

Kroniek van het migratierecht

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

Het migratiebeleid blijft de grenzen van wat onder het (Europees) recht betamelijk is nadrukkelijk opzoeken, zoals we dat onderhand wel gewend zijn. Dat levert dan ook nogal eens knetterend juridisch materiaal op. Een representatieve greep daaruit vindt u in deze kroniek. Hoe het Nederlandse beleid onder een nieuw kabinet ook zal uitpakken, de vraag hoe dit zich verhoudt tot het eveneens in beweging zijnde Europese recht blijft reuze spannend. En dat vindt de Raad van State kennelijk nu ook al. Dat valt af te leiden uit de opmerkelijke hoeveelheid prejudiciële vragen die zij de afgelopen maanden stelde.

Op het moment dat deze kroniek wordt voltooid, legt een nieuwe Nederlandse coalitie de laatste hand aan een regeerakkoord, tenminste dat is de verwachting. Vermoedelijk zullen we daarin geen trendbreuk vinden met het beleid van de afgelopen jaren, eerder meer van hetzelfde: strengere controle over de grenzen, minder asielzoekers naar Europa, effectiever terugkeerbeleid en snellere asielprocedures.² Deze thema's domineren al jaren de migratierechtelijke agenda, en dus ook de verslagperiode van deze kroniek.

Cijfers spelen daarbij een cruciale rol. De afgelopen periode stond goeddeels in het teken van de grote aantallen asielzoekers die in 2015 naar Europa en elders trokken. In 2015 kreeg Nederland te maken met een piek in de instroom van asielzoekers (ruim 43 000 eerste asielaanvragen).³ De instroom is inmiddels aanzienlijk vermindert: het aantal nieuwe asielverzoeken daalde in het eerste kwartaal van 2017 met bijna 50% ten opzichte van het jaar ervoor.⁴ Ging het in sommige maanden in 2016 om meer dan 180 000 asielzoekers per maand in de hele EU en zo'n 2000 in Nederland, in 2017 lagen die getallen rond de 50- tot 60 000 per maand in de EU, en 1000-1500 per maand in Nederland.

Een vrij drastische daling dus, waarbij beleidsmakers graag beweren dat dit het gevolg is van succesvol (EU-) beleid. Dat de werkelijkheid achter deze cijfers eindeloos veel complexer is, past niet goed bij de gewenste simplificatie en polarisatie van het hedendaagse politieke debat. Wat daar kennelijk wel in past, zijn schimmige deals met (Noord-)Afrikaanse overheden, systematische controles van Unieburgers aan de buitengrenzen vanwege terroristische dreiging, 'tijdelijke' herinvoering van controle aan de Europese binnengrenzen, het bestraffen van illegale

binnenkomst in de EU en het detineren van asielzoekers op onduidelijke juridische gronden.

Kortom het migratiebeleid zoekt de grenzen van wat onder het (Europees) recht betamelijk is nadrukkelijk op, zoals we dat onderhand ook wel gewend zijn. Dat levert dan ook nogal eens knetterend juridisch materiaal op. Een naar onze smaak representatieve greep daaruit vindt u in deze kroniek.

Buitengrenzen

Het aantal vluchtelingen dat de oversteek maakt van Turkije naar Griekenland is drastisch gedaald en blijft laag. Dit wordt algemeen toegeschreven aan de EU-Turkije overeenkomst van 18 maart 2016 (zie daarover de vorige kroniek). Maar omdat deze overeenkomst volgde op de daling, kan hij er niet de oorzaak van zijn geweest.⁵ Drie asielzoekers op de Griekse eilanden benaderden het Gerecht van de EU met het verzoek de overeenkomst nietig te verklaren. In een uitspraak van 28 februari 2017⁶ kwam het Gerecht tot de opmerkelijke conclusie dat, in weerwil van de tekst van de overeenkomst zelf, de overeenkomst niet was gesloten door de Raad van de EU, en niet namens de EU, maar door de regeringsleiders van de 28 staten die nu eenmaal samen de EU vormen terwijl zij *niet* in hoedanigheid van Europese Raad bijeen waren. Door deze etikettentruc is de EU niet betrokken bij de overeenkomst, en heeft het Gerecht geen bevoegdheid uitspraak te doen over twee controversiële kwesties: a. gaat het hier om een overeenkomst in de zin van artikel 218 e.v. VWEU die gesloten zou zijn zonder dat de constitutionele vereisten voor het sluiten van een internationale overeenkomst zijn gevolgd; b. is de overeenkomst verenigbaar met mensenrechtelijke en vluchtelingenrechtelijke

normen waaraan de EU gebonden is⁷ Tegen deze uitspraken hebben de asielzoekers beroep bij het Hof van Justitie (HvJ EU) ingesteld.⁸

Ondertussen steeg het aantal migranten dat in Italië aankwam in het voorjaar van 2017 behoorlijk. Maar vanaf juli ging het aantal weer omlaag. Hoe dat komt, is onduidelijk. Wel hebben de EU en Italië zich op de Libische autoriteiten (meervoud: er zijn een stuk of drie entiteiten in Libië die de Libische soevereiniteit claimen) gericht, door € 90 miljoen uit te trekken voor de bescherming van migranten en 'migration management' in Libië,⁹ en later nog eens € 46 miljoen voor 'integrated border management' aldaar.¹⁰ Probleem is wel dat de aldus ondersteunde autoriteiten a. dezelfde entiteiten zijn die de bestreden mensensmokkel faciliteerden of zelfs runden;¹¹ b. dezelfde entiteiten zijn die migranten behandelen op een manier die elke beschrijving tart.¹²

Een gerelateerde kwestie: het trainen en uitrusten van de Libische kustwacht kan zeer wel worden beschouwd als een vorm van medeplichtigheid van Europese lidstaten aan de Libische entiteiten die migranten uitbuiten en martelen.¹³ Nog los van deze juridische kwestie, is het de vraag hoe rolvast Libische milities (voorheen smokkelaar, thans kustwacht) zijn in hun nieuwe functie van grensbewaker.

Ook nog dieper in Afrika bouwt de EU aan geëxternaliseerde grenzen, o.a. door het *Migration Partnership Framework*. De samenwerking met Niger 'is emblematic of what can be achieved with a transit country',¹⁴ en heeft als inzet dat Niger migratie naar Libië voorkomt. Hoe zich dat verhoudt tot het vrij verkeer van personen in de West-Afrikaanse versie van de EU (ECOWAS)¹⁵ is een kwestie waarover we in Europese beleidsdocumenten weinig hebben kunnen vinden. Opmerkelijk genoeg verhuult de Europese Commissie niet dat de maatregelen mogelijk niet leiden tot vermindering van migratie, maar tot verplaatsing daarvan. 'These new routes are more difficult to use and riskier, leading to higher prices demanded by the smugglers for transport, and higher risks for the migrants.'¹⁶ De mogelijkheid dat het beleid hiermee op twee fronten contraproductief kan zijn, is bij de opstellers van deze rap-

portage kennelijk niet opgekomen. Deze hogere prijzen kunnen immers leiden tot hogere winstmarges, wat mensensmokkel nog lucratiever maakt. En de grotere risico's kunnen tot meer doden leiden, een tweede nogal voor de hand liggend effect van het beleid.

