



De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie  
Mr. F. Teeven  
Postbus 20301  
2500 EH Den Haag

30 januari 2014

Uw brief van 29 november 2013, kenmerk: 455633

Betreft: wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000

Mijnheer de Staatssecretaris,

Graag maak ik van de aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) geboden gelegenheid gebruik om te reageren op het wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: de Vw 2000) ter implementatie van de Procedure- en Opvangrichtlijn.

Met deze reactie wordt uiteraard op geen enkele manier vooruitgelopen op het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en op de beantwoording van rechtsvragen waarvoor de Afdeling zich gesteld zal zien als het wetsvoorstel tot wet wordt verheven.

Naar aanleiding van de herschikking van deze richtlijnen worden in het wetsvoorstel een aantal maatregelen voorgesteld die leiden tot wijziging van de Vw 2000. Het gaat onder meer om:

- invoering van een volledig en ex nunc onderzoek door de rechter in eerste aanleg;
- een nieuwe regeling van de gronden voor schorsende werking van het beroep in eerste aanleg;
- het invoeren van een grensprocedure voor de behandeling van asielaanvragen;
- een nieuwe grondslag voor het in bewaring stellen van rechtmatig verblijvende vreemdelingen.

De Afdeling zal hierna op deze verschillende maatregelen ingaan. Enkele andere, meer technische opmerkingen zijn in een bijlage bij deze brief opgenomen.

#### Volledig en ex nunc onderzoek

##### *Artikel 46, derde lid, van de Procedurerichtlijn*

Het voorgestelde artikel 83a van de Vw 2000 verplicht de rechtbank tot een volledig en ex nunc onderzoek van zowel de feiten als juridische gronden in asielzaken. Volgens de toelichting verlangt het wetsvoorstel daarmee een volle toetsing van alle onderdelen van een asielbesluit. Ook daar waar de staatssecretaris volgens de huidige rechtspraak beoordelingsvrijheid heeft, zoals bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van het

asielrelaas, dient de rechter volgens het wetsvoorstel vol te toetsen. Deze wijziging strekt tot implementatie van artikel 46, derde lid, van de Procedurerichtlijn. Dit artikellid bepaalt dat ten minste de rechter in eerste aanleg een "volledig onderzoek" naar "zowel de feitelijke als juridische gronden" dient te verrichten. Daarmee ligt de vraag voor waartoe artikel 46, derde lid, van de Procedurerichtlijn precies verplicht.

De richtlijn vat "een volledig onderzoek" op als een onderzoek naar "zowel feitelijke als juridische gronden". Dit lijkt erop te duiden dat daarmee aansluiting is gezocht bij het uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) bekende begrip "volle rechtsmacht" ("full jurisdiction"). Het wetsvoorstel lijkt dit begrip te interpreteren in het licht van het Nederlandse onderscheid tussen "volle" en "marginale" toetsing dan wel toetsing zonder, of met terughoudendheid. Het voorstel gaat er kennelijk vanuit dat "full jurisdiction" een "volle toetsing" impliceert. Dit lijkt echter niet eenduidig te volgen uit de rechtspraak van het EHRM. Het EHRM lijkt wel een indringende rechtmatigheidstoets op het oog te hebben, maar laat niettemin ruimte voor een rechterlijke toetsing waarbij de rechter niet zijn eigen oordeel over alle aspecten van een besluit zonder meer voor het oordeel van het bestuur in de plaats kan stellen. De Afdeling wijst er in dit kader op dat, zoals ook de staatssecretaris zelf heeft kenbaar gemaakt in zijn antwoord van 9 juli 2013 op de vragen van lid Schouw van 11 juni 2013 (kenmerk 2013Z11810), het ook in andere lidstaten voorkomt dat de rechter het bestuurlijk feitenonderzoek niet volledig mag overdoen, maar moet volstaan met een terughoudende toetsing.

Ook in het Nederlandse algemene bestuursrecht kan de rechter zijn oordeel niet altijd volledig voor het oordeel van het bestuur in de plaats stellen. De ruimte die de rechter in dat verband heeft, is afhankelijk van de door het bestuur aangewende bevoegdheid en de verschillende aspecten ervan. Daar waar de wetgever het bestuur beoordelingsvrijheid toekent, zal de rechter zich terughoudend opstellen. Dit betekent overigens niet dat de aanwending van zo een bevoegdheid door het bestuur niet aan rechterlijke toetsing is onderworpen; een besluit moet altijd zorgvuldig worden voorbereid en deugdelijk worden gemotiveerd. Een besluit dat niet aan die normen voldoet moet worden vernietigd. Ook in andere delen van het bestuursrecht dan het asielrecht komt het voor dat aan het bestuur beoordelingsvrijheid toekomt en ook door andere bestuursrechters dan de Afdeling worden sommige (delen van) besluiten terughoudend getoetst omdat het bestuursorgaan beoordelingsvrijheid heeft. Dit geldt ook voor het Hof van Justitie. In dit verband wijst de Afdeling erop dat de rechter minder mogelijkheden heeft de voorgelegde zaak te vergelijken met alle andere zaken waarin de nationale autoriteiten – ook inwilligend - hebben beslist.

In dit licht rijst de vraag of bij de uitleg van artikel 46, derde lid, in het wetsvoorstel niet beter aansluiting kan worden gezocht bij het door het EHRM gehanteerde begrip "full jurisdiction" in plaats van een nog verdergaande toetsing dwingend voor te schrijven. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door in de Vw 2000 de tekst van de Procedurerichtlijn over te nemen, wat niet ongebruikelijk is in geval van implementatie van een richtlijnbevestiging. Dat biedt de nationale rechter de ruimte om ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie zonder wetswijziging te verwerken. In dat verband wijst de Afdeling erop dat een volle toetsing, zoals hierna zal worden aangegeven, een grote werklast zal betekenen voor zowel de rechter in eerste aanleg als in hoger beroep met de risico's van verlenging van de doorlooptijden in de procedures die daarbij horen.

Hieronder zal de Afdeling uitgaan van het vereiste van een volledig en ex nunc onderzoek zoals omschreven in het wetsvoorstel en de toelichting daarop.

