

Passende steun voor verzoekers die bijzondere procedurele waarborgen behoeven in de grensprocedure

Citation for published version (APA):

Hillary, L. (2018). Passende steun voor verzoekers die bijzondere procedurele waarborgen behoeven in de grensprocedure: Beoordeling door de beslissingsautoriteiten en rechterlijke toetsing. *Journal Vreemdelingenrecht*, 2018(4), 12-21.

Document status and date:

Published: 01/12/2018

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

<https://www.ou.nl/taverne-agreement>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

pure-support@ou.nl

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 28 Nov. 2020

Open Universiteit
www.ou.nl



25. Passende steun voor verzoekers die bijzondere procedurele waarborgen behoeven in de grensprocedure

Beoordeling door de beslissingsautoriteiten en rechterlijke toetsing

Lynn Hillary

De positie van verzoekers in de grensprocedure die bijzondere procedurele waarborgen behoeven, oftewel kwetsbaren¹, is precair. Het is ten eerste onduidelijk of, en zo ja op welke wijze, beslissingsautoriteiten de kwetsbaarheid van verzoekers en de daarmee samenhangende passende steun beoordelen in het licht van de grensprocedure. Bovendien ontbreekt enige rechterlijke toetsing van de wisselwerking tussen de relevante factoren, zijnde kwetsbaarheid, grensdetentie en de grensprocedure. Deze twee knelpunten worden niet enkel geïdentificeerd, maar er wordt ook kort ingegaan op hoe tegemoet kan worden gekomen aan deze problematiek binnen het huidige kader van de grensprocedure. In deze bijdrage wordt betoogd dat de aangeduide problemen inherent lijken aan het feit dat een grensprocedure bestaat, maar dat ze dat niet hoeven te zijn. Een andere procedurele invulling van de kwetsbaarheidsbeoordeling in de grensprocedure en de rechterlijke toetsing daarvan, kan de situatie van kwetsbaren reeds meer in lijn brengen met het Unierecht.

1 De term 'kwetsbaren' wordt in deze bijdrage gelijkgesteld met 'verzoekers die bijzondere procedurele waarborgen behoeven'.

1. Inleiding

De vraag over hoe de grensprocedure zich verhoudt tot kwetsbaren, speelt al sinds Nederland met de invoering van de Procedurerichtlijn in 2015 officieel een grensprocedure heeft. Verzoeken om internationale bescherming van minderjarigen worden niet meer beoordeeld in de grensprocedure,² terwijl andere kwetsbaren enkel niet meer worden gedetineerd aan de grens wanneer dit onevenredig bezwarend is.³ De wijze van vaststellen van kwetsbaarheid en hoe daaraan wordt tegemoet gekomen, blijft nochtans relevant. Uit gesprekken met medewerkers van VluchtelingenWerk Nederland en de juridisch coördinator van de Raad voor Rechtsbijstand op het Justitieel Complex Schiphol blijkt namelijk dat er in de praktijk nog steeds verzoekers zijn die tekenen van kwetsbaarheid vertonen en van wie het verzoek in de grensprocedure wordt beoordeeld zonder een gedegen onderzoek naar de passende steun die zij nodig hebben. De vraag die daarom in deze bijdrage centraal staat, is of de grensprocedure procedureel gezien in lijn is met het vereiste van passende steun voor verzoekers die bijzondere procedurele waarborgen behoeven en zo nee, welke aanpassingen nodig zijn om dit te beknemen.

Naar aanleiding van de invoering van de grensprocedure is al vaker onderzocht of en op welke wijze verzoekers in grensdetentie mogen worden geplaatst en hun verzoek in de grensprocedure kan worden behandeld.⁴ Eveneens is de situatie van kwetsbaren in de algemene asieler

2 Kamerstukken II 2013/14, 19637, nr. 1827. Om die reden worden zowel niet-begeleide als meereizende minderjarigen niet meegenomen in deze beschouwing.

3 IND Werkinstructie SUA 2018/3, 1 januari 2017, p. 5.

4 G. Cornelisse, 'Territory, Procedures and Rights: Border Procedures in European Asylum Law', *Refugee Survey Quarterly* 2016, nr. 35/1, p. 74-90.

procedure aangekaart.⁵ Deze bijdrage gaat echter over een andere problematiek die uniek is voor kwetsbaren in de grensprocedure. De invloed van grensdetentie op de situatie van kwetsbaren in de grensprocedure onderscheidt zich enerzijds van de invloed van de grensdetentie op niet-kwetsbaren van wie het verzoek in de grensprocedure wordt behandeld. Anderzijds onderscheidt de situatie van kwetsbaren in de grensprocedure zich van de situatie van kwetsbare verzoekers in de algemene of verlengde asielpprocedure, die in vrijheid wordt doorlopen. Het probleem van kwetsbaren in de grensprocedure situeert zich namelijk niet uitsluitend in de inbewaringstelling. Zelfs indien detentie van kwetsbaren aan de grens als niet onevenredig bezwarend wordt beoordeeld, kan detentie invloed hebben op de mogelijkheid om te verklaren c.q. op de procedure en dit in sterkere mate ten opzichte van niet-kwetsbaren in de grensprocedure. Bovendien is het grootste verschil met de algemene en verlengde asielpprocedure dat een verzoeker in de grensprocedure *de facto* altijd in bewaring wordt gesteld, zoals ook opgemerkt door Flegar en Veys.⁶ De bijzondere relatie tussen detentie en de grensprocedure wordt in de huidige stand van zaken niet getoetst door een rechter.

