

## Vrij verkeer van personen

# Pas de deux

## De wisselwerking tussen Luxemburgse en Straatsburgse jurisprudentie bij de harmonisatie van het asielrecht

Prof. mr. H. Battjes\*

*HvJ EU 21 december 2011, gevoegde zaken C-411/10 en 493/10, N.S./Secretary of State for the Home Department en M.E. e.a./Refugee Applications Commissioner, n.n.g.*

### Introductie

De rechten gewaarborgd door het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) werken in de Unierechtsorde door als algemene beginselen van Unierecht<sup>1</sup> en via het Handvest Grondrechten.<sup>2</sup> Daarmee heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een primaire rol voor de duiding van Unierechtelijke grondrechten, die nog eens wordt onderstreept door de voorgenomen toetreding van de Unie tot het EVRM.<sup>3</sup> Betekent dat, dat er een eenduidig hiërarchische relatie is tussen beide hoven? Het Unierecht ten aanzien van asiel biedt een goede gelegenheid die verhouding te onderzoeken.

Over twee asielkwesities hebben beide hoven zich de laatste jaren uitgelaten. Ten eerste de toepassing van het Dublinsysteem voor verdeling van asielzoekers ten aanzien van Griekenland: het EHRM beoordeelde die kwestie in *M.S.S./Griekenland en België*,<sup>4</sup> en het Hof van Justitie onlangs in *N.S./SSHD*. Ten tweede, in

2008–2009, asielverlening bij risico voor grote groepen: het EHRM liet zich daarover uit in *Na./VK*,<sup>5</sup> en het Hof van Justitie in *Elgafaji*.<sup>6</sup>

Hieronder analyseer ik deze arresten met het oog op de rol die het Unierecht speelde in de beide Straatsburgse arresten, de EHRM-jurisprudentie in de arresten van het Hof van Justitie, en de rol die beide hoven spelen ten aanzien van de waarborging van de toepassing van het Unie-asielrecht. Om de achtergrond van beide arresten in kaart te brengen, schets ik daaraan voorafgaand de ontwikkeling en de inhoud van het relevante Unierecht, het Gemeenschappelijk Europees Asielstelsel.

### Het Dublinsysteem

Toen een aantal lidstaten in 1985 het Verdrag van Schengen sloot om te komen tot opheffing van de binnengrenscontroles, was duidelijk dat regelingen voor asiel nodig waren.<sup>7</sup> Ook asielzoekers zouden immers de binnengrenzen kunnen oversteken en in meerdere lidstaten asielverzoeken indienen, of vanuit de lidstaat van binnenkomst doorreizen naar de lidstaat van hun voorkeur, het zogenoemde *asylum shopping*.

\* Prof. mr. H. Battjes is hoogleraar Europees asielrecht bij de Faculteit rechtsgeleerdheid aan Vrije Universiteit Amsterdam.

1. Art. 6 lid 3 VEU.
2. Art. 6 lid 2 VEU; volgens art. 52 lid 3 van het Handvest Grondrechten zijn inhoud en reikwijdte van Handvestbepalingen die corresponderen met die in het EVRM daaraan gelijk.
3. Zie bijv. HvJ EG 23 september 2003, zaak C-109/01, *SSHD/Akrich*, *Jur.* 2003, p. I-9607, en de bespreking in Damian Chalmers, Gareth Davies en Giorgio Monti, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 228 e.v.; vgl. ook de Preambule bij het Handvest, waar deze stelt dat het Handvest Grondrechten de rechten die voortvloeien uit de jurisprudentie van het EHRM 'bevestigt'.
4. EHRM (GK) 21 januari 2011, klachtnr. 30696/09, besproken door M.A.K. Klaassen in *NTer* 2011/4, p. 114-121.

5. EHRM 17 juli 2008, klachtnr. 25904/07.
6. HvJ EG 17 februari 2009, zaak C-465/07, *Meki Elgafaji en Noor Elgafaji/Staatssecretaris van Justitie*, *Jur.* 2009, p. I-921.
7. Tot het Verdrag van Schengen traden ook niet-lidstaten toe, zoals Noorwegen, terwijl het Verenigd Koninkrijk en Ierland erbuiten bleven. De huidige Dublinverordening bindt alle lidstaten behalve Denemarken. Op grond van een aantal verdragen is het hieronder beschreven Dublinsysteem ook van toepassing op Denemarken en de Schengenlanden die geen lid zijn van de EU (zie H. Battjes, 'Commentaar bij art. 1 Dublinverordening', in: C.A. Groenendijk (red.), *Europees Migratierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 496). Omdat deze bijzonderheden niet relevant zijn voor de hier besproken materie, spreek ik korthedshalve van 'de lidstaten'.

Om dat tegen te gaan werd een regeling getroffen in de Overeenkomst van Dublin,<sup>8</sup> die nadat de Unie bij het Verdrag van Amsterdam bevoegdheden kreeg op het terrein van asiel<sup>9</sup> werd vervangen door de Dublinverordening (hierna ook: DV).<sup>10</sup>

Het in deze regelingen ontwikkelde ‘Dublinsysteem’ heeft als uitgangspunt dat slechts één lidstaat het asielverzoek zou behandelen. De regeling bevat een set criteria die aangeven welke lidstaat ‘verantwoordelijk’ is, namelijk de lidstaat waar al een gezinslid aanwezig is, of anders de lidstaat waar de asielzoeker de EU is binnengekomen, of als dat niet van toepassing is (of niet vastgesteld kan worden hoe de asielzoeker de Unie binnenkam), de lidstaat waar de derdelander zijn asielverzoek indiende.<sup>11</sup> De voorkeur van de asielzoeker speelt dus in beginsel geen rol.

Op grond van deze regeling is dus altijd slechts één lidstaat verantwoordelijk; als de asielzoeker in een andere lidstaat opduikt, moet de verantwoordelijke lidstaat hem terugnemen. Daarmee leek ongewenste asielmigratie binnen Europa afdoende geregeld. Echter, het Dublinsysteem stond van begin af aan onder spanning. Ten eerste kon het oneerlijk uitpakken voor bepaalde lidstaten: lidstaten met lange buitengrenzen waarlangs veel migranten (illegaal) binnenkomen, zijn voor relatief veel asielverzoeken verantwoordelijk.<sup>12</sup>

Ten tweede was het de vraag of het systeem wel zo efficiënt was. Weliswaar was maar een lidstaat voortaan verplicht tot behandeling van het asielverzoek, maar de procedure om vast te stellen welke en de overdracht van de asielzoeker is tijdrovend.<sup>13</sup> Het vergt de nodige inzet van ambtenaren, tegen overdracht kan beroep worden ingesteld, en al die tijd moet de asielzoeker onderhouden worden – terwijl bij de behandeling van het asiel-

verzoek daarna mogelijk snel blijkt dat het verzoek elke grond mist. De oplossing werd rond de eeuwwisseling gezocht in harmonisatie van het nationale asielrecht. Als opvang en procedures in alle staten min of meer hetzelfde zouden zijn, zouden asielzoekers minder geneigd zijn uit de verantwoordelijke lidstaat (dikwijls de staat waar ze illegaal de Unie waren binnengereisd) door te reizen.

## Het Dublinsysteem en strijd met internationaal recht

Harmonisatie kon bovendien bijdragen aan oplossing van een andere, misschien de meest problematische spanning: mogelijke strijd met internationaal asielrecht, in het bijzonder de *refoulement*-verboden. Artikel 33 van het Vluchtelingenverdrag verbiedt uitzetting naar een gebied waar de vreemdeling ‘gegronde vrees’ heeft om te worden ‘vervolgd’ en artikel 3 EVRM verbiedt volgens vaste jurisprudentie van het EHRM uitzetting bij een ‘reëel risico’ op foltering en op onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (hierna korthedshalve: mishandeling). Beide bepalingen verbieden naast ‘*direct refoulement*’, uitzetting naar een land waar vervolging of mishandeling dreigt, ook ‘*indirect refoulement*’, dat wil zeggen uitzetting naar een land dat vervolgens zal uitzetten naar een staat waar de vreemdeling vervolgd of mishandeld dreigt te worden.<sup>14</sup> Bij Dublinoverdrachten speelde vooral dat laatste. Weliswaar zijn alle lidstaten partij bij alle voor asiel relevante verdragen, en dus zijn alle lidstaten gehouden niet uit te zetten als strijd met een van deze *refoulement*-verboden zou ontstaan. De Overeenkomst van Dublin en de Dublinverordening stellen dan ook dat de lidstaten ‘die alle het beginsel van non-*refoulement* eerbiedigen, [...] worden] beschouwd als veilige landen voor onderdanen voor derde landen’.<sup>15</sup> Maar de interpretatie van internationaalrechtelijke verplichtingen liep en loopt nogal uiteen tussen de lidstaten. Zo gold in Duitsland in de jaren negentig dat betrokkenheid van de staat nodig was om van ‘vervolging’ te kunnen spreken, zodat asielzoekers uit Somalië geen vluchteling in de zin van het Vluchtelingenverdrag konden zijn.<sup>16</sup> Volgens onder meer het Verenigd Koninkrijk konden ook personen die geweld door derden vrezden, zoals die Somaliërs, wel degelijk als verdragsvluchteling kwalificeren.<sup>17</sup> In zulke gevallen was toepassing van het Dublinsysteem problematisch: de Somaliër die in het VK asiel aanvraag en dat ook zou krijgen als zijn asielverzoek daar behandeld zou worden, kon volgens het Dublinsysteem naar Duitsland worden

