

**Karen Geertsema** – dr. K.E. Geertsema  
is redactiesecretaris van dit blad.

## Rechterlijke toetsing in het asielrecht<sup>1</sup>

# Terughoudendheid in soorten en maten anno 2019

De afgelopen jaren verschoof de rechterlijke toetsing in het asielrecht van terughoudend naar enigszins terughoudend, terwijl het Unierecht een volledig en *ex nunc* rechterlijk onderzoek vereist – Karen Geertsema publiceerde er geregeld over. Hier vat ze de ontwikkeling samen en stelt ze kritische vragen over de interpretatie en toepassing van de Awb-regels over bestuursrechtspraak en over de rechterlijke toetsing van documenten. Ook bepleit ze dat de Afdeling zich laat leiden door het grondrecht dat ter discussie staat.

### 1. De kennis van toen

In de tien jaar dat *Asiel- en Migrantenrecht* u op de hoogte houdt van het migratierecht, is de aandacht verschoven van jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens naar jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. Dit is nog sterker het geval voor wat betreft de rechterlijke toetsing van een asielbesluit, met name de geloofwaardigheidsbeoordeling.

In de eerste jaargang van *A&MR* schreef ik een analyse van het EHRM-arrest *R.C. tegen Zweden*,<sup>2</sup> een arrest dat paste in de jurisprudentielijn waarin het EHRM een verdergaande toetsing uitvoert van de bestuurlijke geloofwaardigheidsbeoordeling dan de Nederlandse

<sup>1</sup> Dit is de bewerkte tekst van de lezing zoals die werd gehouden op het symposium van 21 juni jl.  
<sup>2</sup> K. Geertsema, 'Het EHRM en de geloofwaardigheid van een asielrelaas. De zaak R.C. tegen Zweden', *A&MR* 2010-3, p. 133-136.

'Met de kennis van nu' is tijdens het *A&MR*-jubileum-symposium van gedachten gewisseld over: inburgering, belang van het kind, Terugkeerrichtlijn en rechterlijke toetsing. Vier sprekers gaven hierover hun (veranderde) inzichten, waarna een referent reageerde op het verhaal.

rechter, hoewel het EHRM de beoordeling op nationaal niveau als uitgangspunt neemt. In dat arrest was van belang dat het EHRM meer waarde hechtte aan medische verklaringen over een mogelijk verband tussen littekens en foltering dan in Nederlandse asielprocedures op dat moment het geval was. In hoeverre de EHRM-norm van een *rigorous scrutiny* een toetsnorm is voor de Nederlandse rechter, werd beschreven in een artikel uit 2012 van mijn hand en in een artikel van Dana Baldinger uit 2013 naar aanleiding van haar



proefschrift.<sup>3</sup> In die artikelen is de invloed van het Unierecht al zichtbaar.

De betekenis van de artikelen 3, 6 en 13 EVRM voor de rechterlijke toetsing bleek te worden versterkt door artikel 47 Handvest EU en de Procedurerichtlijn.<sup>4</sup> Er werd toen al onderhandeld over de herziene Procedurerichtlijn met daarin de norm van een ‘volledig en ex nunc rechterlijk onderzoek’. Al die tijd handhaafde de Staatssecretaris van Justitie het strikte beoordelingskader voor de beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas, waarbij het vereiste gold van een ‘positieve overtuigingskracht’, ook wel de POK-toets. Voor de asielzoeker zonder documenten gold het vereiste dat het asielrelaas positief overtuigend moest zijn, voordat het relaas geloofwaardig werd bevonden. Dit vereiste was in het leven geroepen door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, en werd sindsdien volop bekritiseerd.<sup>5</sup> Dat gold ook voor de door de ABRvS in het leven geroepen marginale toetsing van het geloofwaardigheidsoordeel.<sup>6</sup>

Met de inwerkingtreding van de herziene Procedure-richtlijn in zicht, zette de Nederlandse overheid in 2015 stappen om op beide punten de praktijk aan te passen. De POK-toets werd afgeschaft en de Unierechtelijke norm voor een volledige en ex nunc rechterlijke toetsing kwam in de Vreemdelingenwet.<sup>7</sup>

Op 13 april 2016 deed de Afdeling vervolgens de inmiddels alom bekende uitspraken over de nieuwe rechterlijke toetsingsmaatstaf.<sup>8</sup> Het nieuwe beoordelingskader voor de geloofwaardigheid van een asielrelaas vraagt om een uitgebreide motivering van het bestuurlijke oordeel. De rechterlijke toetsing van het motiveringsbeginsel is daardoor ook geïntensiveerd.

De Afdeling houdt echter vast aan een terughoudende toetsing van het bestuurlijk oordeel over verklaringen en vermoedens die niet met bewijsmiddelen zijn gestaafd. De Afdeling achtte het niet nodig prejudiciële vragen te stellen over de betekenis van het volledige en ex nunc rechterlijke onderzoek uit artikel 46 herziene Procedurerichtlijn (PR). Inmiddels laat het HvJ EU zich geregeld uit over artikel 46 PR en blijft de vraag actueel of de enigszins terughoudende toetsing zoals in Nederland geldt, in overeenstemming is met de Unierechtelijke eisen.<sup>9</sup> In dit artikel noem ik de punten die in de praktijk nog discussie opleveren. Daarvoor geef ik eerst een overzicht van de kennis van nu op basis van de jurisprudentie uit Luxemburg en Straatsburg.