Mijn hypothese is dat het Nederlandse systeem op dit moment niet in overeenstemming is met het vereiste in de Procedurerichtlijn van passende steun voor verzoekers die bijzondere procedurele waarborgen behoeven. Ten eerste omdat de beslissingsautoriteiten geen procedure hebben vastgesteld om kwetsbaarheid en de daarmee samenhangende passende steun te

beoordelen. Ten tweede bestaat er in het huidige systeem voor kwetsbaren in de grensprocedure een hiaat in het beroep inzake de asielpprocedure en het beroep over de inbewaringstelling, wat op zijn beurt op gespannen voet staat met het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel zoals neergelegd in artikel 47 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.⁷

In deze bijdrage ga ik uit van de toepassing van de grensprocedure in Nederland en focus ik louter op de positie van kwetsbaren in die procedure. Het bestaan van de grensprocedure *an sich* wordt hier niet aan de kaak gesteld. Verder neem ik de definitie van bijzondere procedurele waarborgen over van het voorstel voor de Procedureverordening zoals geamendeerd door het Europees Parlement. Daarin wordt een verzoeker die bijzondere procedurele waarborgen behoeft, als volgt gedefinieerd: “an applicant whose ability to benefit from the rights and comply with the obligations provided for in this Regulation is limited due to individual circumstances or specific vulnerabilities”⁸. Overigens poog ik hierbij niet om een sluitend overzicht te geven van alle problemen die kwetsbaren kunnen ervaren in de grensprocedure, maar slechts om de naar mijn mening belangrijkste procedurele kwesties aan te kaarten: de kwetsbaarheidsbeoordeling door de beslissingsautoriteiten en de rechterlijke toetsing van kwetsbaarheid en passende steun. Dit wordt geplaatst binnen het huidige en toekomstig juridisch kader, zoals uiteengezet in het volgende hoofdstuk.

7 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *PbEU* 2012 C 326/391 (hierna: het Handvest).

8 Art. 4 lid 2 onder c Amendement 54. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A8-2018-0171&language=EN>. Voor een overzicht van de kritiek die in de literatuur is geleverd op deze ‘kwetsbare groepsbenadering’ en op de gehanteerde kwetsbaarheidsfactoren, zie V. Flegar en M.N. Veys, ‘De Europese verplichting voor procedurele waarborgen in de asielpprocedure en de Nederlandse implementatie vanuit kwetsbaarheidsperspectief’, *JNVR* 2017, nr. 2, p. 30-31 en 43-46.

5 V. Flegar en M.N. Veys, ‘De Europese verplichting voor procedurele waarborgen in de asielpprocedure en de Nederlandse implementatie vanuit kwetsbaarheidsperspectief’, *JNVR* 2017, nr. 2, p. 28-49.

6 V. Flegar en M.N. Veys, ‘De Europese verplichting voor procedurele waarborgen in de asielpprocedure en de Nederlandse implementatie vanuit kwetsbaarheidsperspectief’, *JNVR* 2017, nr. 2, p. 42-43.

2. Juridisch kader

2.1 *Procedurerichtlijn*

De huidige Procedurerichtlijn⁹ bepaalt in artikel 24 dat verzoekers met bijzondere procedurele behoeften passende steun moeten krijgen van de lidstaten. Er wordt geen algemene definitie gegeven van het vereiste van passende steun, maar in overweging 29 van de Preamble van de Procedurerichtlijn wordt verduidelijkt dat het hebben van voldoende tijd in ieder geval kan behoren tot het begrip 'passende steun'. Er wordt uitdrukkelijk bepaald dat de kwetsbaarheidsbeoordeling niet noodzakelijkerwijs in een aparte administratieve procedure hoeft plaats te vinden.

De Procedurerichtlijn gaat ook in op de specifieke situatie van kwetsbaren in de grensprocedure. Artikel 24 lid 4 alinea 2 stipuleert dat het verzoek van personen die bijzondere procedurele waarborgen behoeven op grond van, onder meer, hun leeftijd, geslacht, seksuele gerichtheid, handicap, ernstige ziekte, psychische aandoeningen of als gevolg van foltering, verkrachting of andere ernstige vormen van psychologisch, fysiek of seksueel geweld, niet (meer) in de grensprocedure zal worden behandeld, wanneer in die procedure geen passende steun kan worden geboden.¹⁰ Indien in de grensprocedure niet kan worden voorzien in passende steun, moet de verzoeker van de grensprocedure worden vrijgesteld.¹¹

9 Richtlijn 2013/32/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming, *Pb.EU* L 180/60 (hierna: *Procedurerichtlijn*).

