

# Kroniek van het migratierecht

**Hemme Battjes, Pieter Boeles, Evelien Brouwer, Galina Cornelisse, Marcelle Reneman, Lieneke Slingenberg, Thomas Spijkerboer & Martijn Stronks<sup>1</sup>**

Het tumult in het migratierecht zal niemand zijn ontgaan. Deze juridische kroniek beoogt geen recht te doen aan alle aspecten van deze crises. Al was het alleen maar omdat de problemen voornamelijk van politieke aard zijn en het dezer dagen vooral duidelijk wordt hoe beperkt de rol van het recht is in de zoektocht naar oplossingen. Toch is er onvermijdelijk veel aandacht voor deze kwestie in de verschillende rubrieken. Daarnaast worden enkele belangwekkende ontwikkelingen uit de andere deelgebieden die het migratierecht rijk is belicht. Geen volledig overzicht, maar wel een relevante keuze daaruit.

**H**et tumult in het migratierecht zal slechts weinigen zijn ontgaan. In de afgelopen kroniekperiode was er in de pers, het publieke debat en de politiek veel aandacht voor de vele vreemdelingen die stierven bij een poging de Europese Unie te bereiken, alsmede voor de sterk gestegen aantallen asielzoekers.<sup>2</sup> Dat laatste leidde tot de nodige politieke spanningen tussen lidstaten.<sup>3</sup> Nadat de Griekse financiële crisis de Europese economische samenwerking onder hoogspanning had gezet, werd de vluchtelingen crisis de humanitaire lakmoesproef voor het Europese project.

Dé vluchtelingen crisis bestaat echter in feite uit meerdere crises. Lange tijd was het meest in het oog springende probleem dat van de bootmigranten in de Middellandse zee; een crisis die pas sinds de iconische foto van het jongetje Aylan Kurdi tot echt grootse maatschappelijke onrust leidde. De afgelopen weken verschoof de aandacht echter steeds meer naar andere Europese grenzen, zoals die tussen Servië en Hongarije, waar de Hongaren niet schuwen om geweld te gebruiken om binnenkomst van asielzoekers te voorkomen. Een derde crisis betreft de mensen die proberen vanuit Calais Engeland te bereiken en daarvoor eveneens grootse risico's nemen. Hoewel het niet uitgesloten is dat zich onder deze groep vluchtelingen bevinden, betreft het hier toch geen vluchtelingenprobleem. Deze mensen

kunnen immers in Frankrijk asiel aanvragen en besluiten door te reizen naar het Verenigd Koninkrijk om economische of andere redenen. Met het doorreizen van migranten ligt tevens een andere crisis op tafel: de Europese verdeelsleutel voor de opname van asielzoekers binnen Europa. Zo gaan de crises niet alleen over de binnenkomst van de migranten op het Europese grondgebied, maar zeker ook over de plaats waar ze vervolgens hun asielaanvraag indienen. Ook over die verdeelsleutel en de houdbaarheid van het Dublin-systeem bestaat binnen Europa de grootst mogelijke verdeeldheid.

Deze juridische kroniek beoogt geen recht te doen aan alle aspecten van deze crises. Al was het alleen maar omdat de problemen voornamelijk van politieke aard zijn en het dezer dagen vooral duidelijk wordt hoe beperkt de rol van het recht is in de zoektocht naar oplossingen. Toch is er onvermijdelijk veel aandacht voor deze kwesties in de verschillende rubrieken. Daarnaast lichten we enkele belangwekkende ontwikkelingen uit de andere deelgebieden die het migratierecht rijk is. Dit betreft vanzelfsprekend geen volledig overzicht, maar wel een, naar onze smaak, relevante keuze daaruit.

## Europese buitengrenzen

Sinds het conflict in Syrië in 2011 uitbarstte, zijn zo'n vier

### Auteurs

1. Prof. mr. H. Battjes, prof. mr. P. Boeles, mr. dr. E.R. Brouwer, mr. dr. A.M. Reneman, mr. dr. C.H. Slingenberg, prof. mr. T.P. Spijkerboer en mr. drs. M.C. Stronks zijn allen werkzaam bij de sectie migratierecht van de Vrije

Universiteit Amsterdam, mr. dr. G. Cornelisse is werkzaam bij de sectie Transnational Legal Studies van dezelfde universiteit.

### Noten

2. In het eerste kwartaal van 2015 was het

aantal asielzoekers (met eerste aanvraag) gestegen met 86% ten opzichte van hetzelfde kwartaal in 2014 ([http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum\\_quarterly\\_report](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_quarterly_report), bezocht op 5 oktober 2015).

3. Zo vergeleek de Oostenrijkse bondskanselier het Hongaarse asielbeleid met nazipraktijken, en betichtte de Hongaarse premier Oostenrijk van een leugencampagne ([www.standaard.be/cnt/dmf20150912\\_01863424](http://www.standaard.be/cnt/dmf20150912_01863424), bezocht op 5 oktober 2015).

miljoen Syriërs hun land ontvlucht. Er zitten er 600 000 in Jordanië, 1,3 miljoen in Libanon, en twee miljoen in Turkije. In 2012 en 2013 bracht de wereldgemeenschap 70% van het geld dat nodig was om deze Syriërs op te vangen bijeen. In 2014 liep dat terug tot 50%, en of dat in 2015 weer gehaald wordt, is de vraag; de teller staat nu op 40%.<sup>4</sup> De opvang van vluchtelingen in de regio is failliet – niet bij wijze van spreken, maar letterlijk. Syrische vluchtelingen worden door deze omstandigheden sterk gestimuleerd om door te reizen naar andere werelddelen, en gaan op zoek naar smokkelaars. In deze vraag wordt voorzien door smokkelaars, die hun diensten niet alleen aanbieden aan Syriërs. Het failliet van de opvang in de regio leidt door dit onbedoelde multiplier-effect niet alleen tot een

### Het is een soort Keynesiaans beleid: er wordt vraag naar smokkel geschapen, de vraag schept aanbod, die weer meer vraag schept

sterke stijging van het aantal Syrische asielzoekers aan en binnen de Europese grenzen, maar tot een eveneens sterke stijging van migratie door andere groepen. Het is een soort Keynesiaans beleid: er wordt vraag naar smokkel geschapen, de vraag schept aanbod, die weer meer vraag schept – en misschien is deze cyclus nog niet ten einde.

Tegen de kracht van deze ontwikkeling is de Europese regelgeving niet bestand. Buitengrensovergangen worden soms helemaal gesloten; binnengrenscontroles worden ingesteld (mogelijk op grond van artikel 23 en volgende van de Schengengrenscode, zie onder) en ook weer opgeschort. Het verdeelsysteem voor de behandeling van asielaanvragen ('Dublin'), dat al zware schade had opgelopen doordat Griekenland zijn verplichtingen niet nakwam en ook Italië een probleemland is, werd door verschillende Europese landen buiten werking gesteld. Hongarije en Oostenrijk kondigden aan geen asielzoekers meer terug te nemen, Duitsland kondigde aan Dublin niet meer tegen te werpen. Het ontbrak in de EU aan de nodige overeenstemming om het juridische instrument dat is gemaakt voor massale instroom als deze, de Tijdelijke Beschermingsrichtlijn (Richtlijn 2001/55), in werking te stellen. Ook de nationale asiel-systemen kraken in hun voegen.

#### Europese binnengrenzen

Door de grote stroom van doorreizende migranten binnen Europa staat het basisbeginsel van het Schengen Uitvoeringsverdrag – vrij verkeer zonder controles aan de binnengrenzen – flink onder druk. Maar ook de verijdelde terroristische aanslag op de Thalys tussen Amsterdam en Parijs in augustus 2015, was aanleiding voor verschillende autoriteiten om tot de verscherping van binnengrens-

controles over te gaan, of deze in ieder geval te bepleiten. In verschillende Schengenstaten zijn de controles aan de binnengrenzen verscherpt dan wel heringevoerd, al dan niet met de bouw van muren of hekken.