## 2. De kennis van nu

### 2.1 De Unierechtelijke kennis van nu

In de afgelopen tien jaar heeft het HvJ EU zich in negen arresten uitgelaten over de rechterlijke fase in asielzaken. Drie arresten betroffen nog het oude artikel 39 Procedurerichtlijn 2005/85/EG en het daarin vervatte recht op een effectief rechtsmiddel.<sup>10</sup> Zes arresten betroffen de betekenis van artikel 46 herziene Procedurerichtlijn 2013/32/EU waarin het recht op een volledig en ex nunc rechterlijk onderzoek is neergelegd.<sup>11</sup> Deze arresten betroffen steeds een ander procedureel aspect van de rechterlijke fase, en nooit het aspect van de intensiteit van de rechterlijke toetsing van de geloofwaardigheidsbeoordeling. Toch zijn uit de arresten enkele algemene lijnen af te leiden die kunnen helpen bij beantwoording van de vraag of de enigszins terughoudende toetsing in overeenstemming is met Unierechtelijke eisen. Ik noem hier vijf aspecten van artikel 46 PR die het HvJ EU heeft herhaald in verschillende arresten en die in mijn ogen ook van belang zijn voor de betekenis van artikel 46 PR voor de intensiteit van de nationale rechterlijke toetsing in asielzaken:

- De waarborg uit artikel 46 PR komt overeen met artikel 47 Handvest EU en het beginsel effectieve rechtsbescherming;
- De Procedurerichtlijn vereist een rechtsmiddel in één instantie;
- Uniforme betekenis van de begrippen ‘volledig’ en ‘ex nunc’;
- De bestuurlijke fase bij de beoordeling van een asielverzoek is een essentiële fase;
- De Procedurerichtlijn geeft geen normen voor wat er na de rechterlijke beslissing gebeurt (wel voorwaarden). Ik zal deze aspecten kort toelichten.

### De vraag blijft actueel of de enigszins terughoudende Nederlandse toetsing in overeenstemming is met de Unierechtelijke eisen.

#### Artikel 47 Handvest EU

Het is geen verrassende constatering dat de waarborg uit artikel 46 PR overeenkomt met het recht op een doeltreffende voorziening in rechte zoals is neergelegd in artikel 47 Handvest. Het HvJ EU herhaalt deze overwegingen en geeft daarmee het kader weer waarmee het nationale procedurele regels toetst.<sup>12</sup> De uitleg van artikel 46 PR geschiedt in eerste instantie aan de hand van artikel 47 Handvest EU, dat weer wordt gevoed door de artikelen 6 en 13 EVRM – een reden om de jurisprudentie over zowel artikel 6 EVRM als artikel 13 EVRM nauwlettend te blijven volgen. Indien toetsing aan deze normen volgens het HvJ EU niet tot een

3 K. Geertsema, ‘Terughoudendheid in soorten en maten’, *A&MR* 2012-5/6, p. 247-257 en D. Baldinger, ‘Grondig onderzoek versus marginale toetsing’, *A&MR* 2013-3, p. 120-130.

4 Zie A.M. Reneman, ‘Uitspraak van de maand, HvJ EU 28 juli 2011, C-69/10, Samba Diouf’, *A&MR* 2011-7, p. 296,297.

5 Zie S. Rafi, ‘De POK-toets in Europees perspectief’, *A&MR* 2014-2, p. 68-79.

6 ABRvS 27 januari 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AF5566, AB2003,286 m.nt. Vermeulen, *RV* 1974-2993,57 m.nt. Spijkerboer, *JV* 2003/103 m.nt. Olivier.

7 K. Geertsema ‘De nieuwe werkinstructie over geloofwaardigheid in asielprocedures’, *A&MR* 2015-4, p. 164-169 en T. Strik en A. Terlouw, ‘Geloofwaardigheidsbeoordeling wordt voortaan vol en ex nunc getoetst’, *A&MR* 2015-5, p. 248-257.

8 K. Geertsema ‘Uitspraken uitgelicht. Vijf uitspraken van de Afdeling, de nieuwe rechterlijke toetsing asiel’, *A&MR* 2016-5, p. 230-235.

9 F. Verbaas, ‘Een vermorde marginale toets? De “enigszins terughoudende” toets in asielzaken’, *A&MR* 2018-5, p. 219-225 en K. Geertsema ‘Uitspraak uitgelicht. Altheto en de betekenis van volledig en ex nunc rechterlijk onderzoek’, *A&MR* 2018-9, p. 446-449.

10 HvJ EU 28 juli 2011, C-69/10 (Samba Diouf), HvJ EU 31 januari 2013, C-175/11 (H.I.D. en B.A.), HvJ EU 17 december 2015, C-239/14 (Tall)

11 HvJ EU 26 juli 2017, C-348/16 (Sacko Mousa), HvJ EU 25 juli 2018, C-585/16 (Alheto), HvJ EU 26 september 2018, C-180/17 (X. en Y.), HvJ EU 4 oktober 2018, C-652/16 (Ahmedbekova), HvJ EU 4 oktober 2018, C-56/17 (Fathi) en HvJ EU 18 oktober 2018, C-662/17 (E.G.).