10 De Procedurerichtlijn gaat niet in op wat het begrip 'passende steun' in de praktijk kan inhouden. In deze bijdrage laat ik de invulling van dit begrip eveneens terzijde.

11 Overweging 30 Preamble *Procedurerichtlijn*.

2.2 *Vreemdelingenwet en -besluit*

Artikel 3 lid 3 *Vreemdelingenwet* (hierna: *Vw*) bepaalt dat verzoeken die aan de grens worden ingediend, in de grensprocedure worden getoetst aan de grond voor het niet in behandeling nemen (art. 30 *Vw*), de gronden voor niet-ontvankelijkheid (art. 30a *Vw*) en de gronden voor kennelijke ongegrondheid (art. 30b *Vw*). Deze bepalingen gaan enkel in op de afdoeningsgronden die in de grensprocedure aan bod kunnen komen, niet op de eigenschappen van de verzoekers, zodat ik deze bepalingen hier verder terzijde laat.

De invloed van kwetsbaarheid op de grensdetentie wordt wel uitgewerkt, in artikel 5.1a lid 3 *Vreemdelingenbesluit* (hierna: *Vb*): "Een vrijheidsontnemende maatregel op grond van artikel 6, derde lid, van de *Wet* wordt opgelegd in het kader van het grensbewakingsbelang. Deze wordt niet opgelegd of voortgezet indien sprake is van bijzondere individuele omstandigheden die vrijheidsontneming onevenredig bezwarend maken."

2.3 *Werkinstructie 2018/3*

Werkinstructie 2017/1 is op 1 januari 2017 in werking getreden en geeft inzicht in de werkwijze van de IND, in samenwerking met de Koninklijke Marechaussee (hierna: *Kmar*), bij de grensprocedure. In verschillende passages wordt nader ingegaan op welke wijze daarbij wordt omgegaan met kwetsbaren.¹² *Werkinstructie 2018/3* heeft *Werkinstructie 2017/1* op 15 maart 2018 ge-update.¹³

Met betrekking tot de grensdetentie wordt overwogen dat, hoewel moet worden beoordeeld of de kwetsbaarheid de bewaring niet onevenredig bezwarend maakt, dit niet automatisch betekent dat een maatregel van bewaring niet kan worden opgelegd. Hetzelfde geldt voor bijzondere individuele omstandigheden die pas aan het licht komen nadat iemand in grensdetentie is geplaatst. Daarom stelt de IND

12 IND *Werkinstructie 2017/1*, p. 5 en 6.

13 IND *Werkinstructie SUA 2018/3*, 1 januari 2017.

in de Werkinstructie dat “voortdurend dient te worden gemonitord (of er 1) bijzondere individuele omstandigheden spelen en 2) of in het in dat specifieke geval vast te houden aan de maatregel van grensdetentie onevenredig bezwarend is.”¹⁴ Hierbij dient de opmerking te worden gemaakt dat in bepaalde jurisprudentie het begrip ‘onevenredig bezwarend’ gelijk lijkt te worden gesteld met het begrip ‘detentieongeschikt’ zoals dat wordt gehanteerd in het kader van vreemdelingenbewaring, nu dezelfde factoren ter beoordeling worden gehanteerd.¹⁵ Dat heeft als gevolg dat in bepaalde uitspraken over de grensdetentie geen rekening wordt gehouden met het evenredigheidsbeginsel.¹⁶

Er wordt in de Werkinstructie geen algemene instructie gegeven over wie als kwetsbaar moet worden aangemerkt, maar een voorbeeld dat wordt gegeven is dat van een acute ziekenhuisopname van langere duur of ernstige psychische problematiek. Wat betreft de positie van kwetsbaren die reeds de grensprocedure zijn ingegaan, erkent de Werkinstructie dat sommigen bijzondere procedurele waarborgen behoeven op grond van, onder meer, hun leeftijd, geslacht, seksuele gerichtheid, handicap, ernstige ziekte, psychische aandoeningen of als gevolg van foltering, verkrachting of andere ernstige vormen van psychologisch, fysiek of seksueel geweld.¹⁷ Voor de manier waarop de passende steun kan worden verleend, wordt verwezen naar Werkinstructie 2015/8.¹⁸ Daarin staat het een en

ander over het vaststellen van de behoefte aan procedurele waarborgen, maar detentie wordt niet genoemd als een van de factoren waarmee rekening moet worden gehouden. In Werkinstructie 2018/3 wordt gesteld dat het gegeven dat een verzoeker passende steun nodig heeft vanwege zijn of haar kwetsbaarheid, op zichzelf nog niet betekent dat daardoor ook sprake is van omstandigheden waardoor de detentie onevenredig bezwarend is. Overigens is het oordeel of er al dan niet sprake is van behoefte aan procedurele waarborgen geen appellabel besluit. Ook hier wordt niet ingegaan op de relatie tussen kwetsbaarheid, grensdetentie en de grensprocedure.