Door deze etikettentruc is de EU niet betrokken bij de EU-Turkije overeenkomst en heeft het Gerecht geen bevoegdheid uitspraak te doen over twee controversiële kwesties

Op 11 juni 2017 is Verordening 2017/850 in werking getreden waarmee de visumverplichting voor onderdanen van Oekraïne wel is opgeheven. Het betreft het Schengenvisum, dus kort verblijf (maximaal drie maanden).¹⁷ Om voor de vrijstelling in aanmerking te komen, is bezit van een biometrisch paspoort vereist. In schril contrast tot deze visumvrijstelling staat het arrest van het HvJ EU dat op 7 maart 2017 uitspraak heeft gedaan in de zaak *X. en X./België*. Dit arrest had kunnen gaan over de vraag of het Unierecht verplicht tot de afgifte van een kortverblijfvisum op basis van internationaalrechtelijke verplichtingen zoals het recht op *non-refoulement* en het recht op asiel. Deze zaak betrof het prejudiciële verzoek van de Belgische hoogste bestuursrechter in immigratiezaken, de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen, om uitleg van artikel 25 van de Visumcode (Verordening (EU) 810/2009). Deze bepaling biedt lidstaten de bevoegdheid om visumplichtige derdelanders een visum met 'territoriaal beperkte geldigheid' te verstrekken. Dit geldt ook wanneer niet is voldaan aan alle visumvereisten maar de betrokken lidstaat 'dit noodzakelijk acht op humanitaire gronden, van-

Auteurs

1. Prof. Mr. H. Battjes, prof. mr. P. Boeles, mr. dr. E.R. Brouwer, mr. dr. A.M. Reneman, prof. mr. T.P. Spijkerboer en mr. dr. 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 2016 - september 2017.

Noten

2. Zie voor een analyse van de verkiezingsprogramma's het dossier Verkiezingen 2017 op Verbijfblog.nl.
3. IND, *Asylum Trends*, Monthly Report on Asylum Applications in The Netherlands, januari 2016, p. 5.

4. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_quarterly_report, bezocht 1 oktober 2017.
5. T. Spijkerboer, 'Fact Check: Did the EU-Turkey Deal Bring Down the Number of Migrants and of Border Deaths?', *Border Criminologies* 28 september 2016, www.law.ox.ac.uk/research/subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2016/09/fact-check-did-eu, geraadpleegd 1 oktober 2017.
6. T-192/16, T-193/16, T-257/16.
7. Zie nader N. Idriz & B. van Bockel, 'De "dirty deal" tussen de EU en Turkije en vragen van wettigheid en toelaatbaarheid', te verschijnen in *SEW*, november 2017.
8. C-208/17 P, C-209/17 P, C-210/17 P.
9. Europese Commissie: Persbericht IP/17/951, 12 april 2017.

10. Europese Commissie: Persbericht IP/17/2187, 28 juli 2017.
11. Onder meer <http://abcnews.go.com/amp/International/wireStory/backed-italy-libya-enlists-militias-stop-migrants-49484692>, geraadpleegd 1 oktober 2017.
12. Onder meer UNHCR: *Mixed Migration Trends in Libya*, 3 juli 2017.
13. Voor de juridische aspecten: art. 16 van de Draft Articles on the Responsibility of States for International Wrongful Acts; voor feitelijke aspecten onder meer Human Rights Watch: *Italy: Navy Support for Libya May Endanger Migrants. Help for Libyan Coast Guards Risks Complicity in Abuse*, 2 augustus 2017, www.hrw.org/news/2017/08/02/italy-navy-support-libya-may-endanger-migrants, geraadpleegd 1 oktober 2017.

14. Europese Commissie: Vierde voortgangsrapportage met betrekking tot Migration Partnership Framework, COM 2017 350 final, 13 juni 2017, p. 3.
15. ECOWAS Protocol A/P.1/5/79 Relating to Free Movement of Persons, Residence and Establishment; ECOWAS Supplementary Protocol A/SP.2/7/85 on the Code of Conduct for the Implementation of the Protocol on Free Movement of Persons, the Right of residence and Establishment.
16. Europese Commissie: Vierde voortgangsrapportage met betrekking tot Migration Partnership Framework, COM (2017) 350 final, 13 juni 2017, p. 4.
17. *PbEU* 22 mei 2017, L 133. Het betreft een wijziging van de Verordening 539/2001.

wege het nationaal belang of gelet op internationaalrechtelijke verplichtingen.

De procedure betrof een Syrische familie die bij de Belgische ambassade in Beiroet (Libanon) een Schengenvisum had aangevraagd om in België asiel te kunnen vragen, en die zich daarna gedwongen zagen naar Syrië terug te keren omdat legaal verblijf in Libanon niet mogelijk en illegaal verblijf voor hen te duur was. De Belgische rechter wilde weten of er op basis van de Visumcode een verplichting tot visumaafgifte bestaat wanneer mogelijk sprake is van een risico op schending van het recht op *non-refoulement* of het recht op asiel.¹⁸ Anders dan geadviseerd door advocaat-generaal Mengozzi, stelt het HvJ EU vast dat de Visumcode en daarmee het Unierecht niet van toepassing is en dat op basis van het Unierecht er dus geen verplichting bestaat tot visumaafgifte.¹⁹ Volgens het HvJ EU betreft de Belgische zaak een visumaanvraag op humanitaire gronden 'met de bedoeling bij hun aankomst in België in deze lidstaat asiel aan te vragen', waarmee de aanvraag een verblijfsvergunning betreft waarvan 'de geldigheidsduur niet beperkt is tot 90 dagen'.²⁰ Deze aanvragen vallen, ook al zijn zij op basis van artikel 25 Visumcode ingediend, volgens het HvJ EU niet onder de werkingssfeer van de Visumcode.²¹

Tot slot, qua buitengrenzen, op 7 april 2017 is Verordening 2017/458 tot wijziging van de Schengengrenscore (Verordening 2016/399) in werking getreden.²² Op basis van het gewijzigd artikel 8 lid 2 van de Schengengrenscore zijn de lidstaten nu verplicht, behalve derdelanders ook Unieburgers systematisch aan de buitengrenzen van het Schengengebied te controleren op mogelijke risico's voor onder meer de openbare orde en binnenlandse veiligheid.²³ Zij die weliswaar het recht op vrij verkeer hebben binnen de Unie kunnen nu bij het binnenkomen van het Schengengebied aan systematische controles worden blootgesteld.

Zij die recht op vrij verkeer hebben binnen de Unie kunnen nu bij het binnenkomen van het Schengengebied aan systematische controles worden blootgesteld

De wens om ook Unieburgers systematisch te kunnen controleren, werd ingegeven door terroristische aanslagen in verschillende Europese steden, waarbij een deel van de daders de nationaliteit van een EU-lidstaat had. Voortaan moeten ook Unieburgers bij binnenkomst worden gecontroleerd door relevante databestanden te raadplegen zoals het Schengen Informatiesysteem, de Interpol databank en nationale databanken. Op basis van de Verordening mogen de staten op de luchthavens nog een half jaar vanaf de inwerkingtreding gerichte controles op personen uitvoeren op basis van een 'risicobeoorde-

ling', indien systematische controles de doorstroming van reizigers te veel zou beletten. In uitzonderlijke gevallen, bij infrastructurele moeilijkheden op de luchthavens, kan deze termijn van zes maanden met maximaal achttien maanden worden verlengd.