12 HvJ EU 17 december 2015, Tall, C-239/14, EU:C:2015:824, punt 51, HvJ EU 26 juli 2017, C-348/16 (Sacko Mousa), punt 31, HvJ EU 25 juli 2018, C-585/16 (Alheto), punt 114 en HvJ EU 18 oktober 2018, C-662/17 (E.G.) punt 47.

schending leidt, zal het vervolgens beoordelen of sprake is van een schending van het Unierechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming, in samenhang met de beginselen van doeltreffendheid en gelijkwaardigheid.

Het recente arrest *X. en Y.* over de vraag of schorsende werking van de hoger beroepsfase vereist is op grond van het Unierecht, is een goed voorbeeld van dit toetsingskader.<sup>13</sup> Het HvJ EU constateert eerst dat de Procedurerichtlijn niet verplicht tot een rechtsmiddel in twee instanties, dus ook niet tot schorsende werking in een eventueel aangeboden tweede aanleg. Vervolgens constateert het Hof dat ook het Handvest en artikel 13 EVRM niet verplichten tot schorsende werking van een hoger beroepschrift, waarna het Hof tot slot toetst aan de beginselen van Unierecht. In dit geval was de gestelde schending van het gelijkwaardigheidsbeginsel (namelijk in andere bestuursrechtelijke geschillen wordt wel automatisch schorsende werking van de hoger beroepsfase verleend) onvoldoende onderbouwd door partijen, waardoor het HvJ EU zich hier niet over uitliet, maar dit aan de nationale rechter laat om te beoordelen. Deze wijze van toetsing zal het Hof steeds toepassen indien vragen worden voorgelegd over de betekenis van artikel 46 PR.<sup>14</sup>

#### Rechtsmiddel in één instantie

Een tweede constatering ten aanzien van de betekenis van artikel 46 PR is dat de Procedurerichtlijn slechts een rechtsmiddel in eerste aanleg vereist.<sup>15</sup> De eisen uit de Procedurerichtlijn, en ook die van het Handvest, gelden dus alleen voor het rechtsmiddel in eerste aanleg.

#### Uniforme betekenis van de begrippen ‘volledig’ en ‘ex nunc’

In een aantal arresten heeft het HvJ EU algemene uitleg gegeven van het vereiste van een ‘volledig en ex nunc’ rechterlijk onderzoek. Vanuit Nederlands perspectief denken we dan direct aan de vragen of de rechter moet toetsen of beoordelen en hoe de rechter het geloofwaardigheidsoordeel moet beoordelen. Zover gaat het HvJ EU echter (nog) niet. In *Alheto* heeft het HvJ EU duidelijk gemaakt dat sprake is van een uniform Unierechtelijk begrip, dat dus door lidstaten op dezelfde wijze moet worden uitgelegd.<sup>16</sup> Als definitie van een volledig en ex nunc rechterlijk onderzoek geeft het HvJ EU ‘een onderzoek, door de rechter, (...) van alle elementen feitelijk en rechtens aan de hand waarvan hij een geactualiseerde beoordeling van het specifieke geval kan maken.’<sup>17</sup> Ex nunc betekent volgens het Hof ‘de verplichting van de rechter om een beoordeling te maken die in voorkomend geval rekening houdt met nieuwe elementen die aan het licht zijn gekomen nadat de aangevochten beslissing is vastgesteld’.<sup>18</sup> Volledig betekent ‘dat de rechter zowel de elementen moet onderzoeken waarmee de beslissingsautoriteit rekening heeft gehouden of had kunnen houden, als die welke zich hebben

aangediend nadat deze autoriteit de beslissing heeft vastgesteld.’<sup>19</sup>

Deze definitie ziet op de omvang van het geding en niet zozeer op de intensiteit waarmee de rechter het asielbesluit moet toetsen. Die omvang gaat ver, aangezien de rechter zelf eventuele afwijzingsgronden moet beoordelen.<sup>20</sup> De omvang gaat echter niet zover dat de rechter ambtshalve onderzoek moet doen of de Dublin III-procedure correct is toegepast.<sup>21</sup> In hoeverre de rechter binnen die omvang van het geding zelf de feiten moet beoordelen, is nog onduidelijk.

A-G Bobek wijst in een recente conclusie erop dat de nationale rechter in een uitspraak bindend advies moet geven aan de beslisautoriteiten over rechtsvragen en de vaststelling van de feiten in een individuele zaak.<sup>22</sup>

#### Bestuurlijke fase = essentiële fase

Een belangrijk vierde punt dat is af te leiden uit de HvJ EU-jurisprudentie over de betekenis van artikel 46 PR is de samenhang tussen de rechterlijke en de bestuurlijke fase. Steeds als het Hof een nationale procedurele regel over de rechterlijke fase toetst aan het Unierecht, ter beantwoording van een prejudiciële vraag over artikel 46 PR, zal het Hof ook de bestuurlijke fase daarbij betrekken. In het arrest *Sacko* deed het Hof dit voor de vraag of de rechter verplicht is een zitting te houden bij de toets aan artikel 47 Handvest en artikel 6 EVRM.<sup>23</sup> In *Alheto* borduurt het HvJ EU hierop voort door de samenwerkingsplicht tussen asielzoeker en bestuursorgaan te benadrukken.<sup>24</sup> In *Ahmedbekova* bevestigt het HvJ EU deze lijn door te overwegen dat de bestuurlijke fase een essentiële fase is.<sup>25</sup>