2.4 Voorstel Procedureverordening

Het Voorstel voor een Procedureverordening¹⁹ werd door de Europese Commissie voorgesteld op 13 juli 2016 als onderdeel van verschillende aanpassingen in het Gemeenschappelijk Europees Asielstelsel.²⁰ Wat in het kader van de positie van kwetsbaren voornamelijk opvalt, is dat het Voorstel algemene beginselen voor de beoordeling van bijzondere procedurele behoeften neerlegt.²¹ In het *draft report* van het Europese Parlement is op dit artikel geen amendement ingediend,²² zodat ervan kan worden

14 IND Werkinstructie SUA 2018/3, 1 januari 2017, p. 5.

15 Vgl. een toepassing van het begrip ‘onevenredig bezwarend’ in Rb. Amsterdam 18 januari 2018, nr. NL17.5706, ECLI:NL:RBDHA:2018:1943, en een toepassing van het begrip ‘detentieongeschikt’ in Rb. Zwolle 17 april 2018, nr. NL18.6610.

16 Vgl. Rb. Haarlem 15 januari 2018, nr. NL17.15814, waarin het evenredigheidsbeginsel niet wordt toegepast, en Rb. Den Haag, 16 oktober 2017, nr. NL17.9761, waarin daar wel op wordt gealludeerd.

17 Zie art. 3.108b Vb.

18 IND Werkinstructie AUA 2015/8, 17 juli 2015.

19 Voor een bespreking, zie D. Yabasun, ‘Hervorming Europees asielbeleid: Commissievoorstel Procedureverordening’, *JNVR* 2017, nr. 3, p. 17.

20 Voor een algemene bespreking, zie N. Kalkan en K. Franssen, ‘Kroniek Europees asielrecht’, *A&MR* 2017, nr. 9, p. 422; N.R. Koffeman en L. Hillary, ‘Mensenrechtelijke zorgen bij de plannen voor herziening van het gemeenschappelijk Europees asielsysteem’, *NTM* 2018, nr. 1, p. 113.

21 Art. 20 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een gemeenschappelijke procedure voor internationale bescherming in de Unie en tot intrekking van Richtlijn 2013/32/EU (COM(2016)0467 – C8-0321/2016 – 2016/0224(COD)).

22 Ontwerpverslag over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling

uitgegaan dat er consensus bestaat over het belang van deze algemene beginselen.

Artikel 20 van het Voorstel Procedureverordening bepaalt ten eerste dat de verantwoordelijkheid om vast te stellen welke verzoekers bijzondere procedurele behoeften hebben (lees: kwetsbaar zijn) bij de overheid ligt. Daarvoor moet reeds bij de registratie van het verzoek om internationale bescherming worden beoordeeld of er sprake is van 'eerste indicaties van kwetsbaarheid' en moet een beschrijving van zulke indicaties worden opgenomen in het dossier. Wanneer er sprake is van asielzoekers die mogelijk slachtoffer zijn geweest van foltering, verkrachting of andere ernstige vormen van psychisch, fysiek of seksueel geweld of gendergerelateerd geweld en er indicaties bestaan dat dit hun vermogen om daadwerkelijk aan de procedure deel te nemen, negatief zou beïnvloeden, moet deze persoon worden doorgestuurd naar een arts of psycholoog. Het voorgaande geldt ook wanneer de kwetsbaarheid respectievelijk behoefte aan bijzondere procedurele waarborgen pas in een later stadium van de procedure duidelijk wordt.

Overigens wordt het huidige artikel 24 van de Procedurerichtlijn, waarin het beginsel van bijzondere procedurele waarborgen wordt neergelegd, grotendeels onveranderd behouden in artikel 19 van het Voorstel voor een Procedureverordening.

3. Kwetsbaarheidsbeoordeling door de beslissingsautoriteiten

3.1 *Stand van zaken*

In de huidige stand van zaken worden verzoekers op Schiphol in beginsel door de Koninklijke Marechaussee bevraagd over eventuele kwetsbaarheid, maar indien niet duidelijk is dat ze kwetsbaar zijn of dat ze vanwege hun kwets-

baarheid niet in grensdetentie kunnen worden geplaatst, wordt er alsnog een vrijheidsontnemende maatregel opgelegd. Als later aan het licht komt dat ze detentieongeschikt zijn, kan de maatregel worden opgeheven, maar dit doet uiteraard niet af aan het feit dat de verzoeker dan al enige tijd zijn of haar vrijheid is ontnomen. Deze werkwijze is gehonoreerd door de Afdeling, die oordeelde dat "niet [valt] in te zien hoe een onderzoek, waar voorafgaand aan de toepassing van de grensprocedure wordt beoordeeld of het asielverzoek in die procedure kan worden afgedaan, zich verhoudt tot de volgens de Procedurerichtlijn vereiste zorgvuldige behandeling van het asielverzoek en bijdraagt aan de spoedige afronding daarvan."²³ Mijns inziens gaat de Afdeling hier enkel in op de vraag of de beslissingsautoriteiten verplicht zijn voorafgaand aan de grensprocedure onderzoek te doen naar de afdoeningsgronden die in de grensprocedure aan bod kunnen komen, maar niet op de vraag of zo een verplichting wel bestaat voor wat betreft (voorafgaand) onderzoek naar de kwetsbaarheid van verzoekers.²⁴