Binnengrenzen

Grenscontrole vindt niet alleen plaats aan de buitengrenzen van Europa. Op 12 mei 2017 heeft de Europese Raad aanbeveling 2017/820 aangenomen inzake evenredige politiecontroles en politieke samenwerking in het Schengengebied.²⁴ Hoewel niet bindend, roept de Raad de lidstaten op 'zo nodig en voor zover zulks overeenkomstig hun nationale recht gerechtvaardigd is: a. de politiecontroles op het gehele grondgebied, met inbegrip van de grensgebieden, te intensiveren; b. politiecontroles uit te voeren op de belangrijkste vervoersverbindingen, ook in grensgebieden; c. en de politiecontroles in grensgebieden aan te passen op basis van voortdurende risicoanalyse en te zorgen dat dergelijke politiecontroles geen grenstoezicht tot doel hebben; d. gebruik te maken van moderne technologieën voor het monitoren van voertuigen en verkeersstromen.'

Een dag eerder besloot de Raad de verlenging van binnengrenscontroles door Duitsland, Oostenrijk, Zweden, Noorwegen en Denemarken goed te keuren, waarmee deze staten de bevoegdheid hebben hun binnengrenzen op dezelfde wijze te controleren als buitengrenzen.²⁵ Hiermee is de 'tijdelijke herinvoering' van binnengrenscontroles in het Schengengebied, op basis van artikel 29 van de Schengengrenscore, voor deze landen sinds de invoering in mei 2016, voor de derde keer verlengd.

Maar afgezien van deze 'tijdelijke herinvoering' is binnengrenscontrole nog altijd verboden. Wel blijft altijd de vraag bestaan of iets een (verboden) binnengrenscontrole is, of een (toegestane) politiecontroles in het binnengrensgebied.²⁶ Over deze vraag heeft het HvJ EU een nieuwe uitspraak gepubliceerd op 21 juni 2017 in antwoord op vragen van het Amtsgericht Kehl.²⁷ Deze uitspraak gaat, om precies te zijn, over de bevoegdheden voor politieautoriteiten aan de binnengrenzen op grond van de artikelen 20 en 21 van de Schengengrenscore, zoals gewijzigd bij Verordening 610/2013. In aanvulling op de al geformuleerde criteria in eerdere uitspraken *Melki en Abdeli* en *Adil*, stelt het HvJ EU dat het op basis van de Schengengrenscore niet is toegestaan voor politieautoriteiten om binnen een gebied van 30 km aan de binnengrenzen de identiteit van iedere persoon te controleren, 'tenzij de regeling in kwestie die bevoegdheid zodanig inkadert dat de feitelijke uitoefening ervan niet hetzelfde effect kan hebben als grenscontroles'.²⁸ Daarnaast legt het HvJ EU uit dat een nationale regeling op grond waarvan de politiediensten van de betrokken lidstaat 'aan boord van treinen en op de terreinen van de spoorwegen van die lidstaat de identiteit of de grensoverschrijdingsdocumenten van iedere persoon mogen controleren, alsook hem daartoe korte tijd staande mogen houden en mogen ondervragen' niet in strijd is met de Schengengrenscore, voor zover deze controles zijn gebaseerd op terreinkennis of op de ervaring van de grenspolitie. Nadere regels en beperkingen inzake de 'intensiteit, de frequentie en de selectiviteit' van die controles moet dan wel in het nationale recht zijn vastgelegd.

Al met al wordt het door deze ontwikkelingen niet eenvoudiger om nu precies aan te geven waar de grens loopt, wanneer grenscontrole nu wel is toegestaan en wie er nu precies gecontroleerd mogen worden. Allicht dat het gevaar van etnisch profileren hierbij voortdurend op de loer ligt, ook al omdat criminaliteit en migratie steeds vaker in één adem worden genoemd. Zo is er sinds dit jaar zelfs een tijdschrift met de titel *Crimmigratie & Recht*.

Allicht dat het gevaar van etnisch profileren hierbij voortdurend op de loer ligt, ook al omdat criminaliteit en migratie steeds vaker in één adem worden genoemd

Asiel

Terwijl het aantal asielaanvragen in Europa afnam, werd en wordt er wereldwijd nagedacht over toekomstige opvang. In VN-verband werd in september 2016 de 'New York Declaration for Refugees and Migrants' aangenomen,²⁹ een verklaring van de Algemene Vergadering waarin bestaande (mensenrechtelijke) verplichtingen jegens vluchtelingen worden bevestigd en de intentie wordt uitgesproken vluchtelingen goed op te vangen. Ter uitwerking hiervan vinden dit jaar consultaties plaats, die in september 2018 moeten resulteren in een 'Global compact on refugees'. Dit compact zou moeten zorgen voor een gezamenlijke aanpak van grote vluchtelingenstromen. Harde juridische verplichtingen lijken hierbij, gezien het wattige woord 'compact', niet te worden beoogd.

In de vorige kroniek kwamen de voorstellen van de Commissie voor herziening van een aantal richtlijnen en verordeningen op het gebied van asiel aan de orde. Raad en Europees Parlement hebben deze nog in beraad. Ook de Nederlandse wetgever kwam niet met majeure wijzigingen, hetgeen niet verbaast – in maart 2017 werden immers verkiezingen gehouden. In de verkiezingsprogramma's viel op dat meerdere partijen voorstander zijn van zeer vergaande wijzigingen in het asielrecht, en asielaanvragen alleen nog buiten de Europese Unie willen behandelen.³⁰

De hoge asielinstroom in 2015 leidde ook tot een aantal kwesties die door het Hof van Justitie werden beslecht. Een daarvan betrof het Raadsbesluit van september 2015 om een groot aantal asielzoekers uit Griekenland en Italië te herplaatsen in andere lidstaten.³¹ Hongarije en Slowakije hadden het Hof van Justitie verzocht om nietigverklaring, onder meer omdat herplaatsing 'ongeschikt' zou zijn als middel om Griekenland en Italië bij te staan in de migratiecrisis – de herplaatsingen bleken immers maar mondjesmaat plaats te vinden.³² Het Hof verwierp het beroep, en overwoog daarbij dat de Raad onmogelijk het gebrek aan medewerking van 'bepaalde lidstaten' kon voorzien.