Op het in artikel 20 van de Schengengrenscode (Verordening 562/2006) neergelegde beginsel van geen grenscontroles aan de binnengrenzen zijn juridisch gezien twee uitzonderingen mogelijk.<sup>5</sup> Ten eerste biedt artikel 21 SGC ruimte voor 'de uitoefening van politiebevoegdheden' voor zover deze bevoegdheid tenminste niet het zelfde effect heeft als grenscontroles. Nadat het Hof van Justitie over deze (niet heel duidelijke) definitie in 2010 in het *Melki en Abdeli* arrest uitleg had gegeven, paste de Nederlandse regering het toenmalig beleid van mobiel toezicht veiligheid (MTV) in 2011 aan.<sup>6</sup> Dit deed het door in het Vreemdelingenbesluit (artikel 4.17a VB 2000) precies de intensiteit, frequentie en selectiviteit van controles in luchthavens, treinen en op autowegen vast te leggen. Dit beleid werd in 2012 in orde bevonden door het Hof van Justitie naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Afdeling Bestuursrechtspraak in de zaak *Adil*.<sup>7</sup> Volgens de regering boden de regels van 2011 echter onvoldoende ruimte voor effectieve en flexibele controle, onder meer wat betreft het traceren van mensensmokkelaars. Omdat naar het oordeel van de regering het *Adil*-arrest hiertoe ook ruimte zou laten, zijn in 2014 de regels aangepast en is het mobiel vreemdelingtoezicht in internationale treinen weer uitgebreid.<sup>8</sup> Daarnaast is een nieuwe bepaling, artikel 4.17b VB 2000 opgenomen, op basis waarvan in uitzonderingssituaties de binnengrenscontroles nog eens extra kunnen worden geïntensiveerd. Deze (tijdelijke) maatregel kan worden genomen bij 'aanzienlijke toename van illegaal verblijf na grensoverschrijding, dan wel indien er concrete aanwijzingen zijn dat op korte termijn een dergelijke toename kan worden verwacht'. Op basis van deze bevoegdheid in artikel 4.17b VB 2000 besloot Nederland in september 2015 (na Duitsland, Oostenrijk, Slovenië) tot aanscherping van controles aan de binnengrenzen, mede om te voorkomen dat 'mensensmokkelaars misbruik maken van de kwetsbare positie van asielzoekers'.<sup>9</sup>

De tweede uitzondering op de opheffing van binnengrenscontroles is neergelegd in artikel 23 SGC op basis waarvan Schengenstaten in geval van 'ernstige bedreiging van openbare orde of binnenlandse veiligheid' tijdelijk de controles aan de binnengrenzen kunnen herinvoeren. Van deze mogelijkheid is in 2014 door Nederland gebruik gemaakt naar aanleiding van de Nucleaire Veiligheidsstop in Den Haag in verband met de beveiliging van de aanwezige regeringsleiders.<sup>10</sup> Tijdens deze top werd aan 188 buitenlanders (ook-EU onderdanen) de toegang geweigerd aan de grenzen met Duitsland, België en op Schiphol bij de controle op intra-Schengenvluchten.<sup>11</sup> Deze toegang werd aan 35 personen geweigerd op grond van veiligheidsredenen, de andere weigeringen hadden allemaal te maken met ontbreken van geldige reis- of identiteitsdocumenten, of met het feit dat de persoon de in het visum toegestane verblijfstermijn had overschreden.

In 2014 oordeelde de Rechtbank Roermond de inbewaringstelling van een Palestijnse onderdaan nadat hij bij een MTV (Mobiel Toezicht Veiligheid) aan de Nederlands-Duitse grens in een uitreizende bus was gecontroleerd, onrechtmatig.<sup>12</sup> Hoewel deze controle binnen de toegesta-

ne 20-km grens van de binnengrens plaatsvond, ontbraken de volgens artikel 4.17a VB 2000 vereiste informatie of ervaringsgegevens op basis waarvan de Koninklijke Marechaussee kon vaststellen dat daar illegale immigratie zou plaatsvinden. De rechtbank wees er daarbij flijntjes op dat 'de bestrijding van illegale immigratie, in de uitvoering gericht op inreizend verkeer' zich niet verdraagt met de controle van uitreizend verkeer.

### Europees asielrecht: onderlinge verdeling

De Europese Commissie kwam in mei met een voorstel voor verdeling van 40 000 asielzoekers uit Italië en Griekenland op vrijwillige basis,<sup>13</sup> in september gevolgd door een voorstel voor quota om nog eens 120 000 asielzoekers die zich toen in Griekenland, Italië en Hongarije bevonden over de rest van de Europese Unie te verdelen.<sup>14</sup> Het ging daarbij om asielzoekers met een nationaliteit van wie gemiddeld 75% of meer asiel kregen – waarbij in de eerste plaats aan Syriërs gedacht zal zijn.

Een dergelijke vorm van 'burden sharing' had tot dan toe nooit in de Europese Unie plaatsgevonden. Toedeling van asielzoekers geschiedde en geschiedt op basis van de Dublinverordening, volgens welke de verantwoordelijkheid voor behandeling van een asielverzoek (en daarmee voor eventuele verlening van een asielvergunning, dan wel verwijdering uit de Unie) kan liggen bij de staat waar de vreemdeling de Europese Unie binnen reisde. Als meer structurele maatregel naast het ad hoc-verdelingsplan kwam de Commissie met een voorstel tot aanpassing van de Dublinverordening, en wel door invoering van een 'crisis-relocatie-mechanisme'.<sup>15</sup> Dat mechanisme houdt in dat als een lidstaat met een plotselinge, zeer grote toevloed van asielzoekers (met een nationaliteit waarvan 75% of meer asiel krijgt) wordt geconfronteerd en die niet aan kan, de Commissie kan besluiten tot herverdeling. Het elke lidstaat toebedeelde aantal wordt vastgesteld aan de hand van een verdeelsleutel waarin onder meer omvang van de bevolking, Bruto Nationaal Product, het gebruikelijke aantal asielzoekers per miljoen inwoners en de werkloosheid een rol spelen. Opmerkelijk is vooral dat de beslissing bij de Commissie wordt gelegd. Een eerder voorstel voor een soortgelijk (maar veel minder drastisch) crisisinstrument werd door vooral de Raad zo afgezwakt dat

het betekenisloos werd. Misschien dat de humanitaire en politieke crisis die de huidige vluchtelingenstroom in de Unie teweeg bracht de geesten wel rijp maakt.

Correcties op het Dublinsysteem dat al jaren tot voor lidstaten soms onbillijke en voor asielzoekers soms ondraaglijke situaties leidde, werden tot 2015 niet aangebracht door Unie-instellingen, maar veeleer door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. In 2011 bepaalde het al dat overdracht van asielzoekers aan Griekenland, waarvan het systeem voor opvang van asielzoekers en de asielprocedure volledig was ingestort, strijdig was met artikel 3 EVRM.<sup>16</sup> Sindsdien mogen lidstaten dus geen asielzoeker meer terugsturen naar Griekenland.

In *N.S. vs. SSHD*, een uitspraak van eind 2011, bevestigde het Hof van Justitie dit, en stelde daarbij als criterium dat er sprake moest zijn van 'systematische tekortkomingen' in het systeem van opvang en de procedure.<sup>17</sup> Daarmee leek het een zwaarder criterium aan te leggen dan Straatsburg normaliter hanteert bij uitzetting (gegronde redenen om een reëel risico aan te nemen). In november nam Straatsburg afstand van deze Luxemburgse benadering in het arrest *Tarakhel*. In een klacht van een gezin met minderjarige kinderen over een Dublinoverdracht naar Italië verwierp het Europese Hof voor de Rechten van de Mens expliciet het criterium 'systematische tekortkomingen', en achtte het overdracht van het gezin strijdig met artikel 3 EVRM.<sup>18</sup> Die strijd kwam niet doordat het hele asielsysteem in Italië ingestort zou zijn, maar omdat niet bij voorbaat vaststond dat kwetsbare personen zoals minderjarige kinderen adequate opvang zouden krijgen en de eenheid van het gezin gehandhaafd zou blijven. Overdracht van kinderen aan Italië mag wel, als tevoren waarborgen zijn verkregen van de Italiaanse autoriteiten dat geschikte opvang beschikbaar is. En overdracht van volwassenen zonder kinderen naar Italië kan, ook zonder garantie.<sup>19</sup> Straatsburg verwierp dus niet alleen het Luxemburgse criterium, het verplichtte de lidstaten een andere benadering te hanteren.

Of deze benadering volgens het Hof van Justitie verenigbaar is met de Dublinverordening moeten we afwachten. Opmerkelijk is wel wat het opmerkte in *Opinie 2/13* van december 2014, dus van na *Tarakhel*, over het ontwerp-verdrag tot toetreding van de Europese

4. <https://fts.unocha.org/pageloader.aspx?page=special-syriancrisis>, geraadpleegd 5 oktober 2015.

5. Art. 20 SGC: 'De binnengrenzen kunnen op iedere plaats worden overschreden zonder dat personen, ongeacht hun nationaliteit, worden gecontroleerd.'

6. HvJ EU 22 juni 2010, C-188/10 en C-189/10, zie Besluit van 30 mei 2011

wijziging van het Vreemdelingenbesluit (toevoeging art. 4.17a), *Stb.* 2011, 262.

7. HvJ EU 19 juli 2012, C-278/12 PPU.

8. Besluit van 2 juli 2014, *Stb.* 2014, 250.

Art. 4.17a bepaalt nu dat controles in ten hoogste drie treinen per traject en ten hoogste twintig treinen in totaal mogen worden uitgevoerd, 'met dien verstande dat

het toezicht slechts mag worden uitgeoefend in een deel van de trein, en per trein in ten hoogste vier treincoups'.

9. Aldus staatssecretaris Dijkhoff, in brief aan de Eerste Kamer, 18 september 2015, *Kamerstukken I* 2015/16, 32317, FD (onopgemaakt).