Het is nu onduidelijk of, en zo ja hoe en op welk moment, de Kmar en de IND kwetsbaren identificeren. Daardoor lijkt veel te worden overgelaten aan de medewerker bij wie het asielverzoek wordt ingediend. Het is eveneens onduidelijk op welke manier wordt beoordeeld of er bijzondere procedurele garanties nodig zijn – en zo ja, welke garanties – voor kwetsbaren die naar het oordeel van de IND of de wel de grensprocedure in kunnen. Een voorbeeld hiervan is te vinden in een uitspraak van februari 2018 van de Rechtbank Amsterdam. In die zaak blijkt uit het dossier niet dat er aan de verzoeker vragen zijn gesteld over zijn medische situatie of familieomstandigheden, terwijl de

van een gemeenschappelijke procedure voor internationale bescherming in de Unie en tot intrekking van Richtlijn 2013/32/EU, 12 mei 2017, (COM(2016)0467 – C8-0321/2016 – 2016/0224(COD)).

²³ ABRvS 3 juni 2016, nr. 201507683/1, ECLI:NL:RVS:2016:1451, r.o. 8.1.

²⁴ De vraag of de afdoeningsgronden voorafgaand aan de grensprocedure zouden moeten worden beoordeeld, maakt geen onderdeel uit van deze bijdrage.

verzoeker is besmet met HIV en dit een indicatie van kwetsbaarheid betreft.²⁵ Hoewel de rechtbank overweegt dat het feit dat die omstandigheden in het dossier ontbreken, niet wil zeggen dat daarnaar in het geheel niet is gevraagd,²⁶ blijkt hieruit mijns inziens dat er geen beleid schuilt achter het beoordelen van mogelijke indicaties van kwetsbaarheid van verzoekers en de invloed daarvan op de asielprocedure.

Naar mijn mening laat de huidige werkwijze ruimte voor willekeur en creëert het een situatie die, zowel in het licht van de grote inperking van mensenrechten die detentie is als in het kader van de zorgvuldigheid waarmee een verzoek om internationale bescherming (en met name dat van een kwetsbare verzoeker) moet worden beoordeeld, niet wenselijk is. Dit sluit aan bij jurisprudentie van het EHRM over detentie als *ultimum remedium*²⁷ en over de 'rigorous scrutiny' van asielverzoeken.²⁸

Het spreekt voor zich dat om passende steun te kunnen verlenen aan verzoekers met bijzondere procedurele behoeften, eerst moet worden vastgesteld wie precies bijzondere procedurele waarborgen behoeft. Met andere woorden, de kwetsbaarheid van verzoekers moet worden beoordeeld opdat de waarborg van artikel 24 van de Procedurerichtlijn geen dode letter blijft. Hieronder wordt ingegaan op wat een kwetsbaarheidsbeoordeling voorafgaand aan en gedurende de grensprocedure zou kunnen

inhouden.²⁹ Dit is geen uitputtende weergave van mogelijke gevolgen van een voorafgaande kwetsbaarheidsbeoordeling, maar ik beoog voornamelijk aan te tonen dat de huidige gang van zaken niet de enige mogelijke of wenselijke is binnen de huidige juridische kaders. Van belang is dat hiermee wordt aangetoond dat indien een grensprocedure wordt gehandhaafd, het mogelijk is om hierbij het beginsel van zorgvuldigheid ten aanzien van kwetsbaren te respecteren, in lijn met artikel 3:2 Awb. Dit vereist immers dat de beslissingsautoriteiten alle relevante feiten en omstandigheden onderzoeken.³⁰ Mijns inziens moeten indicaties van kwetsbaarheid als relevant worden gekwalificeerd vanwege de grote invloed die de kwetsbaarheid kan hebben op de mogelijkheid van de beslissingsautoriteiten om het verzoek om internationale bescherming zorgvuldig te beoordelen en bijgevolg op de billijkheid van de procedure.

3.2 Kwetsbaarheidsbeoordeling voorafgaand aan en tijdens de grensprocedure

Zowel de Procedurerichtlijn als het Voorstel voor de Procedureverordening laten de mogelijkheid open om een aparte administratieve procedure in te richten om de kwetsbaarheid vast te stellen, maar verplichten de lidstaten daartoe niet. Hieronder ga ik in op de mogelijkheid dat er een, dan wel geen, aparte administratieve procedure wordt ingericht om de kwetsbaarheid vast te stellen. Daarbij wordt de nadruk gelegd op procedurele waarborgen en het zorgvuldigheidsbeginsel.