*Een toetsende of beoordelende rechter?*

De formulering van artikel 83a van de Vw 2000, gelezen in samenhang met de toelichting hierop en de hiervoor gemaakte opmerking over de omvang van de voorgestane toetsing, roept bij de Afdeling allereerst de vraag op of het wetsvoorstel een toetsende of beoordelende rechter voor ogen heeft. De tekst van het voorgestelde artikel lijkt op dat laatste te duiden, terwijl volgens de toelichting het besluit van het bestuursorgaan uitgangspunt is, hetgeen een toetsende bestuursrechter veronderstelt. Dit maakt een wezenlijk verschil. Een beoordelende rechter zal los van het besluit een geheel eigen beoordeling van de geloofwaardigheid van de door een vreemdeling gestelde feiten en vermoedens moeten geven en dus ook zelf de feiten moeten vaststellen en aan de hand daarvan beoordelen of een vergunning terecht is geweigerd. Dit doet ook de vraag rijzen hoe het voorgestelde artikel 83a zich verhoudt tot het bestaande artikel 83 van de Vw 2000. Het vijfde lid van artikel 83 vereist immers toetsing van een nader standpunt van het bestuursorgaan en lijkt dus uit te gaan van het model van een toetsende rechter.

De Afdeling gaat er in het vervolg van deze brief vanuit dat het wetsvoorstel een toetsende rechter voor ogen heeft. Dat de vreemdelingenrechter zelfstandig los van een besluit de rechtsbetrekking zou moeten vaststellen, zou immers ook afwijken van het uitgangspunt van het algemene bestuursprocesrecht - waarvan het asielrecht onderdeel uitmaakt - dat de taak van de bestuursrechter is om een besluit van een bestuursorgaan te toetsen en niet om zelf besluiten te nemen (artikel 8:1 van de Algemene wet bestuursrecht; hierna: de Awb).

*Ex nunc toetsing; nieuwe asielmotieven*

In de toelichting is, onder verwijzing naar de uitspraak van 21 juni 2013 in zaak nr. 201202422/1/V2, vermeld dat de Afdeling het huidige artikel 83 van de Vw 2000, dat voor asielzaken al in een ex nunc toets bij de rechtbank voorziet, beperkter heeft uitgelegd dan wenselijk is. In deze uitspraak heeft de Afdeling geoordeeld dat de rechtbank asielmotieven die pas in beroep zijn ingebracht en die geen verband houden met hetgeen een vreemdeling in de bestuurlijke fase aan zijn asielaanvraag ten grondslag heeft gelegd, niet bij haar beoordeling betreft. Aan deze uitspraak ligt mede ten grondslag dat de rechtsbescherming van een vreemdeling ermee gebaat is, indien hij de gelegenheid heeft om in een bestuurlijke fase over het nieuwe asielmotief te verklaren. Een voorbeeld, ontleend aan de rechtspraak van de Afdeling, kan dit verduidelijken.

Stel een asielzoeker uit een islamitisch land heeft in zijn gehoor door de IND uitsluitend verklaard over problemen met de politie van zijn land van herkomst die verband houden met zijn politieke activiteiten. De staatssecretaris acht dit asielrelaas na onderzoek ongeloofwaardig. De vreemdeling gaat in beroep. Kort voor de zitting van de rechtbank voert hij, voor het eerst, aan dat hij in zijn land van herkomst een behandeling in strijd met artikel 3 van het EVRM heeft te vrezen omdat hij inmiddels tot het christendom is bekeerd.

De Afdeling begrijpt het wetsvoorstel aldus, dat als dit tot wet wordt verheven, de rechtbank in zo'n geval ook een oordeel zou moeten geven over de gestelde bekering en de gevolgen daarvan. De Afdeling vraagt zich af of dat steeds goed mogelijk is. Immers, omdat de bekering niet in de bestuurlijke fase is aangevoerd, heeft de staatssecretaris geen enkel onderzoek gedaan en kunnen doen naar de geloofwaardigheid van die bekering. De vreemdeling heeft ook nog geen gelegenheid gehad daarover in een nader

gehoor, afgenomen door daartoe speciaal opgeleide hoornedewerkers van de IND, te verklaren. In dat geval zijn er volgens de Afdeling de volgende mogelijkheden. Ofwel de rechtbank doet dat onderzoek zelf, ofwel zij draagt de staatssecretaris op alsnog onderzoek te doen naar de gestelde bekering en schort de behandeling van het beroep op. Ook is uiteraard mogelijk dat de rechtbank het besluit vernietigt en de staatssecretaris opnieuw op de aanvraag laat beslissen. Als de rechtbank zelf het onderzoek doet, kost dat onevenredig veel tijd en heeft dat daarom ongewenste gevolgen voor de doorlooptijden. In de huidige situatie hoort de rechter de vreemdeling ter zitting over feiten die ook al in het gehoor door de IND aan de orde zijn geweest en waarover de staatssecretaris al een standpunt heeft. Dan is duidelijk op welke punten het geschil zich toespitst (vergelijk artikel 8:69 van de Awb). Een gehoor over feiten waarover nooit eerder is gesproken is iets geheel anders. Naar het zich laat aanzien zullen zittingen bij de rechtbank in dat geval in het merendeel van de gevallen aanzienlijk langer gaan duren. In voorkomend geval - als derden moeten worden gehoord zoals getuigen of deskundigen - kan dit ook aanzienlijke planningsproblemen opleveren, bijvoorbeeld omdat er onvoldoende tolken beschikbaar zijn, maar ook omdat verschillende vreemdelingen om privacyredenen niet in elkaars bijzijn willen worden gehoord. De opschorting van de behandeling of een vernietiging van het besluit houdt in het geval van een geheel nieuw asielmotief in ieder geval in dat de bestuurlijke fase van de beoordeling van de asielaanvraag steeds in zijn geheel moet worden overgedaan. Een nieuwe aanvraag biedt dan een beter kader voor een nieuw feitenonderzoek, ook omdat het werkproces van de IND daarop is ingericht.