Een andere kwestie³³ betrof de werking van de Dublinverordening, die regels stelt ter vaststelling van welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek.³⁴ In 2015 en begin 2016 was het in onder meer Kroatië vaste praktijk om asielzoekers aan de grens met Servië (geen EU-lidstaat) binnen te laten en toe te staan of zelfs te helpen door te reizen naar Slovenië. Volgens de Dublinverordening is de staat waar de asielzoeker de Europese Unie 'op illegale wijze' is binnengekomen echter verantwoordelijk voor zijn asielverzoek. De vraag was dus of binnenkomst met toestemming van de grensbewaking als illegaal moest gelden. Advocaat-generaal Sharpston meende van niet, en betrok daarbij de overweging dat een andere uitkomst oneerlijk zou uitpakken voor de lidstaten aan de buitengrens. Het Hof besliste echter anders: de asielzoekers voldeden niet aan de Europese regels voor grensoverschrijding, waardoor hun bin-

18. 7 maart 2017, C-638/16 PPU (X. en X./België), ECLI:EU:C:2017:173. Voorgelegd bij beslissing van 8 december 2016, RvD 179.108. Het Syrisch gezin bevond zich, zoals ook door het HvJ EU in dezelfde uitspraak vastgesteld, in een situatie waarbij het risico liep op schending van het non refoulementbeginsel.

19. Zie de conclusie A-G Mengozzi, C-638/16 PPU, punten 80-84.

20. HvJ EU, C-638/16 PPU, punten 42-43.

21. Zie voor een uitgebreider commentaar bij deze uitspraak, Y. al Tamimi, E.R. Brouwer & E.R. Coene, 'Verplicht de Visumcode tot afgifte van humanitaire visa aan Syriërs?' In *Asiel&Migrantenrecht* 2017, nr. 8, p. 327-333, en zie ook het antwoord van staatssecretaris Dijkhoff op vragen van Kamerlid Voordewind naar aanleiding van deze uit-

spraak, *Aanhangsel van de Handelingen, Kamerstukken II* 2016/17, 1558, 4 april 2017.

22. PbEU 18 maart 2017, L74.

23. De buitengrenzen betreffen de lucht-, zee- en landsgrenzen van het Schengengebied.

24. PbEU 13 mei 2017, L 122.

25. Besluit 2017/818 van 11 mei 2017, PbEU 13 mei 2017, L 122, hiermee is het aan deze landen toegestaan hun controles aan de binnengrenzen te handhaven tot en met 11 november 2017.

26. Zie uitgebreid E.R. Brouwer, 'Vrij personenverkeer in Schengen en het deficit van Dublin', *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2017/2, p. 57-66.

27. HvJ EU, 21 juni 2017, C-9/16 (A.), JV 2017/177.

28. HvJ EU 22 juni 2010, C-188/10 (Melki en C-189/10 (Abdeli), punt 70; en HvJ EU 19 juli 2012, C-278/12 PPU (Adil), punt 54.

29. Zie voor de tekst refugeesmigrants.un.org/declaration, laatst geraadpleegd op 1 oktober 2017.

30. Zie het dossier Verkiezingen op Verblijfblog.nl voor een bespreking van de verkiezingsprogramma's, en vergelijking met eerdere programma's.

31. Besluit 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, PbEU 2015, L 239/146; zie hierover nader de vorige Kroniek.

32. HvJ EU 6 september 2017, C-643/15 en C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631

(Slowaakse Republiek en Hongarije/Raad van de Europese Unie).

33. Zie HvJ EU 26 juli 2017, C-646/16, ECLI:EU:C:2017:586 (Khadija Jafari en Zainab Jafari/Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl) en van dezelfde datum C-490/16, ECLI:EU:C:2017:585 (A.S./Republiek Slovenië).

34. 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, PbEU 2015, L 180/31.

nenkomst illegaal was. Aanpassing van het Dublinsysteem zal dus echt van de Uniewetgever moeten komen.

In de Straatsburgse jurisprudentie was de belangrijkste ontwikkeling een verruiming van de mogelijkheid verblijf af te dwingen voor personen die op medische gronden hun uitzetting aanvechten. Volgens vaste rechtspraak verbiedt artikel 3 EVRM uitzetting bij een reëel risico van een onmenselijke behandeling. Lijden als gevolg van een ziekte geldt niet als 'behandeling' in de zin van artikel 3 EVRM en staat normaal gesproken dan ook niet aan uitzetting in de weg. Daar was in 1997 een uitzondering op gemaakt, in de zaak van een terminaal zieke HIV-patiënt: vanwege 'compelling humanitarian grounds' verbood het EHRM uitzetting van deze dodelijk zieke patiënt naar een land waar geen medische behandeling en geen mantelzorg beschikbaar waren.³⁵ Sindsdien is veelvuldig beroep gedaan op dit arrest, maar zonder succes – het EHRM hield vast aan wat wel het bijna dood-criterium is genoemd. In het recente *Paposhvili*-arrest bepaalde het Hof evenwel dat uitzetting ook verboden is bij een risico van een ernstige en onomkeerbare verslechtering van de medische toestand waardoor de vreemdeling intens te lijden heeft of veel sneller zal sterven.³⁶ Verder zet het Hof de onderzoeksplicht van de staat in medische zaken sterker aan dan voorheen. Een en ander zal er vermoedelijk toe leiden dat Nederland vaker verblijf op medische gronden moet toestaan aan vreemdelingen.³⁷

Asielprocedure

De hoge instroom in 2015 leidde ertoe dat asielzoekers lang, soms meer dan een half jaar, moesten wachten voordat zij konden starten met hun asielprocedure. De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie nam een aantal maatregelen ter verbetering van de doorstroom in de asielprocedure. Zo introduceerde hij een vijfsporen-beleid.³⁸ Dit beleid heeft als belangrijkste gevolg dat asielaanvragen van asielzoekers uit veilige landen van herkomst, met name de Balkanlanden en landen in Noord-Afrika, in een versnelde asielprocedure worden afgewezen.³⁹ Op hun asielaanvragen wordt nu gemiddeld binnen tien dagen beslist.⁴⁰

Voor overige asielzoekers⁴¹ werd de beslistermijn in hun (lopende) asielprocedure per 11 februari 2016 met negen maanden verlengd tot vijftien maanden.⁴² Dit besluit werd gepubliceerd in de Staatscourant en op de website van de IND. Daarnaast informeerde de IND asielzoekers daarover tijdens voorlichtingsbijeenkomsten in de asielzoekerscentra en in de media, maar zij kregen geen individuele kennisgeving. Volgens de Afdeling voldeed deze wijze van bekendmaking van het verlengingsbesluit.⁴³

Door de dalende instroom nam ook de wachttijd af. In februari 2017 duurde het gemiddeld acht weken voordat een asielzoeker de asielprocedure kon instromen.⁴⁴ De staatssecretaris besloot daarom de verlenging van de beslistermijn te beëindigen voor asielaanvragen die na 1 februari 2017 zijn ingediend.⁴⁵

Een voor de Nederlandse asielprocedure brisante uitspraak was die van het EHRM op 5 juli 2016 in de zaak *A.M./Nederland*. In die zaak oordeelde het Straatsburgse Hof dat het hoger beroep voor de Afdeling in asielzaken geen effectief rechtsmiddel is,⁴⁶ omdat het geen automatisch schorsende werking heeft.⁴⁷ Het EHRM had al in

diverse eerdere uitspraken geoordeeld dat in asielzaken artikel 13 EVRM een rechtsmiddel met automatisch schorsende werking vereist.⁴⁸ Bovendien hoeven rechtsmiddelen zonder automatische schorsende werking volgens het Hof niet te worden uitgeput op grond van artikel 35 EVRM.⁴⁹ De reden hiervoor is het belang van het absolute verbod van *refoulement* dat volgt uit artikel 3 EVRM en de onomkeerbare schade die door de uitzetting veroorzaakt kan worden. Als de asielzoeker tijdens het (hoger) beroep wordt uitgezet naar zijn land van herkomst en daar wordt gemarteld, dan kan de rechter dat immers niet meer terugdraaien.⁵⁰ De uitspraak in *A.M./Nederland* betekent dat asielzoekers niet in hoger beroep hoeven te gaan voordat zij een klacht indienen bij het EHRM. Dit is problematisch in het licht van de rol van de Afdeling als bevorderaar van de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming.⁵¹ Bovendien komt de subsidiaire rol van het EHRM in het gedrang. Het EHRM oordeelde overigens dat artikel 13 EVRM in de zaak van A.M. niet geschonden was, omdat deze bepaling een effectief rechtsmiddel in slechts één instantie vereist.