25 HIV valt namelijk onder 'ernstige ziekte', een factor die in art. 24 lid 4 alinea 2 Procedurerichtlijn wordt genoemd (zie 2.1 Procedurerichtlijn).

26 Rb. Amsterdam 20 februari 2018, nr. NL17.15701, r.o. 3.

27 Zie EHRM 12 juli 2016, nr. 11593/12 (*A.B. e.a. t. Frankrijk*) para. 120; EHRM 5 februari 2002, nr. 51564/99 (*Conka t. België*) para. 42, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 2015, m.nt. C. Grütters.

28 Zie EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S. t. België en Griekenland*) para. 293 en 385, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 2015, m.nt. M. den Heijer.

29 Zoals eerder vermeld, ga ik in deze bespreking uit van de toepassing van de grensprocedure op vreemdelingen die aan de grens om asiel verzoeken en wordt dat systeem op zich in dit artikel niet aan de kaak gesteld, zodat een kwetsbaarheidsbeoordeling voorafgaand aan de grensprocedure dan ook moet worden gezien in het licht van de huidige systematiek.

30 R.J.N Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 338-354.

Bij onderstaande moet het algemene voorbehoud worden gemaakt dat een kwetsbaarheidsbeoordeling voorafgaand aan de grensprocedure een verbetering zou inhouden ten opzichte van de huidige stand van zaken zoals hierboven geschetst, maar dat dit geen afbreuk mag doen aan de kwetsbaarheidsbeoordeling gedurende de procedure.³¹ Ongeacht of de kwetsbaarheidsbeoordeling plaatsvindt in het kader van een administratieve procedure of in een niet-appellabele beoordeling, zou de kwetsbaarheidsbeoordeling op verschillende momenten moeten plaatsvinden. Het moment voordat de grensprocedure begint, is daar slechts het eerste van. Deze handelwijze zou aansluiten bij artikel 20 van het Voorstel voor een Procedureverordening. De Commissie heeft daarin verduidelijkt dat het nodig is om kwetsbaarheid van verzoekers vast te stellen “om een billijke procedure voor deze verzoekers te waarborgen” en dit “zodra een verzoek is gedaan”, maar dat de identificatie van kwetsbare verzoekers “[wordt] voortgezet door de beslissingsautoriteit zodra het verzoek is ingediend.”³² De regelmaat van deze momenten zou kunnen worden geïncorporeerd in een aparte administratieve procedure, dan wel als onderdeel van de grensprocedure.

3.2.1 Administratieve procedure om kwetsbaarheid vast te stellen

Indien de kwetsbaarheidsbeoordeling voorafgaand aan de grensprocedure als een afzonderlijke procedure wordt beschouwd, impliceert dit sterkere procedurele waarborgen voor ver-

zoekers, zoals de mogelijkheid om rechtsmiddelen in te stellen tegen de beslissing om hen niet als kwetsbaar aan te merken. Voor de beslissingsautoriteiten ligt het voordeel van een administratieve kwetsbaarheidsprocedure in het feit dat zij binnen vastgelegde termijnen en op grond van vastgestelde criteria kunnen beoordelen of iemand wel of niet kwetsbaar is en wat de mogelijke gevolgen daarvan kunnen zijn voor de beoordeling van het verzoek in de grensprocedure. De beslissingsautoriteiten lijken het best geplaatst om die beslissing te nemen, al verdient het volgens mij aanbeveling dat terdege wordt onderzocht wie de feitelijke beoordeling het best kan uitvoeren. Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een onafhankelijk, multi-disciplinair team van onder meer verpleegkundigen, sociaal werkers, psychologen en artsen gespecialiseerd in trauma. Als gevolg van een zorgvuldige kwetsbaarheidsbeoordeling kan het bepalen van de nodige passende steun – of net de beslissing dat er geen aanpassingen nodig zijn – rusten op een gedegen onderzoek. Dergelijk (voorafgaand) onderzoek verhoogt de zorgvuldigheid van de gehele procedure en dit geldt eveneens voor een eventuele behandeling in de algemene of verlengde asielprocedure.

3.2.2 Niet-appellabele kwetsbaarheidsbeoordeling

Ook wanneer de kwetsbaarheidsbeoordeling niet als afzonderlijke procedure wordt ingericht, kunnen het verloop van de beoordeling, de termijnen en de verschillende beoordelingsmomenten worden opgenomen in bijvoorbeeld de Vreemdelingencirculaire of een werk-instructie. In geval van inbedden van de voorafgaande kwetsbaarheidsbeoordeling in de grensprocedure, verdient het opnemen van het verloop van deze beoordeling aanbeveling in het licht van de potentiële kwetsbaarheid van de verzoekers. Kwetsbare verzoekers beginnen een procedure immers met een achterstand voor wat betreft de mogelijkheid om te kunnen verklaren ten opzichte van niet-kwetsbaren. Op

31 V. Flegar en M.N. Veys, ‘De Europese verplichting voor procedurele waarborgen in de asielprocedure en de Nederlandse implementatie vanuit kwetsbaarheids-perspectief’, *JNVR* 2017, nr. 2, p. 46-47.