Verder rijst de vraag of het betrekken van geheel nieuwe asielmotieven in een lopende rechterlijke procedure niet verder gaat dan redelijkerwijs onder een *ex nunc* toetsing kan worden verstaan. Dat lijkt immers mogelijk te maken dat een eiser halverwege een proces een nieuwe feitelijke grondslag aan zijn vordering ten grondslag kan leggen. Dat is in andere dan vreemdelingenrechtelijke procedures ook niet mogelijk.<sup>1</sup>

#### *Gevolgen van het wetsvoorstel voor de (werkwijze van de) Afdeling*

In het wetsvoorstel is het vereiste van een volledig en *ex nunc* onderzoek beperkt tot de procedure in eerste aanleg bij de rechtbank. Dat betekent evenwel niet dat dat voor de Afdeling zonder gevolgen zal blijven. De verwachting is immers gewettigd dat met dit voor de rechtbank geldende vereiste de aard van de grieven die in hoger beroep naar voren zullen worden gebracht, zal veranderen. Te verwachten valt dat meer grieven zullen worden voorgedragen over de wijze van toetsing door de rechtbanken, de verschillen daartussen en over de uitgebreidheid van het onderzoek of de zorgvuldigheid daarvan, en vergelijkingen daartussen. Meer in het bijzonder zullen grieven worden voorgedragen die inhouden dat de ene rechtbank een asielrelaas ten onrechte ongeloofwaardig heeft bevonden, omdat de andere rechtbank een vergelijkbaar relaas wel geloofwaardig heeft bevonden. Of omgekeerd, indien de staatssecretaris in hoger beroep komt. De Afdeling zal dan moeten beslissen welke rechtbank gelijk heeft en zal er dan naar het haar thans voorkomt niet aan kunnen ontkomen om zelf een volle toets te verrichten. Uiteindelijk zal de Afdeling immers de knoop moeten doorhakken of het asielrelaas door de rechtbank nu wel of niet terecht geloofwaardig is geacht.

---

<sup>1</sup> Zo kan in een civiele procedure, waarin de rechter in beginsel "*ex nunc*" toetst, de eiser ook niet halverwege het proces de feitelijke grondslag van zijn vordering ingrijpend wijzigen. Wie van een ander € 10.000 vordert op basis van een overeenkomst van geldlening, kan niet halverwege het proces beweren dat die ander dat bedrag bij nader inzien verschuldigd is als vergoeding van schade veroorzaakt door een aanrijding.

In het verlengde van het voorgaande, zal naar verwachting de toepassing van artikel 91, tweede lid, van de Vw 2000 en het zonder zitting behandelen van een hoger beroep niet in dezelfde mate kunnen plaatsvinden als nu gebeurt, omdat de toezichtfunctie van de Afdeling op de rechtseenheid verandert. Het is dan niet meer de staatssecretaris die bewaakt dat de eenheid in de uitvoeringspraktijk wordt bewaakt; een deel van die taak verschuift naar de rechtbanken en daarmee naar de Afdeling als hogerberoepsrechter. Daarvoor zal de Afdeling vaker zelf uitgebreid feitenonderzoek moeten verrichten, al dan niet vergelijkenderwijs. Het ligt daarbij in de rede dat de Afdeling dergelijke zaken veelal niet zonder een zitting zal kunnen afdoen.

Van belang is voorts dat de Afdeling volgens de wetgever na vernietiging van een uitspraak van de rechtbank moet doen wat de rechtbank zou behoren te doen en aldus de beroepsgronden die in eerste aanleg bij de rechtbank naar voren zijn gebracht dient te beoordelen indien deze gronden nog niet door de rechtbank zijn beoordeeld dan wel het oordeel van de rechtbank over deze gronden wordt bestreden. Dit wordt wel het devolutieve traject genoemd. Uit het wetsvoorstel volgt dat de Afdeling zelf een volle en ex nunc toets zal moeten verrichten. De Afdeling zal nieuwe feiten – maar ook eventueel nieuwe asielmotieven als vorenbedoeld - die de rechtbank niet of onjuist heeft beoordeeld, alsnog zelf moet beoordelen, waarbij zij tevens rekening zal moeten houden met het tijdverloop tussen de uitspraak van de rechtbank en haar eigen uitspraak en de vraag of zich intussen relevante wijzigingen in de feiten of het recht hebben voorgedaan. Dit betekent dat de Afdeling in voorkomende gevallen zelf een eigen feitenonderzoek moet verrichten, ook naar eventueel eerst met het oog op de devolutieve fase pas in hoger beroep naar voren gebrachte nieuwe asielmotieven als bijvoorbeeld een bekering tot het christendom. Dat leidt tot een aanzienlijke verzwaring van de werklust van de Afdeling. Een alternatief zou kunnen zijn dat de Afdeling na vernietiging zaken vaker dan nu terugwijst naar de rechtbank - waarna tegen de nieuwe uitspraak van de rechtbank opnieuw hoger beroep openstaat. Dit alternatief is uit een oogpunt van definitieve geschilbeslechting minder aantrekkelijk en zal tot nog meer tijdverlies leiden.

De conclusie is derhalve dat het wetsvoorstel volgens de Afdeling zal leiden tot een aanzienlijke verzwaring van de werklust. Het voorstel leidt niet alleen tot een verzwaring van de werklust doordat de individuele rechtsbescherming vaker dan nu concreet aan de Afdeling wordt voorgelegd, maar leidt ook tot een verzwaring van de taak van de Afdeling de rechtseenheid en rechtsgelijkheid te bewaken en te bevorderen door zaken vergelijkenderwijs voorgelegd te krijgen. Vaker dan voorheen zal de Afdeling zittingen moeten beleggen, terwijl de zittingen een heel ander karakter krijgen. Het zal minder gaan over wettelijke voorschriften en beleid zoals die door de staatssecretaris worden uitgelegd. Veeleer zullen zittingen gaan dienen om inzicht te krijgen in het gehele asielrelaas van een vreemdeling in het licht van hetgeen de rechtbank daarover, na zelfstandig onderzoek te hebben verricht, heeft overwogen en hoe zich dit verhoudt met andere, vergelijkbare zaken waarin de staatssecretaris of een andere rechtbank anders te werk is gegaan. Dit zal bij een gelijkblijvende capaciteit grote gevolgen hebben voor de doorlooptijden in hoger beroep, dan wel, indien zaken vaker worden teruggewezen, voor de doorlooptijden bij de rechtbank. Dat zal weer gevolgen hebben voor het aantal opvolgende aanvragen van vreemdelingen. De ervaring leert immers dat het uitblijven van een definitieve afwijzing van verblijfsaanvragen opvolgende aanvragen genereert. Het voorgaande zou overigens te meer gelden indien het de bedoeling van het wetsvoorstel is dat de Afdeling rekening houdt met feiten en omstandigheden die eerst in hoger beroep zijn aangevoerd en met wijzigingen van het beleid die na de uitspraak van de rechtbank zijn bekendgemaakt. Nu het vereiste van een ex nunc toetsing is

beperkt tot de procedure in eerste aanleg bij de rechtbank gaat de Afdeling er voorsnog vanuit dat dat niet het geval is.

