

ANNOTATIE

A.S.N. e.a. t. Nederland (EHRM, nrs. 68377/17 en 530/18) – Sikhs uit Afghanistan: kwetsbaar maar individualisering vereist

Prof. Dr. A. Terlouw

Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 25-02-2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0225JUD006837717 (EHRC-2020-0096)

1. Deze uitspraak in de zaak^[1] van de twee Sikh-families uit Afghanistan is met name interessant omdat de vraag aan de orde is of het Nederlandse beleid voldoende ruimte laat voor het meewegen van humanitaire individuele risico's bij terugkeer naar het land van herkomst. Het EHRM is in meerderheid van oordeel van wel, maar de grootst mogelijke meerderheid van drie dissenters, waaronder de Nederlandse rechter Schukking - denkt hier anders over. In deze noot zal ik met name aandacht besteden aan het prominente, in mijn ogen onevenredige, gewicht dat de geloofwaardigheidsbeoordeling tegenwoordig in het Nederlandse beleid krijgt. Daarnaast maak ik enkele opmerkingen over groepsvervolging, het vereiste van *special distinguishing features* de betekenis van de aard van de mensenrechtenschendingen en de positie van kinderen uit kwetsbare minderheidsgroepen.

2. Volgens het EHRM is de situatie in Afghanistan, althans in Kabul, niet zodanig ernstig dat niemand daarheen mag worden uitgezet. Het EHRM baseert zich daarbij op de eigen eerdere jurisprudentie (par. 94 en 105) en stelt vol en *ex nunc*-toetsend vast dat de situatie sindsdien niet zodanig is verslechterd dat elke uitzetting naar Afghanistan tot een schending van art. 3 EVRM zou leiden (par. 106). Het EHRM is tevens van oordeel dat er geen sprake is van groepsvervolging van Sikhs in Afghanistan (par. 107). Het enkele behoren tot de Sikh-minderheid is dus niet voldoende om een reëel risico op schending van art. 3 EVRM aan te

nemen. Daarbij verwijst het Hof onder meer naar de ambtsberichten van het ministerie van Buitenlandse Zaken over Afghanistan van 15 november 2016 en van maart 2019 en naar diverse internationale rapporten.[2] Daarbij moet worden opgemerkt dat UNHCR ook als derde partij heeft geïntervenieerd (par. 99), waarin de organisatie onder meer opmerkt dat het Nederlandse beleid omtrent risicogroepen en kwetsbare minderheidsgroepen in de praktijk onvoldoende tegemoet komt aan de beschermingsbehoefte van Afghaanse Sikhs.[3] UNHCR blijft echter rijkelijk vaag over de vraag of er sprake is van groepsvervolgung van Sikhs en dat vormt mede reden voor het Hof om aan te nemen dat er geen sprake is van een *Salah Sheekh*-situatie (par. 111).[4] Dat wil zeggen dat er *special distinguishing features* moeten zijn wil het Hof een art. 3 EVRM-schending aannemen (par. 112). Wel erkent het Hof dat de situatie van Sikhs reden geeft tot zorg (par. 110). Volgens de landeninformatie is er sprake van discriminatie ook van staatswege, politiegeweld, intolerantie jegens Sikhs, beperkingen van hun vrijheid van religie en worden zij geïntimideerd. De aard van de mensenrechtenschendingen is volgens het Hof 'on balance' echter onvoldoende om voor Sikhs als groep aan te nemen dat zij systematisch zijn blootgesteld aan een onmenselijke behandeling (par. 111).

3. Het Hof accepteert het Nederlandse beleid inhoudend dat Sikhs uit Afghanistan worden aangemerkt als een risicogroep en een kwetsbare minderheidsgroepen. Dit beleid is neergelegd in de Vreemdelingencirculaire (Vc C2/3.2 en Vc C2/3.3, zie ook Werkinstructie 2013/14) en houdt in dat als er sprake is van een risicogroep of een kwetsbare minderheidsgroep volgens het landgebondenbeleid, er geen sprake hoeft te zijn van systematische vervolging. Een asielzoeker die behoort tot een risicogroep moet aannemelijk maken dat hij persoonlijk voor vervolging heeft te vrezen wegens het behoren tot die groep, maar geringe indicaties zijn voldoende om die vrees aannemelijk te maken. Een asielzoeker die behoort tot een kwetsbare minderheidsgroep kan om het risico van een schending van art. 3 EVRM aannemelijk te maken, volstaan met beperkte indicaties. Beperkte indicaties kunnen bijvoorbeeld bestaan uit eerdere vervolging, maar het hoeven geen persoonlijke ervaringen te betreffen. Ook door te wijzen op mensenrechtenschendingen die andere Sikhs in hun onmiddellijke kring hebben ondervonden, kunnen de asielzoekers aannemelijk maken dat zij een reëel risico lopen van ernstige schade. De asielzoeker die behoort tot een kwetsbare minderheidsgroep hoeft niet aannemelijk te maken dat de mensenrechtenschendingen zijn ingegeven doordat hij behoort tot de kwetsbare minderheidsgroep. Het EHRM accepteert dit beleid en vereist dus dat er wel sprake moet zijn van *special distinguishing features*. Het lijkt erop dat de *special distinguishing features* gelijk kunnen worden gesteld met de geringe en beperkte indicaties, maar helemaal duidelijk is dat niet. Al met al is het de vraag of het landenbeleid gunstig uitpakt voor asielzoekers. Op het eerste gezicht wel, het verlaagt immers de bewijslast voor asielzoekers uit risicogroepen en kwetsbare minderheidsgroepen, beperkte

