rechtsordes die bewarings- en terugkeerprocedures reguleren (EU, EVRM en nationaal recht), tot toenemende complexiteit leidt. Het zou daarom goed zijn als de wetgever zich buigt over de vraag in hoeverre hij de taak van de rechter eenvoudiger kan maken. Dit kan bijvoorbeeld wanneer hij te zijner tijd wetgeving ontwerpt ter implementatie van de herschikking van de

De dynamiek tussen de verschillende rechtsordes die bewarings- en terugkeerprocedures reguleren (EU, EVRM en nationaal recht) leidt tot toenemende complexiteit

Terugkeerrichtlijn – zodra daarover politieke overeenstemming in Brussel is bereikt.

Ook bij het telkens terugkerende vraagstuk van de strafbaarstelling van illegaal verblijf leidt de verwevenheid van verschillende rechtsordes tot complexiteit. Naar aanleiding van het arrest *Ouhrami* heeft de Hoge Raad eind vorig jaar prejudiciële vragen gesteld over de conformiteit van artikel 197 Sr met het Unierecht.¹⁰¹ Dat de Hoge Raad prejudiciële vragen stelt is toe te juichen vanuit het oogpunt van uniformiteit van het Unierecht. Het is echter de vraag in hoeverre het Hof van Justitie de eigenlijke rechtsvraag die na *Ouhrami* voorligt met betrekking tot de strafbaarstelling van illegaal verblijf in Nederland kan beantwoorden. Is die vraag immers niet vooral of er in het licht van de Unierechtelijke interpretatie van het inreisverbod nog een adequate *nationaalrechtelijke basis* is voor vervolging van een derdelander die Nederland na het uitvaardigen van het inreisverbod niet heeft verlaten? Dat lijkt in de eerste plaats een vraag van nationaal constitutioneel recht, namelijk de vraag naar een adequate en voorzienbare wettelijke basis van strafbaarstelling; het beginsel van legaliteit. Het argument van P-G Silvis, dat een inreisverbod alleen kan worden uitgevaardigd wanneer een terugkeerbesluit is genomen (en dat artikel 197 aldus in feite illegaal verblijf strafbaar stelt en niet de schending van het inreisverbod),¹⁰² maakt de toepassing van artikel 197 Sr nog niet voorzienbaar voor de vreemdeling. Overigens kan het Hof van Justitie de vraag van de Hoge Raad ook in het licht van het Unierecht beantwoorden, maar dat vergt wel dat het deze niet alleen onderzoekt in het licht van de eisen die de Terugkeerrichtlijn stelt aan de lidstaten, maar ook tegen de achtergrond van de grondrechten gegarandeerd in het Handvest, met name het strafrechtelijke beginsel van legaliteit in artikel 48.

De afbakening tussen nationaal recht en Unierecht was ook onderwerp van een recente prejudiciële verwijzing van de Afdeling, waarin het aan het Hof van Justitie vraagt of de Terugkeerrichtlijn in de weg staat aan de detentie van vreemdelingen die asiel hebben gekregen in een andere lidstaat.¹⁰³ Deze categorie vreemdelingen kan immers geen terugkeerbesluit uitgereikt krijgen vanwege het verbod op non-refoulement (terugkeer in de zin van de Terugkeerrichtlijn betekent in beginsel terugkeer naar het land van herkomst of een derde staat). De vraag die voor ligt is of zij zonder terugkeerbesluit wel in bewaring gesteld mogen worden als zij geen gehoor geven aan de opdracht om zich te begeven naar de lidstaat waar zij asiel hebben. Als de Terugkeerrichtlijn geen normen en proce-

dures kent voor deze vreemdelingen zou hun inbewaringstelling volgens de Afdeling volledig door het nationale recht worden bepaald – dat zou dan een van de weinige procedures met betrekking tot terugkeer- en bewaring zijn waar dat nog voor geldt. Overigens is het opvallend dat de Afdeling in zijn verwijzingsuitspraak met geen woord rept over *Affum*. Uit die uitspraak kan in ieder geval afgeleid worden dat de Terugkeerrichtlijn van toepassing is op deze categorie derdelanders. Dat betekent overigens niet dat die richtlijn ook antwoord geeft op de vraag of en hoe (met behulp van welke dwangmiddelen) zij gedwongen verwijderd kunnen worden naar het land waar zij een asielstatus hebben. Het lijkt ons dat die vraag via de toepassing van het EU Handvest niet al te lastig te beantwoorden is.