10. Nuclear Security Summit, 14-28 maart 2014.

11. Zie het (op basis van de SGC verplichte) rapport aan de Europese Commissie van de Staatssecretaris Veiligheid en Justitie aan de Commissie over de uitvoering van de controles,

12. Rb. Den Haag zp Roermond, 4 juli 2014, AWB 14/14571.

13. Voorstel voor een besluit van de Raad

tot vaststelling van voorlopige maatregelen op het gebied van internationale bescherming ten gunste van Italië en Griekenland, COM(2015) 286 final, 27 mei 2015.

14. Proposal for a Council decision establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy, Greece and Hungary, COM (2015) 451 final van 9 september 2015.

15. Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing a crisis relocation mechanism and amending Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an

application for international protection lodged in one of the Member States by a third country national or a stateless person, COM (2015) 450 final, 9 september 2015.

16. EHRM 21 januari 2011, *M.S.S. vs. België en Griekenland*, ECLI:CE:ECHR:2011:0121JUD003069609.

17. HvJ EU 21 december 2011, C-411/10 en C-493/10, *N.S. vs. SSHD*, ECLI:EU:C:2011:865.

18. EHRM 4 november 2011, *Tarakhel vs. Zwitserland*, ECLI:CE:ECHR:2014:1104JUD002921712.

19. EHRM 13 januari 2015, *A.M.E. vs. Nederland*, ECLI:CE:ECHR:2015:0113JUD005142810.

Unie tot het EVRM.<sup>20</sup> Dat zou leiden tot strijd met het Unierecht, aldus het Hof, onder meer omdat het EVRM niet voldoende recht zou doen aan het 'onderlinge vertrouwen' dat lidstaten 'behoudens uitzonderlijke omstandigheden' op grond van het Unierecht verplicht zijn in elkaar te stellen - met een verwijzing naar *N.S. vs. SSHD*. Daarmee lijkt divergentie in de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens onafwendbaar, hetgeen de crisis in het Europese asielrecht nog zou verbreden.

### Asielprocedures: nationaal en internationaal

Op 20 juli 2015 verstreek de implementatietermijn van de in 2013 aangenomen herziene Procedurerichtlijn<sup>21</sup> (hierna ook: PRI) en Opvangrichtlijn.<sup>22</sup> Het wetsvoorstel dat de richtlijnen in de Nederlandse wet- en regelgeving implementeert, is net op tijd door de Eerste en Tweede Kamer geloodst.<sup>23</sup> De implementatie van de Procedurerichtlijn heeft geleid tot belangrijke wijzigingen in de Vreemdelingenwet. Er is in de eerste plaats een nieuw systeem van procedures en soorten asielbeslissingen (zogenoemde beslismodaliteiten) geïntroduceerd. Voortaan kan de IND een asielverzoek niet alleen inwilligen of afwijzen, maar ook niet behandelen.<sup>24</sup> buiten behandeling stellen<sup>25</sup> of niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond verklaren. Deze beslismodaliteiten en de gronden voor de toepassing daarvan zijn overgenomen uit de richtlijn. De keuze voor een bepaalde beslismodaliteit heeft gevolgen voor het soort procedure waarin een asielverzoek kan worden afgedaan en de rechten van de asielzoeker. Niet-ontvankelijke en kennelijk ongegronde asielverzoeken mogen bijvoorbeeld in de (nieuwe) grensprocedure worden afgewezen. In die grensprocedure kan een asielzoeker gedurende maximaal vier weken aan de grens worden gedetineerd, terwijl de IND zijn asielverzoek beoordeelt.<sup>26</sup> Het feit dat een asielverzoek niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond is verklaard, heeft meestal ook tot gevolg dat het beroep tegen de afwijzing van het asielverzoek geen schorsende werking heeft.

De herziene Procedurerichtlijn heeft in de tweede plaats geresulteerd in diverse nieuwe waarborgen voor asielzoekers, die vaak zijn gebaseerd op jurisprudentie van het Hof van Justitie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).<sup>27</sup> Een voorbeeld daarvan is de beperking van het aantal gronden voor het onthouden van schorsende werking aan het beroep en de voorlopige voorziening. Het feit dat een asielverzoek in de snelle AA-procedure (die acht werkdagen duurt) is afgewezen, vormt bijvoorbeeld niet langer een dergelijke grond.<sup>28</sup> Dit betekent dat de betrokken asielzoekers na de afwijzing rechtmatig verblijf en recht op opvang houden. Hierdoor wordt volgens de staatssecretaris de prikkel voor de rechtbanken om snel te beslissen weggenomen.<sup>29</sup> Daarom is besloten om voor de rechtbanken een beslistermijn van vier weken

in de Vreemdelingenwet op te nemen voor beroepen tegen asielbeslissingen die in de AA-procedure zijn genomen.<sup>30</sup>

Nog in 2011 breidde minister Leers het aantal situaties waarin de vreemdeling niet alleen het beroep maar ook het verzoek om een voorlopige voorziening niet in Nederland mocht afwachten, uit.<sup>31</sup> Nu kan alleen in het geval van tweede of volgende asielaanvragen onder bepaalde voorwaarden het recht op een rechtsmiddel met schorsende werking geheel worden onthouden.<sup>32</sup> Hiermee kwam een einde aan de strijdigheid van de Nederlandse regelgeving rond schorsende werking van het beroep met artikel 13 EVRM.<sup>33</sup> Deze bepaling vereist in asielzaken een rechtsmiddel met automatisch schorsende werking.<sup>34</sup>

Ook aan de veel bekritiseerde<sup>35</sup> marginale rechterlijke toets<sup>36</sup> van het oordeel van de IND over de geloofwaardigheid van het asielrelaas is met de implementatie van de Procedurerichtlijn (zeer waarschijnlijk) een einde gekomen. De rechter in eerste aanleg is nu namelijk verplicht een 'volledig en *ex nunc* onderzoek van zowel de feitelijke als juridische gronden' uit te voeren.<sup>37</sup> Wat een dergelijk onderzoek precies inhoudt, is niet duidelijk. Het is nu aan de rechtbanken, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en wellicht het Hof van Justitie van de EU om hier invulling aan te geven. Wel wordt verwacht dat de toets intensiever zal zijn dan voorheen.<sup>38</sup> Zowel de staatssecretaris als de Afdeling gaan ervan uit dat de rechter niet het werk van de IND zal overdoen, maar een toetsende rol zal blijven vervullen.<sup>39</sup>

De Procedurerichtlijn vraagt speciale aandacht voor kwetsbare asielzoekers, zoals minderjarigen, gehandicapten, ernstig zieken of slachtoffers van ernstig geweld.<sup>40</sup> In verband hiermee bevat de richtlijn een verplichting tot het doen van medisch onderzoek naar het verband tussen littekens of medische klachten en gestelde mishandeling in het land van herkomst. De IND moet dergelijk onderzoek initiëren en bekostigen indien hij dit relevant acht voor de beoordeling van het asielverzoek.<sup>41</sup> De IND zal medisch onderzoek achterwege laten wanneer hij niet twijfelt aan de geloofwaardigheid van het asielrelaas of juist vindt dat het asielrelaas evident ongeloofwaardig is.<sup>42</sup> In dat geval kan de asielzoeker op eigen kosten medisch onderzoek laten doen.

Ondanks alle veranderingen blijft de nadruk op de snelle en efficiënte afdoening van asielverzoeken bestaan. In de evaluatie van de herziening van de asielprocedure van 2011 (waarin de AA-procedure is ingevoerd) wordt geconstateerd dat de doorlooptijden van asielverzoeken zijn verkort en dat het percentage asielverzoeken waarop in de AA-procedure wordt beslist, is gestegen.<sup>43</sup> Over het verloop van de AA-procedure zijn de meeste betrokken partijen redelijk tevreden. Wel geven advocaten aan dat zij behoorlijke tijdsdruk ervaren en dat de asielzoeker niet altijd voldoende tijd heeft om zijn asielverzoek te onderbouwen.<sup>44</sup> Volgens de staatssecretaris is de AA-procedure

**Divergentie in de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens lijkt onafwendbaar, hetgeen de crisis in het Europese asielrecht nog zou verbreden**



geen 'versnelde procedure' als bedoeld in de Procedure-richtlijn maar de standaardprocedure. Verlenging van de procedure naar een beslistermijn van zes maanden is de uitzondering.<sup>45</sup> Hierdoor kunnen zaken van kwetsbare asielzoekers ook na de implementatie van de richtlijn in de AA-procedure worden afgedaan.<sup>46</sup>

## Gezinshereniging en integratie in het Unierecht

Het Hof van Justitie heeft een aantal uitspraken gedaan over de afhankelijke positie van derdelandse gezinsleden en over integratie van derdelanders. Dit in de wisselende context van de Burgerschapsrichtlijn 2004/38, de Gezinsherenigingsrichtlijn 2003/86 en de Richtlijn langdurig ingezetenen 2003/109.

