

Article 25fa pilot End User Agreement

This publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act (Auteurswet) with explicit consent by the author. Dutch law entitles the maker of a short scientific work funded either wholly or partially by Dutch public funds to make that work publicly available for no consideration following a reasonable period of time after the work was first published, provided that clear reference is made to the source of the first publication of the work.

This publication is distributed under The Association of Universities in the Netherlands (VSNU)'Article 25fa implementation' pilot project. In this pilot research outputs of researchers employed by Dutch Universities that comply with the legal requirements of Article 25fa of the Dutch Copyright Act are distributed online and free of cost or other barriers in institutional repositories. Research outputs are distributed six months after their first online publication in the original published version and with proper attribution to the source of the original publication.

You are permitted to download and use the publication for personal purposes. Please note that you are not allowed to share this article on other platforms, but can link to it. All rights remain with the author(s) and/or copyrights owner(s) of this work. Any use of the publication or parts of it other than authorised under this licence or copyright law is prohibited. Neither Radboud University nor the authors of this publication are liable for any damage resulting from your (re)use of this publication.

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please contact the Library through email: copyright@ubn.ru.nl, or send a letter to:

University Library
Radboud University
Copyright Information Point
PO Box 9100
6500 HA Nijmegen

You will be contacted as soon as possible.

Gelijke behandeling van internationaal beschermden

Beleidskeuze of juridische verplichting?

Vluchtelingen en subsidiair beschermden hebben niet overal in de EU dezelfde rechten. Door gebrek aan draagvlak voor gelijktrekking zou de op handen zijnde Kwalificatieverordening onder andere Nederland zelfs kunnen dwingen een onderscheid naar status te maken. Tineke Strik analyseert de ontwikkelingen, onderzoekt of een dergelijk onderscheid juridisch houdbaar is en hoopt dat het Europees Parlement zijn reputatie waarmaakt van voorvechter van gelijke behandeling.

In Nederland kennen we al ruim zestien jaar een gelijke behandeling tussen vluchtelingen en subsidiair beschermden door middel van de uniforme asielstatus. Hiermee wordt bedoeld dat de wet meerdere toelatingsgronden voor verlening van de asielstatus bevat, maar dat deze niet van invloed zijn op de rechten die verbonden zijn aan de asielstatus: elke statushouder komt dezelfde rechten toe. Bij de invoering van de Vreemdelingenwet 2000, die in april 2001 in werking trad, werd besloten om aan de vier beschermingsgronden (inclusief de toenmalige nationale c- en d-asielgronden) dezelfde rechtspositie te koppelen, om zo het doorprocederen voor een hogere asielstatus onmogelijk te maken. Het fenomeen doorprocederen was volgens de wetgever medeveroorzaker van grote achterstanden in de behandeling van asielverzoeken.¹ Het belang om door te procederen lag in de differentiatie in rechten zoals de voorwaarden voor gezinshereniging, toegang tot de arbeidsmarkt en de verkrijging van reisdocumenten. De uniforme asielstatus moest waarborgen dat de rechter een beroep niet-ontvankelijk zou verklaren wegens het ontbreken van een procesbelang.² Dat belang ontstaat sindsdien pas als de staatssecretaris besluit tot intrekking van de vergunning, waarna de vreemdeling de weigering om hem een 'hogere' status toe te kennen kan betwisten

zonder dat hem wordt tegengeworpen dat het besluit al in rechte is komen vast te staan.³ Bij de behandeling van het wetsvoorstel tot de wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met het herschikken van de gronden voor asielverlening, heeft de regering opnieuw te kennen gegeven het onwenselijk te vinden dat het stelsel van een uniforme asielstatus wordt doorbroken.⁴ Ook de rechtspraak is verknocht geraakt aan het uniforme asielstelsel. Vooral het onmiddellijke recht op gezinshereniging na statusverlening is cruciaal voor de rust en de integratie van statushouders.

Niemand heeft dus belang bij het kwijtspelen van deze verworvenheid. Toch is het niet uitgesloten dat juist de europeanisering van het asielbeleid deze gelijke behandeling van vluchtelingen en subsidiair beschermden op losse schroeven zet.

Dit artikel gaat in op de Europese ontwikkelingen met betrekking tot gelijke behandeling van vluchtelingen en subsidiair beschermden, en op de consequenties die dit mogelijk heeft voor de Nederlandse asielstatus. Allereerst zal de gelijke behandeling in de asielrichtlijnen worden besproken, waarna nader wordt ingegaan op een cruciaal onderwerp van gelijke behandeling: het recht op gezinshereniging. Er zal worden stilgestaan bij de vraag of een onderscheid in rechten inmiddels niet juridisch onhoudbaar is geworden, gelet op de jurisprudentie van het EHRM. De rechtspraak over discriminatie ziet tot nu toe vooral op het recht op gezinsleven, maar zou ook consequenties kunnen hebben voor andere rechten aan internationaal beschermden.

1 Als andere factoren werden aangewezen de hoge aantallen aanvragen in de jaren negentig, de complexiteit van veel vluchtelingensituaties, de kwaliteit van de actoren in de asielprocedure en de inrichting van de asielprocedure zelf, zie bijvoorbeeld het rapport van de Commissie Evaluatie Vreemdelingenwet (de 'Commissie Scheltema'), WODC, *Significant*, 2006, p. 33-37 en 47-49, ve 06001463 en verder S. G. Kok, 'Eenvormige status op meerdere gronden?', *A&MR* 2014-4 bijvoorbeeld het rapport van de Commissie Evaluatie Vreemdelingenwet (de 'Commissie Scheltema'), WODC, *Significant*, 2006, p. 33-37 en 47-49, ve 06001463.

2 *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 732, nr. 3, p. 3-6 en *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 732 nr. 7, p. 36-44.

3 ABRvS 13 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1625.

4 *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 293, nr. 3, p. 3.