### Schorsende werking

Het wetsvoorstel voorziet erin dat het instellen van beroep bij de rechtbank van rechtswege schorsende werking heeft, tenzij de aanvraag als kennelijk niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond is afgewezen (artikelen 30 en 30a van het voorstel). Indien het rechtsmiddel geen schorsende werking heeft, kan de voorzieningenrechter, zoals ook thans al het geval is, door te bepalen dat de vreemdeling de behandeling van het beroep in Nederland kan afwachten, schorsende werking toekennen. De artikelen 30 en 30a van het voorstel strekken ter implementatie van artikel 46, vijfde en zesde lid, van de Procedurerichtlijn.

Het EVRM vereist volgens de rechtspraak van het EHRM in het geval waarin sprake is van een "arguable claim", dat schending van artikel 3 van het EVRM wordt bedreigd met een rechtsmiddel met van rechtswege schorsende werking (zie onder meer Čonka tegen België, nr. 51564/99 en Gebremedhin tegen Frankrijk, nr. 25389/05). De Afdeling begrijpt de voorgestelde wijziging aldus, dat daaraan ten grondslag ligt dat aanvragen waarin sprake is van een "arguable claim" niet als kennelijk niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond worden afgewezen. Daarmee is het voorstel in overeenstemming met de eisen die het EHRM stelt. De vraag is evenwel of dat omgekeerd ook het geval is en uitgesloten is dat indien een aanvraag als kennelijk niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond wordt afgewezen zonder meer geen sprake is van een "arguable claim". Hierbij kan aan Dublinzaken of daarmee verband houdende zaken gedacht worden. Een voorbeeld: het komt regelmatig voor dat een vreemdeling aan wie door Italië internationale bescherming is toegekend, doorreist naar Nederland en hier betoogt dat zijn terugkeer naar Italië zou leiden tot een met artikel 3 van het EVRM strijdige behandeling. Of dat daadwerkelijk zo is, staat los van de vraag of er een "arguable claim" is.

Artikel 46 van de Procedurerichtlijn betreft alleen het beroep in eerste aanleg en de richtlijn kent aan een vreemdeling geen recht op hoger beroep toe. Niet zonder meer duidelijk is echter of volgens de richtlijn, indien het nationale recht voorziet in een mogelijkheid van hoger beroep, de waarborgen die voor het beroep in eerst aanleg gelden niet evenzeer zouden moeten gelden voor het hoger beroep. Onder het EVRM lijkt dit anders te zijn. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM (zie onder meer M.S.S. tegen België en Griekenland, nr. 30696/09) vereist artikel 13 van het EVRM dat onder omstandigheden die verband houden met een mogelijke schending van absolute rechten zoals neergelegd in artikel 3 van het EVRM, elk rechtsmiddel van rechtswege schorsende werking heeft. De vraag rijst dan ook of deze rechtspraak er niet toe noopt in die gevallen ook aan de procedure in hoger beroep van rechtswege schorsende werking toe te kennen. De vereisten van non-refoulement gelden immers ook voor het hoger beroep. Daarnaast kan gewezen worden op de discussie of schorsende werking niet wordt vereist als uitvloeisel van de door het EHRM vereiste "full en ex nunc assessment" bij uitzetting van asielzoekers.

De voorzitter van de Afdeling heeft eerder overwogen dat in het Čonka-arrest geen grond wordt gezien de in artikel 8:81 van de Awb neergelegde regeling niet toereikend te achten (uitspraak van 30 maart 2010 in zaak nr. 201002922/2/V3). Na het arrest van het EHRM in M.S.S tegen België en Griekenland heeft de voorzitter deze benadering niet zonder meer gevolgd, maar op andere wijze gegarandeerd dat een vreemdeling die

01100412014  
06187  
040

een "arguable claim" heeft deze vóór uitzetting door een rechter beoordeeld kan krijgen. Materieel wordt daarmee hetzelfde bereikt als waartoe de jurisprudentie van het EHRM verplicht. Gegeven dat van schorsende werking van rechtswege in hoger beroep ook onder het huidige voorstel geen sprake is, is niet duidelijk of deze handelwijze de toets van het EHRM zal doorstaan, gelet op de daar geformuleerde vereisten van een "full and ex nunc assessment". Mocht dat niet het geval zijn, dan ligt het voor de hand dat de wetgever in een structurele oplossing voorziet, waarbij een evenwicht wordt gevonden tussen enerzijds het algemeen belang dat is gediend met het voortvarend uitzetten van vreemdelingen wier aanvraag is afgewezen en de belangen van vreemdelingen anderzijds. Dit komt evenzeer tegemoet aan de inzet van de Nederlandse regering bij de onderhandelingen over de Procedurerichtlijn, namelijk het voorkomen van herhaalde asielaanvragen. Overwogen zou kunnen worden de implementatie van artikel 46, vijfde en zesde lid, van de Procedurerichtlijn als aanknopingspunt te nemen om het Nederlandse stelsel ook in dit opzicht in overeenstemming met de jurisprudentie van het EHRM te brengen en derhalve aan het aanwenden van het rechtsmiddel steeds schorsende werking toe te kennen, waarbij de staatssecretaris aan de voorzitter van de Afdeling kan verzoeken schorsende werking aan het hoger beroep te onthouden, dan wel deze op te doen heffen, indien hij zwaarwegende omstandigheden aanvoert die daartoe nopen, of indien hij concreet voornemens is een vreemdeling uit te zetten.

### Grensprocedure

In het wetsvoorstel wordt ter implementatie van de Opvangrichtlijn een grensprocedure geïntroduceerd. Tevens worden de bestaande artikelen over toegang en grensdetentie gewijzigd. Bij de Afdeling zijn verschillende vragen gerezen, welke hieronder zijn opgenomen. Tevens heeft de Afdeling een aantal suggesties voor wijziging van de tekst van de voorgestelde artikelen.