Is het recht op gezinshereniging primair een recht voor de hoofdpersoon die al in Nederland verblijft of juist van degene die uit het buitenland wil overkomen? In de Burgerschapsrichtlijn 2004/38 staat de hoofdpersoon voorop. Het recht van derdelandse gezinsleden om te verblijven bij Unieburgers die gebruik maken van hun recht op vrij verkeer dient allereerst het belang van het vrij verkeer van de Unieburger. Maar na verloop van tijd kunnen derdelandse gezinsleden toch een eigen verblijfsrecht krijgen. Artikel 13 van de Burgerschapsrichtlijn bepaalt dat zo'n eigen verblijfsrecht in geval van scheiding ontstaat na drie jaar huwelijk, waarvan minstens één jaar in het gastland. Het arrest *Kuldip Singh*<sup>47</sup> ging over een aantal gevallen waar in de Unieburger-echtgenoot voordat die termijn was verstreken, het Ierse grondgebied had verlaten om zich in een andere lidstaat te vestigen, terwijl de derdelandse echtgenoot in Ierland was gebleven. Enige tijd

na hun vertrek hadden de Unieburgers een echtscheidingsprocedure aanhangig gemaakt. Het Hof van Justitie bepaalde dat de betrokken derdelanders in zo'n geval geen aanspraak kunnen maken op het zelfstandige recht van voortgezet rechtmatig verblijf. Het Hof redeneert dat het enkele feit van de verhuizing van de Unieburger uit het gastland het afhankelijke recht van de derdelandse echtgenoot van rechtswege liet vervallen. Er bestond sinds dat moment voor de derdelandse echtgenoot dus geen recht meer dat kon worden behouden.

## De Gezinsherenigingsrichtlijn 2003/86 is, tenminste wat het inkomensvereiste betreft, van toepassing verklaard op gezinshereniging met Nederlanders

Het verblijfsrecht van gezinsleden is derhalve verbonden aan het verblijfsrecht van de hoofdpersoon. Dat is óók zo bij gezinsleden van iemand die geen Unieburger is, maar een derdelander, die legaal in een lidstaat verblijft. Zie artikel 1 van de Gezinsherenigingsrichtlijn 2003/86. En dat blijft zo wanneer die hoofdpersoon na vijf jaar legaal verblijf de status van langdurig ingezetene heeft verkregen. In het arrest *Tahir*<sup>48</sup> kwam de vraag op of de Pakistaanse echt-

20. HvJ EU 18 december 2014, Opinie C-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, o. 191.

21. Richtlijn 2013/32/EU van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (herschikking) (PbEU L 180/60).

22. Richtlijn 2013/33/EU van 26 juni 2013 tot vaststelling van normen voor de opvang van verzoekers om internationale bescherming (herschikking) (PbEU L 180/96).

23. Het wetsvoorstel is gepubliceerd op 17 juli 2015, *Stb.* 2015, 292. Zie *Stb.* 2015, 294 voor de wijzigingen in het Vreemdelingenbesluit.

24. Art. 30 VV 2000. De IND zal een asiel-aanvraag niet in behandeling nemen als een andere EU lidstaat volgens de Dublinverordening verantwoordelijk is voor de behandeling van het asielverzoek.

25. Art. 30c VV 2000. Een asielverzoek kan buiten behandeling worden gesteld als de asielzoeker niet reageert op informatieverzoeken van de IND, niet komt opdagen voor zijn gehoor met de IND of met onbekende bestemming verdwijnt.

26. Art. 43 PRI.

27. Commissievoorstel voor de herziening van de Procedurerichtlijn, COM(2009)554 final, p. 6.

28. Art. 82 lid 2 VV 2000.

29. *Kamerstukken II* 2014/15, 34088, 3, p. 25.

30. Art. 83b lid 2 VV 2000. Dit geldt ook voor niet-ontvankelijke en kennelijk ongegronde asielverzoeken.

31. Besluit van de Minister voor Immigratie en Asiel van 8 februari 2011, nummer 2011/1, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000, *Stcrt.* 2011, 2838.

32. Art. 41 lid 2 sub c jo 41 lid 1 PRI.

33. Zie bijvoorbeeld Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, Briefadvies over beleid ten aanzien van verzoeken om voorlopige voorziening, 12 april 2011, ACVZ/ADV/2011/015, <http://acvz.org/wp-content/uploads/2015/06/Briefadvies15.pdf>, de noten van Reneman bij *JV* 2013/86 en *RV* 2009, nr. 68 en Spijkerboer bij *JV* 2009/455 en C.H. Slingenberg & N. Oliai, 'Europese blik op het AC. De AC-procedure in het licht van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het EG-recht', *Nieuwsbrief Asiel - en Vluchtelingenrecht*

2007, nr. 2, p. 96-99.

34. EHRM 27 april 2007, 25389/05, *Gebremedhin vs. Frankrijk*, *JV* 2007/252, m.nt. Spijkerboer.

35. Zie hierover bijv. K. Geertsema, H. Helmink & T. Spijkerboer, 'Kroniek van het Migratierecht', *NJB* 2010/1797, afl. 34, p. 2242-2244.

36. ABRvS 27 januari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF5566.

37. Art. 46 lid 3 PRI.

38. *Kamerstukken I* 2014/15, 34088, C, p. 1.

39. *Kamerstukken II* 2014/15, 34088, 3, p. 20 en Het Advies Consultatie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 30 januari 2014, bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 34088, te vinden op <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-415323>.

40. Art. 24 PRI, zie ook Art. 3.108b VB 2000.

41. Art. 18 PRI.

42. *Kamerstukken I* 2014/15, 34088, C, p. 13-14.

43. A.G.M. Böcker e.a., *Evaluatie van de herziene asielpprocedure*, Den Haag: WODC

2014, p. 6.

44. A.G.M. Böcker e.a., *Evaluatie van de herziene asielpprocedure*, Den Haag: WODC 2014, p. 7.

45. *Kamerstukken II* 2014/15, 34088, 3, p. 31.

46. De Procedurerichtlijn beperkt de toepassing van versnelde procedures in art. 24, 25. Zie verder M. Reneman, *Herziene Procedurerichtlijn: is de Algemene Asiel-procedure een versnelde procedure?*, [www.verblifblog.nl](http://www.verblifblog.nl).

47. In het namensysteem van de Sikhs dragen de mannen als laatste naam Singh (leeuw) en de vrouwen Kaur (prinses). De onderscheiding zit in de naam die daarvoor staat. Het heeft dus weinig zin een arrest over een Sikh alleen aan te duiden met 'Singh' of 'Kaur'. De aanduiding moet dus zijn: *Surinder Singh* (HvJ EG 7 juli 1992, C-370/90), *Manjit Kaur* (HvJ EG 20 februari 2001, C-192/99), *Mangat Singh* (HvJ EU 18 oktober 2012, C-502/10), *Kuldip Singh* (HvJ EU 16 juli 2015, C-218/14).

48. HvJ EU 17 juli 2014, C-469/13, *JV* 2014/266.

genote van een Pakistaanse langdurig ingezetene in Italië zelf ook de status van langdurig ingezetene kon verkrijgen al had zij nog geen vijf jaar legaal in Italië verbleven. Het Hof oordeelde van niet. Zij moet eerst zelf aan de voorwaarden voor die status voldoen en kan de status niet ontlenen aan haar man. De tekst van de Richtlijn Langdurig ingezetenen 2003/109 biedt geen aanknopingspunten voor een andere uitleg. Een bevestigende beantwoording zou de Pakistaanse vrouw onmiddellijk bij binnenkomst een sterke status hebben gegeven, die in beginsel niet meer afhankelijk zou zijn van de voortzetting van haar huwelijk. Maar volgens het Hof is ook voor deze vrouw de voorwaarde van vijf jaar verblijf essentieel omdat uit een legale en ononderbroken verblijfsduur van vijf jaar blijkt dat de betrokkene sterke banden met het land heeft gekregen en zich daar dus duurzaam heeft gevestigd.

Het feit dat die vijf jaren legaal verblijf dienen om een mate van integratie vast te stellen, neemt overigens niet weg dat lidstaten ook na verlening van de status van Langdurig ingezetene van de houder van die status – op straffe van een boete – mogen vergen dat hij of zij een inburgeringsexamen aflegt. Aldus het Hof in het arrest *P. en S.*<sup>49</sup> Maar de wijze waarop daaraan uitvoering wordt gegeven mag de verwezenlijking van de met die richtlijn nagestreefde doelen niet in gevaar brengen noch aan de richtlijn haar nuttige werking ontnemen, bijvoorbeeld door de hoogte van de boete in samenhang met de kosten die moeten worden gemaakt voor de examens. Of dat zo is moet de nationale rechter beoordelen.

De aflegging van een inburgeringsexamen mag ook voorafgaande aan de komst van een derdelander, in het kader van de Gezinsherenigingsrichtlijn 2003/86, worden vereist. Zo'n examen, waarvoor verschillende kosten moeten worden voldaan, mag de beoordeling omvatten van basiskennis van zowel de taal als de samenleving van de betrokken lidstaat. Maar ook in dat geval mag, volgens het arrest *K. en A.*<sup>50</sup> geen afbreuk worden gedaan aan het doel van de Gezinsherenigingsrichtlijn en mag daaraan het nuttig effect niet worden ontnomen. Het Hof meent dat de voorwaarden in Nederland met de richtlijn strijdig zijn 'daar zij niet toelaten dat rekening wordt gehouden met bijzondere omstandigheden die er objectief aan in de weg staan dat de belanghebbenden dat examen met goed gevolg kunnen afleggen, en daar zij het bedrag van de kosten in verband met een dergelijk examen te hoog vaststellen'.