1. De asielrichtlijnen

Toen het systeem van de uniforme asielstatus werd ingevoerd in Nederland, moest nog worden onderhandeld over het EU-asielrecht. Nederland had er belang bij dat het systeem van gelijkberechtiging tussen asielgerechtigden ook op EU-niveau zou worden verankerd, zoals in 1999 was aangekondigd door de regeringsleiders in Tampere. Zij hadden verklaard dat het asielstelsel voor vluchtelingen moest worden aangevuld met een passende status voor iedereen met een behoefte aan subsidiaire bescherming. Op termijn zou er volgens de conclusies van Tampere een gemeenschappelijke asielprocedure en een uniforme status moeten komen voor mensen die asiel hebben gekregen.⁵ Nadat bleek dat het eerste Commissievoorstel voor de Procedurerichtlijn subsidiair beschermden buiten de personele reikwijdte liet, ging Nederland zich actief inzetten voor gelijke behandeling van subsidiair beschermden en vluchtelingen.⁶

Het is niet uitgesloten dat juist de europeanisering van het asielbeleid een gelijke behandeling van vluchtelingen en subsidiair beschermden op losse schroeven zet.

Door middel van een gezamenlijke notitie ijverden Nederland, Zweden en Finland voor het opnemen van subsidiaire bescherming in alle instrumenten die op basis van artikel 63 EC-Verdrag zouden worden aangenomen.⁷ De delegaties betwisten het gebrek aan harmonisatie van het begrip, verwijzend naar de jurisprudentie over artikel 3 EVRM en artikel 3 Anti-Folterverdrag. Ze wezen er verder op dat de uitsluiting een gemeenschappelijk asielbeleid veel minder effectief en efficiënt zou maken, gelet op de grote aantallen subsidiair beschermden en het ontbreken van een enkele procedure. De weerstand bij andere lidstaten bleek echter te groot, wat uiteindelijk resulteerde in de optionele bepaling dat lidstaten de richtlijn ook kunnen toepassen op andere vormen van internationale bescherming door middel van één enkele procedure.⁸ In de praktijk maakte iedereen behalve Ierland hiervan gebruik.⁹ In de herschikte Procedurerichtlijn worden de verzoeken om subsidiaire bescherming op dezelfde wijze behandeld als verzoeken om de vluchtelingenstatus, waarbij voor de definitie is aangesloten bij de Kwalificatierichtlijn.¹⁰

Ook behield een aantal lidstaten reserves bij de verlening van rechten aan houders van een subsidiaire beschermingsstatus. De eerste Kwalificatierichtlijn, aangenomen in 2004, maakte daarom een onderscheid ten aanzien van de geldigheidsduur van de verblijfsvergunning (minimaal drie jaar respectievelijk minimaal een jaar), reisdocumenten, toegang tot de arbeidsmarkt (voor subsidiair beschermden stond de richtlijn een arbeidsmarkttoets toe), bijstand en gezondheidszorg (beide mochten voor subsidiair beschermden worden beperkt tot de kernprestaties) en integratiefaciliteiten.¹¹ Daarnaast mochten

lidstaten de familieleden van de subsidiair beschermde statushouder minder rechten toekennen dan de statushouder zelf, terwijl voor gezinsleden van vluchteling werd aangenomen dat hen op grond van hun relatie met de vluchteling ook een vluchtelingenstatus toekwam.¹²

Hoewel er bij de herschikking van deze richtlijn veel meer draagvlak bestond voor een convergentie van de rechten van beide groepen, bereikten de lidstaten geen overeenstemming over een volledige gelijkstelling van hun rechtspositie.¹³ Met een verwijzing naar het Stockholm programma, waarin de regeringsleiders hadden opgeroepen tot het creëren van een uniforme status, bepaalde de preambule dat subsidiair beschermden dezelfde rechten en voordelen toekomen als vluchtelingen, behalve in noodzakelijke en objectief gerechtvaardigde gevallen.¹⁴ De richtlijn geeft nu nog ten aanzien van de geldigheidsduur van de verblijfsvergunning, de verstrekking van reisdocumenten en het recht op bijstand de mogelijk-

heid aan lidstaten om vluchtelingen te bevoordelen.¹⁵ Eerder dat jaar al had de Raad Richtlijn 2011/51 aangenomen, die de werkingssfeer van richtlijn 2003/19/EG inzake langdurig ingezetenschap uitbreidde tot personen die internationale beschermingsstatus genieten.¹⁶ Die richtlijn maakt dus geen enkel onderscheid tussen de houder van de vluchtelingenstatus en subsidiaire beschermingsstatus.

In haar voorstel voor de Kwalificatieverordening van medio 2016 meldt de Commissie dat lidstaten subsidiair beschermden nu meer op gelijke voet behandelen met vluchtelingen wat betreft toegang tot arbeid, onderwijs en gezondheidszorg, maar dat er nog steeds verschillen zijn met betrekking tot de afgifte van verblijfstitels en reisdocumenten, het verlenen van sociale bijstand, en het type en de kwaliteit van integratieprogramma's.¹⁷ Twee van deze verschillen blijven behouden in het Commissievoorstel, namelijk de geldigheidsduur van de verblijfsvergunning en het recht op sociale bijstand.¹⁸ Waar de verlengbare vluchtelingenstatus steeds een geldigheidsduur heeft van drie jaar en bij de eerste verlenging de beschermingsbehoefte opnieuw moet worden getoetst, wordt de vergunning aan subsidiaire beschermden volgens het voorstel aanvankelijk verleend voor één jaar, en daarna steeds voor twee jaar. Hier wordt bij de eerste twee verlengingsmomenten opnieuw getoetst aan de beschermingsgrond. Het recht op sociale bijstand ten aanzien van subsidiair beschermden mag volgens het voorstel nog steeds worden beperkt tot de kernprestaties, maar dit wordt geen verplichting.

Waar de richtlijnen de mogelijkheid gaven om gunstiger normen te hanteren, laat de verordening (die rechtstreekse

5 Conclusies van het voorzitterschap van de Europese Raad van Tampere, 15-16 oktober 1999, nr. 200/1/99, conclusie 14 en 15.