#### *Het personele toepassingsbereik van artikel 3 Vw 2000 (nieuw)*

Zoals de Afdeling heeft overwogen in de uitspraak van 11 juni 2013 in zaak nr. 201301582/1/V4, volgt uit het arrest van het Hof van Justitie van 14 juni 2012, C-606/10, ANAFE tegen Frankrijk, dat alle onderdanen van derde landen binnen het bereik van de Schengengrenscodes (hierna: de SGC) vallen. Op pagina 34 van de memorie van toelichting wordt het volgende opgemerkt: "Indien niet is voldaan aan de vereisten voor toegang zoals neergelegd in de SGC, zoals ook neergelegd in artikel 3 van de Vw 2000, en daarom de toegang moet worden geweigerd, volgt grensdetentie op grond van artikel 6, eerste en tweede lid." Deze passage lijkt te veronderstellen dat de SGC op alle onderdanen van derde landen van toepassing is. Indien dat het geval is, bestaat er dan nog aanleiding de in artikel 3, eerste lid, van de Vw 2000 opgenomen zinsnede "andere dan de in de SGC geregelde gevallen" te handhaven? Deze zinsnede zou dan alleen betekenis hebben voor onderdanen van België en Luxemburg onderscheidenlijk gemeenschapsonderdanen, maar de regeling voor hun weigering van de toegang is neergelegd in artikel 8.5 onderscheidenlijk artikel 8.8 van het Vreemdelingenbesluit 2000.

Om een en ander beter uit elkaar te houden, zou de volgende bepaling mogelijk zijn:

#### Artikel 3

1. De ambtenaren belast met de grensbewaking weigeren een burger van de Europese Unie slechts de toegang in bij algemene maatregel van bestuur geregelde gevallen.
2. De ambtenaren belast met de grensbewaking weigeren andere vreemdelingen de toegang in de in de Schengengrenscodes geregelde gevallen.

*Verschillende situaties aan de grens*

De passage als hiervoor bedoeld en de systematiek van het voorgestelde artikel 3 van de Vw 2000 lijken uit te gaan van één feitelijke situatie, namelijk dat een vreemdeling na een weigering van de toegang een asielaanvraag indient. Het is volgens de Afdeling evenwel mogelijk drie situaties te onderscheiden. De asielaanvraag wordt ingediend voordat het besluit tot weigering van de toegang wordt genomen,<sup>2</sup> de asielaanvraag wordt ingediend nadat het besluit tot weigering van de toegang wordt genomen of de asielaanvraag wordt ingediend nadat besluit tot verlening van de toegang is genomen. De eerste twee situaties kunnen worden ondervangen door in het derde lid van het voorgestelde artikel 3 tussen de woorden "vreemdeling" en "te" de woorden "voor of nadat hem de toegang is geweigerd" in te voegen. De derde situatie heeft tot gevolg dat de asielaanvraag van deze vreemdelingen niet in een grensprocedure kan worden behandeld, aangezien zij al in Nederland zijn.

Het voormelde heeft ook gevolgen voor de tekst van het voorgestelde artikel 3, vijfde lid. In de eerste situatie is nog geen besluit genomen, zodat dan geen sprake kan zijn van een opschorting. Deze situatie zou dan ook in de tekst moeten worden verwerkt. Een mogelijke wijziging van de tekst van het vijfde lid is als volgt: "Voor de duur van de grensprocedure wordt een besluit over het weigeren van de toegang tot Nederland uitgesteld of opgeschort."

*De afwijzing van een asielaanvraag als weigering van de toegang*

In het voorgestelde zesde lid van artikel 3 geldt de afwijzing van een asielaanvraag in een grensprocedure tevens als een weigering van de toegang. Deze bepaling roept bij de Afdeling de volgende vragen op.

Het systeem van artikel 3 gaat er vanuit dat sprake is van een reeds genomen besluit tot weigering van de toegang tot Nederland, dat vanwege het indienen van een asielaanvraag wordt opgeschort. Waarom bestaat in die situatie aanleiding de afwijzing van de aanvraag aan te merken als een weigering van de toegang? Die weigering is er immers al, zij het opgeschort hangende de behandeling van de aanvraag in de grensprocedure. Het zesde lid is dan alleen van toepassing op de situatie dat een vreemdeling nog vóór het nemen van een besluit tot weigering van de toegang een asielaanvraag indient.

Uit artikel 46, eerste lid, van de Vw 2000 volgt dat een ambtenaar, belast met de grensbewaking, zelfstandig bevoegd is om de toegang te weigeren. De minister is ingevolge het voorgestelde artikel 28, eerste lid, onderdeel a, bevoegd de aanvraag te behandelen. Dient in de situatie van het zesde lid niet elders in de Vw 2000 duidelijk te worden gemaakt wie in deze situatie de (exclusieve) bevoegdheid heeft voor de weigering van de toegang?

Gegeven de bewoordingen van het zesde lid neemt de Afdeling aan dat de afwijzing van de asielaanvraag de grondslag vormt voor het weigeren van de toegang. Indien dat het geval is, acht de Afdeling van belang op te merken dat artikel 5 van de SGC, dat de toegangsvoorwaarden voor onderdanen van derde landen regelt, de afwijzing van een asielaanvraag niet vermeldt als een grond om de toegang te weigeren. De vraag is dan ook of het afwijzen van de aanvraag een grond kan vormen om de toegang te weigeren.

---

<sup>2</sup> Deze situatie kan feitelijk ook weer worden verdeeld in de situatie dat een vreemdeling nog vóór de aanhouding of onderschepping bij de grensdoorlaatpost of na de aanhouding of onderschepping, maar nog vóór het nemen van het besluit tot weigering van de toegang een asielaanvraag indient.



Indien het antwoord op die vraag bevestigend is, is van belang dat het eerste lid van artikel 3 limitatief de gronden omschrijft waarop de toegang tot Nederland wordt geweigerd. Dient aan deze limitatieve opsomming dan niet de afwijzing van de asielaanvraag te worden toegevoegd?

In de uitspraak van 22 november 2013 in zaak nr. 201211384/1/V3 heeft de Afdeling overwogen dat een in een meeromvattende beschikking vervat terugkeerbesluit geen afzonderlijk besluitonderdeel is waarop artikel 6:13 van de Awb van toepassing is. De in het zesde lid voorgestelde constructie is identiek aan de in artikel 45, eerste lid, gestelde constructie die aan de orde was in de uitspraak van 22 november 2013. Dient in het licht van deze uitspraak artikel 79 van de Vw 2000 niet te worden gewijzigd in die zin dat buiten twijfel is dat tegen een besluit, dat tevens geldt als een weigering van de toegang, beroep kan worden ingesteld, zodat in deze situatie is uitgesloten dat artikel 77 van de Vw 2000 van toepassing is?