Voor de beoordeling van de bestuurlijke fase is van belang hoe artikel 4 Ri 2011/95/EU, omtrent de samenwerkingsplicht tussen verzoeker en autoriteiten, is geïmplementeerd in de lidstaten.<sup>26</sup> Bijvoorbeeld hoe wordt omgegaan met bewijskwesities,<sup>27</sup> waarbij van belang is dat de verschillende richtlijnen uit het Gemeenschappelijk Europees Asiel Stelsel (GEAS) gemeenschappelijke kenmerken hebben, die om eenzelfde benadering van bewijskwesities vragen.<sup>28</sup> De verklaringen van de asielzoeker zijn volgens het HvJ EU slechts het uitgangspunt voor het onderzoek naar de feiten en omstandigheden.<sup>29</sup> Artikel 10 lid 3 van de Procedurerichtlijn vereist dat de beslisautoriteiten deskundig zijn en, voor zover nodig, dat zij deskundigenonderzoeken inschakelen.<sup>30</sup> In een zorg-

13 HvJ EU 26 september 2018, C-180/17 (X. en Y.).

14 Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Bobek bij Torubarov (30 april 2019, C-556/17), over de vraag of de rechter een eigen oordeel mag geven over het voorliggende geschil. Ook hij beantwoordt die vraag aan de hand van dit toetsingskader.

15 HvJ EU 28 juli 2011, C-69/10 (Samba Diouf), EU:C:2011:524, punt 69 en HvJ EU 26 september 2018, C-180/17 (X. en Y.) punt 25.

16 HvJ EU 25 juli 2018, C-585/16 (Alheto), punt 107 en 108.

17 HvJ EU 25 juli 2018, C-585/16 (Alheto), punt 110, bevestigd in HvJ EU 4 oktober 2018, C-652/16 (Ahmedbekova), punt 92.

18 HvJ EU 25 juli 2018, C-585/16 (Alheto), punt 111 en 112.

19 HvJ EU 25 juli 2018, C-585/16 (Alheto), 113,114.

20 HvJ EU 25 juli 2018, C-585/16 (Alheto), punt 115-118.

21 HvJ EU 4 oktober 2018, C-56/17 (Fathi), punt 72.

22 Conclusie A-G Bobek, 30 april 2019, C-556/17 (Torubarov), par. 102 en 103.

23 HvJ EU 26 juli 2017, C-348/16 (Sacko Mousa), punt 42.

24 HvJ EU 25 juli 2018, C-585/16 (Alheto), punt 116.

25 HvJ EU 4 oktober 2018, C-652/16 (Ahmedbekova), punt 96.

26 HvJ EU 22 november 2012, C-277/11 (M.M.), punt 88 met daarin een verwijzing naar de procedurele waarborgen zoals verwoord in HvJ EG 21 november 1991, C-269/90 (Technische Universität München), punt 14. Voor een juridische analyse van de geloofwaardigheidsbeoordeling in asielzaken op grond van het GEAS zie het EASO rapport ‘Evidence and credibility assessment in the context of the Common European Asylum System’, Luxemburg: Publications Office of the European Union, 2018.

27 HvJ EU 13 september 2019, C-635/17 (E.), JV 2019/88 m.nt.Strik, over de gezinsherenigingsrichtlijn, maar ook van toepassing op asielprocedures, zie HvJ EU 25 januari 2018, C-473/16 (F.), punt 41.

28 Zie de conclusie van A-G Wahl bij E., 29 november 2018, C-635/17, punt 69 en zie de annotatie van T. Strik in JV 2019/88.

29 HvJ EU 4 oktober 2018, C-56/17 (Fathi), punt 84, HvJ EU 2 december 2014, C-148/13–C-150/13 (A e.a.), punt 49, HvJ EU 25 januari 2018, C-473/16 (F.), punt 28.

30 HvJ EU 25 januari 2018, C-473/16 (F.), punt 34 en verder.

vuldige bestuurlijke fase zijn alle feiten en omstandigheden beoordeeld. Als desondanks in de beroepsfase nieuwe asielmotieven worden aangevoerd of eerder ingenomen standpunten nader worden onderbouwd, moet de rechter die alleen in het onderzoek betrekken als deze voldoende concreet zijn ingediend, niet in een te late fase zijn aangevoerd en, in het geval van feitelijke gegevens, voldoende onderscheidend zijn van de reeds eerder aangevoerde gegevens.<sup>31</sup>

#### Geen normen voor na rechterlijke beslissing, wel voorwaarden

Tot slot valt uit de HvJ EU-jurisprudentie over artikel 46 PR te herleiden wat de reikwijdte van het vereiste rechterlijk onderzoek is. Artikel 46 Procedurerichtlijn heeft volgens het HvJ EU alleen betrekking op de beroepsfase en niet op de vraag wat na de rechterlijke beslissing gebeurt. Het valt daarom binnen de nationale procedurele autonomie van lidstaten om een beslissing te vernietigen en terug te wijzen naar de beslisautoriteiten of de bestuurlijke beslissing te vervangen voor een rechterlijke beslissing en dus een eigen oordeel te vellen. De nationale systematiek moet wel voldoen aan Unierechtelijke voorwaarden. Zo moet bij een systeem van terugwijzing naar de beslisautoriteiten een nieuw besluit in overeenstemming zijn met de rechterlijke uitspraak en binnen een redelijk termijn genomen zijn.<sup>32</sup> En als de rechter een verzoek tot toekenning van de vluchtelingenstatus onderzoekt, moet de rechter nagaan of er gegronde vrees voor vervolging in de zin van Ri 2011/95/EU bestaat,<sup>33</sup> wat suggereert dat de rechter een eigen oordeel over de voorliggende feiten moet geven.<sup>34</sup>

### EHRM-rechter Thomassen schreef in de dissenting opinion bij het arrest Said dat rechters zich bij de feitenvaststelling in asielzaken op glad ijs begeven.