8. De Overeenkomst van Dublin van 1990 was voorafgegaan door de Schengenuitvoeringsovereenkomst die een soortgelijke regeling bevatte. Zie voor een bespreking van beide overeenkomsten bijv. Gregor Noll, *Negotiating Asylum*, Boston/The Hague: Martinus Nijhoff Publishers 2000.

9. Het betrof onder meer art. 63 onder punt 1 aanhef en onder a, ‘criteria en instrumenten voor de vaststelling van de lidstaat die verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een onderdaan van een derde land wordt ingediend in één van de lidstaten’. Gemakshalve wordt hier van de Unie gesproken, ook waar het de EG betrof; evenzo wordt de aanduiding HvJ EU gebezigd.

10. Verordening (EG) nr. 343/2003 van de Raad van 18 februari 2003 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een asielverzoek dat door een onderdaan van een derde land bij een van de lidstaten wordt ingediend, *Pb. EG* 2003, L 50/1.

11. Art. 5-14 DV; zie voor een uitgebreide analyse o.m. M. Hermann, ‘Council Regulation No 343/2003’, in: K. Hailbronner (red.), *EU Immigration and Asylum law, Commentary*, München: Beck 2010, p. 1351-1489; H. Battjes, *European asylum law and international law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 386-391. De Dublinverordening bevat verder procedureregels voor bewijs en effectivering van de overdracht, met fatale termijnen voor een verzoek om verantwoordelijkheid te aanvaarden, om op dat verzoek te antwoorden en de asielzoeker over te dragen. Als een lidstaat zo’n termijn niet haalt, wordt hij om die reden verantwoordelijk, zie art. 4 en 16-25 DV.

12. Vgl. ECRE, *Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered*, 2008, p. 12 e.v., <www.ecre.org> (laatst bezocht 15 februari 2012).

13. ECRE, *Sharing Responsibility for Refugee Protection in Europe: Dublin Reconsidered*, 2008, p. 10 en 22 e.v.

14. Zie voor een uitgebreide bespreking van deze problematiek onder meer Battjes 2006, p. 397-447.

15. Preambule onder (2) DV.

16. Ben Vermeulen e.a., *Persecution by third parties*, Nijmegen: Centre of Migration Law 1998, <www.cmr.jur.ru.nl> (laatst bezocht op 15 februari 2012).

17. VK House of Lords 9 december 2000, *R/Secretary of State for the Home Department*, ex parte Adan and Aitsegur, [2001] INLR 44, HL; tevens gepubliceerd als *JV* 2001/74.

uitgezet waar zijn verzoek zou worden afgewezen. Deze overdracht zou in het VK neerkomen op *'indirect refoulement'*.

Nu bood de Dublinverordening wel een oplossing voor dergelijke gevallen. Volgens de 'soevereiniteitsclausule' artikel 3 lid 2 DV kan een lidstaat op vrijwillige basis een bij hem ingediend asielverzoek behandelen, ook al is een andere lidstaat op grond van de Dublinverordening verantwoordelijk. Deze bepaling maakt naleving van mensenrechten mogelijk, maar wel ten koste van de uniforme toepassing van het systeem. Ook hier kon een structurele oplossing worden gezocht in harmonisatie: als de regels voor asielverlening in alle lidstaten gelijk zouden zijn, was het immers om het even waar het verzoek behandeld zou worden.

Kortom, harmonisatie van het asielrecht was nodig om de presumptie die aan het Dublinsysteem ten grondslag lag, namelijk dat alle lidstaten dezelfde regels hanteerden bij de beoordeling van asielverzoeken, werkelijkheid te laten worden. Uiteenlopende interpretatie en toepassing van het asielrecht resulteerde erin dat asielzoekers van de ene lidstaat naar de andere reisden, en kon dus het Dublinsysteem ondermijnen. Vanwege alternatieve verplichtingen onder internationaal recht konden lidstaten zich genooddacht zien overdracht naar bepaalde lidstaten in bepaalde typen gevallen achterwege te laten. Omdat het Dublinsysteem een noodzakelijke maatregel was voor de afschaffing van binnengrenscontroles, vormde dat zelfs een bedreiging voor de interne markt.

## Het Gemeenschappelijk Europees asielsysteem

Bij het Verdrag van Amsterdam (in werking getreden in 1999) werd de EG bevoegd ten aanzien van asiel. Artikel 63 EG-Verdrag bevatte de verplichting om binnen vijf jaar, dus uiterlijk 2004, maatregelen te nemen ten aanzien van een aantal specifieke deelreinen. De Europese Raad van Tampere (2000) bepaalde dat deze maatregelen een 'Gemeenschappelijk Europees asielsysteem' (hierna ook: GEAS) moesten vormen.<sup>18</sup> Het GEAS zou in twee fasen vorm moeten krijgen. De eerste fase, te voltooien in 2004, zou minimumharmonisatie brengen; de tweede fase zou het systeem moeten voltooien, met onder meer 'uniforme' regels voor de toekenning van asielstatussen.

In de eerste fase werd de Overeenkomst van Dublin vervangen door de Dublinverordening en werd een systeem opgezet voor het afnemen en opslaan van vingerafdruk-

ken.<sup>19</sup> Dat maakte (onder meer) de bewijsvoering in Dublinzaken makkelijker: controle kon nu uitwijzen dat de asielzoeker eerder in een andere lidstaat had verbleven. Daarnaast werd een aantal richtlijnen aangenomen die minimumharmonisatie van het materieel asielrecht brachten. In 2003 werd de Opvangrichtlijn aangenomen, die regels stelde omtrent faciliteiten voor opvang van asielzoekers tijdens de asielprocedure.<sup>20</sup> Een jaar later kwam de Definitierichtlijn, die regels stelde voor de interpretatie van de vluchtelingdefinitie en die een tweede asielstatus introduceerde (waarover hieronder meer), en vastlegde welke aanspraken personen met deze asielstatussen hadden (met betrekking tot toegang tot de arbeidsmarkt, huisvesting enz.).<sup>21</sup>

De Procedurerichtlijn ten slotte uit 2005 stelde regels voor de behandeling van asielverzoeken door het bestuur en voor beroep op de rechter tegen afwijzende beschikkingen.<sup>22</sup> Al deze richtlijnen brachten op belangrijke punten de gewenste harmonisatie teweeg. Maar evenzeer belangrijke onderwerpen bleven ongeregeld. Zo liet de Opvangrichtlijn de lidstaten veel ruimte voor regelingen omtrent toegang tot de arbeidsmarkt voor asielzoekers, en werkte de Definitierichtlijn niet nader uit wat 'gegronde vrees' of 'reëel risico' inhield.<sup>23</sup> Uit een evaluatie door de Commissie bleek dan ook dat de asielpraktijk in de lidstaten nog aanzienlijk uiteenliep.<sup>24</sup> De erkenningspercentages varieerden aanzienlijk (van minder dan 1% in onder meer Griekenland tot tegen de 50% in enkele noordelijke lidstaten), zodat asielzoekers uit een derde land in de ene lidstaat veel meer kans hadden dan in de andere.

De tweede fase, die voltooiing van het GEAS moest brengen, is tot op heden niet afgesloten. Het oorspronkelijk beoogde jaar, 2010, bleek al in 2008 onhaalbaar: veel lidstaten bleken nog niet eens klaar met de omzetting.