Uit het voorgestelde artikel 69, tweede lid, van de Vw 2000 volgt dat de termijn voor het instellen van beroep tegen een in een grensprocedure genomen besluit één week bedraagt. Uit het voorgestelde artikel 83b volgt dat de rechtbank binnen vier weken na het instellen van beroep uitspraak doet. Gegeven de aard van de zaken die in een grensprocedure kunnen worden afgedaan mag worden aangenomen dat de in het tweede lid van voormeld artikel 83b bedoelde situatie zich maar sporadisch zal voordoen. Op pagina 34 van de memorie van toelichting wordt vermeld dat na de afwijzing van de aanvraag in de grensprocedure artikel 6, eerste en tweede lid, van de Vw 2000 als grondslag voor grensdetentie herleeft. Op dit punt worden twee opmerkingen gemaakt.

Een procedure in beroep tegen de afwijzing van de asielaanvraag (en weigering toegang) na het instellen van bedoeld beroep neemt vier weken in beslag. Een door de vreemdeling ingesteld beroep tegen het opleggen (of voortzetten) van de vrijheidsontnemende maatregel krachtens artikel 6, eerste en tweede lid, van de Vw 2000 neemt na het instellen van bedoeld beroep drie weken in beslag. Bij een eerder ingesteld beroep tegen de maatregel of een gelijktijdig of nagenoeg gelijktijdig ingesteld beroep tegen zowel de maatregel als de afwijzing van de asielaanvraag (en weigering toegang) betekent dat dat de uitspraak op het beroep tegen de maatregel eerder zal moeten worden gedaan, hoewel de weigering van de toegang de enige grond is voor het opleggen van de maatregel (zie de uitspraak van de Afdeling van 11 juni 2013 in zaak nr. 201301582/1/V4). Slechts indien het beroep tegen de maatregel een week na het ingestelde beroep tegen de afwijzing van de asielaanvraag (en de weigering toegang) wordt ingediend (derhalve twee weken na het opleggen (of voortzetten) van de vrijheidsontnemende maatregel krachtens artikel 6, eerste en tweede lid) kan de rechtbank gelijktijdig uitspraak doen op de beroepen. Er kan zich dus een probleem voordoen bij de coördinatie van de verschillende procedures.

De enige grond voor het opleggen (of voortzetten) van de vrijheidsontnemende maatregel krachtens artikel 6, eerste en tweede lid is de weigering van de toegang. De enige grond om de toegang te weigeren is de afwijzing van de asielaanvraag. De rechtmatigheid van de maatregel hangt derhalve (zij het indirect) af van de rechtmatigheid van het besluit op de asielaanvraag. Los van het hiervoor gesignaleerde probleem, is van belang de eerder geformuleerde vraag of het afwijzen van de aanvraag, gelet op artikel 5 van de SGC, een grond kan vormen om de toegang te weigeren. Indien die vraag ontkennend dient te worden beantwoord dan dient de koppeling tussen de afwijzing van de asielaanvraag en de weigering van de toegang te worden losgelaten

en dient de weigering van de toegang op een andere grond te worden gebaseerd. In deze situatie verdient het aanbeveling de weigering van de toegang en het opleggen van de maatregel krachtens artikel 6, eerste en tweede lid, van de Vw 2000 in één besluit te nemen. Indien tegen de maatregel ingevolge artikel 94 beroep wordt ingesteld, dient dat beroep te worden geacht zich ook te richten tegen de weigering van de toegang. Dat scheelt één rechtsmiddel (beroep tegen de weigering van de toegang) en ondervangt ook het probleem van de coördinatie van de verschillende procedures. De procedure tegen de maatregel en weigering kan dan los van de procedure tegen de afwijzing van de asielaanvraag worden behandeld. Daarmee vervalt de noodzaak voor het voorgestelde zesde lid.

### Bewaring

In het wetsvoorstel is een nieuwe grondslag opgenomen voor het in bewaring stellen van vreemdelingen die rechtmatig verblijf hebben in Nederland.

In de memorie van toelichting (pagina 35) komt naar voren dat het eerste en tweede lid van het voorgestelde artikel 59b algemene vereisten vevat voor inbewaringstelling en dat 'deze algemene vereisten gelden voor alle vormen van inbewaringstelling'. Hieruit kan worden afgeleid dat deze vereisten ook gelden voor bewaring krachtens artikel 6, eerste en tweede lid, artikel 6, derde lid, artikel 6a, artikel 59 of artikel 59a van de Vw 2000. De vraag is of deze algemene vereisten niet beter in artikel 59 van de Vw 2000 kunnen worden vermeld, de eerste bepaling die over bewaring gaat. Om duidelijk te maken dat deze vereisten voor alle vormen van vreemdelingenbewaring toepasselijk zijn, zouden artikel 6, artikel 6a, artikel 59a en artikel 59b van de Vw 2000 als volgt kunnen worden gewijzigd:

artikel 6, eerste en tweede lid:

1. Onze Minister legt aan de vreemdeling slechts de vrijheidsontnemende maatregel, bedoeld in het derde en vierde lid onderscheidenlijk vijfde lid of artikel 6a van deze wet, op voor zover geen minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast.

2. De in het eerste lid bedoelde vrijheidsontnemende maatregelen blijven achterwege of worden beëindigd indien deze niet langer noodzakelijk zijn met het oog op het doel van deze maatregelen.

De overige leden van artikel 6 worden vernummerd (derde lid wordt zesde lid en vierde lid wordt zevende lid).

Artikel 59, eerste lid en tweede lid:

1. Onze Minister stelt de vreemdeling slechts in bewaring voor zover geen minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast.

2. Inbewaringstelling blijft achterwege of wordt beëindigd indien deze niet langer noodzakelijk is met het oog op het doel van de inbewaringstelling.

De overige leden van deze bepaling dienen te worden vernummerd.

Artikel 59a, eerste lid:

1. Onverminderd het bepaalde in artikel 59, eerste en tweede lid, kan Onze Minister vreemdelingen op wie de Dublinverordening van toepassing is met het oog op overdracht aan een verantwoordelijke lidstaat in bewaring stellen met inachtneming van artikel 28 van de Dublinverordening.