32 Art. 20 lid 1 en Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een gemeenschappelijke procedure voor internationale bescherming in de Unie en tot intrekking van Richtlijn 2013/32/EU (COM(2016)0467 – C8-0321/2016 – 2016/0224(COD)), p. 16.

deze manier wordt de kans verhoogd dat een kwetsbare verzoeker in de grensprocedure een billijke procedure krijgt, opdat zijn of haar recht op asiel kan worden gegarandeerd.³³ Een mogelijkheid zou kunnen zijn dat de kwetsbaarheidsbeoordeling plaatsvindt in de rust- en voorbereidingstermijn. Daarvoor zou een wijziging van artikel 3.109b van het Vreemdelingenbesluit en paragraaf C1/2.5 van de Vreemdelingen-circulaire vereist zijn.

Bij het uitblijven van een afzonderlijke administratieve procedure, valt een appellabele beslissing inzake de kwetsbaarheid weg. Qua formele rechtsmiddelen zou er in dat geval niets veranderen ten opzichte van de huidige situatie, met het belangrijke onderscheid dat de detentiemaatregel op grond van artikel 6 lid 3 Vreemdelingenwet deugdelijk kan worden onderbouwd door middel van de resultaten van het onderzoek naar de kwetsbaarheid. Ook kan hiermee worden bekomen dat aan kwetsbare verzoekers de nodige passende steun wordt verleend tijdens de grensprocedure. In de huidige stand van zaken ligt geen onderzoek ten grondslag aan het al dan niet verlenen van steun en de vraag of die steun passend is voor betrokkene. De meerwaarde van een kwetsbaarheidsbeoordeling voorafgaand aan en gedurende de grensprocedure zit dan ook in de verhoogde zorgvuldigheid van de besluitvorming van de beslissingsautoriteiten – die een gedegen onderzoek ten grondslag kunnen leggen aan hun besluit om al dan niet de grensprocedure toe te passen.

4. Rechterlijke toetsing van de kwetsbaarheid

In de huidige situatie bestaat er een hiaat in de asiel- en de detentieprocedure. Gronden die betrekking hebben op de beoordeling van het asielverzoek, kunnen in het beroep tegen de beschikking worden aangevoerd. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan de grond dat betrokkene niet (voldoende) in staat was te verklaren

vanwege psychische problemen. Gronden die betrekking hebben op de inbewaringstelling, kunnen in het beroep tegen de detentiemaatregel worden aangevoerd. Een voorbeeld van een grond kan zijn dat de detentieomstandigheden niet geschikt zijn voor de betrokkene vanwege een handicap. Het argument dat betrokkene niet of onvoldoende in staat was coherent te verklaren vanwege zijn of haar specifieke kwetsbaarheid, en dat dit is verergerd door de invloed van detentie op die problematiek, wordt in het huidige systeem echter niet door een rechter beoordeeld.³⁴

Naar mijn mening doet deze leemte afbreuk aan de effectiviteit van het rechtsmiddel tegen een afwijzend besluit, genomen in de grensprocedure. Om te voldoen aan het recht op een effectief rechtsmiddel, zoals vermeld in artikel 47 van het Handvest, moet de mogelijkheid worden gecreëerd om dit argument in beroep te laten toetsen. Althans, de mogelijkheid moet naar mijn mening niet zozeer worden gecreëerd, als wel dat er gebruik van moet worden gemaakt. Voor zover mij bekend is er immers geen norm in het nationale of Europese recht die de rechter verhindert om dat argument in het kader van het asielberoep te behandelen.

Ten eerste verhindert het algemeen bestuursrecht dit niet; artikel 8:69 lid 1 Awb vermeldt dat de omvang van het geschil wordt bepaald door de eiser. Uit deze bepaling kan mogelijk worden afgeleid dat de rechter niet alleen de mogelijkheid heeft om het door de verzoeker aangevoerde argument van wisselwerking tussen detentie en grensprocedure, in combinatie met kwetsbaarheid, te beoordelen, maar zelfs dat hij of zij verplicht is hierover uitspraak te doen. Wat daar ook van zij, de *lex specialis* in de vorm van artikel 82 Vreemdelingenwet laat eveneens ruimte om het genoemde argument van de vreemdeling mee te nemen in de rechterlijke toetsing van

³³ Art. 18 Handvest.

³⁴ Rb. Haarlem 22 mei 2017, nr. Awb 17/6765; Rb. Amsterdam 24 februari 2017, nr. Awb 17/1639, ECLI:NL:RBAMS:2017:5987.

het besluit op het verzoek om internationale bescherming.