In reactie op *A.M./Nederland* besloot de Afdeling voortaan soepeler om te gaan met voorlopige voorzieningen.⁵² Zij kondigde aan in zaken waarin sprake is van een *arguable claim* van een schending van artikel 3 EVRM 'meer dan voorheen aanleiding [te] zien de voorlopige voorziening te treffen dat een vreemdeling niet wordt uitgezet voordat op het door hem ingestelde hoger beroep is beslist, ook als nog geen concrete uitzetdatum bekend is'.⁵³ Daarnaast riep de Afdeling de wetgever op om te bezien of automatische schorsende werking aan het hoger

**In een voor de Nederlandse
asielprocedure brisante
uitspraak oordeelde het
Straatsburgse Hof dat het
hoger beroep voor de Afdeling
in asielzaken geen effectief
rechtsmiddel is omdat het
geen automatisch schorsende
werking heeft**

beroep moet worden toegekend. De Afdeling kon daar zelf geen uitspraak over doen omdat er beleidsmatige, organisatorische en financiële keuzes gemaakt moeten worden. Het invoeren van een schorsende werking van het hoger beroep kan bijvoorbeeld tot gevolg hebben dat asielzoekers gedurende het hoger beroep aanspraak maken op opvangvoorzieningen. De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie gaf in januari 2017 aan geen aanleiding te zien

om de schorsende werking in het hoger beroep in asielzaken te 'verruimen of standaard te maken'.⁵⁴

In maart 2017 besloot de Afdeling vervolgens prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie over schorsende werking van het hoger beroep in asielzaken.⁵⁵ Het Hof van Justitie had eerder de jurisprudentie van het EHRM over schorsende werking gevolgd en geoordeeld dat het beroep tegen de afwijzing van een asielaanvraag (die meteen ook uitzetting tot gevolg heeft), automatische schorsende werking moet hebben.⁵⁶ De Afdeling wil nu van het Hof van Justitie weten of dit ook geldt voor het hoger beroep.

Uit Luxemburg kwamen nog enkele nieuwe uitspraken die van belang zijn voor de Nederlandse asielprocedure, en vermoedelijk ook buiten het asielrecht van belang zijn. In de zaken *Danqua* en *Moussa Sacko* sprak het Hof zich uit over termijnen en het hoorrecht. De zaak *Danqua* draaide om een termijn in de Ierse asielprocedure.⁵⁷ Asielzoekers moesten volgens het Ierse recht binnen vijftien dagen na de afwijzing van de aanvraag voor een vergunning als vluchteling een verzoek voor subsidiaire bescherming indienen. Het Hof van Justitie oordeelt dat deze termijn in strijd is met het effectiviteitsbeginsel. Het vindt dat de belangen die voor asielzoekers op het spel staan zwaarder wegen dan het belang van het goede verloop van de asielprocedure, dat met de termijn werd gediend. Het wijst erop dat 'de procedure voor de behandeling van verzoeken om subsidiaire bescherming bijzonder belangrijk is' omdat voor asielzoekers hun 'meest essentiële rechten' op het spel staan. Het Hof houdt dus rekening met het aard van het recht dat aan de orde is. Daarnaast kijkt het Hof naar de positie van de betrokkenen, in dit geval 'de moeilijke situatie' waarin asielzoekers 'zich op menselijk en materieel vlak kunnen bevinden'. Het Hof betwijfelt of asielzoekers gezien deze moeilijke situatie in de praktijk in staat zullen zijn om binnen een termijn van vijftien dagen na de afwijzing van de vluchtelingenstatus, subsidiaire bescherming aan te vragen. Die termijn kan volgens het Hof niet gerechtvaardigd worden door de

Het Hof van Justitie vindt dat de belangen die voor asielzoekers op het spel staan zwaarder wegen dan het belang van het goede verloop van de asielprocedure

noodzaak het goede verloop van de procedure te garanderen. De termijn van vijftien dagen voor het indienen van een verzoek om subsidiaire bescherming in te dienen, acht het Hof dus te kort. De wijze waarop het Hof in deze zaak de belangen afweegt, is relevant voor andere zaken waarin de vraag speelt of (korte) termijnen of andere procedureregels de uitoefening van het Unierecht onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

In de zaak *Moussa Sacko* ging het Hof van Justitie in op de vraag of een asielzoeker in het beroep tegen de afwijzing van zijn asielverzoek als kennelijk ongegrond door de rechter moet worden gehoord.⁵⁸ Artikel 46 van de Asielprocedurerichtlijn (2013/32/EU) vereist een volledig en *ex nunc* onderzoek in asielzaken. Het Hof interpreteert deze bepaling in het licht van het recht op een effectief rechtsmiddel zoals dat is neergelegd in artikel 47 van het EU-Handvest. Het Hof erkent dat het niet-horen van de asielzoeker ter zitting een beperking oplevert van het door artikel 47 Handvest gegarandeerde recht op verdediging. Een dergelijke beperking kan echter zowel onder artikel 47 Handvest als onder artikel 6 EVRM gerechtvaardigd worden. Het Hof oordeelt dat de rechter de asielzoeker in beroep niet hoeft te horen als hij zich in staat acht om een volledig en *ex nunc* onderzoek te verrichten op basis van de gegevens van het asioldossier. Dat is volgens het Hof het geval wanneer de feitelijke omstandigheden geen ruimte laten voor enige twijfel over de

35. EHRM 2 mei 1997, *D/VK (St. Kitts)*, RV 1997/70, m.nt. A.B. Terlouw.

36. EHRM (GK) 13 december 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD004173810, JV 2016/22, m.nt. B.E.P. Myjer.

37. Zie nader B. Wegelin, 'Arrest Paposhvili verbetert verblijfpositie ernstige zieke vreemdelingen – EHRM gooit roer om in medische zaken', *A&MR* 2017 (2), p. 61-66.

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

39. Art. 3.109ca VB 2000.

40. *Kamerstukken II* 2016/17, *Aanhangsel van de Handelingen*, 699, p. 4, 2016/17; 19637, 2262, p. 2; 2016/17, 19637 en 33042, 2179, p. 2.