Artikel 59b, eerste lid:

1. Onverminderd het bepaalde in artikel 59, eerste en tweede lid, kan Onze Minister de vreemdeling in bewaring stellen die rechtmatig verblijf heeft op grond van artikel 8, onderdeel g, h, m en f, voor zover deze betrekking heeft op een aanvraag als bedoeld in artikel 28: [...].

De overige leden van deze bepaling dienen dan te worden vernummerd.

Ten slotte wordt wat betreft het voorgestelde derde lid, van artikel 59 opgemerkt dat in de memorie van toelichting niet wordt toegelicht waarom in onderdeel a sprake dient te zijn van een risico op ontduiken. De Afdeling wijst erop dat artikel 8, derde lid, onderdeel a, van de Opvangrichtlijn dit criterium niet vermeldt (slechts onderdeel b van deze bepaling).

## Conclusie

Het wetsvoorstel heeft bij de Afdeling bestuursrechtspraak verschillende vragen opgeroepen, in het bijzonder op het punt van de introductie van een volledig en ex nunc onderzoek. De Afdeling wijst erop dat dit leidt tot een aanzienlijke verzwaring van de werklust, alsmede een verzwaring van de taak van de Afdeling de rechtseenheid en rechtsgelijkheid te bewaken en te bevorderen. Dit zal bij gelijkblijvende capaciteit ook grote gevolgen hebben voor de doorlooptijden in hoger beroep, en dientengevolge voor het aantal opvolgende aanvragen van vreemdelingen. Hetzelfde geldt bovendien voor het voorstel van wet van het lid Schouw tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter verbetering van de rechtsbescherming in asielzaken (Kamerstukken II 30 830, nrs. 2 en 13). Overigens dient uiteraard te worden gezien welke consequenties het onderhavige wetsvoorstel heeft voor het voorstel van wet van het lid Schouw, nu deze voorstellen elkaar (deels) overlappen.

De Afdeling gaat er vanuit, dat indien het onderhavige wetsvoorstel op deze of vergelijkbare wijze tot wet wordt verheven, overleg zal worden gevoerd over de extra benodigde capaciteit van de Afdeling en haar ondersteuning in verband met de aanzienlijke verzwaring van de werklust.

Hoogachtend,



J.E.M. Polak  
voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak

## Bijlage bij brief consultatie implementatie Procedure- en Opvangrichtlijn

### *artikel 1*

De vraag rijst of niet van de gelegenheid gebruik zou moeten worden gemaakt om de achterhaalde term "gemeenschapsonderdaan" te vervangen door "burger van de Europese Unie" of "Unieburger". Is trouwens niet ergens een bepaling nodig voor enerzijds de lidstaten die niet meedoen aan het Schengenacquis en anderzijds de niet-lidstaten die dat wel doen?

### *artikel 8*

De wijziging van artikel 8 beoogt implementatie van artikel 9, tweede en derde lid, van richtlijn 2013/32.

De toelichting op de wijziging op p. 41 vermeldt als één van de voorwaarden voor het onthouden van rechtmatig verblijf dat dit onthouden niet tot schending van een refoulementsverbod leidt. Bedoeld lijkt te zijn dat uitzetting, overdracht of uitlevering niet tot schending van een refoulementsverbod leidt (vgl. de tekst van artikel 9, derde lid, en artikel 41, eerste lid, laatste tekstblok, van de richtlijn). De vraag rijst waarom deze voorwaarde niet in het gewijzigde artikel 8, tweede lid, is vermeld, nu de overige twee voorwaarden wel zijn vermeld. Voorts rijst de vraag waarom niet is gespecificeerd welke instantie moet beoordelen of schending van een refoulementsverbod zich zal voordoen en hoe die beoordeling moet plaatsvinden. Voor de hand lijkt te liggen dat die beoordeling door het bestuur wordt verricht. Daarvan lijkt in ieder geval ook artikel 41, eerste lid, van de richtlijn, uit te gaan ('de beslissingsautoriteit'; artikel 9, derde lid, heeft het over 'de bevoegde autoriteiten'). Voorts lijkt voor de hand te liggen dat die beoordeling wordt verricht voordat de aanvraag wordt afgedaan en wel zo kort mogelijk na indiening van de aanvraag in de vorm van een voorlopig oordeel. Wellicht kan daarom een onderdeel c aan het tweede lid van artikel 8 worden toegevoegd met de volgende inhoud:

'uitzetting, overdracht of uitlevering van de vreemdeling naar het voorlopig oordeel van de staatssecretaris niet tot direct of indirect refoulement in strijd met de internationale en Unie-verplichtingen van Nederland zal leiden.'

Omdat die een cumulatief geldende voorwaarde is, zal de punt aan het eind van onderdeel b dan moeten worden vervangen door een ; gevolgd door 'en'.

### *Artikel 31*

(...)

3. Bij de beoordeling van aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 28 wordt onder meer rekening gehouden met:  
(...)

d. de vraag of zijn activiteiten, sedert hij zijn land heeft verlaten, uitsluitend ten doel hadden de nodige voorwaarden te scheppen om een verzoek om internationale bescherming te kunnen indienen, teneinde na te gaan of de vreemdeling, in geval van terugkeer naar dat land, door die activiteiten aan vervolging of ernstige schade zou worden blootgesteld.

De vraag rijst wat de betekenis van de voorgestelde bepaling, die nagenoeg identiek is aan artikel 4, derde lid, aanhef en onder d, van de Definitierichtlijn (2011/95/EU), in de praktijk zal zijn en wat de achtergrond daarvan is. Er zijn immers verschillende

categorieën denkbaar. Vreemdelingen die in zekere zin te goede trouw 'sur place' activiteiten ontplooiën, ofwel omdat er een 'regime change' heeft plaatsgevonden in het land van herkomst waarmee zij zich niet kunnen verenigen, ofwel omdat men eerder gestarte, en geloofwaardige, politieke activiteiten verder ontplooit in het zicht van de autoriteiten van het land van herkomst (voor de ambassade, via media, waaronder het internet). Daarvoor kan de voorgestelde bepaling dienstig zijn.