Ook op Unierechtelijk niveau is er niet alleen geen norm die verhindert dat een rechter het besproken argument aanvoert, maar geldt juist een verplichting op grond van het evenredigheidsbeginsel. Dat het evenredigheidsbeginsel van toepassing is op de grensdetentie, wordt bevestigd in Werkinstructie 2018/3: de grensdetentie mag niet onevenredig bezwarend zijn. Het evenredigheidsbeginsel vereist dat de nationale implementatie van het Unierecht wordt getoetst – de abstracte evenredigheidstoets – en dat een zaak individueel wordt beoordeeld en niet (louter) aan de hand van beleidsoverwegingen – de concrete evenredigheidstoets.³⁵ De abstracte evenredigheidstoets gebeurt meestal in Luxemburg,³⁶ maar de concrete evenredigheidstoets laat het Hof van Justitie van de EU in beginsel over aan de nationale rechters.³⁷ Op basis daarvan kan dus worden betoogd dat het argument dat het verzoek om internationale bescherming in het geval van de verzoeker niet in de grensprocedure kan worden behandeld, omdat de verzoeker kwetsbaar is en deze kwetsbaarheid invloed heeft op en tegelijkertijd wordt beïnvloed door de grensdetentie en de termijnen van de grensprocedure, door de nationale (asiel)rechter moet worden beoordeeld in het licht van de concrete evenredigheidstoets.

5. Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat de huidige bescherming van kwetsbaren in de grensproce-

dure tekortschiet. Het probleem situeert zich zowel op het niveau van de beslissingsautoriteiten als op dat van de rechterlijke toetsing. Ten eerste is er geen eenduidige vaststelling van de kwetsbaarheid van vreemdelingen die aan de grens een verzoek om internationale bescherming indienen en, als de kwetsbaarheid is vastgesteld, is onduidelijk hoe wordt vastgesteld wat 'passende steun' in de grensprocedure moet inhouden. Daardoor blijft de in artikel 24 van de Procedurerichtlijn geboden waarborg een papieren werkelijkheid. Ten tweede is er momenteel geen rechterlijke toetsing van een beslissing met betrekking tot het betoog van een verzoeker dat zijn of haar kwetsbaarheid in combinatie met de grensdetentie én de behandeling van het verzoek in de grensprocedure (*vis-à-vis* de algemene of verlengde procedure) heeft geleid tot een onzorgvuldige beslissing. Dit staat op gespannen voet met het recht op een effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 47 van het Handvest.

Een oplossing voor deze problematiek, die ik in deze bijdrage heb aangedragen, is tweeledig. Mogelijk kan hieraan ten eerste tegemoet worden gekomen door een expliciete beoordeling van de kwetsbaarheid, in combinatie met de passende steun die de verzoeker in kwestie nodig heeft, te laten plaatsvinden. Dit kan op grond van de Procedurerichtlijn geschieden binnen een aparte administratieve procedure met appellabele beslissing, maar het is evenzeer mogelijk dat dit wordt ingebed in de huidige procedure. Hoe dan ook verdient een kwetsbaarheidsbeoordeling voorafgaand aan en gedurende de grensprocedure – inclusief beoordeling van de nodige passende steun – de voorkeur boven de huidige situatie, met name met het oog op het zorgvuldigheidsbeginsel en de billijkheid van de procedure. Ten tweede bestaat mijns inziens de mogelijkheid om in het asielberoep het eerder genoemde betoog over de wisselwerking tussen kwetsbaarheid en het feit dat de grensprocedure in detentie plaats-

35 W.K. Hutten, 'Een Unierechtelijke evenredigheidsrevolutie? De individuele beoordeling onder de Gezinsherenigingsrichtlijn', *A&MR* 2017, nr. 5, p. 208.

36 Bijv. HvJ EU 9 juli 2015, zaak C-153/14 (*K. en A.*), «JV» 2015/232, m.nt. C.A. Groenendijk.

37 W.K. Hutten, 'Een Unierechtelijke evenredigheidsrevolutie? De individuele beoordeling onder de Gezinsherenigingsrichtlijn', *A&MR* 2017, nr. 5, p. 208.

vindt, te behandelen in het licht van onder meer het evenredigheidsbeginsel.

Met de in deze bijdrage genoemde oplossingen zal de problematiek van kwetsbaren in de grensprocedure nog geen verleden tijd zijn. Het valt immers niet te ontkennen dat het vaststellen van kwetsbaarheid en de daaraan verbonden passende steun een complexe aangelegenheid is. Tegelijk is er op dit moment géén vastgestelde procedure om kwetsbaarheid en passende steun te beoordelen. De voorgestelde wijzigingen zouden de zorgvuldigheid en billijkheid van de grensprocedure mijns inziens verhogen en zo de kans verkleinen dat er nog langer kwetsbaren buiten de boot vallen.

Over de auteur

L. (Lynn) Hillary, LL.M.

Promovenda aan de Open Universiteit.