41. Ook voor asielzoekers wier asielaanvraag waarschijnlijk niet in behandeling zou worden genomen, omdat een andere EU lidstaat verantwoordelijk was voor de asielaanvraag op grond van de Dublinverorde-

ning (Verordening 604/2013) gold deze verlenging niet.

42. Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 9 februari 2016, WVBV 2016/3, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000, *Stcrt.* 2016, 7573.

43. ABRvS 8 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3232, AB 2017/166, m.nt. Groenewegen.

44. *Kamerstukken II* 2016/17, 19637, 2288.

45. Besluit van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 11 januari 2017, WVBV 2017/1, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000, *Stcrt.* 2017, 5487.

46. EHRM 5 juli 2016, 29094/09, *A.M./Nederland*, AB 2016/435, m.nt. Reneman. Deze alinea is gebaseerd op de noot in AB 2016/435.

47. Art. 8:81 Awb en art. 6:24 jo. 6:16 Awb.

48. EHRM 26 juli 2007, appl. nr. 25389/05

(*Gebremedhin/Frankrijk*), AB 2007/227, m.nt. Battjes, JV 2007/252, m.nt. T. Spijkerboer; EHRM 21 januari 2011, 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*), JV 2011/68, m.nt. Battjes, r.o. 387-388; EHRM 6 juni 2013, 2283/12 (*Mohammed/Oostenrijk*), JV 2013/325, m.nt. Reneman, r.o. 72.

49. EHRM 20 september 2007, appl. nr. 45223/05 (*Sultani/Frankrijk*), JV 2007/462, m.nt. Spijkerboer, r.o. 51.

50. EHRM 26 juli 2007, appl. nr. 25389/05, *Gebremedhin/Frankrijk*, AB 2007/227, m.nt. Battjes, JV 2007/252, m.nt. Spijkerboer, r.o. 58.

51. ABRvS 20 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3350, AB 2017/143, m.nt. Bogaard en Uzman, JV 2017/50, r.o. 3.1. Zie over die rol ook *Kamerstukken II* 2016/17 19637, 2303.

52. ABRvS 20 december 2016,

ECLI:NL:RVS:2016:3350, AB 2017/143, m.nt. Bogaard en Uzman, JV 2017/50.

53. ABRvS 20 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3350, AB 2017/143, m.nt. Bogaard en Uzman, r.o. 3.6.

54. *Kamerstukken II* 2016/17 19637, 2287, p. 47 en 19637, 2303.

55. ABRvS 19 maart 2017,

ECLI:NL:RVS:2017:869 en ECLI:NL:RVS:2017:858, JV 2017/103.

56. HvJ EU 18 december 2014, C-562/13 (*Abida*), ECLI:EU:C:2014:2453, JV 2015/59, m.nt. Larsson en 17 december 2015, C-239/14 (*Tall*),

ECLI:EU:C:2015:824, AB 2016/71, m.nt. Reneman, JV 2016/111, m.nt. Geertsema.

57. HvJ EU 20 oktober 2016, C-429/15 (*Danqua*), ECLI:EU:C:2016:789, AB 2017/83, m.nt. Reneman.

58. HvJ EU 26 juli 2017, C-348/16 (*Moussa Sacko*).

gegrondheid van de beslissing tot kennelijk ongegrondverklaring. Voorwaarde is dat dit dossier een verslag bevat van het gehoor met de asielzoeker tijdens de procedure in eerste aanleg. Als de rechter vindt dat hij de asielzoeker moet horen om een dergelijk onderzoek te verrichten, dan kan hij daarvan niet afzien alleen omwille van de snelheid van de asielprocedure.

Gezinshereniging

De Gezinsherenigingsrichtlijn (die in Nederland algemeen toepasselijk is door een uitspraak van de Afdeling uit 2014)⁵⁹ heeft ook in de verslagperiode weer geleid tot gevolgen voor het gezinsherenigingsbeleid. Eerder was al duidelijk geworden dat de vraag of aan het inkomensvereiste is voldaan niet formalistisch mag worden beantwoord⁶⁰ en dat de voorwaarden voor inburgering in het buitenland niet zodanig mogen worden toegepast dat gezinshereniging onmogelijk of uiterst moeilijk wordt.⁶¹ In een uitspraak van april 2017 verklaarde de Afdeling een bepaling in het Vreemdelingenbesluit 2000 onverbindend, wegens de daarin vervatte voorwaarde, dat een vreemdeling, die ooit onjuiste gegevens had verstrekt voor een eerdere aanvraag, vijf jaar buiten Nederland moest verblijven alvorens een nieuwe verblijfsaanvraag te kunnen indienen.⁶² Voorts heeft de Afdeling in februari 2017 – wederom op grond van de Gezinsherenigingsrichtlijn – uitgemaakt dat de staatssecretaris aan de nareis van echtgenoten van hier toegelaten vluchtelingen niet de voorwaarde mag verbinden dat zij in het land van herkomst hebben samengewoond.⁶³

Het ziet er naar uit dat de Gezinsherenigingsrichtlijn nog meer gevolgen voor het Nederlandse beleid zal hebben

Het ziet er naar uit dat de Gezinsherenigingsrichtlijn nog meer gevolgen voor het Nederlandse beleid zal hebben. In drie aanhangige Nederlandse zaken zijn prejudiciële vragen over de Gezinsherenigingsrichtlijn gesteld. De Vreemdelingenkamer Amsterdam wil weten op welk moment een alleenstaande vreemdeling minderjarig moet zijn om voor gezinshereniging in aanmerking te komen.⁶⁴ De Afdeling heeft in twee zaken vragen gesteld. De eerste zaak gaat om de vraag of Nederland bepaalde beperkingen mag stellen aan het recht van een gezinslid op een autonome verblijfstitel na vijf jaar rechtmatig verblijf voor gezinshereniging.⁶⁵ In de tweede zaak wil de Afdeling weten of een maximumtermijn mag worden gesteld aan de mogelijkheid voor vluchtelingen om een beroep te doen op de gunstiger bepalingen in de richtlijn voor nareis van hun familieleden.⁶⁶

Voor derdelandse ouders van Nederlandse kinderen is het *Chavez-Vilchez*-arrest van het Hof van Justitie van groot belang.⁶⁷ Al in het *Ruiz-Zambrano*-arrest⁶⁸ en het

Dereci-arrest⁶⁹ had het Hof verklaard dat een verblijfsvergunning moet worden gegeven aan de ouder(s) van jonge, minderjarige Unieburgers indien de weigering van verblijf die kinderen zou dwingen het gebied van de EU te verlaten. In de Nederlandse praktijk gaat het vaak om een alleenstaande derdelandse moeder zonder verblijfsvergunning, die zorg draagt voor haar kinderen. Die kinderen ontlenden dan hun Nederlandse nationaliteit aan een Nederlandse vader, die apart van het gezin woont. Mag de moeder blijven bij haar Nederlandse kinderen over wie zij de dagelijkse zorg heeft? De IND stelde tot dusverre dat de moeder moest bewijzen dat haar kinderen ten gevolge van haar uitzetting feitelijk gedwongen zouden worden de EU te verlaten. Dat betekende volgens de IND tevens dat op haar de bewijslast rustte dat de apart wonende Nederlandse vader objectief niet in staat was de zorg voor de kinderen van haar over te nemen.⁷⁰ Het Hof meent nu dat de vraag of de andere ouder daadwerkelijk de zorg voor de kinderen kan overnemen slechts een van de beslissende factoren is. Het gaat erom of er tussen de ouder die onderdaan van een derde land is en het kind niet een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat het kind in geval van een dergelijke weigering het grondgebied van de Unie zou moeten verlaten. Voorts mag aan de derdelandse ouder geen eenzijdige bewijslast worden opgelegd. Volgens het Hof mag wel van die ouder worden gevraagd de gegevens te verschaffen die aantonen dat het kind bij een weigering van een verblijfsrecht aan die ouder genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten. Het is echter aan de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat om aan de hand van de door de onderdaan van een derde land verschaftte gegevens het nodige onderzoek te doen teneinde, gelet op alle omstandigheden van het geval, te kunnen beoordelen of een weigering dergelijke gevolgen zou hebben.