6 Zie BNC-fiche met betrekking tot het eerste Commissievoorstel, 22 januari 2001, *Kamerstukken II*, 22 112, nr. 179.

7 Nota over subsidiaire vormen van bescherming van Zweden, Nederland en Finland, 12063/01, ASILE 47, 20 september 2001.

8 Artikel 3 lid 4 Richtlijn 2005/85.

9 Zie het evaluatierapport over de toepassing van de Procedurerichtlijn, COM(2010) 465, 8 september 2010, paragraaf 4.2.

10 Artikel 2 sub h Richtlijn 2011/32 verwijst naar de definitie van artikel 2 sub f Richtlijn 2011/95.

11 Zie respectievelijk artikel 24, 25, 26, 28, 29 en 33.

12 Zie considerans punt 29 en 27.

13 Zie COM (1999) 554, 21 oktober 2009. Volgens de Duitse respondenten verzet Duitsland zich hiertegen, net als tijdens de onderhandelingen over de vaststelling van de huidige richtlijn.

14 Considerans punt 39 van Richtlijn 2011/95. Zie ook het Stockholm Programma, Pb C 115/1, 4 mei 2010, paragraaf 6.2.

15 Zie respectievelijk artikel 24, 25 en 29 van Richtlijn 2011/95.

16 Zie Richtlijn 2011/51/EU van 11 mei 2011 tot wijziging van Richtlijn 2003/109/EG van de Raad teneinde haar werkingssfeer uit te breiden tot personen die internationale bescherming genieten, Pb L 132/1, 19 mei 2011, p. 1 e.v.

17 COM(2016)466, p. 10.

18 COM (2016)466, artikel 26 respectievelijk artikel 34.

werking heeft) alleen toe dat de uitzonderingsmogelijkheden niet hoeven te worden toegepast. Voor Nederland betekent aanneming van het voorstel in zijn huidige vorm daarom dat er verschillen in de afgifte en verlenging van de verblijfsvergunning gaan ontstaan. De Nederlandse regering wijst erop dat deze verschillen in combinatie met de voorgestelde beroepsmogelijkheid tegen de verlening van de subsidiaire beschermingsstatus in de Procedureverordening de inhoud en het doel van de Nederlandse uniforme asielsstatus zullen ondermijnen.¹⁹

2. Gezinsherenigingsrichtlijn

Voor Nederland betekent aanneming van het Commissievoorstel in zijn huidige vorm daarom dat er verschillen in de afgifte en verlenging van de verblijfsvergunning gaan ontstaan.

Een belangrijk voorbeeld waarbij het probleem van het onderscheid tussen de twee statussen zich voordoen op EU niveau, is het recht op gezinshereniging. In haar eerste voorstel voor de Gezinsherenigingsrichtlijn had de Commissie voorgesteld om zowel vluchtelingen als subsidiair beschermden onder de reikwijdte te laten vallen van de richtlijn.²⁰ Lidstaten mochten, anders dan voor reguliere vreemdelingen, geen wachttermijn toepassen voor vluchtelingen en subsidiair beschermden, maar voor subsidiair beschermden gold wel de eis dat hun verblijfsvergunning een geldigheidsduur had van minimaal een jaar. Vijf lidstaten maakten bezwaar tegen de toepassing van de richtlijn op subsidiair beschermden: omdat het begrip subsidiaire bescherming nog niet was gedefinieerd op EU niveau, vonden ze opname in de richtlijn prematuur.²¹ Nadat ook het Europees Parlement om dezelfde reden had verzocht om subsidiair beschermden uit de richtlijn te halen, schrapte de Commissie de betreffende bepaling in haar tweede voorstel.²² De Commissie toonde zich echter wel ontevreden over dit besluit en kondigde aan in 2002 een voorstel te doen dat de status van subsidiaire beschermden zou regelen. Hoewel het aangekondigde voorstel uitbleef, had de Commissie in haar derde wijzigingsvoorstel voor de Gezinsherenigingsrichtlijn de personele reikwijdte wel opgenomen als prioriteit voor een herziening van de richtlijn, in de zogenaamde rendez-vous clause van de richtlijn.²³ Ook nadat met de aanneming van richtlijn 2004/83 in april 2004 het argument van de ontbrekende gezamenlijke definitie niet meer gold, hebben Commissie en lidstaten echter geen poging gedaan om voor deze groep alsnog het recht op gezinshereniging te regelen op dezelfde wijze als vluchtelingen.²⁴ Het benodigde draagvlak bleef kennelijk uit. In haar Groenboek, dat diende als consultatiedocument voor het beoordelen of de Gezinsherenigingsrichtlijn moest worden herzien, maakte de Commissie dit vraagstuk onderdeel van de consultatie. Ze vroeg de lidstaten of de eerder genoemde doelstelling van het

Stockholm programma niet ook impliceerde dat subsidiair beschermden onder de werkingssfeer van de Gezinsherenigingsrichtlijn moesten worden gebracht, en meer specifiek, onder de gunstiger normen van hoofdstuk V.²⁵ De Nederlandse regering antwoordde daarop dat Nederland geen onderscheid maakt tussen erkende vluchtelingen en subsidiair beschermden. Voor beide groepen gelden dus dezelfde voorwaarden, zoals beschreven in de richtlijn.²⁶ De lidstaten die wel een onderscheid maken tussen de twee groepen, reageerden daarentegen afwijzend.²⁷