Integratie speelt ook een rol bij de voorwaarde dat echtgenoten 21 jaar moeten zijn. Volgens artikel 4 lid 5 Gezinsherenigingsrichtlijn kunnen lidstaten 'met het oog op een betere integratie en teneinde gedwongen huwelijken te voorkomen' eisen dat de hoofdpersoon en de echtgenote een minimumleeftijd van ten hoogste 21 jaar hebben alvorens de echtgenote zich bij hem kan voegen. In het arrest *Noorzia*<sup>51</sup> bepaalde het Hof dat de richtlijn zich niet verzet tegen een regeling volgens welke echtgenoten en geregistreerde partners de leeftijd van 21 jaar reeds op de datum van indiening van het verzoek moeten hebben bereikt.

### De Gezinsherenigingsrichtlijn in Nederland

Een voor Nederland belangrijke ontwikkeling is de uitspraak van de Afdeling van 17 december 2014,<sup>52</sup> waarin

de Gezinsherenigingsrichtlijn 2003/86, tenminste wat het inkomensvereiste betreft, van toepassing is verklaard op gezinshereniging met Nederlanders. De gevolgen zijn in potentie verstrekkend. Er is een zekere relatie met het kritische rapport van het College voor de Rechten van de Mens 'Gezinnen gezien?' van 14 september 2014.<sup>53</sup> Daarin werd onder meer vastgesteld dat Nederlanders – op wie de richtlijn niet van toepassing is – een lagere rechtsbescherming krijgen dan derdelanders op wie de richtlijn wel van toepassing is (p. 31). In een brief van 29 oktober 2014<sup>54</sup> reageerde de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie op dit rapport. Hij wees erop dat de toelatingsvoorwaarden voor gezinsleden van Nederlanders die geen gebruik hebben gemaakt van hun recht op vrij verkeer inhoudelijk identiek zijn aan de toelatingsvoorwaarden voor gezinshereniging met een derdelander. 'Van een achterstelling van Nederlanders is dan ook geen sprake' schreef hij. Het is deze brief die – samen met een tekstuele wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 ten aanzien van de middeleneis – een dragende rol speelt in de Afdelingsuitspraak van 17 december. Volgens de Afdeling is aldus bedoeld te verzekeren dat gezinshereniging met een Nederlander, een interne situatie, en de gezinshereniging met een vreemdeling, een door het Unierecht beheerste situatie, gelijk worden behandeld. In zo'n geval moet de Gezinsherenigingsrichtlijn rechtstreeks en onvoorwaardelijk worden toegepast. De Afdeling beroept zich op het arrest *Giuseppa Romeo*.<sup>55</sup> Of deze uitspraak betekent dat ook de andere bepalingen van de richtlijn rechtstreeks toepasselijk zijn op gezinshereniging met Nederlandse hoofdpersonen moet nog worden afgewacht.

### Illegaliteit: verblijfsaanspraken

Een situatie die zowel onder het Unierecht als onder het EVRM tot discussie blijft leiden, is die van Nederlandse kinderen die in Nederland wonen met één of twee derdelandse verzorgende ouders zonder verblijfsvergunning. De eenvoudigste oplossing voor deze situatie zou zijn, te bepalen dat deze ouders in beginsel een verblijfsvergunning krijgen om in Nederland voor hun Nederlandse kinderen te zorgen. Daardoor zou recht worden gedaan aan het legitieme belang van Nederlandse kinderen om in eigen land met de eigen ouders op te groeien. Maar van zo'n benadering is geen sprake. Het leek er indertijd op dat het Hof van Justitie met het *Ruiz Zambrano* arrest<sup>56</sup> een Unierechtelijk verblijfsrecht voor dergelijke ouders vestigde omdat hun uitzetting de kinderen zou dwingen de Europese Unie te verlaten, maar bij het *Dereci*-arrest<sup>57</sup> bleek dat het slechts om uitzonderlijke gevallen gaat en dat het antwoord op de vraag of van dergelijke dwang sprake is aan de lidstaten wordt overgelaten. Als er nog een andere ouder beschikbaar is, wordt in de Nederlandse rechtspraak hoogst zelden aangenomen dat uitzetting van de verzorgende ouder zou betekenen dat het kind (de kinderen) gedwongen zou worden mee te gaan naar het land van herkomst van die ouder. Inmiddels heeft de Centrale Raad van Beroep in de zaak *Chavez-Vilches*<sup>58</sup> de discussie heropend door prejudiciële vragen te stellen over de relevantie van de aanwezigheid van een andere ouder naast degene die de dagelijkse en daadwerkelijke zorg heeft. De Migration Law Clinic van de VU heeft over deze vragen een advies opgesteld.<sup>59</sup>

## De voorzieningenrechter voegde hier bovendien aan toe, uit het ‘oogpunt van proceseconomie en ter voorlichting’, dat gedurende deze periode in gelijke gevallen dezelfde voorlopige voorziening zal worden getroffen

Een soortgelijke situatie deed zich ook voor in de zaak *Jeunesse*, waarover het EHRM op 3 oktober 2014 een arrest heeft gewezen.<sup>60</sup> Het ging om een Surinaamse moeder van Nederlandse kinderen, gehuwd met een Nederlandse man, die langdurig illegaal in Nederland had gewoond. Het Hof besteedt uitvoerig aandacht aan de nationaliteit van de kinderen, het langdurig verblijf (zes-tien jaar) van de moeder in Nederland, het feit dat zij geen strafblad had, het belang van de kinderen, en de eisen die worden gesteld aan de motivering van een uitzettingsbeslissing.<sup>61</sup> Maar, omdat het gaat om gezinsleven aangegaan tijdens illegaal verblijf, is het vaste criterium van het Hof dat alleen in uitzonderlijke gevallen sprake kan zijn van schending van artikel 8. Zo concludeert het Hof dan ook vlak voor de gegrondverklaring van de klacht over schending van artikel 8 EVRM dat ‘viewing the relevant factors cumulatively, the circumstances of the applicant’s case must be regarded as exceptional’. Aldus definiëren beide Hoven het geval van een illegaal verblijvende ouder van Nederlandse kinderen als een situatie die slechts in uitzonderlijke gevallen tot verblijfsaanvaarding van die ouder hoeft te leiden.

### Illegaliteit: opvang

Het jaar 2015 stond qua opvang lange tijd in het teken van de zogenaamde ‘bed, bad en brood’ discussie.<sup>62</sup> De ontwikkelingen hierover werden gekenmerkt door een sterke samenwerking tussen een internationaal toezichthoudend comité, nationale rechters, gemeenten en de regering. De aanleiding voor de discussie was de beslissing van het Europees Comité voor Sociale Rechten (ECSR) over een door de *Conference of European Churches* ingediende klacht tegen Nederland.<sup>63</sup> In deze beslissing oordeelde het ECSR dat de Nederlandse wet- en regelgeving in strijd is met artikel 13 lid 4 en 31 lid 2 van het Europees Sociaal Handvest (ESH) vanwege het ontbreken van een subjectief recht

op onderdak, voeding, water en kleding voor onrechtmatig verblijvende vreemdelingen. Hoewel het ESH op grond van de bijlage niet van toepassing is op vreemdelingen zonder legaal verblijf, oordeelde het ECSR dat onrechtmatig verblijvende vreemdelingen met betrekking tot noodopvang toch onder deze bepalingen vallen omdat toegang tot noodopvang nauw verbonden is met de verwezenlijking van de meest fundamentele mensenrechten en met menselijke waardigheid.<sup>64</sup> Deze beslissing werd genomen in het kader van de collectieve klachtenprocedure. Nederland heeft het aanvullend protocol bij het ESH dat voorziet in een collectieve klachtenprocedure<sup>65</sup> in 2006 geratificeerd en daarmee de bevoegdheid van het ECSR geaccepteerd om te oordelen of de bepalingen van het ESH op toereikende wijze worden toegepast.<sup>66</sup> Beslissingen van het ECSR worden doorgezonden naar het Comité van Ministers van de Raad van Europa.<sup>67</sup> Dit comité moet een aanbeveling aannemen over de wijze waarop de staat invulling moet geven aan het juridische oordeel van het ECSR.<sup>68</sup>

In reactie op de beslissing van het ECSR gaf de staatssecretaris aan dat de beslissing niet juridisch bindend is en dat het standpunt van het Comité van Ministers zou worden afgewacht.<sup>69</sup> Diverse gemeenten wilden dit standpunt echter niet afwachten en gingen over tot het bieden van basale opvang aan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen. Zo biedt Amsterdam sinds 15 december 2014 ‘bed, bad en brood (BBB)’ aan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen.<sup>70</sup>

Op 17 december 2014 trof de voorzieningenrechter van de Centrale Raad van Beroep een belangrijke voorlopige voorziening.<sup>71</sup> In deze zaak oordeelde de voorzieningenrechter, onder verwijzing naar de beslissing van het ECSR en naar de bestaande BBB regeling in Amsterdam, dat gemeente Amsterdam moest voorzien in nachtopvang, een douche, ontbijt en een avondmaaltijd tot twee maanden na het aannemen van de aanbeveling door het

49. HvJ EU 4 juni 2015, C-579/13, *JV* 2015/208, m.nt. K.M. de Vries.  
50. HvJ EU 9 juli 2015, C-153/14, *JV* 2015/232 m.nt. C.A. Groenendijk.  
51. HvJ EU 17 juli 2014, C-338/13.  
52. ABRvs 17 december 2014, *JV* 2015/232, m.nt. C.A. Groenendijk.  
53. Rapport College voor de Rechten van de Mens: Gezinnen gezien? Onderzoek naar Nederlandse regelgeving en uitvoeringspraktijk in het licht van de Europese Gezinsherenigingsrichtlijn, 14 september 2014.  
54. *Kamerstukken II* 2014/15, 30573, 127.