of geringe indicaties zijn voldoende. Aan de andere kant bestaat het risico - zo laat de onderhavige uitspraak zien - dat niet meer naar het gehele asielrelaas wordt gekeken, maar het alleen wordt beoordeeld in de context van dat landenbeleid. Wel duidelijk is dat het Hof met deze uitspraak accepteert dat ook bij risicogroepen en kwetsbare minderheidsgroepen individualisering is vereist. Welke mate van individualisering dat moet zijn en welke geringe indicaties voldoende zijn, wordt uit de uitspraak echter niet duidelijk. Dat laat het Hof over aan het Nederlandse beleid.

4. De klagers in kwestie hadden volgens de Nederlandse autoriteiten niet geloofwaardig aangetoond dat zij in het verleden aan geweld zijn blootgesteld en evenmin dat zij een reëel risico lopen daaraan in de toekomst te zullen worden blootgesteld. Daarnaast hadden zij aangevoerd dat zij bij terugkeer niet meer zouden kunnen rekenen op steun vanuit de Sikh-gemeenschap. De eventuele risico's op een schending van art. 3 EVRM die zij ten gevolge daarvan zouden lopen zijn door Nederland echter niet individueel beoordeeld. Het EHRM accepteert dit. Het is weliswaar van oordeel dat deze laatste individuele factoren met betrekking tot wat hen bij terugkeer te wachten staat door de Nederlandse IND ten onrechte niet zijn betrokken in het besluit en dat de toetsing door Nederland dus te beperkt was, maar deze tekortkoming in de toetsing is niet zodanig dat er volgens het Hof sprake is van een schending van art. 3 EVRM. De reden waarom het Hof over de procedurele tekortkoming heenstapt, is dat het van oordeel is dat de gronden inhoudelijk niet zwaar genoeg zijn om de art. 3 EVRM-drempel te halen (par. 125). Dit laat zien dat het EHRM ondanks de nadruk op het nationale oordeel toch nog steeds een eigen oordeel geeft. Dat is niets nieuws, dat doet het Hof al sinds *Husseini t. Zweden*[5] en *J.K. t. Zweden*[6]. Volgens Geertsema past het EHRM ondanks verwijzingen naar de grondigheid van de nationale procedure 'nog steeds een grondige beoordeling toe en geeft het indien nodig een eigen beoordeling van de feiten.'[7] Baldinger ziet net als Geertsema 'in de arresten van het EHRM van de afgelopen tien jaar meer nadruk op een beoordeling van de zorgvuldigheid van de nationale procedure. Het EHRM benadrukt nu meer dan voorheen zijn subsidiaire rol.'[8] In de onderhavige zaak herhaalt het Hof de mantra dat de nationale autoriteiten het best in staat zijn om de feiten vast te stellen. Toch komt het na een eigen beoordeling tot de conclusie komt dat er ondanks de tekortkomingen in de nationale procedure geen sprake zou zijn van een art. 3 EVRM-schending. Over het vergoelijken van de procedurele tekortkoming verschillen de dissenters Lemmens, Vehabović en Schukking van het meerderheidsoordeel. Hoewel ook zij instemmen met het Nederlandse beleid met betrekking tot Sikhs in zijn algemeenheid, vinden zij dat het niet aanvaardbaar is dat zij met de gevolgde procedure tekort zijn geschoten. Zij wijzen op de zaak *Jabari t. Turkije* waarin het Hof heeft geoordeeld dat het absolute karakter van art. 3 EVRM een *rigorous scrutiny* vereist.[9] Op grond daarvan komen zij tot de conclusie dat de individuele omstandigheden van klagers door de Nederlandse autoriteiten onvoldoende zijn