In een procedure in 2013 bij Rechtbank Den Haag, nevenzittingsplaats Zwolle, gaf de Staatssecretaris voor Veilig en Justitie echter te kennen sinds de inwerkingtreding van de Gezinsherenigingsrichtlijn wel degelijk een onderscheid te maken. Alleen bij asieltgerechtigden op grond van artikel 29 lid 1 sub a Vw 2000 werd gezinshereniging ook toegestaan als de gezinsband niet al in het herkomstland was gevormd, conform artikel 9a van de Richtlijn, zo werd de rechtbank verteld.²⁸ Het is niet goed te begrijpen waarom de regering via de Vreemdelingencirculaire de uniformiteit van de asielsstatus op dit punt doorbroken had, de richtlijn verplicht immers geenszins tot een slechtere behandeling van degenen die onder het nationale recht vallen. De rechtbank maakte duidelijk dat de verplichting uit de richtlijn op zichzelf onvoldoende rechtvaardiging vormt voor het onderscheid in behandeling, daarbij refererend aan een soortgelijke overweging over een internationale verplichting door het EHRM in het arrest Hode en Abdi.²⁹ In dat arrest oordeelde het Hof dat een verschil in behandeling tussen gezinsbanden die zijn ontstaan na de vlucht van de hoofdpersoon en gezinsbanden die daarvoor al bestonden niet gerechtvaardigd was en daarom in strijd was met artikel 14 in relatie tot artikel 8 EVRM.³⁰ Inmiddels heeft de wetgever de behandeling weer gelijk getrokken: de wet herschikking gronden voor asielerlening, die per 1 januari 2014 inwerking trad, bepaalt voor zowel vluchtelingen als subsidiair beschermden als peildatum voor de gezinsband het moment van binnenkomst in Nederland.³¹

3. Subsidiair beschermden beroep op de richtlijn?

Omdat de Commissie op basis van haar consultatie constateerde dat er te weinig reden en draagvlak onder de lidstaten bestond voor een wijziging van de Gezinsherenigingsrichtlijn, is ook de reikwijdte niet gewijzigd, en dus nog steeds beperkt

tot vluchtelingen. In haar richtsnoeren uit 2014 spoorde de Commissie lidstaten echter wel aan om vluchtelingen en subsidiair beschermden vergelijkbare rechten te verlenen, er daarbij op wijzend dat in de herschikte Kwalificatie-richtlijn inmiddels de convergentie van de twee beschermingsgronden was bevestigd.³²

Het is overigens niet geheel duidelijk of de Gezinsherenigingsrichtlijn subsidiair beschermden op grond van het Unierecht expliciet uitsluit. Volgens artikel 3 lid 2 sub c is de richtlijn niet van toepassing op 'subsidiaire vormen van bescherming, overeenkomstig internationale verplichtingen, nationale wetgevingen of in de lidstaten gebruikelijke praktijken', maar het vermeldt niet de subsidiaire vormen van bescherming overeenkomstig EU-recht. De Afdeling concludeerde uit deze bepaling niettemin dat subsidiair beschermden geen beroep kunnen doen op de richtlijn.³³ Maar in aanvulling op de EU-rechtelijke bepaling van de reikwijdte, staat het lidstaten zelf vrij om die reikwijdte uit te breiden. Sinds haar uitspraak van december 2014 over de toepasselijkheid van de richtlijn op Nederlandse referenten, heeft de Afdeling deze argumenten ook te gebruiken om subsidiair beschermden alsnog onder de reikwijdte van de richtlijn te brengen. In die uitspraak redeneerde de Afdeling immers dat, omdat de omzetting van artikel 7 lid 1 aanhef en onder c van de richtlijn) identiek van toepassing zijn op gezinsherenigingsverzoeken van Nederlanders, de regering daarmee een interne situatie onder het Unierecht had gebracht.³⁴

De regering heeft herhaaldelijk duidelijk gemaakt dat subsidiair beschermden onder de werking van de Gezinsherenigingsrichtlijn vallen, maar de Afdeling en IND trekken daar tot nu toe geen conclusies uit.

Als door de identieke toepassing van het omzettingsrecht op een interne situatie de betreffende Unierechtelijke bepaling rechtstreeks en onvoorwaardelijk van toepassing wordt op die interne situatie, dan zouden toch ook subsidiair beschermden onder de reikwijdte van de richtlijn vallen? Sterker nog, de Nederlandse wetgever heeft in verband met de uniforme asielsstatus al direct bij de implementatie besloten om de reikwijdte van de richtlijn uit te breiden naar alle vormen van asielrechtelijke bescherming.³⁵ In de nota van toelichting bij het implementatiebesluit schrijft de regering:

'Het nieuwe vierde lid van artikel 3 (Vb oud) bevat een categoriale vrijstelling van het middelenvereiste ingeval van gezinshereniging met een vluchteling. In verband met de uniforme asielsstatus in het stelsel van de Vreemdelingenwet 2000, is deze vrijstelling eveneens van toepassing indien de hoofdpersoon op een andere grond van artikel 29, eerste lid, is toegelaten.'³⁶

Ook op andere momenten heeft de regering het nareisbeleid (zoals eerder neergelegd in de e) en f) gronden van artikel 29 lid 1 Vw en vanaf 2014 in artikel 29 lid 2 Vw) aangemerkt als implementatie van de richtlijn.³⁷ Met de identieke toepassing van de omzettingbepalingen van hoofdstuk V van de richtlijn op subsidiair beschermden, heeft Nederland deze groep onder de werking van de richtlijn gebracht. De Afdeling en IND-procesvertegenwoordigers verwijzen slechts naar het EU-besluit over de reikwijdte van de richtlijn, en verzuimen tot nu toe om conclusies te trekken uit dit nationale besluit.

Een wijziging is echter in zicht: een jaar geleden heeft de Afdeling, naar aanleiding van bovenvermelde ingebrachte standpunten in hoger beroep, aan de staatssecretaris de vraag naar de reikwijdte van de richtlijn met betrekking tot subsidiaire bescherming voorgelegd. Op 17 mei 2016 antwoordde de staatssecretaris dat de richtlijn inderdaad ook op gezinsherenigingsverzoeken van subsidiair beschermden toepassing is, daarbij verwijzend naar de jurisprudentie van het Hof en de systematiek van de uniforme asielsstatus.³⁸ Onlangs besloot de Afdeling om deze zaak te heropenen en prejudiciële vragen te stellen over de verplichte belangenafweging na verstrijken van de nareistermijn. De Afdeling is daarbij voornemens tevens te vragen of het Hof bevoegd is een prejudiciële vraag te beantwoorden van een Nederlandse rechter als in de betreffende zaak subsidiaire bescherming is verleend en de richtlijn in het Nederlandse recht op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze van toepassing is verklaard op subsidiair beschermden.³⁹ Dit maakt duidelijk dat de Afdeling het

antwoord van de staatssecretaris heeft overgenomen. Hiermee zal een groot aantal extra gezinsherenigingsverzoeken de bescherming van de richtlijn en het Unierecht toekomen.