Deze vijf punten geven de contouren weer van een beoordelingskader waarmee het Hof verder invulling zal geven aan de betekenis van artikel 46 PR voor de nationale rechterlijke fase. Daarbij moet worden bedacht dat het HvJ EU altijd de doelstellingen van de Procedurerichtlijn richtinggevend acht bij de interpretatie. De uitleg van artikel 46 PR, bijvoorbeeld omtrent de nationale toetsingsintensiteit, mag niet het nuttig effect ontnemen.<sup>35</sup> Daarnaast zal het Hof voor de verdere uitleg van artikel 46 PR van belang achten dat bij een verzoek om internationale bescherming sprake is van een essentieel recht, een fundamenteel recht.<sup>36</sup>

## 2.2 De EHRM-kennis van nu

Bij het EHRM is de afgelopen 10 jaar een kentering zichtbaar in de wijze waarop klachten over nationale asielbesluiten en uitzettingen worden beoordeeld. Alhoewel de norm van een *close and rigorous scrutiny* nog altijd van toepassing is en het EHRM indien nodig een eigen oordeel over het 3 EVRM-risico zal vellen, is het Hof de afgelopen tien jaar de nadruk gaan leggen op een beoordeling van de zorgvuldigheid van de nationale procedure. Het EHRM heeft bij herhaling geoordeeld dat de nationale autoriteiten het beste in staat zijn de feiten vast te stellen en de geloofwaardigheid van het asielrelaas te beoordelen.<sup>37</sup> Het zal, indien de beschikbare informatie wijst op juiste besluitvorming op nationaal niveau, refereren aan de zorgvuldigheid van de nationale beslissing.<sup>38</sup>

Het EHRM heeft hiervoor nu een aantal standaardoverwegingen ontwikkeld, die in ieder arrest over artikel 3 EVRM en uitzetting zijn terug te vinden. Dat hierover discussie heeft plaatsgevonden onder de rechters van het Hof is af te leiden uit de verschillende *concurring* en *dissenting opinions* bij deze arresten,<sup>39</sup> beginnend bij de *dissenting opinion* van rechter Thomassen bij het arrest Said tegen Nederland, waarin zij benoemde dat rechters zich bij de feitenvaststelling in asielzaken op glad ijs begeven.<sup>40</sup> Een deel van de rechters vindt dat de beoordeling van het EHRM terughoudend moet zijn en het nationale oordeel over de geloofwaardigheid van een asielrelaas moet worden gevolgd. Een ander deel meent dat de rol van het EHRM vereist dat ook naar dat oordeel grondig onderzoek gedaan moet worden door de EHRM-rechter. Rechter Bianku pleit in zijn *concurring opinion* bij J.K. tegen Zweden voor meer structuur in de toetsing van het procedurele effect van artikel 3 EVRM, om daarmee transparanter te maken wanneer het EHRM afwijkt van het nationale oordeel.<sup>41</sup> Bij de opening van het gerechtelijk jaar 2017 wijdden de EHRM-rechters een seminar aan het onderwerp.<sup>42</sup>

Deze ontwikkeling laat zich verklaren door het aantal klachten met een asielrechtelijke achtergrond dat in Straatsburg werd (en wordt) ingediend en door de politieke discussies in verschillende verdragsstaten over de rol van het EHRM. Verdragsstaten deden via High Level Conferences tussen 2010 en 2012 een aantal aanbevelingen aan het EHRM hoe te komen tot effectievere rechtspraak, onder andere door zich bij asielrechtelijke klachten te richten op de beoordeling van de effectiviteit van nationale procedures in plaats van een herbeoordeling te geven van de feiten en omstandigheden in een individuele klacht.<sup>43</sup> Deze

31 HvJ EU 4 oktober 2018, C-652/16 (Ahmedbekova), punt 103.

32 HvJ EU 25 juli 2018, C-585/16 (Alheto), punt 147.

33 HvJ EU 4 oktober 2018, C-56/17 (Fathi), punt 99

34 En in het geval van nadere verklaringen de mogelijkheid moet bieden aan partijen om een standpunt in te nemen over de nadere verklaringen.

35 HvJ EU 20 oktober 2016, C-429/15 (Danqua) punt 42, Vgl. HvJ EU 5 juni 2014, C-146/14 PPU (Mahdi), punt 62 en 63.

36 HvJ EU 2 maart 2010, C/17508 (Salahadin Abdulla e.a.), punt 52/54, zie ook HvJ EU 20 oktober 2016, C-429/15 (Danqua), punt 45. Voor een nadere onderbouwing zie D. Baldinger, *Vertical Judicial Dialogues in Asylum Cases*, Leiden: Brill 2015, p.402-406 en M. Reneman *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Oxford: Hart 2014, p. 264vv.