Er is evenwel ook een andere categorie vreemdelingen denkbaar. Dat zijn de vreemdelingen die weliswaar niet overtuigd gelovig, homoseksueel of politiek activist zijn, en dat ook erkent, maar stelt dat het hem er alleen om te doen is dat de autoriteiten of derden hem ervan verdenken dit te zijn, terwijl die enkele verdenking al voldoende is – in het licht van de situatie in het land van herkomst – om vervolgd te worden of een risico te lopen op een behandeling in strijd met artikel 3 van het EVRM. In een dergelijke situatie waarin het bestuursorgaan vaststelt dat vreemdeling X na vertrek uit zijn land van herkomst doelbewust activiteiten heeft verricht teneinde asielmotieven te creëren, zal het enkele 'rekening houden met' het doelbewust handelen van de vreemdeling van weinig betekenis zijn, met name indien moet worden vastgesteld dat de vreemdeling als gevolg van de gecreëerde asielmotieven niet naar zijn land van herkomst kan terugkeren. Het bestuursorgaan is dan immers gehouden aan de vreemdeling een asielvergunning te verlenen. Gezien het bepaalde in artikel 5, derde lid, van de Definitierichtlijn is een wat ruimere lezing denkbaar. Volgens die bepaling kan de vluchtelingenstatus worden onthouden aan een vreemdeling wiens vrees voor vervolging is gegrond op omstandigheden die hij zelf heeft veroorzaakt nadat hij het land van herkomst heeft verlaten.

Voor zover dan ook wordt beoogd te voorkomen dat in dergelijke gevallen aan vreemdelingen een verblijfsvergunning wordt verleend, wordt voorgesteld om voormelde bepaling, in aangepaste bewoordingen, in het voorstel op te nemen in artikel 30b, tweede lid, als grond voor kennelijke ongegrondverklaring van de asielaanvraag. Artikel 30b, tweede lid, bevat reeds een aantal gronden voor kennelijke ongegrondverklaring van 'aanvragen te kwader trouw'. Een dergelijke ongegrondverklaring zal dan in het geval van vreemdeling X betekenen dat hij niet in aanmerking komt voor een asielvergunning, maar evenmin kan worden uitgezet. Dit is te vergelijken met vreemdelingen aan wie artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag is tegengeworpen, maar die gelet op artikel 3 van het EVRM niet kunnen worden uitgezet. Het voordeel van een dergelijke afdoening van een asielaanvraag is dat aan vreemdelingen het duidelijke signaal wordt afgegeven dat het creëren van asielmotieven met de enkele reden om in het bezit te worden gesteld van een verblijfsvergunning niet tot dat beoogde doel zal leiden.

### **Artikel 83**

Het voorgestelde artikel 83, eerste lid, onder c, heeft bij de Afdeling de vraag doen rijzen wat moet worden verstaan onder 'een voor Nederland geldende internationale verplichting'. Aannemelijk lijkt dat de klassieke refoulementverboden, vervat in artikel 33 van het Vluchtelingenverdrag en artikel 3 van het EVRM zijn bedoeld. Wordt echter elke internationale verplichting die aan uitzetting in de weg zou kunnen staan bedoeld, dan zou dit betekenen dat artikel 83 – onder meer - ook in reguliere procedures (over bijvoorbeeld artikel 8 van het EVRM) van toepassing is, wat een fundamentele doorbreking van de waterscheiding inhoudt. Verder is het de Afdeling ook hier niet duidelijk hoe een beperkt hoger beroep zich verhoudt tot het vereiste van een volle ex nunc toetsing in eerste aanleg.

## *artikel 93*

In de voorgestelde bepaling dient nog artikel 6, eerste en tweede lid, te worden opgenomen. Deze bepaling luidt dan, voor zover thans van belang, als volgt: 'Een aanwijzing op grond van artikel 6, eerste lid, artikel 6, eerste en tweede lid, artikel 6, derde lid [...]'.

Indien het commentaar bij artikel 59b wordt gevolgd, luidt deze bepaling als volgt: 'Een aanwijzing op grond van artikel 6, derde lid, artikel 6, derde en vierde lid, artikel 6, vijfde lid of artikel 6a [...]'.

## *artikel 94*

Indien het commentaar bij artikel 59b wordt gevolgd, luidt deze bepaling als volgt: 'Uiterlijk op [...] als bedoeld in de artikelen 6, 6a, 59, 59a en 59b [...]'

## *Losse opmerkingen*

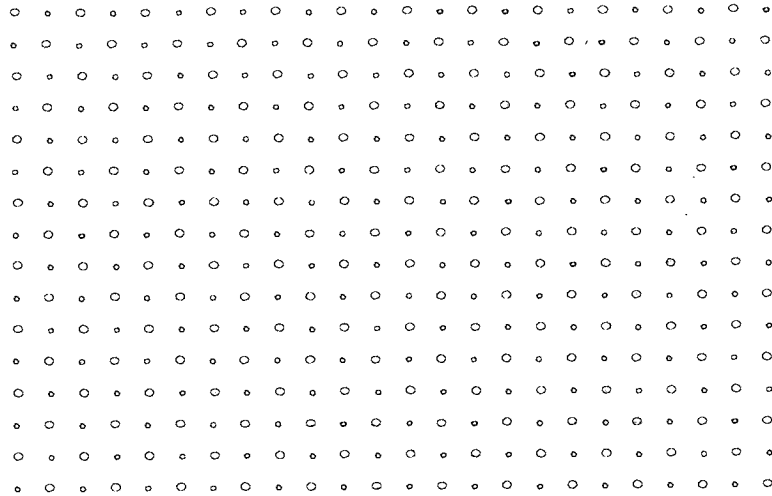
Op p. 30 van het voorstel wordt in de vierde alinea van onderen rechtmatig verblijf op grond van artikel 8, eerste lid, onderdeel f, vermeld. Bedoeld zal zijn: onderdeel h.

Op p. 27, vierde alinea, een na laatste volzin, wordt vermeld dat het niet uitgesloten is dat een door de staatssecretaris als geloofwaardig aangemerkt asielrelaas door een rechtbank als ongeloofwaardig kan worden aangemerkt. Gelet op artikel 8:69 van de Awb betwijfelt de Afdeling of dat mogelijk is.

Raad  
van State

Postbus 20019 - 2500 EA Den Haag

PostNL  
Port Betaald  
Port Payé  
Pays-Bas



Gezien scankamer  
V&J

03 FEB. 2013

Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie  
Mr. F. Teeven  
Postbus 20301  
2500 EH Den Haag

FMHaaglanden

03 FEB. 2014

Ontvang

02/04/2014 10:57:55