4. Andere lidstaten

Gelijke behandeling van gezinsherenigingszaken van subsidiair beschermden en vluchtelingen is dus de regel in Nederland. Een regel die ook in de praktijk probleemloos zou moeten functioneren. Dat is niet in alle lidstaten het geval. Volgens een recente studie van het Europees Migratienetwerk gelden in zeventien lidstaten dezelfde gezinsherenigingsregels voor subsidiair beschermden als voor vluchtelingen. Enkele lidstaten hanteren echter een wachttermijn voor subsidiair beschermden, zoals Oostenrijk gedurende drie jaar en Letland gedurende twee jaar vanaf de verlening van de status.⁴⁰ In twee lidstaten zijn in 2016 tijdelijke maatregelen genomen om de

32 COM(2014)210, paragraaf 6.2. Zie Richtlijn 2011/95/EU, considerans punt 39.

33 Zie: ABRvS 23 januari 2013, 20120584/1/V1, ABRvS van 1 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:651, ABRvS 28 november 2013, 201210021/1 en ABRvS 23 december 2013, 201211336/1.

34 HvJ EU 7 november 2013, C-313/12, *Giuseppa Romeo*, ECLI:EU:C:2013:718.

35 Zie *Stb.* 2004 nr. 496, p. 6, 21, 21 en de transponeringstabel bij de artikelen 10 lid 3 en 12, p. 24. Zie ook Kamerstukken II 2011-2012, 33 293, nr. 3, p. 18: 'Het kabinet geeft in het kader van het nareisbeleid toepassing aan het tweede en derde lid van artikel 4 van de richtlijn', en *Kamerstukken I*, 2012-2013, 31 549 J, p. 4.

36 Implementatiebesluit van 29 april 2004, *Stb.* 2004, 496, p. 20. Zie ook p. 6, 21 en transponeringstabel bij de artikelen 10 lid 3 en 12, p. 24, ve04001708.

37 Zie *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 293, nr. 3, p. 18: 'Het kabinet geeft in het kader van het nareisbeleid toepassing aan het tweede en derde lid van artikel 4 van de richtlijn'; *Kamerstukken I*, 2012-2013, 31 549 J, p. 4.

38 Brief van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 17 mei 2016 in antwoord op vragen van de Afdeling van 14 april 2016.

39 Deze vragen zijn gesteld in ABRvS 21 juni 2017, 201505478/1/V1 en 201605532/1/V1. In haar prejudiciële vraag van 10 mei 2017 heeft de Afdeling gevraagd of het Hof bevoegd is om een vraag te beantwoorden ten aanzien van Nederlanders, nu deze op grond van nationale wetgeving onder de richtlijn zijn gebracht, zie vraag 1 van ABRvS 10 mei 2017, 201600860/1/V2, 201604637/1/V2 [ECLI:NL:RVS:2017:1252].

40 *Family Reunification of Third-Country nationals in the EU plus Norway: national practices.*, European Migration Network, April 2017, par. 1.5, 3.1.1 en 4.5.

19 Zie COM(2016) 467, artikel 53 lid 2; *Kamerstukken II*, 2015-2016, 22 112, nr. 2192. Zie ook overleg met staatssecretaris Dijkhoff hierover, *Kamerstukken I*, 2016-2017, 34 585 B, p. 11.

20 COM (1999) 638.

21 Dit waren België, Griekenland, Oostenrijk, Duitsland en Frankrijk. Zie Raadsdocument 6504/00 MIGR 24, 16 maart 2000.

22 COM (2000) 624, 10 oktober 2000.

23 COM(225)2002, artikel 19.

24 Artikel 23 van de Definitierichtlijn regelt wel het recht op behoud van de gezinsband, maar heeft alleen betrekking op de periode voordat de gezinshereniger een verblijfsvergunning is toegelaten.

25 COM(2011)735 15 november 2011, paragraaf 4.1.

26 De antwoorden, op 29 februari 2012 aangeboden aan de Europese Commissie, zijn als bijlage gevoegd bij *Kamerstukken II*, 2011/12, 30 573, nr. 93.

27 Zie de link naar de antwoorden in voetnoot 3 op pagina 2 van de Richtsnoeren, COM(2014) 210. De zeven lidstaten die zich wel voorstander betoonden, waren Bulgarije, Frankrijk, Italië, Luxemburg, Portugal, Roemenië en Zweden.

28 Zie ACVZ advies, *Na de vlucht herenigd*, oktober 2014, p. 26.

29 Rechtbank Den Haag (Zwolle) 29 november 2013, AWB 13/5417.

30 EHRM 6 november 2012, nr. 22341/09, *Hode en Abdi v. VK*, JV 2013/1, ve12002227 m.nt. S.K. van Walsum. Zie verder paragraaf 5 van dit artikel.

31 *Staatsblad* 2013, 478, onderdeel B.

gezinshereniging van subsidiair beschermde eenmalig uit te stellen. In Duitsland is hun recht op gezinshereniging *ausgesetzt* tussen medio maart 2006 en medio maart 2018, tenzij een hardheidsclausule van toepassing is. In Zweden is in 2016 het recht op gezinshereniging voor subsidiair beschermde opgeschort tot 2019. Ook Hongarije en Slovenië hebben hun recht op gezinshereniging ingeperkt.