Tot besluit

Het is inmiddels goed gebruik om deze kroniek te beginnen en te eindigen met wat Sombermanachtige overpeinzingen. Ons vakgebied heeft de afgelopen jaren dan ook weinig vreugdevolle ontwikkelingen gekend, tenminste als we de ontwikkelingen legden langs de maatstaven van mensenrechten, solidariteit of juridische coherentie. Laten

we bij wijze van trendbreuk – en in de hoop op zo'n trendbreuk – nu eens eindigen met een positieve slotbeschouwing. Waarom ook niet? Na de positieve overeenkomst over de herverdeling van bootmigranten, zal Duitsland vast ook gevolg geven aan de uitspraken van het HvJ EU over tijdelijke herinvoering van binnengrenscontroles en maar helemaal afzien van pogingen om deze stiekem structurelere vormen te geven. En zullen in navolging van Duitsland landen als Spanje, Italië en Hongarije niet gewoon stoppen met het (tegen de Europese regels in) weigeren van migranten, waaronder asielzoekers? In navolging van de uitspraak van het HvJ EU over het Nederlandse bewijsnoodbeleid inzake gezinshereniging vermoeden we dat Nederland het ganse beleid in de prullenbak zal gooien en de bewijsmogelijkheden ruimhartig zal verruimen. Na de Europese vingerwijzing in *Torubarov* zullen bestuursorgaan en rechter het wel uit hun hoofden laten om met een zaak te pingpongen. Natuurlijk zal de uitleg van baanbrekende arresten als *Gnandi* en *Ouhrami* ruimhartig worden gedaan door de nationale bestuursorganen en rechters. Nee, en dan zal Nederland ook wel bijtrekken wat betreft de herverdeling van asielzoekers. Dat zal toch wel? ●

95. Soms wordt slechts ten overvloede opgemerkt dat *Gnandi* niet van toepassing is (Rb. Den Haag 20 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:1550); soms wordt de betekenis van *Gnandi* niet besproken en wordt een recht op opvang toegekend op grond van (een nieuwe interpretatie van) de Nederlandse regelgeving (Rb. Den Haag 1 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13144) of op basis van de Opvangrichtlijn (Rb. Middelburg

2 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8621).
96. See 'Legislative Train Schedule – JD. Reform of the Reception Conditions Directive', beschikbaar op www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-towards-a-new-policy-on-migration/file-jd-reform-of-the-reception-conditions-directive (geraadpleegd op 8 oktober 2019).
97. ABRvS 5 juni 2019, 201808923/1/V3, ECLI:NL:RVS:2019:1710 en ABRvS

5 juni 2019, 201808670/1/V3, ECLI:NL:RVS:2019:1843.
98. Kamerstukken II 2018/19, 35271, 3.
99. Kamerstukken II 2018/19, 35271, 5.
100. ABRvS 13 mei 2019, 201800986/1/V3, ECLI:NL:RVS:2019:1528.
101. HR 27 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2192. Het Gerechtshof Amsterdam verklaarde onlangs in het licht van de ontstane onduidelijkheid het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk in de straf-

vervolg van 39 vreemdelingen. Hof Amsterdam 24 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1736.
102. Parket bij de Hoge Raad 18 september 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1019.
103. ABRvS 4 september 2019, 201808499/1/V3, 201809949/1/V3 en 201810377/1/V3, ECLI:NL:RVS:2019:3053.