18. Conclusies van het voorzitterschap van de Europese Raad te Tampere, 15-16 oktober 1999, doc.nr. SN 200/99.

19. Verordening (EG) nr. 2725/2000 van de Raad van 11 december 2000 betreffende de instelling van 'Eurodac' voor de vergelijking van vingerafdrukken ten behoeve van een doeltreffende toepassing van de Overeenkomst van Dublin, *Pb.EG* 2000 L 316/1; Verordening (EG) nr. 407/2002 van de Raad van 28 februari 2002 tot vaststelling van sommige uitvoeringsbepalingen voor Verordening (EG) nr. 2725/2000 betreffende de instelling van 'Eurodac' voor de vergelijking van vingerafdrukken ten behoeve van een doeltreffende toepassing van de Overeenkomst van Dublin, *Pb.EG* 2002 L 62/1.

20. Richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten, *Pb.EG* 2003, L 31/18-25.

21. Richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatzonderen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, *Pb.EG* 2004, L 304/1.

22. Richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, *Pb.EG* 2005, L 326/13-34.

23. Zie voor een bespreking van de mate van harmonisatie o.m. H. Battjes, 'Een blauwdruk voor het Gemeenschappelijk Europees Asielstelsel?', *Journal Vreemdelingenrecht* 2009, nr. 2.

24. Impact assessment, p. 11 bij de Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions - Policy plan on asylum - An integrated approach to protection across the EU, COM(2008)360def.

ting van de eerste fase-maatregelen.<sup>25</sup> De Commissie heeft wel voor alle hierboven genoemde maatregelen een herschikingsvoorstel gedaan, dat echter nog geen uniformiteit bracht.<sup>26</sup> Van deze voorstellen tot herschikking is er tot op heden maar een aangenomen, de Definitierichtlijn; deze wijzigingen dienen eind 2012 te zijn geïmplementeerd.<sup>27</sup> Deze brengt weinig nieuws wat betreft de kwalificatie voor asielstatussen, maar trekt de inhoud van de statussen voor vluchtelingen en voor andere gronden wel grotendeels gelijk. Belangrijk voor eenvormige toepassing van het asielrecht is mogelijk wel de oprichting van het European Asylum Support Office (EASO), dat onder meer rapporten over de situatie in derde landen kan uitbrengen zodat deze in de lidstaten op vergelijkbare wijze wordt ingeschat.<sup>28</sup> Het is nog te vroeg om te kunnen beoordelen in hoeverre het EASO inderdaad aan harmonisatie van de asielpraktijk bijdraagt.

De Unie-maatregelen hebben tot op heden dus slechts gedeeltelijke harmonisatie gebracht. Daardoor kunnen grote verschillen in de toepassing van het asielrecht blijven bestaan, met het gevaar van ondermijning van het Dublinsysteem. Dat bleek om te beginnen bij Dublin-overdrachten naar Griekenland.

## Griekenland: ngo's, de Commissie en de Raad

86

Asiel bleek de kanarie in de kolenmijn: al in 2004, lang voor de zwakheden in het functioneren van het Griekse staatsapparaat ten gevolge van de kredietcrisis naar buiten traden, verschenen de eerste rapporten van onder Amnesty International en het Comité ter voorkoming

25. Zie Communication, p. 2; overigens was een andere reden voor het uitstel de verandering in bevoegdheidsgrondslag die het verdrag van Lissabon zou brengen.
26. Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten (Herschikking), COM(2008)815; Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend (herschikking), COM(2008)820def; Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, en de inhoud van de verleende bescherming (herschikking), COM(2009)551def; Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de verlening of intrekking van internationale bescherming (herschikking), COM(2009)554.
27. Richtlijn 2011/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming, *Pb.EU* 2011, L 337/9-26.
28. Regulation (EU) No 439/2010 of the European Parliament and of the Council of 19 May 2010 establishing a European Asylum Support Office, *Pb.EU* 2010, L 132/11-28.

van Foltering van de Raad van Europa die een verontwaardigd beeld schetsten van het Griekse asielsysteem.<sup>29</sup> In de jaren daarna zouden er meerdere volgen van verschillende ngo's en internationale organisaties die dat beeld bevestigden en invulden.<sup>30</sup>

In Griekenland was slechts een beperkt aantal plekken waar op beperkte tijdstippen asiel kon worden aangevraagd.<sup>31</sup> In veel gevallen werden asielverzoeken die elders (bijv. bij een grenscontrole, een politiepost of in vreemdelingendetentie) werden ingediend, genegeerd. Op asielverzoeken die wel in behandeling werden genomen, kwam in veel gevallen geen beslissing. Waar wel een beslissing kwam, was deze in een buitengewoon groot deel van de gevallen negatief – het Griekse erkenningspercentage lag jarenlang bijzonder laag, onder de 1%, waar dat bij de meeste lidstaten ruim boven de 20% bedroeg. Dikwijls was aan de afwijzende beschikking geen gehoor voorafgegaan, en was de motivering identiek. Er vond dus feitelijk geen inhoudelijke beoordeling van asielverzoeken plaats, hetgeen in strijd is met zowel de Definitie- en de Procedurerichtlijn als de Dublinverordening.<sup>32</sup>

Ook de asielopvang was gebrekkig. Deze bood bij lange na niet genoeg plaatsen; voorzieningen (in de vorm van vouchers of geld) werden nauwelijks verstrekt, zulks in strijd met de Opvangrichtlijn. Verder bleken de detentiefaciliteiten onder de maat. En ten slotte werden enkele gevallen gerapporteerd van pogingen door Griekse ordehandhavers om illegaal aanwezige migranten, van wie sommigen getracht hadden een asielverzoek in te dienen, zonder behandeling van die asielverzoeken over de grens met Turkije te drijven – pogingen tot *refoulement* dus.

Er waren dus aanwijzingen dat Griekenland op vrij structurele wijze zijn verplichtingen uit de Dublinverordening, Opvang-, Procedure- en Definitierichtlijn niet nakwam.

Dat had directe gevolgen voor (aspirant-)asielzoekers in Griekenland: zij hadden geen mogelijkheid aanspraken die zij aan Unierecht konden ontlenen af te dwingen. Indirect had het zijn weerslag op andere lidstaten. Niet onaanzienlijke aantallen asielzoekers reisden via Griekenland naar andere lidstaten.<sup>33</sup> Wanneer deze hen onder toepassing van de Dublinverordening naar Griekenland wilden uitzetten, werd in een aantal lidstaten een beroep gedaan op de *refoulement*-verboden. De beoordeling van deze beroepen liep uiteen binnen en tussen de lidstaten. In Nederland oordeelde onder meer

29. Zie o.m. EHRM 2 december 2008, appl. no. 3273308, *K.R.S./VK*.
30. Zie voor een opsomming van 23 'main reports' EHRM (GK) 21 januari 2011, klachtnr. 30696/09, r.o. 160.
31. Zie voor een meer uitgebreide beschrijving de in de vorige voetnoot genoemde rapporten, of bijv. H. Battjes, 'Geschonden vertrouwen? Dublin-overdrachten aan Griekenland en artikel 3 EVRM', *NTM* 34 (2009) nr. 7, p. 722-746.
32. Zie art. 13 Definitierichtlijn, art. 23 jo. 25 Procedurerichtlijn en art. 3 lid 1 jo. 16 Dublinverordening.
33. De minister maakte in zijn brief in reactie op het arrest *M.M.S.* bekend dat in Nederland een kleine 2000 asielzoekers verbleven waarvoor Griekenland verantwoordelijk was (*Kamerstukken II* 2010/11, 19 637, nr. 1397, p. 1).

de rechtbank Zwolle in een groot aantal uitspraken dat overdracht naar Griekenland strijdig was met artikel 3 EVRM, gezien de in de bovengenoemde rapporten vermelde problemen; de Afdeling bestuursrechtspraak echter achtte dat nooit voldoende aangetoond, onder meer omdat niet aannemelijk gemaakt was dat ten aanzien van deze specifieke vreemdeling daadwerkelijk *refoulement* naar het land van herkomst of mishandeling in detentie dreigde.<sup>34</sup> Ook in de andere lidstaten wisselde het beeld; sommige honoreerden nooit beroepen op artikel 3 EVRM, terwijl hoogste rechters in andere lidstaten de overdrachten in feite stopzetten.<sup>35</sup>

Een beroep op het *refoulement*-verbod tegen een Dublin-overdracht had steeds de vorm van beroep op de bevoegdheid van artikel 3 lid 2 DV van lidstaten een asielverzoek te behandelen, ook al waren zij er niet voor verantwoordelijk. Bezien vanuit het systeem voor toedeling van verantwoordelijkheid uit de Dublinverordening komt beroep op artikel 3 EVRM in dergelijke gevallen neer op een extra criterium voor de toedeling van verantwoordelijkheid. Dat de toepassing tussen lidstaten uiteen liep, was vanuit het oogmerk van harmonisatie dus onwenselijk. Daar kwam bij dat (rechters van) lidstaten die de mogelijkheid van overdracht naar Griekenland effectief stopzetten, daarmee aantrekkelijker werden voor asielzoekers die via Griekenland de EU binnenkwamen. Hoewel het Dublinsysteem niet was opgezet om tot een rechtvaardige verdeling van asielzoekers te komen, betekent een dergelijke ongelijkheid onherroepelijk een extra spanning.