37 Zie bv. EHRM 23 augustus 2016, 59166/12 (JK t. Zweden), par. 84, EHRM 9 maart 2010, 41827/07 (RC t. Zweden), par. 44, EHRM 13 oktober 2011, 10611/09 (Husseini t. Zweden), par. 44, RV 2011/60 m.nt. Geertsema.

38 EHRM 9 april 2013, 70073/10 (H. en B. tegen Verenigd Koninkrijk), JV 2013/397 m.nt. Baldinger, par. 11.

39 Zie een beschrijving hiervan in K.Geertsema, *Rechterlijke toetsing in het asielrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2018, p. 136 en 137.

40 Een uitspraak die heeft aangezet tot onderzoek, zie D. Baldinger, *Vertical Judicial Dialogues in Asylum Cases*, Leiden: Brill 2015 en zie M. Bossuyt, 'Judges on Thin Ice: The European Court of Human Rights and the Treatment of Asylum Seekers', *Inter-American and European Human Rights Journal* 2010, p. 3-48.

41 En in dit tijdschrift mag genoemd worden dat zijn voorstel voor een gestructureerde toetsing aansluit bij de aanbevelingen van Dana Baldinger op basis van haar proefschrift.

42 C. Ranzoni en G. Ravarani, 27 januari 2017, 'l'Evaluation de la crédibilité des demandeurs d'asile: charge de la preuve et limites de l'examen par la CEDH', <https://bit.ly/2XCwW3h>.

43 Interlaken declaration 19 februari 2010, Izmir declaration 27 april 2011 en de Brighton declaration 19 en 20 april 2012, allen te raadplegen op [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

aanbevelingen hebben geleid tot het 15<sup>e</sup> Protocol bij het EHRM, aangenomen op 24 juni 2013,<sup>44</sup> waarin het beginsel van subsidiariteit is verankerd.<sup>45</sup>

Het arrest F.G. tegen Zweden laat zien dat het EHRM op grond van het subsidiariteitsbeginsel strengere eisen stelt aan de nationale beoordeling dan voorheen en ook dat het EHRM een zaak kan terug verwijzen naar de nationale autoriteiten.<sup>46</sup> Alhoewel de Afdeling meent dat deze overwegingen geen gevolgen hebben voor onze nationale rechterlijke toets, alleen voor de bestuurlijke beoordeling, blijf ik van mening dat ook de nationale rechterlijke toetsingsmaatstaf moet voldoen aan de EHRM-norm van een grondige beoordeling, aangezien de nationale rechtsbescherming tenminste hetzelfde niveau van bescherming moet bieden als de Straatsburgse jurisprudentie.

## De rechter beschikt over instrumenten die een volledig onderzoek naar de feiten en naar de rechtsvragen goed mogelijk maken, maar dan moet de rechter die wel gebruiken.

In de EHRM-jurisprudentie speelt het fundamentele recht dat in de klacht centraal staat, een rol bij de rechterlijke beoordeling die het EHRM uitvoert. De deskundigheid van de nationale organen bij de beoordeling van de geloofwaardigheid wordt erkend in de EHRM-jurisprudentie, maar niet op de manier zoals de Afdeling die deskundigheid opvoert als argument voor een terughoudende toetsing. Het grondrecht weegt zo zwaar dat het EHRM indien nodig ingrijpt in de nationale besluitvorming. Alhoewel het EHRM vaker klachten ongegrond verklaart onder verwijzing naar de zorgvuldigheid van de nationale procedure dan voorheen,<sup>47</sup> past het EHRM nog steeds een grondige beoordeling toe en geeft het indien nodig een eigen beoordeling van de feiten.<sup>48</sup>

### 2.3 De Afdeling en de kennis van nu

De enigszins terughoudende toetsingsmaatstaf, zoals uiteengezet in de uitspraak van 13 april 2016, is volgens de Afdeling in overeenstemming met zowel de Unierechtelijke als EVRM-kennis van nu.<sup>49</sup> De uitgebreide motivering die nodig is op grond van werkinstructie 2014/10 en de daarin vervatte integrale geloofwaardigheidsbeoordeling, maakt de besluitvorming inzichtelijker. De rechterlijke toetsing aan het motiveringsbeginsel is daarmee geïntensiveerd.<sup>50</sup> Toch is de scheidslijn tussen een eigen oordeel van de rechter en een enigszins terughoudende toetsing niet altijd even helder en nog steeds voorwerp van geschil. In

verschillende uitspraken achtte de Afdeling het hoger beroep gegrond omdat de rechter te ver ging in de toetsing van de motivering van het besluit, waardoor volgens de Afdeling sprake was van een eigen oordeel.<sup>51</sup>

### 3. Met de kennis van nu?

Sinds de nieuwe toetsingsmaatstaf blijft de vraag actueel of de terughoudende toetsing van verklaringen die niet met bewijsmateriaal zijn gestaafd, in overeenstemming is met de Unierechtelijke eis van een volledig en ex nunc rechterlijk onderzoek, en de EVRM-eis van een *rigorous scrutiny*. Het verschil in benadering van de Afdeling ten opzichte van de Europese hoven is voor een groot deel terug te voeren op de nationale traditie van bestuursrechtspraak. Om het verschil te overbruggen, is het nodig te kijken naar de interpretatie en toepassing van hoofdstuk 8 van de Algemene wet bestuursrecht, waarin de wettelijke regels over bestuursrechtspraak zijn neergelegd. Dan kan er licht schijnen op de vragen die spelen in de praktijk, bijvoorbeeld over de rol van documenten. Tot slot verdient het aanbeveling als de Afdeling zich net als die Europese hoven bij de rechterlijke toetsing van bestuurlijke besluiten laat leiden door het grondrecht dat ter discussie staat.