Als rechtvaardiging voor de tijdelijke maatregel wijzen de lidstaten op de beperkte capaciteit als gevolg van de hoge aantallen vluchtelingen die in 2015 zijn binnengekomen. Tegelijkertijd is duidelijk dat de rechten van deze specifieke groep worden ingeperkt simpelweg omdat het juridisch lijkt te kunnen. Dat in Duitsland het recht op gezinshereniging voor subsidiair beschermde in 2015 in de wet was ingevoerd met het argument van gelijke behandeling bij gelijke beschermingsbehoefte, illustreert hoe weinig principieel deze keuze voor inperkings is.⁴¹ In sommige deelstaten wordt sinds het 'uitzetten' van het recht op gezinshereniging de subsidiaire beschermingsstatus opvallend vaak verkozen boven de vluchtelingenstatus.⁴²

5. Discriminatie

De vraag is echter of het EVRM deze ongelijke behandeling wel toestaat. In de richtsnoeren, waarin de Commissie lidstaten aanspoort tot gelijke behandeling, wijst ze hen op de verplichting om artikel 8 en 14 EVRM te eerbiedigen, 'ook wanneer een situatie niet onder de werking van de Europese Unie valt'.⁴³ De Commissie doet daarmee op de jurisprudentie van het EHRM die verdragsstaten op grond van het anti-discriminatie artikel 14 EVRM verbiedt om gelijksoortige situaties met betrekking tot het recht op gezinsleven (artikel 8 EVRM) verschillend te behandelen indien er geen zwaarwegende redenen zijn die dat rechtvaardigen.⁴⁴

Voor toepassing van het discriminatieverbod is het niet nodig dat gevallen identiek zijn of personen in een identieke situatie verkeren, het is voldoende als sprake is van analoge situaties.

Een van die zaken betreft het al eerder genoemde arrest Hode en Abdi tegen het Verenigd Koninkrijk.⁴⁵ Hode, een Somalische vluchteling met een verblijfsvergunning voor vijf jaar, kon zich niet herenigen met Abdi, zijn Djiboutiaanse echtgenote. Omdat hij pas na zijn asielstatusverlening met Abdi was gehuwd, voldeed hij niet aan de eis in de toenmalige Britse wetgeving voor vluchtelingen dat Abdi al deel uitmaakte van Hode's gezin toen hij zijn herkomstland verliet. Een reguliere gezinshereni-

gingsaanvraag was evenmin mogelijk omdat Hode niet de daarvoor benodigde status van 'gevestigd persoon' bezat. Het EHRM concludeerde dat het Verenigd Koninkrijk artikel 8 juncto 14 EVRM had geschonden door Hode en Abdi in twee opzichten nadeliger te behandelen: (i) ten opzichte van andere tijdelijk verblijfsgerechtigden, zoals studenten en arbeidsmigranten, aan wie het moment van de huwelijksluiting niet wordt tegengeworpen; en (ii) ten opzichte van vluchtelingen wier gezin reeds voor de vlucht uit het land van herkomst was gevormd. Daartoe werd overwogen dat gezinshereniging de mogelijkheid om in gezinsverband te leven raakt en als zodanig artikel 8 EVRM in het geding brengt. Als gezinshereniging wordt toegestaan voor bepaalde categorieën migranten, moet dit daarom in overeenstemming met artikel 14 EVRM geschieden. Volgens het Hof viel de zaak Hodi binnen de reikwijdte van artikel 14 omdat Hode en Abdi als vluchteling en echtgenote van een vluchteling een 'andere status' in de zin van dat artikel genoten.⁴⁶ Het Hof overwoog dat het argument om de vluchtelingenstatus te kwalificeren als 'een andere status' in vergelijking met een reguliere status zelfs sterker is, omdat een vluchtelingenstatus impliceert dat er geen sprake was van een keuze, in tegenstelling tot een reguliere verblijfsstatus.⁴⁷ Het Hof maakte duidelijk dat het voor de toepassing van het discriminatieverbod niet nodig is dat gevallen identiek zijn. Volgens het EHRM is voor het aannemen van gelijke gevallen voldoende dat er sprake is van analoge situaties. Een analoge situatie vereist volgens het Hof evenmin dat de personen zelf in een identieke situatie te verkeren. Hode en Abdi bevonden zich in een vergelijkbare situatie met vluchtelingen wier huwelijk was gesloten voordat de hoofdpersoon het land van herkomst ontvluchtte, aangezien ook zij in het Verenigd Koninkrijk een vluchtelingenstatus en een tijdelijk verblijfsrecht konden genieten. Het enige relevante verschil was, zo overwoog het Hof, het tijdstip van huwelijksluiting.⁴⁸

Dit onderdeel van het arrest heeft overigens ook gevolgen voor de rechtmatigheid van het onderscheid tussen gezinshereniging en gezinsvorming in artikel 9 lid 2 van de Gezinsherenigingsrichtlijn: wat in 2003 nog een gerechtvaardigd onderscheid leek, was dat tien jaar later niet meer.⁴⁹ De situatie van Hode en Abdi was volgens het Hof tevens vergelijkbaar met andere categorieën tijdelijk verblijfsgerechtigden, met name studenten en arbeidsmigranten, die immers ook een tijdelijke verblijfsvergunning konden verkrijgen.

41 De toelichting op het wetsvoorstel noemt het hoge aantal te verwachten gezinsherenigingsverzoeken en de daarmee gepaard gaande druk op de opvang- en integratiecapaciteit, zie *Bundestag Drucksache* 18/7538 van 16 februari 2016.

42 Zie *Realising the right to family reunification of refugees in Europe*, Issue paper of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, juni 2017, par. 5.1.1, p. 34.

43 COM(2014)210, paragraaf 6.2.

44 Zie voor de relevante jurisprudentie van het EHRM *Hode and Abdi v VK* 6 november 2012, 22341/09, § 54-55; *Pajić v Kroatië* 23 februari 2016, 68453/13, § 81-83; *Taddeucci v Italië* 30 juni 2016, 51362/09, § 94-96; *Biao v Denemarken* 24 mei 2016, 38590/10, § 122-137.

45 EHRM, *Hode and Abdi v VK* 6 november 2012, zaak nr. 22341/09. Zie voor een bespreking ook M. A. K. Klaassen en G. G. Lodder, "Kroniek gezinshereniging deel II", *A&MR* 2014-2, p. 114 e.v. en T. Strik en M. Vreken, "Nareisbeleid 2014: de overgebleven obstakels voor gezinshereniging" *A&MR* 2014-3, p. 148 e.v.