Er was daarom alles voor te zeggen de beoordeling van de situatie in Griekenland niet op nationaal maar op Europees niveau te laten plaatsvinden. De meest aangewezen entiteit was de Unie. Immers, de Dublinverordening is Unierecht, en de Griekse asielkwestie had kunnen ontstaan door toetreding van Griekenland tot Schengen. De Europese Commissie startte ook inderdaad meerdere infractieprocedures tegen Griekenland wegens schending van de asielrichtlijnen en de Dublinverordening.<sup>36</sup> Al deze zaken werden echter gesloten voor het tot een veroordeling kwam, onder meer vanwege plannen en beloften van de Griekse regering tot hervorming van het asielstelsel.<sup>37</sup> Deze zijn tot op heden echter niet ten uitvoer gebracht, althans niet zo dat aan de structurele niet-naleving van de asielrichtlijnen een einde kwam.

34. Zie voor een overzicht van de jurisprudentie tot 2009 H. Battjes, 'Geschonden vertrouwen? Dublin-overdrachten aan Griekenland en artikel 3 EVRM', *NTM* 34 (2009) nr. 7, p. 722-746.

35. Zo werden Dublinoverdrachten verboden door het Duitse Bundesverfassungsgericht op 8 september 2009, 2 BvQ 56/09 en door de Franse Conseil d'Etat op 20 mei 2010, nr. 339478, maar juist toegestaan door het Ierse High Court op 1 oktober 2010, [2008 No. 1342 J.R.].

36. Infractienummers 2006/864 (met betrekking tot de Definitierichtlijn), 2008/72 (de Procedurerichtlijn), 2006/2217 (Dublinverordening) en 2005/314 (Opvangrichtlijn; zie <[http://ec.europa.eu/home-affairs/news/infringements/infringements\\_by\\_policy\\_asylum\\_en.htm](http://ec.europa.eu/home-affairs/news/infringements/infringements_by_policy_asylum_en.htm)>, (laatst bezocht op 16 februari 2012).

37. Zie verder H. Battjes, 'Geschonden vertrouwen? Dublin-overdrachten aan Griekenland en artikel 3 EVRM', *NTM* 34 (2009) nr. 7, p. 722-746.

Een tweede bijdrage van de Commissie aan een oplossing was het voorstel tot herschikking van de Dublinverordening uit 2008.<sup>38</sup> Een nieuw artikel introduceerde een opschortingsmechanisme voor het geval het asielstelsel van een lidstaat 'uitzonderlijk zwaar' onder druk staat.<sup>39</sup> De Commissie kan dan een voorstel doen alle Dublinoverdrachten op te schorten voor zes maanden; de andere lidstaten waar asielzoekers zich bevinden worden dan verantwoordelijk. De Raad zou de opschorting met gekwalificeerde meerderheid kunnen beëindigen.

Dit Commissievoorstel had ten doel de zwaar getroffen lidstaat, feitelijk Griekenland, respijt te verschaffen om orde op zaken te stellen. De andere lidstaten bleken in meerderheid zeer afwijzend te staan tegenover het voorstel. Bij de onderhandelingen over het voorstel sneuvelde het dan ook, om (in de laatste versie) vervangen te worden door een 'waarschuwingmechanisme' bij dreigende overbelasting, dat echter de gewone regels voor verantwoordelijkheidstoedeling (en dus de druk op de getroffen staat) onveranderd laat.<sup>40</sup>

Noch de Commissie, noch de Unie-wetgever bood dus een oplossing. Tot 2010 werd ook het Hof van Justitie niet benaderd door nationale rechters, mogelijk omdat zij de toepassing van artikel 3 lid 2 DV, de 'sovereiniteitclausule', niet als toepassing van Unierecht maar van nationaal of internationaal recht zagen. Hoe dit ook zij, door het uitblijven van een effectief antwoord door Unie-organen kwam de kwestie van overdrachten aan Griekenland als vanzelf op het bordje van de andere Europese rechter, het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Deze zou zich tweemaal uitlaten over overdrachten aan Griekenland: in 2008 in de ontvanke-lijkheidsbeslissing *K.R.S./VK*, en in januari 2011 in het Grote Kamerarrest *M.S.S./België en Griekenland*.<sup>41</sup>

## Griekenland: het EHRM

K.R.S. was een Iraanse vrouw die via Griekenland naar het Verenigd Koninkrijk reisde. Dat wees haar asielverzoek af omdat Griekenland verantwoordelijk was.<sup>42</sup> K.R.S. stelde vervolgens in beroep tegen de beslissing tot overdracht dat deze zou neerkomen op '*direct refoulement*', vanwege het risico van vernederende behandeling in vreemdelingendetentie in Griekenland, en ook op '*indirect refoulement*', vanwege het risico van uitzetting door Griekenland naar Iran zonder deugdelijke behandeling van haar asielverzoek. Zij onderbouwde deze stel-

38. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad 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 staattoelose bij een van de lidstaten wordt ingediend (herschikking), COM(2008)820def.

39. Zie art. 31 van voornoemd Voorstel.

40. Raadsdoc. 16782/11 van 14 november 2011.

41. EHRM (GK) 21 januari 2011, klachtnr. 30696/09, besproken door M.A.K. Klaassen in *NTER* 2011/4, p. 114-121.

42. EHRM 2 december 2008, klachtnr. 32733/08, *JV* 2009/41, onder I. The circumstances of the case.

lingen alleen met rapporten over het Griekse asielsysteem, niet met haar persoonlijk betreffende feiten en omstandigheden.

Het EHRM nam als uitgangspunt dat het Verenigd Koninkrijk ook bij toepassing van de Dublinverordening aansprakelijk bleef onder artikel 3 EVRM voor de voorzienbare gevolgen van de overdracht. Europese staten kunnen dus niet ‘automatisch’ vertrouwen op de Dublinverordening en het GEAS. Maar het Unieasielrecht beschermt wel fundamentele rechten, en rechtvaardigt wel een zekere mate van vertrouwen. Daar komt nog bij, aldus het EHRM, dat K.R.S. ook in Griekenland een klacht bij het EHRM zou kunnen indienen; mocht uitzetting naar het land van herkomst aanstaande zijn, dan kon zij bovendien om een ‘*interim measure*’ verzoeken.<sup>43</sup> Een *interim measure* is een soort voorlopige voorziening, een bevel van het EHRM om (in dit geval) uitzetting achterwege te laten totdat op de klacht is beslist.

Kortom, uitgangspunt is vertrouwen in Griekenland, en dat vertrouwen wordt versterkt door zowel de binding aan Unierecht als door het Straatsburgse rechtsbeschermingsstelsel. Weerlegging van deze presumptie van vertrouwen is echter mogelijk. Wat precies vereist is voor weerlegging van die presumptie stelde het EHRM niet in *K.R.S./VK*; de uitspraak kan zo gelezen worden dat concrete gevallen van *refoulement* vereist zijn.

Twee jaar later echter kwam de Grote Kamer van het EHRM tot een andere slotsom in *M.S.S./België en Griekenland*. M.S.S. was een Afghaanse asielzoeker die via Griekenland naar België reisde, dat het asielverzoek afwees omdat Griekenland verantwoordelijk was. Hij diende een klacht in bij het EHRM, maar werd wel overgedragen aan Griekenland, waar hij een asielverzoek indiende. Toen het Europese Hof voor de Rechten van de Mens arrest wees, was op dat asielverzoek nog niet beslist.