#### 3.1 Hoofdstuk 8 Awb

De Afdeling wijst in de uitspraak van 13 april 2016 expliciet op de onderzoeksbevoegdheden uit hoofdstuk 8 van de Awb.<sup>52</sup> Inderdaad heeft de bestuursrechter in theorie allerlei bevoegdheden die goed passen bij het doen van een volledig en ex nunc rechterlijk onderzoek. Waarom geeft de jurisprudentie de indruk dat in de praktijk weinig van die bevoegdheden gebruik wordt gemaakt?<sup>53</sup> De rechter beschikt over instrumenten die een volledig onderzoek naar de feiten en naar de rechtsvragen goed mogelijk maken, maar dan moet de rechter die wel gebruiken.<sup>54</sup> Bovendien vereist de goede procesorde in het Nederlandse bestuursrechtelijke systeem dat partijen zich moeten kunnen uitlaten over eventuele ontwikkelingen in de procedure, waardoor de bestuursrechter de visie van het bestuursorgaan niet uit het oog kan verliezen. Dat doet recht aan de verhouding tussen rechter en bestuur.

Behalve een ruimer gebruik van onderzoeksbevoegdheden moet de bestuursrechter ook de huidige interpretatie van artikel 8:1 en artikel 8:69 Awb verruimen. Artikel 8:1 Awb vereist dat het besluit ter toetsing voorligt. Het EHRM keek altijd al meer naar de kern van de rechtsvraag, en nu wijst ook het HvJ EU die kant op door de overwegingen in Alheto op grond waarvan de rechter zelf moet beoordelen of een

44 15<sup>e</sup> Protocol tot wijziging van het EVRM, *Trb.* 2013, 130, goedgekeurd door Nederland bij Rijkswet van 15 mei 2015, *Stb.* 2015, 228.

45 Alhoewel nog niet in werking getreden, verwijst het EHRM er wel expliciet naar, zie EHRM 23 augustus 2016, 59166/12 (JK t. Zweden), par. 84 en EHRM 23 maart 2016, 43611/11 (FG tegen Zweden), par. 117.

46 EHRM 23 maart 2016, 43611/11 (FG tegen Zweden), par. 156 en 157.

47 Zie bv. EHRM 20 juni 2017, 41282/16 (M.O. t. Zwitserland).

48 Zoals in EHRM 23 augustus 2016, 59166/12 (JK t. Zweden).

49 Zie voor de bespreking van deze overwegingen M. Reneman bij AB 2016/195, S.Kok bij JV 2016/195, K. Geertsema 'Uitspraken uitgelicht. Vijf uitspraken van de Afdeling, de nieuwe rechterlijke toetsing asiel', *A&MR* 2016-5, p. 230-235 en A. Terlouw, 'De toetsingsuitspraken getoetst. Waarom het EHRM meer dan richtinggevend moet zijn voor de nationale rechter', in: Bosma, van Leeuwen, van Loon (red.), *Graag nog even bespreken* (liber amicorum Henk Lubberdink), Den Haag: Raad van State 2016, p. 175-186.

50 Zie bv. ABRvS 15 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3009, JV 2017/9 m.nt. Battjes.

51 ABRvS 3 april 2017 (201607908/1/V1, ECLI:NL:RVS:2017:893), hoger beroep SvJ gegrond, ABRvS 9 januari 2019 (201801570/1/V2, ECLI:NL:RVS:2019:60) hoger beroep SvJ gegrond, ABRvS 30 januari 2019 (201805251/1/V3; ECLI:NL:RVS:2019:280), hoger beroep vreemdeling gegrond.

52 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, AB 2016/195 m.nt. Reneman, r.o. 8.1.

53 Marseille betoogde tijdens de uitreiking van de Hanneke Steenbergers scriptieprijs op 17 december 2015 dat een uitspraak als Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 9 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1160, JV 2013/400, m.nt. Marseille, (over de benoeming van een derde deskundige o.g.v. art. 8:47 Awb) met de invoering van artikel 83a Vw 2000 anders zou uitpakken en meer ruimte zou geven voor toepassing van dergelijke bevoegdheden. Een mooi recent voorbeeld hiervan is Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Den Bosch, 28 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6493.