55. HvJ EU 7 november 2013, C-313/12.  
56. HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09, *JV* 2011/146, m.nt. P. Boeles.  
57. HvJ EU 29 september 2011, C-256/11, *JV* 2012/6, m.nt. C.A. Groenendijk.  
58. HvJ EU 18 maart 2015, C-133/15.  
59. <https://migrationlawclinic.files.wordpress.com/2015/07/migration-law-clinic-expert-opinion-prejudicial3able-vragen-crvb-chavez-vilchez-c-13315-def.pdf>.  
60. EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse* vs. *Nederland*, 12738/10, *JV* 2014/343, m.nt. P. Boeles.  
61. ‘National decision-making bodies

should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any such removal in order to give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children directly affected by it’ (r.o. 120).  
62. Zie verder <http://verblijfblog.nl/category/actueel-migratierecht/bed-bad-brood/>.  
63. ECSR 1 juli 2014, bekend gemaakt op 10 november 2014, 90/2013 (*CEC* vs. *Nederland*), *JV* 2014/24 m.nt. Slingenberg.  
64. Zie voor een analyse van de argumentatie van het ECSR in deze beslissing de noot van Slingenberg in *JV* 2015/24.

65. Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, CETS no. 158 (hierna: aanvullend protocol).  
66. Art. 8 lid 1 van het aanvullend protocol.  
67. Art. 8 lid 2 van het aanvullend protocol.  
68. Art. 9 lid 1 van het aanvullend protocol.  
69. *Kamerstukken II* 2014/15, 19637, 1915 en *Kamerstukken II* 34000 VI, L.  
70. [www.amsterdam.nl/veelgevraagd/?caseid=%7BBBFFC752-7C34-4E76-9E53-3E4C30AA13FC%7D](http://www.amsterdam.nl/veelgevraagd/?caseid=%7BBBFFC752-7C34-4E76-9E53-3E4C30AA13FC%7D).  
71. CRvB (vzr.) 17 december 2014 (ECLI:NL:CRVB:2014:4178, *JV* 2015/35).

Comité van Ministers. De voorzieningenrechter voegde hier bovendien aan toe, uit het 'oogpunt van proceseconomie en ter voorlichting', dat gedurende deze periode in gelijke gevallen dezelfde voorlopige voorziening zal worden getroffen, ook als deze zou worden gevraagd met betrekking tot de opvang in andere gemeenten. Naar aanleiding van deze voorlopige voorziening besloot de staatssecretaris, uiteindelijk,<sup>72</sup> om gemeenten financieel te compenseren voor bed, bad en broodopvang aan onrechtmatig verblijvende vreemdelingen.<sup>73</sup>

De resolutie over de beslissing van het ECSR werd op 15 april 2015 door het Comité van Ministers aangenomen.<sup>74</sup> De 'aanbeveling' hield in dat Nederland informatie moet verschaffen over eventuele ontwikkelingen op het gebied van opvang van onrechtmatig verblijvende vreemdelingen.<sup>75</sup> Na nachtenlang onderhandelen bereikte het kabinet op 22 april 2015 een akkoord over de reactie op deze resolutie. Het kabinet kondigde aan dat onrechtmatig verblijvende vreemdelingen voortaan een beperkt aantal weken opvang zal worden verleend in een van de vijf grootste steden om 'terugkeerbereidheid te stimuleren'. Indien terugkeerbereidheid aanwezig is, zal de vreemdeling vervolgens opvang krijgen in de vrijheidsbeperkende locatie (VBL) in Ter Apel totdat het vertrek wordt geëffectueerd.<sup>76</sup> In deze plannen blijft opvang dus, behalve voor een 'beperkt aantal weken', afhankelijk van de medewerking van de vreemdeling aan zijn terugkeer. Over de verder invulling van dit plan wilde het kabinet met de gemeenten onderhandelen. In diverse gemeenten werden door de gemeenteraad moties aangenomen om de bestaande bed, bad en brood opvang te continueren.<sup>77</sup> De onderhandelingen zijn op het moment van schrijven van deze kroniek nog niet afgerond.

### De aanspraak op een basisvoorziening mag niet afhankelijk gemaakt worden van het meewerken van de vreemdeling aan de organisatie van zijn vertrek

Ondertussen kwam er echter nog een rechterlijke uitspraak die mogelijk de plannen van het kabinet zal doorkruisen. De Rechtbank Amsterdam oordeelde op 8 mei 2015 met verwijzing naar de beslissing van het ECSR dat onrechtmatig verblijvende vreemdelingen recht hebben op onderdak, eten en kleding.<sup>78</sup> Het college van B&W van Amsterdam had aangevoerd dat de betreffende vreemdeling opvang kon krijgen in de VBL. Een voorwaarde voor opvang in de VBL is echter dat de vreemdeling meewerkt aan vertrek. De rechtbank oordeelde dat uit de beslissing van het ECSR volgt dat de aanspraak op een basisvoorziening niet afhankelijk gemaakt mag worden

van het meewerken van de vreemdeling aan de organisatie van zijn vertrek. Het college moet daarom de verschaffing van 'bed, bad en brood' voortzetten, aldus de rechtbank. Hoewel het college het oordeel van de rechtbank deelt dat onrechtmatig verblijvende vreemdelingen recht hebben op bed, bad en brood, heeft het college toch hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak.<sup>79</sup> Wordt vervolgd.

### Terugkeer en Bewaring: Internationaal

Volgens de Terugkeerrichtlijn (Tri) zijn de lidstaten verplicht om een terugkeerbesluit uit te vaardigen tegen onrechtmatig verblijvende derdelanders die onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen, een verplichting die door het Hof onlangs ondubbelzinnig werd bevestigd in *Zaizoune*.<sup>80</sup> Het Hof van Justitie ging in twee recente uitspraken ook in op de reikwijdte van het recht om te worden gehoord voordat een terugkeerbesluit wordt vastgesteld.<sup>81</sup> Zoals bekend is de eerbiediging van de rechten van de verdediging – waarvan het recht om in elke procedure te worden gehoord integraal deel uitmaakt – een fundamenteel beginsel van Unierecht. Het waarborgt dat iedereen zijn standpunt kenbaar kan maken voordat de overheid een besluit neemt dat zijn of haar belangen op nadelige wijze kan beïnvloeden. Het betekent ook dat de overheid de opmerkingen van de betrokkene in aanmerking neemt door de relevante gegevens te onderzoeken en het besluit vervolgens toereikend te motiveren. Het recht om te worden gehoord in de context van de Tri betekent volgens het Hof dat de derdelander 'naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar heeft kunnen maken over de onrechtmatigheid van zijn verblijf, en over de redenen die overeenkomstig het nationale recht kunnen rechtvaardigen dat [het bestuur] afziet van de vaststelling van een terugkeerbesluit'.<sup>82</sup>