Het EHRM onderzocht eerst de klachten over schending van de artikelen 3 en 13 EVRM door Griekenland. Het concludeerde dat M.S.S. tijdens zijn verblijf in vreemdelingendetentie vernederend behandeld was en dat ook het ontbreken van opvangvoorzieningen in zijn geval had geleid tot een met artikel 3 EVRM strijdige situatie.<sup>44</sup> Dat laatste is zeer opmerkelijk, omdat het Hof tot dit arrest nooit een schending van artikel 3 EVRM had geconstateerd vanwege sociaal-economische omstandigheden.<sup>45</sup> Evenzeer opmerkelijk is dat het EHRM die interpretatie van artikel 3 EVRM mede baseerde op de Opvangrichtlijn. Deze geeft (naast onder meer het Vluchtelingenverdrag) uitdrukking aan een ‘consensus’ tussen staten dat asielzoekers een bijzonder kwetsbare groep vormen aan wie ‘bijzondere bescher-

ming’ toekomt, aldus het EHRM.<sup>46</sup> ‘[G]ezien de verplichtingen onder Richtlijn 2003/9’ waren de Griekse autoriteiten verantwoordelijk voor de vernederende omstandigheden waarin M.S.S. zich maandenlang bevond (hij leefde op straat, had geen inkomsten).<sup>47</sup>

De Griekse stelling dat M.S.S. het uitblijven van een beschikking op de asielaanvraag voor de rechter had kunnen en moeten aanvechten werd door het EHRM afgewezen: het Griekse asielstelsel en rechtsbeschermingsstelsel waren zo disfunctioneel dat een gang naar de rechter geen kans op effect had.<sup>48</sup>

Vervolgens beoordeelde het Hof de klachten tegen België. Dat had hem niet mogen overdragen: de schendingen van artikel 3 EVRM waren voorzienbaar op grond van de algemene rapporten over Griekenland die België kende of had moeten kennen.<sup>49</sup> Ook kon België er niet op vertrouwen dat M.S.S. in Griekenland zou kunnen klagen, zoals het EHRM zelf nog had opgemerkt in *K.R.S.* Vanwege het disfunctioneren van het Griekse asielstelsel was bescherming door een klacht of een verzoek om een *interim measure* bij het Straatsburgse Hof ‘illusoir’.<sup>50</sup>

Ditmaal was de presumptie van vertrouwen dus weerlegd. Het EHRM stelde opnieuw niet duidelijk op grond waarvan: het repte vrij algemeen over rapporten die ‘all agree as to the practical difficulties involved in the application of the Dublin system in Greece, the deficiencies of the asylum procedure and the practice of direct or indirect *refoulement* on an individual or a collective basis’.<sup>51</sup> Of deficiënties in de procedure voldoende zijn om overdracht op grond van artikel 3 EVRM te stuiten, of dat een praktijk van *refoulement* vereist is, blijft daarmee onduidelijk. Wel duidelijk was dat overdrachten naar Griekenland voorlopig niet konden plaatsvinden: de bevinding dat overdracht strijdig was met artikel 3 EVRM was immers op algemene gronden genomen, en dus van toepassing op alle asielzoekers.

## Griekenland: het Hof van Justitie

De praktische impact van dit verbod op overdracht naar Griekenland was in een aantal lidstaten, waaronder Nederland, beperkt. Op 12 augustus 2010, dus enkele maanden voor *M.S.S.* werd gewezen, had het Court of Appeal van Engeland en Wales in de zaak *N.S./Secretary of States for the Home Department* (hierna: *N.S./SSHD*) prejudiciële vragen gesteld over toepassing van de Dublinverordening in geval er aanwijzingen waren dat de procedure of opvang in de andere lidstaat tekortschoot. In reactie daarop had onder meer de Afdeling

43. EHRM 2 december 2008, *K.R.S./VK*, klachtnr. 32733/08, onder The Law - The Court’s assessment.

44. *M.S.S./België en Griekenland*, r.o. 234 en 263-264.

45. Dat wil zeggen, anders dan omstandigheden in detentie; en in eerdere arresten had het EHRM al wel aangeven dat sociaal-economische omstandigheden relevant waren voor de toetsing aan art. 3 EVRM: zie daarover *M.S.S.*, r.o. 249-251.

46. *M.S.S.*, r.o. 250.

47. *M.S.S.*, r.o. 263.

48. *M.S.S.*, r.o. 312-320.

49. *M.S.S.*, r.o. 359-360 en 367-368.

50. *M.S.S.*, r.o. 357.

51. *M.S.S.*, r.o. 347.

bestuursrechtspraak een bericht doen uitgaan dat het hoger beroep tegen Dublinoverdrachten zou aanhouden tot het Hof van Justitie arrest gewezen had;<sup>52</sup> aldus werd onherstelbare schade voor de asielzoekers voorkomen.

*N.S./SSHD* betrof een Afghaanse asielzoeker die alvorens in het Verenigd Koninkrijk een asielverzoek in te dienen door Griekenland was gereisd.<sup>53</sup> Hij had daar geen asielverzoek ingediend. Hij stelde naar Turkije te zijn uitgezet en daar onder ‘nare’ omstandigheden te zijn gedetineerd. Vervolgens was hij via Griekenland naar het Verenigd Koninkrijk gereisd. Dat hield Griekenland verantwoordelijk op grond van de Dublinverordening. *N.S.* stelde dat het Verenigd Koninkrijk bij overdracht het Unierecht, het EVRM en het Vluchtelingenverdrag zou kunnen schenden. De Secretary of State bleef echter bij zijn besluit hem over te dragen, en *N.S.*’ beroep daartegen werd door het High Court afgewezen. Het Court of Appeal oordeelde stellingname over een aantal Unierechtelijke kwesties noodzakelijk om uitspraak te doen en stelde een aantal prejudiciële vragen (zie hieronder).

Met deze zaak werd de Ierse zaak *M.E. e.a./Refugee Applications Commissioner* gevoegd. Deze betrof vijf asielzoekers (die verder niets met elkaar van doen hadden) uit Afghanistan, Iran en Algerije.<sup>54</sup> Zij waren blijkens Eurodac alle vijf in Griekenland geweest alvorens naar Ierland door te reizen (maar twee hadden dat ook uit eigen beweging aan de Ierse autoriteiten gemeld). Geen van hen had in Griekenland een asielverzoek ingediend. Alle vijf stelden dat de voorzieningen en procedures in Griekenland ‘ongeschikt’ waren en dat Ierland hun zaken daarom op grond van artikel 3 lid 2 DV aan zich moest trekken. Zij beroepen zich niet op het EVRM of (anderszins) op een verbod van *refoulement*.

Kort samengevat legden de verwijzende rechters het Hof van Justitie de volgende kwesties voor. Ten eerste de vraag of de beslissing van een lidstaat om met toepassing van artikel 3 lid 2 DV een asielverzoek waarvoor het niet verantwoordelijk is aan zich te trekken, binnen de werkingssfeer van het Unierecht in de zin van artikel 6 VEU en/of artikel 51 Handvest Grondrechten valt, dus voor zover het gaat om toepassing van mensenrechtelijke verplichtingen onder het Unierecht. Te betogen viel dat artikel 3 lid 2 DV slechts een nationale, soevereine bevoegdheid erkent die buiten het Unierecht viel omdat deze nooit was overgedragen. Het Hof van Justitie echter concludeert dat artikel 3 lid 2 DV de bevoegdheid tot vrijwillige behandeling van een asielverzoek verleent, en dat gebruik ervan – hoe discretionair overigens ook – uitoefening van Unierecht is waarbij de lidstaten gebonden zijn aan het Handvest Grondrechten en de grondrechten als bedoeld in artikel 6 lid 1 VEU.<sup>55</sup>

De overige vragen van de verwijzende rechters betroffen in de kern hoe die grondrechtentoetsing uitgevoerd moest worden.<sup>56</sup> Het Hof van Justitie stelt om te beginnen dat moet worden aangenomen dat behandeling van asielzoekers in alle lidstaten in overeenstemming is met het Handvest, het Vluchtelingenverdrag en het EVRM.<sup>57</sup> Vertrouwen is dus het uitgangspunt. Dit vermoeden is echter weerlegbaar.<sup>58</sup>

Voor weerlegging is niet elke niet-nakoming van verplichtingen uit de asielrichtlijnen voldoende; dat zou ‘de bestaansreden van de Unie en de verwezenlijking van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid en meer bepaald het gemeenschappelijk Europees asielstelsel [...] op het spel zetten’.<sup>59</sup> Dat stelsel is immers gebaseerd op het vermoeden dat alle lidstaten grondrechten eerbiedigen. Als iedere niet-naleving van een richtlijn voldoende zou zijn om overdracht te stuiten, dan zou dat te zeer indruisen tegen het doel van de Dublinverordening, namelijk snel te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is.<sup>60</sup>