54 Vgl. de analyse van de A-G Bobek over *law in theory* en *law in practice* als het aankomt op de rol van de bestuursrechter, Conclusie A-G Bobek, 30 april 2019, C-556/17 (Torubarov), punt 86-100.

asielverzoek niet-ontvankelijk of kennelijk ongegrond had moeten worden verklaard. Daarmee staat niet het bestuurlijke besluit waarin het asielverzoek is afgewezen centraal, maar de rechtsvraag of iemand in aanmerking komt voor internationale bescherming. Dit zegt iets over de wijze waarop de rechter artikel 8:69 Awb moet toepassen, op grond waarvan de rechter ambtshalve de rechtsgronden en feiten moet aanvullen. Artikel 83a Vw heeft de omvang van het bestuursrechtelijk geschil in asielzaken verruimd en grijpt daarmee in op het aloude nationale bestuursrechtelijke uitgangspunt dat de bestuursrechter een rechtmatigheidscontrole van het bestuurlijk besluit uitvoert.<sup>55</sup>

### 3.2 Rol van documenten

In het huidige toetsingskader toetst de rechter terughoudend de verklaringen van de asielzoeker die niet onderbouwd zijn met bewijsmateriaal. De rol van documenten is daarmee tweeledig. Een document is een objectief bewijsmiddel, maar ook een indicator voor geloofwaardigheid.<sup>56</sup> Het document is door dat laatste ook doorslaggevend voor de vraag hoe de rechter het bestuurlijk oordeel over een verklaring toetst. Wat als de staatssecretaris van oordeel is dat documenten kopieën zijn en daarom geen waarde toekomt en vervolgens oordeelt dat de verklaringen vaag zijn, moet de rechter dat dan terughoudend toetsen? Wat is de bewijswaarde die aan documenten kan worden toegekend?

### 3.3 Grondrecht als factor van betekenis

In de uitspraken van 13 april 2016 zet de Afdeling het argument van de deskundigheid van de bestuurlijke autoriteiten bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van een asielrelaas centraal in de argumentatie dat een enigszins terughoudende rechterlijke toetsing in overeenstemming is met het Unierecht en het EVRM.<sup>57</sup> De kern van het grondrecht dat in een asielzaak aan de orde is, het verbod op refoulement, is door de Afdeling daarentegen niet benoemd als factor van betekenis voor de toetsingsintensiteit. De rechtspraak van de Afdeling moet echter wel in overeenstemming zijn met het verbod op refoulement en

met de procedurele aspecten die aan dit grondrecht zijn verbonden. De jurisprudentie van de Europese hoven hierover moet daarom meer zijn dan ‘richtinggevend’.<sup>58</sup> De bescherming van het grondrecht dat aan de orde is, is een belangrijk onderdeel van het recht op een effectief rechtsmiddel en geeft daardoor vereisten aan het nationale rechtsmiddel.<sup>59</sup> Zowel in de jurisprudentie van het HvJ EU als het EHRM is zichtbaar dat het aan de orde zijnde grondrecht effect heeft op de intensiteit van de rechterlijke beoordeling.

Volgens de Afdeling waren de uitspraken van 13 april 2016 een voorbeeld van de verhoogde aandacht binnen de Afdeling voor het leerstuk van de bestuurlijke vrijheden in relatie tot de indringendheid van de rechterlijke toetsing.<sup>60</sup> Het is te betreuren dat de Afdeling daarbij niet expliciet heeft gemaakt welke rol grondrechten spelen bij de bepaling van de toetsingsintensiteit van de rechterlijke toetsing van een asielbesluit.<sup>61</sup>

## 4. Meer aandacht gewenst

Met de kennis van nu zou de titel van het A&MR-artikel uit 2012 beter ‘rechterlijk onderzoek in soorten en maten’ kunnen zijn. De Nederlandse discussie over de intensiteit van de rechterlijke toetsing in asielzaken leidt af van de vraag hoe de bestuursrechter invulling geeft aan het vereiste volledige en ex nunc rechterlijk onderzoek. Hopelijk zien we de komende tien jaar meer artikelen over de wijze waarop de nationale rechter gebruik maakt van de onderzoeksbevoegdheden uit hoofdstuk 8 Awb, hoe het asielrecht wellicht aanleiding geeft voor een algemeen bestuursrechtelijke discussie over de rechtmatigheidstoetsing van een besluit en de omvang van het geding, hoe verklaringen en documenten zelfstandige bewijselementen zijn en tot slot welke rol grondrechten spelen bij het bepalen van de toetsingsintensiteit in asielzaken. ◀

55 Zie uitgebreid de blog van S. Smulders, ‘Wat betekent *Alheto in concreto*’, 25 februari 2019 (<https://stijnsrijkopasielrecht.wordpress.com/>).

56 Zie bv. ABRvS 6 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2707, JV 2016/297 (over waarde fotokopie), ABRvS 19 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2853 (over waarde dreigbrief in licht van geloofwaardigheid verklaringen), ABRvS 27 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2934 (over toerekenbare documentloosheid) en ABRvS 15 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3009; JV 2017/9 m.nt. Battjes (over de waarde die aan een vonnis van revolutionaire rechtbank in Iran moet worden toegekend).

57 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, AB 2016/195 m.nt. Reneman, r.o. 5.3.3.

58 De term die de Afdeling gebruikt voor de EHRM-jurisprudentie, ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, AB 2016/195 m.nt. Reneman, r.o. 8.2. Zie ook A. Terlouw, ‘De toetsingsuitspraken getoetst. Waarom het EHRM meer dan richtinggevend moet zijn voor de nationale rechter’, in: Bosma, van Leeuwen, van Loon (red.), *Graag nog even bespreken* (liber amicorum Henk Lubberdink), Den Haag, Raad van State 2016, p. 175-186.

59 Conclusie A-G Bobek, 30 april 2019, C- 556/17 (Torubarov), punt 59.

60 Persbericht bij ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890

61 Zoals gesuggereerd in E. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak. Over de betekenis van veranderingen in economie, politiek en samenleving voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling’, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter (VAR-preadvies 154)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p.44.