Naast de eventuele (on)rechtmatigheid van zijn verblijf moet de derdelander, in het gehoor voorafgaand aan het terugkeerbesluit, zich kunnen uitlaten over de mogelijke toepassing van artikel 6 lid 2 t/m 6 Tri. Daarin vinden we een aantal uitzonderingen op de verplichting van de lidstaten om een terugkeerbesluit te nemen bij onrechtmatig verblijf. Verder moet het bestuur, voordat zij een terugkeerbesluit neemt, de derdelander horen over zijn persoonlijke situatie en zijn familie- en gezinsituatie. Op grond van artikel 5 Terugkeerrichtlijn zijn de lidstaten immers verplicht om bij de tenuitvoerlegging van de richtlijn rekening te houden met het hoger belang van het kind, het familie- en gezinsleven, en de gezondheidstoestand van de derdelander, en dienen zij het beginsel van refoulement te eerbiedigen. De derdelander moet tijdens het gehoor ook in de gelegenheid worden gesteld zijn standpunt kenbaar te maken over de modaliteiten van terugkeer, te weten de termijn voor vertrek en de vrijwillige of gedwongen aard van het vertrek. Dat betekent dat hij zich *tijdens dat gehoor* ook moet kunnen uitspreken over een eventuele verlenging van de termijn voor vrijwillig vertrek, op grond van de omstandigheden genoemd in artikel 7 Tri, zoals verblijfsduur, het feit dat er schoolgaande kinderen zijn, en het bestaan van andere gezinsbanden en sociale banden.<sup>83</sup> De Nederlandse praktijk, volgens welke een vreemdeling voor verlenging van de vrijwillige vertrektermijn een apart verzoek in moet dienen bij DT&V of de IND, lijkt



niet in overeenstemming met deze uitspraak.<sup>84</sup>

Volgens artikel 7 Tri mag de termijn voor vrijwillig vertrek verkort of onthouden worden in drie gevallen: 1. indien er een risico op onderduiken bestaat; 2. indien een aanvraag voor een verblijfsvergunning als kennelijk ongegrond of frauduleus is afgedaan; of 3. indien de betrokken derdelander een gevaar voor de openbare orde, openbare veiligheid of nationale veiligheid vormt. Volgens het Hof van Justitie in het arrest *Zh. en O.* mogen lidstaten zich alleen beroepen op een gevaar voor de openbare orde om de vrijwillige vertrektermijn te onthouden of te verkorten indien 'de persoonlijke gedragingen van de betrokken derdelander een daadwerkelijk en actueel gevaar voor de openbare orde vormen.'<sup>85</sup> Bij zijn interpretatie van het begrip gevaar voor de openbare orde in de context van artikel 7 lid 4 Tri, zoekt het Hof zonder meer aansluiting bij de wijze waarop het dat begrip toepast in de jurisprudentie met betrekking tot beperkingen op het vrij verkeer van Unieburgers op grond van artikel 27 lid 2 Burger­schapsrichtlijn (2004/38): er moet sprake zijn 'van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast' (par. 60). Het beleid van de staatssecretaris, neergelegd in A3/3 van de Vreemdelingen­circulaire (iedere verdenking of veroordeling ter zake van een misdrijf wordt aangemerkt als een gevaar voor de openbare orde in de zin van artikel 7 lid 4 Terugkeerrichtlijn, evenals het aanvaarden van een transactie), zal als gevolg van deze jurisprudentie aangepast moeten worden (op 9 september 2015 was dat nog niet gebeurd).

Maar de uitspraak van het Hof is ook van belang voor de vraag of een inreisverbod van meer dan vijf jaar mag worden opgelegd. Artikel 11 Tri bepaalt immers dat een inreisverbod in principe niet meer dan vijf jaar bedraagt – tenzij de betrokken derdelander een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid. Het lijkt gerechtvaardigd om te concluderen dat er voor een beroep op een ernstige bedreiging van de openbare orde als rechtvaardiging voor een inreisverbod van meer dan vijf jaar op zijn minst sprake moet zijn van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging. Een strafrechtelijke veroordeling op zich zelf genomen is aldus niet voldoende, maar alle omstandigheden van het geval dienen in aanmerking te worden genomen om te onderzoeken

of de dreiging werkelijk, actueel en voldoende ernstig is. Ingevolge artikel 6.5a VB 2000 kan een ernstige bedreiging van de openbare orde echter reeds blijken uit een veroordeling naar aanleiding van een geweldsdelict of opiumdelict, een veroordeling tot een vrijheidsstraf wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van meer dan zes jaren is bedreigd, de omstandigheid dat artikel 1F Vluchtelingen­verdrag wordt tegengeworpen, of de oplegging van een maatregel als bedoeld in artikel 37a Sr. Dat bij de oplegging van een zwaar inreisverbod wel rekening wordt gehouden met individuele omstandigheden neemt niet weg dat in het verleden gepleegde

## Zulke routinematige detentie van alle personen die in een bepaalde categorie vallen staat op gespannen voet met Europees recht

zeer ernstige delicten op zich zelf niet de conclusie rechtvaardigen dat de dreiging werkelijk en actueel is. Desalniettemin is het volgens de Afdeling voor de conclusie dat er een ernstige bedreiging is voor de openbare orde voldoende, indien de staatssecretaris zich gemotiveerd op het standpunt stelt dat de vreemdeling is veroordeeld wegens zeer ernstige delicten.<sup>86</sup> Ook bij een tegenwerping van artikel 1F Vluchtelingen­verdrag, wordt door de Afdeling, gelet op de ernst van die tegenwerping, zonder meer een ernstige dreiging voor de openbare orde aangenomen.<sup>87</sup>

### Terugkeer en bewaring: nationaal

De implementatie van de nieuwe Opvangrichtlijn leidde tot veranderingen in de wettelijke regeling van vreemdelingendetentie. Detentie van vreemdelingen (vooral asielzoekers) die aan de grens geweigerd worden (denk aan Schiphol) is in Nederland een routinekwestie, omdat de staatssecretaris vindt dat toegangsweigering alleen effectief is als de vreemdeling gedetineerd wordt.<sup>88</sup> Nederland is op dat punt van ver gekomen. In de jaren tachtig

72. In eerste instantie nam de staatssecretaris het standpunt in dat het Rijk geen partij was in de zaken bij de CRvB en dat er daarom geen reden was om gemeenten financieel te compenseren (*Kamerstukken II* 2014/15, 19637, 1940).

73. Na overleg met de VNG stelde de staatssecretaris dat beleid met betrekking tot de opvang en terugkeer van vreemdelingen een verantwoordelijkheid van de rijksoverheid is en dat toch een financiële tegemoetkoming zal worden verleend aan gemeenten (bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 34000-VI, Q).

74. Zie nader over de juridische status van

deze aanbeveling: C.H. Slingenberg

'Opvang onrechtmatig verblijvende vreemdelingen: een politieke kwestie. Uitspraak van de maand' *A&MR* 2015, p. 132-134.

75. Resolution CM/ResChS(2015)5, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2310905&Site=CM>

76. *Kamerstukken II* 2014/15, 19637, 1994.

77. Bijv. in Nijmegen (<http://nijmegen.nieuws.nl/nieuws/7255/motie-bad-bad-en-brood-aangenomen/>), Utrecht ([www.rtvutrecht.nl/nieuws/1296405/utrechtse-raad-stemt-voor-behoud-bad-bad-en-brood.html](http://www.rtvutrecht.nl/nieuws/1296405/utrechtse-raad-stemt-voor-behoud-bad-bad-en-brood.html)), Arnhem ([www.omroepgelderland.nl/nieuws/2090079/](http://www.omroepgelderland.nl/nieuws/2090079/)

Politici-Arnhem-en-Nijmegen-bad-bad-en-broodopvang-behouden).

78. Rb. Amsterdam 8 mei 2015,

ECLI:NL:RBAMS:2015:2651.

79. Zie voor de redenen hiervoor het persbericht van het college d.d. 23 juni 2015, [www.amsterdam.nl/gemeente/college-van/burgemeester/persberichten-0/persberichten-2015/amsterdam-hoger/](http://www.amsterdam.nl/gemeente/college-van/burgemeester/persberichten-0/persberichten-2015/amsterdam-hoger/).

80. HvJ EU 23 april 2015, C-38/14 (*Zaizoune*)

81. HvJ EU 5 november 2014, C-166/13 (*Mukarubega*) en HvJEU 11 december 2014, C-249/13 (*Boudjlida*).

82. *Mukarubega*, para. 60.

83. *Boudjlida*.

84. Zie de annotatie van M. van Riel bij *Boudjlida* in *JV* 2015/89.

85. HvJ EU 11 juni 2015, C-554/13 (*Zh. en O.*), para. 50.

86. Zie bijvoorbeeld ABRVS 4 maart 2014, 201305772/1/V3, en ABRVS 15 juni 2012, 201201202/1/V4 en 201202257/1/V3.

87. ABRVS 9 maart 2015, 201400601/1/V2.

88. Bijv. *Kamerstukken II* 2014/15, 34088,

3, p. 28-29.

was het standpunt van de staatssecretaris dat vreemdelingen die op Schiphol in een afgesloten ruimte werden gestopt zich 'aan gene zijde van de slagboom' bevonden. Zij werden dus niet opgesloten maar bevonden zich daarentegen in de wijde wereld. De Hoge Raad moest er aan te pas komen om uit te maken dat het hier wel degelijk detentie betrof, om de eenvoudige reden dat de Marechaussee mensen opsloot. Dat wordt nu wel erkend, maar inmiddels stelt de staatssecretaris dat de vrijheidsberoving niet individueel beoordeeld en gemotiveerd hoeft te worden, omdat het grensbewaking betreft.