Afzonderlijke schendingen van grondrechten zijn dus niet voldoende. Maar als ‘het systeem van de asielprocedure en de opvangvoorzieningen’ dermate tekortschiet dat er reëel risico is dat de asielzoeker onmenselijk of vernederend wordt behandeld, dan is overdracht in strijd met artikel 4 Handvest, het verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen.<sup>61</sup> Daarbij merkt het Hof van Justitie op dat blijkens het EHRM-arrest *M.S.S.* het systeem van de asielprocedure en de opvangvoorzieningen in Griekenland inderdaad tekortschoot.<sup>62</sup>

Voor weerlegging van het vermoeden is derhalve een systeemcrisis vereist waardoor strijd met artikel 4 Handvest Grondrechten ontstaat. Enkele regeringen hadden gesteld dat lidstaten niet over instrumenten beschikken om te bepalen of een andere lidstaat zijn verplichtingen naleefde. Het Hof van Justitie constateert dat het EHRM dat blijkens *M.S.S.* wel kon op basis van algemene rapporten, en dat de Commissie de nodige rapporten aan de Raad had overgelegd. Bovendien vereist artikel 80 VWEU solidariteit en billijke verdeling tussen de lidstaten. Op hen rust dan ook een onderzoeksplicht: overdracht is strijdig met artikel 4 Handvest Grondrechten als de lidstaten ‘niet onkundig kunnen zijn’ van de tekortkomingen in het asielsysteem van de andere staat.<sup>63</sup>

Wat te doen met de asielzoekers waarvoor Griekenland verantwoordelijk is, maar die elders asiel hebben aangevraagd? In beginsel moeten de verantwoordelijkheidscriteria worden toegepast, aldus het Hof van Justitie.<sup>64</sup> Denkbaar is dat een asielzoeker de EU is binnengeko-

52. Brief van de minister van Justitie van 1 oktober 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 19 637 nr. 1363.

53. Zie voor de feiten in de zaak *N.S./SSHD*: HvJ EU 21 december 2011, gevoegde zaken C-411/10 en 493/10, *N.S./SSHD*, r.o. 34-48.

54. Zie voor de feiten in de zaak *M.E. e.a./Refugee Applications Commissioner*: HvJ EU 21 december 2011, gevoegde zaken C-411/10 en 493/10, r.o. 51-52.

55. *N.S./SSHD*, r.o. 50, 55 en 69.

56. *N.S./SSHD*, r.o. 50 en 70-74.

57. *N.S./SSHD*, r.o. 80.

58. *N.S./SSHD*, r.o. 104.

59. *N.S./SSHD*, r.o. 82-83.

60. *N.S./SSHD*, r.o. 84-85.

61. *N.S./SSHD*, r.o. 86 en 106.

62. *N.S./SSHD*, r.o. 87-89.

63. *N.S./SSHD*, r.o. 91-94.

64. *N.S./SSHD*, r.o. 96.

men via Griekenland, dat derhalve verantwoordelijk is op grond van artikel 12 DV, en vervolgens op doorreis in Italië een asielverzoek heeft ingediend en daarna in Nederland nog een. In dat geval is op grond van artikel 13 Italië verantwoordelijk. Echter,

‘de lidstaat waar de asielzoeker zich bevindt, [dient erop toe te zien] dat hij een situatie waarin de grondrechten van de asielzoeker worden geschonden, niet erger maakt door de procedure om de verantwoordelijke lidstaat te bepalen, onredelijk lang te laten duren. Zo nodig dient hij het verzoek zelf te behandelen overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening nr. 343/2003’.<sup>65</sup>

Deze overweging is wat curieus (de grondrechten van de asielzoeker waarvoor Griekenland verantwoordelijk was, worden tijdens zijn verblijf in bijvoorbeeld Nederland immers niet geschonden), maar lijkt in te houden dat als vaststelling van de verantwoordelijkheid te lang zou gaan duren een verplichting bestaat het verzoek zelf te behandelen, met toepassing van artikel 3 lid 2 DV.

Een laatste vraag is ten slotte de relevantie van de artikelen 1, 18 en 47 Handvest; het recht op respect voor de menselijke waardigheid, de verplichting tot eerbiediging het recht op asiel in overeenstemming met het Vluchtelingenverdrag en het recht op een eerlijk proces. Denkbaar is dat in een lidstaat de systeemcrisis niet leidt tot onmenselijke of vernederende behandeling, maar wel tot structurele schending van deze andere Handvestbepalingen. Het Hof van Justitie bepaalt echter dat deze bepalingen niet tot een ander antwoord kunnen leiden: alleen schending van artikel 4 Handvest Grondrechten is relevant in dit verband.<sup>66</sup>

## Dublin na *M.S.S.* en *N.S.*

Hoe deze uitkomsten te beoordelen? Duidelijk is dat het Hof van Justitie heeft getracht recht te doen aan de verschillende betrokken belangen: de werking van het Europees asielstelsel, de grondrechtenbescherming van de asielzoekers en de moeilijke positie van Griekenland. Vanwege het gewicht dat het Hof van Justitie aan het eerste toekent, ligt de lat voor weerlegging van het vermoeden van eerbiediging van grondrechten elders hoog: ernstige tekortkomingen in het systeem zijn vereist. Dat betekent dat reëel risico in individuele gevallen niet voldoende is. Dat is vanuit Unierechtelijk oogpunt logisch – bij gesteld individueel risico kan de asielzoeker zich immers beroepen op de relevante richtlijnen of het Handvest Grondrechten in de verantwoordelijke lidstaat, als het asielsysteem daar niet is ingestort. Vanuit

65. *N.S./SSHD*, r.o. 98.

66. *N.S./SSHD*, r.o. 114. Het Court of Appeal had overigens nog een vraag gesteld, of Protocol 30 bij het EU-verdrag tot een andere beantwoording van de gestelde vragen noopte waar het ging om het Verenigd Koninkrijk; dat was volgens het Hof van Justitie niet het geval (r.o. 122).

asielrechtelijk oogpunt is het dat niet: overdrachten binnen de Unie zijn overdrachten van de ene staat, partij bij EVRM en Vluchtelingenverdrag, naar een andere, en de opzet van het gemeenschappelijk Europees asielsysteem doet op zichzelf niet af aan de verantwoordelijkheid onder artikel 3 EVRM. Dat betekent dat het mogelijk blijft dat artikel 3 EVRM overdracht verbiedt op grond van bijzondere omstandigheden, zonder dat het asielsysteem van de ontvangende staat ernstige tekortkomingen vertoont.

Of er in dit opzicht ook in de praktijk veel licht zal zitten tussen het verbod op overdracht uit artikel 4 Handvest Grondrechten en dat van artikel 3 EVRM is echter zeer de vraag. Immers, waar het asielsysteem niet disfunctioneert, zal de asielzoeker in de ontvangende lidstaat een klacht kunnen indienen bij het EHRM en uit *K.R.S./VK* valt af te leiden dat daarmee overdracht toelaatbaar is.

In een ander opzicht lijkt er wel verschil te zitten tussen de toets die het EHRM aanlegt en die van het Hof van Justitie. In *M.M.S.* oordeelde het Straatsburgse Hof dat het risico op vernederende behandeling in Griekenland en het risico op *refoulement* naar het land van herkomst ten gevolge van tekortkomingen in het asielsysteem ieder afzonderlijk grond waren om uitzetting naar Griekenland strijdig met artikel 3 EVRM te achten.<sup>67</sup> Het Hof van Justitie daarentegen spreekt van ‘tekortkomingen in het systeem van de asielprocedure en de opvangvoorzieningen’.<sup>68</sup> Dit kan zo worden gelezen dat tekortkomingen in zowel de procedure als de opvang zijn vereist. Mogelijk echter is dit criterium gebaseerd op de veronderstelling dat het een steeds gepaard zal gaan met het ander, omdat procedure en opvang deel uitmaken van een en hetzelfde systeem, en heeft het Hof van Justitie geen hogere drempel voor toepassing van artikel 4 Handvest Grondrechten dan voor artikel 3 EVRM willen opwerpen. De expliciete verwijzingen naar *M.S.S.* door het Hof van Justitie lijken de aanname dat beide bepalingen in dit opzicht niet uiteenlopen te rechtvaardigen. En met de bevinding dat de andere Handvestbepalingen die aan de orde waren gesteld, en die geen (exacte) pendant in het EVRM kennen, niet relevant zijn voor de toetsing van de overdracht, heeft het Hof van Justitie bewerkstelligd dat het toetsingskader uit het Handvest voor dit geval niet afwijkt van dat van het EVRM.