Bewaring en Terugkeer

Vorig jaar werd in deze rubriek de aandacht gericht op de detentie van asielzoekers onder de herschikte Procedure-richtlijn en de Nederlandse wetgeving ter implementatie van die richtlijn. In artikel 8 van de Procedurerichtlijn, geïmplementeerd in artikel 59b VW 2000, wordt een aantal gronden gegeven voor de detentie van asielzoekers, onder andere indien de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde (59b lid 1 onder d VW 2000) of indien bewaring noodzakelijk is onder het oog op vaststelling van de identiteit of nationaliteit van de vreemdeling (59b lid 1 onder a VW 2000), of met het oog op het verkrijgen van gegevens die nodig zijn bij de beoordeling van de asielaanvraag 59b lid 1 onder b VW 2000). Op 15 februari 2016 concludeerde het Hof van Justitie in *J.N.* dat de bewaring van een asielzoeker op gronden van openbare orde in overeenstemming was met het recht op vrijheid zoals neergelegd in het Handvest.⁷¹ Daarbij moest het ook aandacht besteden aan de vraag in hoeverre zo'n bewaring aangemerkt kan worden als een rechtmatige vrijheidsbeneming ter fine van uitzetting of ter voorkoming van een illegale binnenkomst zoals genoemd in artikel 5 lid 1 onder f EVRM (zie de kroniek van vorig jaar).

Na de uitspraak in *J.N.* waren in de ogen van de Nederlandse rechters echter nog niet alle rechtsvragen beantwoord. Zo bleef de bewaring van asielzoekers ter ver-

Maar volgens de advocaat-generaal is er niets aan de hand omdat de detentie van asielzoekers, zolang er nog geen positief besluit is genomen op hun asielverzoek, gezien kan worden als detentie ter voorkoming van een onrechtmatige binnenkomst

krijging van noodzakelijke gegevens of ter vaststelling van identiteit of nationaliteit de gemoederen bezig houden. Volgens sommige rechtbanken zou zo'n bewaring (indien er geen terugkeerbesluit was genomen) moeilijk te verenigen zijn met artikel 5 lid 1 onder f EVRM, omdat het niet zou gaan om een vrijheidsbeneming teneinde een persoon te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen, of van een persoon waartegen een uitwijzings- of uitleveringsprocedure hangende is. Het Hof van Justitie heeft in deze kroniekperiode nog geen antwoord gegeven op de door de Rechtbank Haarlem gestelde prejudiciële vragen omtrent deze materie, maar volgens de advocaat-generaal is er niets aan de hand omdat de detentie van asielzoekers, zolang er nog geen positief besluit is genomen op hun asielverzoek, gezien kan worden als detentie ter voorkoming van een onrechtmatige binnenkomst.⁷² In deze interpretatie blijft onduidelijk wat de betekenis is van de bepalingen in het Unierecht en het nationale recht volgens welke een asielzoeker in de regel rechtmatig verblijf geniet totdat zijn asielverzoek wordt afgewezen.⁷³

In de zomer van 2016 oordeelde het Hof van Justitie dat de Terugkeerrichtlijn van toepassing is op alle illegaal op het grondgebied van de lidstaten verblijvende derdelanders, ook als zij in transit zijn. Verder oordeelde het Hof dat de Terugkeerrichtlijn zich verzet tegen nationale wetgeving die een gevangenisstraf oplegt aan een derdelander enkel wegens illegale binnenkomst, jegens wie de terugkeerprocedure nog niet geheel is doorlopen.⁷⁴ Het Hof had in een reeks eerdere uitspraken al duidelijk gemaakt dat strafbaarstelling van illegaal verblijf in de vorm van een vrijheidsbeneming pas mogelijk is *nadat* de terugkeerprocedure zoals neergelegd in de Terugkeerrichtlijn geheel doorlopen is, en de derdelander na deze proce-

dure illegaal op het grondgebied wordt aangetroffen.⁷⁵

In Nederland is illegaal verblijf alleen niet strafbaar, slechts verblijf van een derdelander die weet of zou moeten weten dat er tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd is strafbaar op grond van artikel 108 lid 6 en 1 (licht inreisverbod) en artikel 97 Sr (zwaar inreisverbod). De Terugkeerrichtlijn bepaalt in artikel 11 dat een inreisverbod in de regel niet langer dan vijf jaar bedraagt. Deze bepaling was de inzet van prejudiciële vragen van de Hoge Raad, die zich afvroeg wanneer de duur van een inreisverbod begon te lopen: was dat vanaf het moment van uitvaardigen of vanaf het moment dat de derdelander het grondgebied van de Unie had verlaten?⁷⁶ Het Hof van Justitie antwoordde dat de duur van het inreisverbod moet 'worden berekend vanaf het tijdstip waarop de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten'.⁷⁷ Dat is in lijn met de benadering van de Afdeling. Maar de redenering van het Hof is interessant en kan gevolgen hebben voor de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod in Nederland.

Het Hof maakt namelijk onderscheid tussen een terugkeerbesluit dat ingevolge artikel 6 van de richtlijn moet worden uitgevaardigd tegen iedere illegaal verblijvende derdelander, en een inreisverbod. Onrechtmatig verblijf van de vreemdeling tot het tijdstip van vrijwillige terugkeer of uitzetting wordt beheerst door het terugkeerbesluit en *niet door het inreisverbod*. Dat inreisverbod brengt pas vanaf het tijdstip van vrijwillige of gedwongen terugkeer rechtsgevolgen teweeg door het de betrokkene te verbieden om gedurende een bepaalde periode na zijn terugkeer het grondgebied van de lidstaten weer te betreden en er opnieuw te verblijven. Dat betekent dus ook dat de strafvervolgning van een illegaal verblijvende derdelan-

59. ABRvS 17 december 2014, JV 2015/60, m.nt. C.A. Groenendijk.

60. ABRvS 10 maart 2015, JV 2015/116. Zie ook ABRvS 21 september 2016, JV 2016/289, m.nt. M. Wiersma; en ABRvS 26 april 2017, JV 2017/134, m.nt. M. Wiersma.