46 Artikel 14 EVRM luidt: 'Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.'

47 *Hode and Abdi v VK* 6 november 2012, 22341/09, par. 47.

48 *Hode and Abdi v VK* 6 november 2012, 22341/09, par. 50.

49 In elk geval tien lidstaten passen de gunstiger regels van Hoofdstuk V van de richtlijn ook toe op gezinsvorming, zie *Family Reunification of third-country nationals in the EU plus Norway: national practices*, EMN, april 2017, par. 4.5. Duitsland is daarbij niet genoemd, maar past het wel toe.

Deze redenering van het Hof maakt duidelijk dat de subsidiaire beschermingsstatus ook kwalificeert als een 'andere status' zoals bedoeld in artikel 14 EVRM. Ervan uitgaande dat subsidiair beschermde met betrekking tot gezinshereniging in een 'analogous, or relevantly similar, situation'⁵⁰ verkeren als vluchtelingen, is het aan de overheid om aan te tonen dat er een objectieve en redelijke rechtvaardiging is voor het verschil in behandeling; dat het onderscheid een legitiem doel dient en zo ja, dat het onderscheid proportioneel is in relatie tot het doel. In het arrest Hode en Abdi achtte het Hof het door het Verenigd Koninkrijk gemaakte onderscheid niet objectief en redelijk gerechtvaardigd. Daarbij oordeelde het onder andere dat het argument dat het Verenigd Koninkrijk met de gunstiger behandeling internationale verplichtingen naleefde, ontoereikend is wanneer dit resulteert in een verschillende behandeling van personen in een vergelijkbare situatie: 'where a measure results in the different treatment of persons in analogous positions, the fact that it fulfilled the State's international obligation will not itself justify the difference in treatment.'⁵¹ Deze redenering is ook toepasbaar als de gunstiger behandeling voortkomt uit een Europese verplichting.

Gebrek aan draagvlak voor gelijktrekking draagt eraan bij dat een verdergaande harmonisatie van het Europees asielsysteem dwingt tot het maken van verboden onderscheid naar status

6. Gerechtvaardigd onderscheid?

De EU Kwalificatierichtlijn kent in Hoofdstuk VII tal van rechten toe aan vluchtelingen en subsidiair beschermde.⁵² Deze rechten vloeien voort uit het Vluchtelingenverdrag, maar de lidstaten hebben niettemin in artikel 20 vastgelegd dat het hoofdstuk geldt onverminderd de in het Vluchtelingenverdrag neergelegde rechten.⁵³ De rechten die in het Vluchtelingenverdrag zijn opgenomen, vormen het resultaat van een belangenafweging. Enerzijds het belang van de vluchteling die, vanwege het gedwongen vertrek uit eigen land, afhankelijk is van een gaststaat voor het beschermen van zijn mensenrechten, anderzijds het belang van de gaststaat om het verlenen van asiel aan te kunnen.⁵⁴ Daarom zijn sommige rechten beperkter of pas na verloop van tijd beschikbaar voor vluchtelingen.

Met de convergentie van de rechten in de Kwalificatierichtlijn erkent de EU impliciet dat subsidiair beschermde om dezelfde reden als vluchtelingen afhankelijk zijn van een gaststaat voor de bescherming van hun mensenrechten: ook zij kunnen zich immers niet meer wenden tot hun eigen overheid. Considerans punt 39 van de richtlijn vermeldt dat vluchtelingen en subsidiair beschermde dezelfde rechten krachtens de richtlijn genieten, 'behalve in noodzakelijk en objectief gerechtvaardigde gevallen'. Wat is nu de objectieve rechtvaardiging waar de richtlijn over spreekt, en is deze wellicht af te leiden uit de gefaseerde opbouw van rechten in het Vluchtelingenverdrag?

50 In het Hode en Abdi arrest verwijst het Hof naar zijn vaste jurisprudentie voor deze formulering, zie par. 45.

51 *Hode and Abdi v VK* 6 november 2012, 22341/09, paragraaf 55.

52 Zie artikel 20 tot en met 35 van Richtlijn 2011/95.

53 Artikel 20 lid 1 Richtlijn 2011/95. Zie voor de basis considerans punt 3 en 4.

54 J.C. Hathaway, 'What's in a label?', in *European Journal of Migration and Law* vol. 5 (2003), p. 1 en H. Battjes, *European Asylum and International Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 448-469.

Battjes noemt twee redenen die staten zouden kunnen aanvoeren voor het bieden van minder rechten aan subsidiair beschermde: als het bieden van subsidiaire bescherming zou leiden tot zulke grote aantallen vluchtelingen dat de last voor gaststaten te zwaar wordt, of als de verwachting is gerechtvaardigd dat de bescherming van korte duur zal zijn.⁵⁵ In de eerste situatie valt te denken aan plotseling massale binnenkomst zoals bedoeld in de Tijdelijke Beschermingsrichtlijn, waarbij rekening is gehouden met een beperkte capaciteit van de gastlanden. Deze bevat inderdaad een set aan beperkte rechten, maar lidstaten hebben de richtlijn nooit willen toepassen.⁵⁶ Een plotselinge massale binnenkomst is voornamelijk aan de orde bij willekeurig geweld, of in elk geval afwezigheid van een individualiseerbaar risico. De definitie van subsidiaire bescherming, die is gebaseerd op artikel 3 EVRM en artikel 3 Anti-Folterverdrag en de daaruit gevolgde jurisprudentie, vereist echter een zekere individualiseerbaarheid van het risico dat de asielzoeker loopt bij terugkeer. Lidstaten passen artikel 15 echter steeds toe op basis van een individueel onderzoek naar de risico's die een asielzoeker loopt bij terugkeer. Dit onderzoek vertoont grote overeenkomst met de statusdeterminatie bij vluchtelingen, zij het met andere toetsingscriteria.