Het verdient ten slotte opmerking dat het Hof van Justitie uitdrukkelijk aandacht schenkt aan de precare situatie waarin Griekenland zich bevindt, waar het opmerkt dat artikel 80 VWEU een billijke verdeling vergt. Daarmee impliceert het Hof van Justitie dat overgang van de verantwoordelijkheid op andere lidstaten niet (alleen) vanuit mensenrechtelijk oogpunt wenselijk is, maar ook vanuit het oogpunt van solidariteit tussen de lidstaten.

De uitspraak van het Hof van Justitie heeft hetzelfde effect als het door de Commissie voorgestelde opschortingmechanisme gehad zou hebben. Het grote verschil is

67. *M.S.S./België en Griekenland*, r.o. 341-360 en 362-368.

68. *N.S./SSHD*, r.o. 106.



dat hier niet de Raad het laatste woord heeft over het opleggen of beëindigen van de opschorting van Dublin-overdrachten. Wie wel? Strikt genomen zullen dat de hoogste nationale rechters zijn, als deze na gestelde verbetering van de Griekse situatie nieuwe beslissingen tot overdracht aan het Handvest Grondrechten toetsen. Maar ongetwijfeld zullen de nodige Dublinclaimanten in Straatsburg klagen over de beslissing hen over te dragen aan Griekenland. Dan zal de uitkomst uiteindelijk opnieuw bepaald worden door het Straatsburgse Hof. Daarmee fungeert het laatste als feitenrechter voor Unierecht op Europees niveau.

Het is niet uitgesloten dat soortgelijke kwesties ook zullen spelen ten aanzien van overdrachten op grond van de Dublinverordening naar andere lidstaten. Voor de Nederlandse rechter is al beroep gedaan op *M.M.S.* tegen overdrachten naar Italië en Malta.<sup>69</sup> Toch lijkt Griekenland een geval apart; het langdurig en volledig disfunctioneren van het asielsysteem is uitzonderlijk. Maar de wisselwerking tussen Luxemburg en Straatsburg kan ook een rol spelen in minder uitzonderlijke situaties, de interpretatie van Unierecht. Om dat te illustreren schets ik hieronder de gang van zaken rond de zaak *Elgafaji* tussen 2007 en 2009.

## Elgafaji

Het arrest *Elgafaji/Staatssecretaris voor Justitie* betrof artikel 15(c) van de Definitierichtlijn.<sup>70</sup> Deze bepaling had een bijzondere achtergrond.<sup>71</sup> De Definitierichtlijn geeft aan wie in aanmerking komt voor asiel. Asielgronden definiëren was relatief eenvoudig waar het uitwerking van internationaal recht betrof, waardoor de lidstaten toch al gebonden waren. De maatregel definieert dan ook een status voor ‘vluchtelingen’, die gebaseerd is op het Vluchtelingenverdrag, en ‘subsidiare beschermingsstatus’ die grotendeels geënt is op het uitzettingsverbod van artikel 3 EVRM. Harmonisatie was lastiger waar het ging om zuiver nationale gronden voor asiel. Veel lidstaten kenden voor de vorming van het GEAS naast deze vormen van bescherming nog nationale gronden voor asielverlening. Deze verschilden veelal van het Vluchtelingenverdrag en het EVRM wat betreft het algemene karakter van de bedreiging.<sup>72</sup>

Het Vluchtelingenverdrag vereist vrees voor vervolging vanwege ras, godsdienst, politieke overtuiging of een van de andere gronden genoemd in het Verdrag. Gevaar

voor alle personen in een bepaald gebied, bijvoorbeeld door oorlog, kan dus in beginsel geen vluchtelingenschap opleveren. Toen de Definitierichtlijn geschreven werd, werd algemeen aangenomen dat voor artikel 3 EVRM iets dergelijks gold. In het arrest *Vilvarajah* had het EHRM gesteld dat klagers ‘bijzondere onderscheidende kenmerken’ aannemelijk moesten maken, waardoor zij meer dan anderen risico liepen op mishandeling.<sup>73</sup> Veel nationale regelingen boden bescherming tegen uitzetting voor personen die oorlog, hongersnood of (andere) ecologische rampen ontvluchten, maar zulk individueel gevaar niet konden aantonen.

Beperking van het Unierecht tot internationaalrechtelijke asielfronden zou betekenen dat een niet onbelangrijke categorie, namelijk derdelanders die vluchten voor oorlog, honger en andere algemene dreigingen, buiten het Unierecht zouden vallen. De Commissie vond dat ongewenst en had in het Voorstel voor de Definitierichtlijn een extra grond voor verlening van subsidiaire bescherming opgenomen, naast mishandeling als bedoeld in artikel 3 EVRM: ‘een bedreiging van het leven, de veiligheid of de vrijheid van de betrokkenen als gevolg van willekeurig geweld in het kader van een gewapend conflict of als gevolg van stelselmatige of algemene schendingen van hun mensenrechten’.<sup>74</sup> Onderhandelingen in de Raad resulteerden in een compromistekst: ‘ernstige en individuele bedreiging van het leven of de persoon van een burger als gevolg van willekeurig geweld in het kader van een internationaal of binnenlands gewapend conflict’.<sup>75</sup> Deze was voor velerlei uitleg vatbaar. Bij nadruk op de term ‘individueel’ voegde de bepaling weinig of niets toe aan artikel 3 EVRM. Bij nadruk op de term ‘willekeurig’ juist wel.

Het verdient opmerking dat juist bij deze bepaling verschil in toepassing aanzienlijke numerieke impact kan hebben en tot migratie van derdelanders binnen de Unie kan leiden. Eenduidige uitleg en toepassing zijn dus zeer gewenst.

De Afdeling bestuursrechtspraak vatte als eerste nationale rechter de koe bij de hoorns en stelde in de zaak *Elgafaji* in 2007 prejudiciële vragen. Bood artikel 15(c) extra bescherming naast artikel 3 EVRM? Zo ja, welke criteria dienden dan te worden aangelegd?<sup>76</sup>

Nog voor het Hof van Justitie zich over die vragen kon uitlaten, ontrolde zich hetzelfde scenario als later bij *N.S./SSHD* zou gebeuren: het EHRM liet zich in het arrest *Na./VK* uit over bescherming van artikel 3 EVRM bij algemeen risico. Het Straatsburgse Hof merkte op dat het ‘nooit had uitgesloten’ dat artikel 3 EVRM ook van toepassing kon zijn in gevallen waarin iedereen uit een bepaald gebied risico liep te worden getroffen door ‘algemeen geweld’.<sup>77</sup> Wanneer artikel 3

69. ABRvS 14 juli 2011, *JV* 2011/377 en ABRvS 7 oktober 2011, *JV* 2011/493.

70. HvJ EG 17 februari 2009, zaak C-465/07, *Meki Elgafaji en Noor Elgafaji/Staatssecretaris van Justitie*, *Jur.* 2009, p. I-921 (hierna: *Elgafaji*).

71. Zie voor een beschouwing over deze achtergrond, met uitgebreide literatuurverwijzingen, K. Hailbronner, ‘Commentary on Directive 2004/83’, in: K. Hailbronner (red.), *EU immigration and Asylum Law*, München: Beck, p. 1007-1009 en 1039-1040.

72. Zie voor een overzicht bijv. ACVZ, Vervolgstudie categoriaal beschermingsbeleid, 2009, te raadplegen op <www.acvz.org> (laatst bezocht op 19 februari 2012).

73. EHRM 31 oktober 1991, Ser. A 215.

74. Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven, COM(2001)510def.

75. Art. 15(c) Richtlijn 2004/83/EG.

76. *Elgafaji*, r.o. 26.

77. EHRM 17 juli 2008, klachtnr. 25904/07, *JV* 2008/329, r.o. 115.

EVRM in zulke situaties uitzetting verbiedt, vermeldde het Straatsburgse Hof niet, enkel dat het om ‘zeer buitengewone situaties’ zou gaan.