61. ABRvS 7 december 2015, JV 2016/30.

62. ABRvS 26 april 2017, JV 2017/136, m.nt. P. Boeles.

63. ABRvS 20 februari 2017, JV 2017/112, m.nt. M.H.A. Strik.

64. Rb. Den Haag (zp. Amsterdam) 26 oktober 2016, JV 2016/320; C-550/16 bij het Hof van Justitie EU. Zie ook de expert opinion van de Migration Law Clinic van de VU <https://migrationlawclinic.org/2017/03/30/the-relevant-date-for-considering-the-age-of-unaccompanied-minor-refugees-for-the-purpose-of-family-reunification/>.

org/2017/03/30/the-relevant-date-for-considering-the-age-of-unaccompanied-minor-refugees-for-the-purpose-of-family-reunification/.

65. ABRvS 4 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2119; C-257/17 bij het Hof van Justitie EU.

66. ABRvS 21 juni 2017, JV 2017/168.

67. HvJ EU 10 mei 2017, JV 2017/143, m.nt. C.A. Groenendijk. Zie ook HvJ EU 13 september 2016 (*Rendón Marín*), JV 2016/301, m.nt. G. Davies. Zie verder de Expert Opinion van Migration Law Clinic van de VU <https://migrationlawclinic.org/2015/07/17/verblijfsrecht-voor-de-verzorgendeouder-van-een-minderjarige-unieburger/>.

68. HvJ EU 8 maart 2011, JV 2011/146, m.nt. P. Boeles.

69. HvJ EU 5 november 2011, (*Dereci en anderen*), JV 2012/6, m.nt. C.A. Groenendijk.

70. Zie hierover T. Weterings, 'Uitspraak van de maand: HvJ EU van 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11 (*O. en S. en L.*, ve12002415)', A&MR 2013, nr. 1, p. 30/31; en 'Uitspraak van de Maand: *Alokpa e.a., Ruiz Zambrano* nu eindelijk verduidelijkt?', A&MR 2013, nr. 8, p. 401 e.v.; en noten bij ABRvS 28 juni 2013, 201204124/1/V1, ECLI:NL:RVS:2013:131, JV 2013/289; en ABRvS 4 december 2015, 201410621/1/V3, ECLI:NL:RVS:2015:3807 JV 2016/51.

71. HvJ EU 15 februari 2016, C-601/15 PPU (*J.N.*).

72. Conclusie A-G Sharpston van 4 mei 2017, C-18/16 (*K./Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*).

73. Zie ook EHRM 5 juli 2016, appl. nr. 9912/15 (*O.M./Hongarije*), par. 47.

74. HvJ EU 7 juni 2016, C-47/15 (*Affum*).

75. HvJ EU 28 april 2011, C-61/11 (*El Dridi*); HvJ EU 6 december 2011, C-329/11 (*Achughbalian*); HvJ EU 6 december 2012, C-430/11 (*Sagor*).

76. HR 29 maart 2016, 14/00826, JV 2016/134, m.nt. P. Boeles.

77. HvJ EU 26 juli 2017, C-225/16 (*Ouhra-mi*), JV 2017/190, m.nt. A. Pahladsingh.

der die Nederland nog niet heeft verlaten, niet enkel en alleen gebaseerd kan zijn op het bestaan van een inreisverbod, dat immers op dat moment nog geen rechtsgevolgen heeft.

Dat is nu echter in Nederland wel het geval ingevolge artikel 108 lid 1 jo. 6 VW 2000 en 97 Sr, die immers een strafsancie neerleggen ten aanzien van een vreemdeling die in Nederland verblijft, 'terwijl hij weet of ernstige redenen heeft te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd'. In Nederland worden met de regelmaat van de klok vreemdelingen veroordeeld op grond van het

Strafvervolgning van een illegaal verblijvende derdelander die Nederland nog niet heeft verlaten kan niet enkel en alleen gebaseerd zijn op het bestaan van een inreisverbod, dat immers op dat moment nog geen rechtsgevolgen heeft

bewezenverklaarde van tenlasteleggingen die als volgt luiden: 'dat de vreemdeling te (datum) te (plaats) als vreemdeling heeft verbleven, terwijl tegen hem een inreisverbod was uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, zevende lid, van de Vreemdelingenwet 2000'.⁷⁸ Dat lijkt strijdig met het legaliteitsvereiste als het gaat om een vreemdeling die het grondgebied van de EU nog niet heeft verlaten.

En dan nog: het schiet maar niet op met de Wet terugkeer en vreemdelingenbewaring.⁷⁹ Het wetsvoorstel is controversieel verklaard door de Tweede Kamer in april 2017, en zal dus niet meer worden behandeld gedurende de periode dat het kabinet demissionair is.

Tot besluit

Het zal in het migratierecht nog wel even spannend blijven. Merkel is weliswaar herkozen, maar haar mandaat is geslonken en ook in Duitsland zijn nu de rechtse anti-migratiepartijen fiks gegroeid. In Frankrijk een vergelijkbaar beeld met Macron die Le Pen weliswaar voorbleef, maar moet laveren tussen nationalistische en Europese sentimenten. Zijn tactiek lijkt vooralsnog Europees-gezind te zijn, zo lanceerde hij onlangs nieuwe plannen⁸⁰ onder meer voor een Europese instelling voor de behandeling van asielaanvragen, verdere harmonisatie van de procedures, een Europees programma voor de 'vorming en integratie' van vluchtelingen en een Europese grenspolitie. Als je dat afzet tegen de anti-Europese koers in landen als Polen, Hongarije en Slowakije dan mag duidelijk zijn dat er ook de komende tijd in dit dossier nog heel wat op het spel staat. Nog los van het feit dat Griekenland en Italië nog altijd worstelen met de hoge instroom van asielzoekers, terwijl de rest van Europa niet echt staat te popelen om asielzoekers in grote aantallen te hervestigen. Wel wil de Europese Commissie de komende jaren 50 000 vluchtelingen vanuit landen rondom Europa, zoals Libië en Turkije, hervestigen. Het zou daarbij echter niet gaan om een verplichting voor lidstaten om vluchtelingen te hervestigen, de Commissie stelt voor om hen daartoe te verleiden door middel van financiële prikkels.

Ook het nieuwe Nederlandse kabinet zal zich ongetwijfeld verder willen profileren op het migratiedossier, tenminste dat valt te verwachten op basis van de verkiezingsprogramma's van de beoogde coalitiepartijen. Hoe het nieuwe Nederlandse beleid ook zal uitpakken, de vraag hoe dit zich verhoudt tot het eveneens in beweging zijnde Europese recht blijft reuze spannend. En dat vindt bijvoorbeeld de Raad van State kennelijk ook, tenminste dat valt dan weer af te leiden uit de opmerkelijke hoeveelheid prejudiciële vragen die zij de afgelopen maanden stelde. Ook naar de antwoorden daarop kunnen we reikhalzend uitzien. Kortom, genoeg palpitante ontwikkelingen liggen er ook het komend jaar in het verschiet. •

⁷⁸ Zie bijv. Hof Amsterdam 4 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1688.

⁷⁹ Kamerstukken II 2015/16, 34309, 1.

⁸⁰ 'Les principales propositions d'Emmanuel Macron pour relancer le projet européen', *Le Monde* 26 September 2017.