Zulke routinematige detentie van alle personen die in een bepaalde categorie vallen staat op gespannen voet met Europees recht, dat detentie alleen toestaat als deze in het individuele geval noodzakelijk is,<sup>89</sup> en als in het individuele geval is vastgesteld dat minder vergaande maatregelen (zoals een meldplicht) niet effectief zullen zijn.<sup>90</sup> In dit spanningsveld zetten wetgever en rechter kleine stapjes. Zo bepaalt het nieuwe artikel 6 lid 6 VW 2000, onder invloed van Europees recht en Afdelingsjurisprudentie, dat grensdetentie voor asielzoekers na afwijzing van hun asielaanvraag alleen kan worden opgelegd als de openbare orde dat vordert – de enkele weigering aan de grens is in hun geval dus niet meer voldoende. Daarnaast maakte de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uit dat, ook als er in beginsel gronden zijn voor grensdetentie, er daarnaast van geval tot geval moet worden beoordeeld of die gronden de maatregel ook in het geval van de individuele vreemdeling daadwerkelijk kunnen dragen.<sup>91</sup> De Afdeling accepteert dan vrij gemakkelijk dat dat het geval is, maar principieel is dit een bijstelling van de koers.

Ook de wettelijke regeling van vreemdelingenbewaring (voor mensen die niet aan de grens, maar in stad en land worden aangehouden) is aangepast aan de Opvangrichtlijn. In wetstechnisch opzicht is het lastig dat dat is gebeurd door er wat bepalingen aan te plakken, waardoor nu achter elkaar in de wet zijn opgenomen de aloude bepalingen over bewaring (artikel 59 VW 2000); een implementatie van de Dublinverordening (artikel 59a), en nu dan de implementatie van de Opvangrichtlijn met betrekking tot de bewaring van asielzoekers (artikel 59b, 59c). Dat zal tot problemen leiden, omdat meerdere bepalingen op één persoon van toepassing kunnen zijn.

Bij het rechterlijk toezicht op vreemdelingendetentie speelt altijd de vraag of dit vooral als bestuurlijke aangelegenheid wordt beschouwd (waardoor het bestuursrechtelijke aspect voorop staat), of dat de aandacht primair uitgaat naar het feit dat het om vrijheidsberoving gaat (dan ligt de nadruk op een mensenrechtelijke benadering).<sup>92</sup> Op twee punten heeft de Afdeling Europees recht aangegrepen om de koers iets bij stellen in de richting van mensenrechten. De Afdeling meende in het verleden dat de rechter marginaal moet toetsen of in plaats van detentie ook met een lichter middel kon worden volstaan. In 2011 stelde zij deze jurisprudentie bij, en oordeelde dat de rechter dit enigszins terughoudend moest toetsen. Voor de concrete beoordeling van zaken door de Afdeling maakte dat geen waarneembaar verschil.<sup>93</sup> De Afdeling is uiteindelijk expliciet omgegaan en heeft uitgemaakt dat dit vol moet worden getoetst<sup>94</sup> – waarbij nog valt te bezien wat dat voor concrete gevallen uitmaakt.

Een vergelijkbare verschuiving richting een mensenrechtelijke aanpak gaat over de motivering van het besluit om tot detentie over te gaan. De Afdeling gunde de staatssecretaris voorheen veel ruimte om dat middels een standaard-besluit te doen, en pas ter zitting bij de rechtbank met een meer toegespitste motivering te komen.<sup>95</sup> De Afdeling maakte in de afgelopen maanden uit dat de motivering van vreemdelingendetentie in het besluit zelf moet staan, omdat de vreemdeling zich moet kunnen verdedigen en de rechter de rechtmatigheid van de maatregel moet kunnen controleren.<sup>96</sup> Een motiveringsgebrek kan daarom niet met toepassing van artikel 6:22 Awb worden gepasseerd.<sup>97</sup>

De indiening van het voorstel voor de Wet terugkeer en vreemdelingenbewaring (toegezegd na de zelfmoord van Dolmatov in de vreemdelingengevangenis in Rotterdam) werd in mei 2015 voor 'binnenkort' aangekondigd,<sup>98</sup> en is uiteindelijk op 30 september 2015 ingediend.<sup>99</sup> De staatssecretaris nam afscheid van het beleid om kinderen niet in vreemdelingenbewaring te nemen,<sup>100</sup> en formuleerde nieuw beleid<sup>101</sup> dat wordt toegepast op een aparte locatie.<sup>102</sup>

### Enkele boeken tot besluit

In de afgelopen kroniekperiode verschenen er nog enkele vermeldenswaardige boeken. Allereerst een stapeltje handelsedities van proefschriften: van Reneman, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy* en Slingenberg, *The Reception of Asylum Seekers under International Law. Between Sovereignty and Equality* bij Hart Publishers, van Baldinger, *Vertical Judicial Dialogues in Asylum Cases en Eisele, The External Dimension of the EU's*

## De laatste editie van Rechtspraak vreemdelingenrecht heeft dit jaar het licht gezien

*Migration Policy* bij Brill/Nijhoff. Spijkerboer, *De Nederlandse rechter in het vreemdelingenrecht*, publiceerde een vervolg op zijn oratie uit 2002 waarin hij de vreemdelingenrechtelijke jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kritisch analyseert.

Tot slot, de laatste editie van Rechtspraak vreemdelingenrecht heeft dit jaar het licht gezien. Dat wil zeggen, de jaarlijkse jurisprudentiebundel die sinds eind jaren zeventig verscheen en de belangrijkste uitspraken van het betreffende jaar nog eens bijeenbracht en van commentaar voorzag, is ter ziele. Slechts de studenteneditie – met een selectie van voor het onderwijs relevante historische uitspraken – zal nog van tijd tot tijd worden hernieuwd (RV 1950-2015 kwam nog dit jaar bij *Ars Aequi* uit). De eerste RV ontstond op verzoek van de Werkgroep Rechtsbijstand in Vreemdelingenzaken. In het voorwoord bij die eerste RV lezen we 'In deze werkgroep, die in 1973 werd opgericht bleek behoefte te bestaan aan een verzameling van rechterlijke beslissingen betreffen-

de het vreemdelingenrecht, die gemakkelijk toegankelijk zou zijn en een zo representatief mogelijk beeld zou geven van wat aan rechtspraak voorhanden is. Deze wens van de Werkgroep houdt verband met het sterk toegenomen gebruik van rechtsmiddelen en groeiende rol van de rechtsbijstand in vreemdelingenzaken in de laatste jaren. Beide zijn duidelijke symptomen van een ontwikkeling gericht op een versterking van de rechtspositie van vreemdelingen in Nederland.<sup>89</sup> Deze kroniek mag als bewijs dienen dat er nog altijd veel, zo niet veel meer, gebruik wordt gemaakt van rechtsmiddelen in het

vreemdelingenrecht. Het vakgebied is inmiddels mede door de Europese ontwikkelingen nog vele malen complexer en gedetailleerder dan in de begindagen van Groenendijk en Swart, de samenstellers van de eerste bundel. De behoefte aan een gemakkelijk toegankelijke verzameling van uitspraken is dan ook nog altijd levend. Wat wel is veranderd is wat als toegankelijk of gemakkelijk wordt ervaren: met digitale databanken en maandelijkse (jurisprudentie-)tijdschriften is een jaarlijkse gedrukte verzamelbundel door de tijd achterhaald. •

<sup>89</sup>. Dit wordt nog eens onderstreept door dat art. 43 jo. 33 en 31 lid 8 Procedurerechtlijn de grensprocedure alleen mogelijk maakt in een limitatief aantal gevallen.

<sup>90</sup>. Met name art. 8 lid 2 Opvangrichtlijn.

<sup>91</sup>. ABRvS 8 september 2014, 201405943/1/V3. Vergelijk ABRvS 1 mei 2015, 201501451/1/V3.

<sup>92</sup>. T. Spijkerboer: *De Nederlandse rechter*

*en het vreemdelingenrecht*, Den Haag: Sdu 2014, p. 249-251.

<sup>93</sup>. Spijkerboer, a.w., p. 204-210.

<sup>94</sup>. ABRvS 23 januari 2015, JV 2015/63; ECLI:NL:RVS:2015:232. De Afdeling ging om naar aanleiding van het in de vorige kroniek al genoemde *Mahdi*-arrest van het Europese Hof van Justitie.

<sup>95</sup>. Spijkerboer a.w., p. 246-249.

<sup>96</sup>. De Afdeling baseert deze overwegingen op het *Mahdi*-arrest.

<sup>97</sup>. ABRvS 13 mei 2015, 201503491/1/V3.

<sup>98</sup>. *Kamerstukken II* 2014/15, 19637/24587, 2008, p. 2.

<sup>99</sup>. Regels met betrekking tot de terugkeer van vreemdelingen en vreemdelingenbewaring (Wet terugkeer en vreemdelingenbewaring) *Kamerstukken II* 2015/16, 34309

<sup>100</sup>. *Kamerstukken II* 2013/14, 19637, p. 16.

<sup>101</sup>. *Kamerstukken II* 2014/15, 19637, 1896.

<sup>102</sup>. Het ministerie zet een *Youtube* filmpje in om het publiek van de humaniteit van deze situatie te overtuigen, [www.youtube.com/watch?v=zHITWCQXVO4](http://www.youtube.com/watch?v=zHITWCQXVO4).