Tegen de achtergrond van die bevinding beantwoordde het Hof van Justitie vervolgens de vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak. Het bepaalde dat artikel 15(c) geen bijzondere kenmerken vereiste. De in die bepaling bedoelde bedreiging kan

‘worden geacht aanwezig te zijn wanneer de mate van willekeurig geweld in het aan de gang zijnde conflict (...) dermate hoog is dat er zwaarwegende gronden bestaan om aan te nemen dat een burger die terugkeert naar het betrokken land of, in voorkomend geval, naar het betrokken gebied, louter door zijn aanwezigheid aldaar een reëel risico op die bedreiging zou lopen’.<sup>78</sup>

De spanning tussen de termen ‘individueel’ en ‘algemeen’ loste het Hof van Justitie dus op door te stellen dat als het algemeen gevaar ernstig genoeg was, het ook voor een ieder individueel gold. De uitkomst van de lezing van artikel 15(c) in *Elgafaji* verschilde al met al weinig van het algemeen gevaar in *Na.*, zo constateerde in elk geval onze Afdeling bestuursrechtspraak.<sup>79</sup>

## Artikel 3 EVRM en artikel 15(c)

92 Over de verhouding tussen 15(c) en 3 EVRM was het Hof van Justitie in *Elgafaji* ietwat dubbelzinnig. Enerzijds stelde het dat de Unierechtbepaling ‘autonoom’ van artikel 3 EVRM moest worden uitgelegd. Artikel 15(b) stemt namelijk in essentie overeen met die bepaling. Artikel 15(c) kwam dan ook ‘zelfstandige betekenis’ toe.<sup>80</sup> Anderzijds benadrukte het dat de uitleg geheel in overeenstemming met in het bijzonder *Na/VK* was.<sup>81</sup>

Ook het EHRM was niet eenduidig over de verhouding tussen beide bepalingen. Hoewel het in *Na./VK* opmerkte dat het niet over de uitleg van artikel 15(c) ging,<sup>82</sup> kon dit arrest moeilijk anders worden gezien dan interventie in het debat over de lezing van die bepaling. Voor het geval van *Na.* was dat algemene risico namelijk niet relevant: van zulk gevaar was in diens land van herkomst geen sprake, aldus het Straatsburgse Hof, en het constateerde een schending op individuele gronden.<sup>83</sup> In het nadien gewezen arrest *Sufi en Elmi* stelde het echter:

‘based on the ECJ’s interpretation in *Elgafaji*, the Court is not persuaded that Article 3 of the Convention, as interpreted in *NA*, does not offer comparable protection to that afforded under the Directive. In particular, it notes that the threshold set by both pro-

visions may, in exceptional circumstances, be attained in consequence of a situation of general violence of such intensity that any person being returned to the region in question would be at risk simply on account of their presence there’.<sup>84</sup>

Met deze overweging geeft het EHRM aan dat het in feite artikel 15(c) Definitierichtlijn toepast. Daarmee vulde het een leemte die het Hof van Justitie in *Elgafaji* had laten bestaan. Het Hof van Justitie had bepaald dat het aan de autoriteiten van de lidstaten was om te beoordelen of er sprake was van een situatie waarin eenieder risico liep.<sup>85</sup> Dat leidde tot uiteenlopende toepassingen. Zo meenden België en Zweden dat er in heel Centraal- en Zuid-Somalië algemeen risico was, maar oordeelden de Nederlandse minister en de Afdeling bestuursrechtspraak dat dat alleen gold voor Mogadishu, maar niet voor andere Zuid-Somalische deelgebieden.<sup>86</sup> Dit evidente verschil in uitleg leek nieuwe prejudiciële vragen onvermijdelijk te maken. Die zijn echter tot op heden niet gesteld. De verdere ontwikkeling van de Straatsburgse jurisprudentie lijkt daarvoor de reden. In een serie arresten gaf het EHRM aan in welke landen geen sprake was van ‘algemeen risico’,<sup>87</sup> om in arrest *Sufi en Elmi* ten slotte de situatie in Somalië te beoordelen. Het gaf daarvoor een set criteria, namelijk de intensiteit van het geweld in de relevante regio, het al dan niet willekeurige karakter ervan, het aantal slachtoffers en het aantal vluchtelingen.<sup>88</sup> Het EHRM concludeerde dat in Mogadishu zich een situatie van algemeen geweld voerde; daarbuiten moet de situatie per gebied (en naar de zich snel wijzigende omstandigheden van het moment) worden beoordeeld.<sup>89</sup>

## Slotopmerking

De besproken arresten laten een aantal observaties toe. Ten eerste lijken beide hoven te streven naar eenzelfde oplossing voor vraagstukken die spelen onder het EVRM en onder Unierecht ten aanzien van asiel: in *N.S./SSHD* sneed het Hof van Justitie de implicatie van het Handvest Grondrechten voor mensenrechtelijke toetsing van Dublinoverdrachten toe op de artikel 3 EVRM-rechtspraak in met name *M.S.S.*, en omgekeerd lijkt het Straatsburgse Hof in *Na./VK* de reikwijdte van artikel 3 EVRM te hebben aangepast aan artikel 15(c) van de Definitierichtlijn. Dat het Hof van Justitie Straatsburgse rechtspraak volgt, verbaast niet gezien de primaire positie die het Unierecht (in onder meer art. 6

78. *Elgafaji*, r.o. 45.

79. ABRvS 25 mei 2009, *JV* 2009/291.

80. *Elgafaji*, r.o. 28 en 36.

81. *Elgafaji*, r.o. 44.

82. EHRM 17 juli 2008, *Na./VK*, klachtnr. 25904/07, r.o. 107.

83. *Na./VK*, r.o. 125 en 147.

84. EHRM 28 juni 2011, *Sufi en Elmi*, *JV* 2011/332, r.o. 226.

85. *Elgafaji*, r.o. 45.

86. Brief van de minister voor Immigratie en Asiel aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2010/11 19 637, nr. 1445.

87. Sri Lanka, *Na./VK*, r.o. 125 Irak, EHRM 20 januari 2009, *F.H./Zweden*, *JV* 2009/74, r.o. 93; Afghanistan, EHRM 20 juli 2010, *N./Zweden*, *JV* 2010/373, r.o. 52 en Congo, EHRM 1 juni 2010, *Mawaka/Nederland*, *NTM* 35 (2010) p. 613-619.

88. *Sufi en Elmi*, r.o. 241 en 249.

89. *Sufi en Elmi*, r.o. 249-250 en 269.

VEU, zie de introductie) het EVRM toebedeelt waar het gaat om mensenrechten. Dat het EHRM op Unierecht leunt, ligt minder voor de hand maar hoeft evenmin te verbazen. Bij de interpretatie van het EVRM leunt het Straatsburgse Hof immers in laatste instantie op consensus tussen de staten, partij bij het EVRM, en secundair Unierecht kan als uitdrukking daarvan worden gebruikt (vgl. de verwijzing naar de Opvangrichtlijn bij de bevinding dat het onthouden van opvang aan asielzoekers een schending van artikel 3 EVRM kan inhouden in *M.S.S.*).<sup>90</sup>

Ten tweede kan, door deze parallelle lezingen van EVRM en Unierecht, het Straatsburgse Hof optreden als *de facto* feitenrechter op Europees niveau voor Unierechtelijke asielkwesties: het beoordeelt in welke staten of regio's alle inwoners reëel risico lopen door willekeurig geweld, en naar welke lidstaat Dublinoverdrachten niet meer mogen plaatsvinden. Zonder af te doen aan de verplichtingen van de nationale rechters, fungeert het EHRM daarmee als een aanvulling op het Unierechtelijke rechtsbeschermingsmechanisme.

Omgekeerd versterkt de parallelle lezing van EVRM en Unierecht ook het Straatsburgse beschermingsmechanisme. De omvang van de zaaklast van het EHRM is berucht. Deze valt deels te verklaren uit de omstandigheid dat gestelde schendingen niet afdoende worden uitgefilterd door de nationale rechter, waartoe klagers zich moeten wenden alvorens in Straatsburg een klacht te kunnen indienen.<sup>91</sup> Een goed werkend gemeenschappelijk Europees asielstelsel met duidelijk uitgewerkte normen voor procedure en kwalificatie kan evengoed functioneren als filter, en dus bijdragen aan het afnemen van de zaaklast. Bovendien rechtvaardigt een goed werkend GEAS introductie van hogere drempels voor klachten bij het EHRM, zoals in *K.R.S.* gebeurde.

90. Omdat lang niet alle staten die partij zijn bij het EVRM lid zijn van de Europese Unie, kan Unierecht overigens niet zonder meer als consensus van de eerstgenoemde staten worden aangemerkt.

91. Zie art. 35 EVRM en vgl. art. 13 EVRM, dat daartoe vereist dat tegen gestelde EVRM-schendingen een 'effectief rechtsmiddel' bij een nationale instantie openstaat.