Artikel 15c van de Kwalificatierichtlijn is het meest breed gedefinieerde onderdeel, en biedt wel enige ruimte voor bescherming als gevolg van een burgeroorlog.⁵⁷

Het tweede argument, van de tijdelijke duur, is evenmin overtuigend. Ook in dit opzicht verkeren vluchtelingen en subsidiair beschermde in een soortgelijke positie. Voor beide geldt dat de bescherming in principe tijdelijk van aard is, namelijk totdat de reden voor het gedwongen vertrek uit eigen land duurzaam is opgeheven. In de meeste gevallen echter zijn zowel de gevolgen van een vervolgende en repressieve overheid als van een burgeroorlog niet in een tijdsbestek van enkele jaren teniet gedaan. De duur van de bescherming hangt dus af van externe omstandigheden, niet van de soort status of de geldigheidsduur van een verblijfsvergunning, ook al staat de Kwalificatierichtlijn een kortere geldigheidsduur toe voor de status van subsidiair beschermde dan voor de vluchtelingenstatus.⁵⁸ Beide verblijfsvergunningen zijn uiteraard verlengbaar. Een verschillende geldigheidsduur van een verblijfstitel is voor het EHRM (daarom) eveneens onvoldoende rechtvaardiging voor een verschil in rechten.⁵⁹

55 H. Battjes, 'Subsidiary protection and reduced rights', in: K. Zwaan (ed.), *The Qualification Directive, Central themes, problem issues, and implementation in selected Member States*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 49-58.

56 Zie K. Franssen, *Tijdelijke bescherming van asielzoekers in de EU. Recht en praktijk in Duitsland, Nederland en het Verenigd Koninkrijk en richtlijn 2001/55/EG*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

57 Artikel 15 aanhef: 'Ernstige schade bestaat uit', (...) sub c 'Ernstige en individuele bedreiging van het leven of de persoon van een burger als gevolg van willekeurig geweld in het kader van een internationaal of binnenlands gewapend conflict.'

58 Zie artikel 24 lid 1 Richtlijn 2011/95, dat lidstaten verplicht om vluchtelingen een verblijfsvergunning te verlenen met een geldigheidsduur van minimaal drie jaar, en hen de ruimte geeft om bij subsidiair beschermde te volstaan met een kortere geldigheidsduur.

59 EHRM 25 oktober 2005, *Niedzwiecki v. Duitsland*, zaak nr. 58453/00, paragraaf 9 en 33.

Dat de beslispraktijk binnen de EU grote nationale verschillen kent in de toepassing van de definities en toekenning van de status van vluchteling dan wel subsidiair beschermde, bevestigt dat de beschermingsbehoefte van deze twee groepen niet altijd even goed te onderscheiden is, of in elk geval aan verschillende interpretaties onderhevig. Het duidelijkste voorbeeld daarvan is de behandeling van Syrische asielzoekers: alle EU lidstaten verlenen Syrische vluchtelingen bescherming vanwege de verwoestende oorlog in hun land, maar de grondslag waarop die bescherming wordt verleend verschilt per lidstaat.⁶⁰ Ook in andere vluchtsituaties blijkt het lastig om bij de toekenning van bescherming de noodzakelijke beschermingsduur in te schatten, en wordt de tijd die gemoeid is met een veilige terugkeer na een gewijzigde situatie in het herkomstland vooraf vaker onder- dan overschat.

Mede in dat licht geldt de rechtvaardiging die de Gezinsherenigingsrichtlijn noemt voor de soepeler toelatingsregels voor gezinsleden van vluchtelingen, in dezelfde mate voor subsidiair beschermde.⁶¹

De jurisprudentie van het EHRM over gelijke behandeling en discriminatie, heeft niet alleen zijn weerslag op het recht op gezinshereniging. Op grond van artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM, geldt het verbod op discriminatie ook als de materiële rechten van het EVRM niet van toepassing zijn. Artikel 21 lid 1 EU Handvest bevat een soortgelijk discriminatieverbod bij de toepassing van het Unierecht, dat niet enger mag worden geïnterpreteerd dan het EVRM en de uitleg ervan

door het EHRM.⁶² Ook bij de toekenning van andere rechten zullen lidstaten voor een onderscheid tussen vluchtelingen en subsidiair beschermde dus een voldoende zwaarwegende rechtvaardiging moeten aanvoeren. Gelet op het voorgaande, zullen ze daar maar moeilijk in kunnen slagen.

7. Conclusie

De steeds strengere normen die het EHRM verbindt aan het maken van onderscheid tussen personen die zich in vergelijkbare situaties bevinden, zijn nog niet in alle lidstaten vertaald naar een gelijke behandeling van vluchtelingen en subsidiair beschermde. Tegelijkertijd lijkt het onderscheid tussen de redenen voor bescherming als vluchteling en die voor bescherming als subsidiair beschermde steeds diffuser te worden. Dat voedt het argument dat lidstaten die deze groepen verschillend behandelen, zich bezondigen aan discriminatie op grond van status, zoals neergelegd in artikel 14 EVRM, artikel 1 Twaalfde Protocol bij het EVRM en artikel 21 lid 1 EU Handvest. Het hardnekkige gebrek aan draagvlak voor een volledige gelijktrekking draagt er daarom cynisch genoeg aan bij dat een verdergaande harmonisatie van het Europees asielsysteem dwingt tot het maken van een verboden onderscheid op grond van status.

Een Unierechtelijke verplichting om de gelijke behandeling in Nederland terug te draaien, is niet te rijmen met de ontwikkeling van de jurisprudentie van het EHRM in de richting van ons nationale model. Laten we hopen dat de Nederlandse regering haar pleidooi niet inruilt voor andere belangen en dat het Europees Parlement zijn reputatie als voorvechter van gelijke behandeling zal waarmaken.

⁶⁰ Zie COM(2016)466, p. 4, voetnoot 12.

⁶¹ Considerans punt 8: 'De situatie van vluchtelingen vraagt bijzondere aandacht vanwege de redenen die hen ertoe hebben gedwongen hun land te ontvluchten en die hen beletten aldaar een gezinsleven te leiden. Om die reden moeten er voor hen gunstiger voorwaarden worden geschapen voor de uitoefening van hun recht op gezinshereniging.'

⁶² Zie artikel 53 EU Handvest van de Grondrechten.