meegenomen bij de beoordeling van het risico. Dat sprake was van een opvolgende aanvraag, waarbij niet een zelfde grondigheid van de beoordeling door de nationale autoriteiten mag worden vereist, neemt niet weg dat dan de oorspronkelijke aanvraag wel diepgaand had moeten worden onderzocht. De dissenters doen daarom de aanbeveling om de Werkinstructie over kwetsbare minderheidsgroepen aan te passen en daarin uitdrukkelijk op te nemen dat alle relevante omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen bij de vaststelling van het risico, ‘including those relating to foreseeable hardship which the individual has alleged he or she will face on returning (par. 12 *dissenting opinion*). Eerder schreef Westerveen in zijn noot bij deze uitspraak in *A&MR* dat hij betwijfelt of dit gaat helpen.[10] Mits er een echte wijziging van zowel de Werkinstructie over kwetsbare minderheden, maar vooral ook van die over de integrale geloofwaardigheidsbeoordeling plaatsvindt, kan hiervan in mijn ogen wel degelijk een verbetering worden verwacht, zie hierover verder onder punt 6 en 7. Overigens vinden ook de dissenters dat de nationale autoriteiten het best zijn geëquipeerd om de feiten en de geloofwaardigheid te beoordelen. Het is aan die nationale autoriteiten om op basis daarvan ‘to draw all the relevant threads together and to assess whether or not the applicants’ individual circumstances – which are fact-sensitive – will, considered cumulatively and in the context of the general situation in Afghanistan and the specific situation of Sikhs in that country, amount to such serious discrimination and/or other forms of inhuman or degrading treatment as to overstep the severity threshold of Article 3 of the Convention.’

5. Het is de vraag welke aantasting van welke mensenrechten voldoende is om als onmenselijk of vernederend te worden aangemerkt. Volgens het Hof gaat het *in casu* om humanitaire omstandigheden die niet zwaar genoeg wegen, waarvoor de drempel van ‘a minimum level of severity’ niet is gehaald (par. 126). Het gaat volgens het Hof om gezonde volwassenen, waarvan de mannen, in arbeidzame leeftijd, in staat moeten worden geacht hun families te onderhouden. Ze zullen niet de enige Sikhs in Kabul zijn en bovendien blijkt uit de landeninformatie dat er tenminste een school voor Sikh-kinderen open is in Kabul (par. 127). De omstandigheden zijn dus niet ernstig en uitzonderlijk genoeg (par. 128). Er is geen sprake van een situatie zoals beschreven in het *Paposhvili*-arrest (par. 129).[11] Nu is de *Paposhvili*-drempel zo hoog dat daaraan behalve door mensen die bijna dood zijn, nooit aan kan worden voldaan. Door naar deze uitspraak te verwijzen, gooit het Hof de deur voor een beroep op humanitaire omstandigheden behoorlijk in het slot. Het is opmerkelijk dat het Hof niet verwijst naar het *Sufi en Elmi*-arrest, waarin het oordeelde dat de situatie in Mogadishu (Somalië) zodanig wat dat iedereen die daarheen zou worden teruggestuurd het risico liep op schending van art. 3 EVRM.[12] Van een vestigingsalternatief was volgens het Hof evenmin sprake. Somaliërs die niet veilig naar een gebied waar zij familiebanden hadden konden reizen, zouden waarschijnlijk in een opvangkamp terechtkomen. De erbarmelijke sociaal-economische omstandigheden in een aantal kampen kwalificeerde het Hof als een situatie in

strijd met art. 3 EVRM, omdat deze geen natuurlijke oorzaken hadden maar het gevolg waren van menselijk handelen. In mijn ogen had een verwijzing naar *Sufi en Elmi* meer voor de hand gelegen dan de verwijzing naar *Paposhvili*. Ook de situatie waarin Sikhs in Kabul terechtkomen is het gevolg van menselijk handelen en hun sociaal-economische omstandigheden daar zijn bepaald niet rooskleurig te noemen (zie hiervoor onder 2).

6. De asielverzoeken van de twee Sikh-families waren in Nederland afgewezen op grond van ongeloofwaardigheid. Dat verbaast niet, want verreweg de meeste asielverzoeken lijken tegenwoordig op die grond te stranden. Het Hof erkent dat het vaak moeilijk is de exacte feiten precies vast te stellen en wijst er nog eens op dat het als algemeen principe ervan uitgaat dat de nationale autoriteiten het best zijn toegerust om de feiten vast te stellen, in het bijzonder om de geloofwaardigheid te beoordelen (par. 116). Het wijst er ook nog eens op dat het niet zijn eigen beoordeling van de feiten in de plaats van die van de nationale autoriteiten wil zetten. Sinds Werkinstructie 2014/10, beoordeelt de IND asielverzoeken aan de hand van een aantal stappen. Daarbij staat de ‘integrale geloofwaardigheidsbeoordeling’ centraal. Dat zegt op zichzelf al veel, namelijk dat de IND de beoordeling van de geloofwaardigheid het belangrijkste vindt, belangrijker dan de zwaarwegendheid. Dit uit zich ook in de volgorde van toetsing, waarbij de geloofwaardigheid van de relevante elementen fase 1 vormt. Op basis daarvan wordt beoordeeld wat de asielzoeker bij terugkeer naar het land van herkomst te wachten staat. Aan fase 2, de beoordeling van de zwaarwegendheid komt de IND niet meer toe als het asielrelaas niet geloofwaardig wordt gevonden. Het geloofwaardigheidsweb is echter te fijnmazig. Het is immers goed denkbaar dat de asielzoeker in kwestie een merkwaardig, warrig, moeilijk te geloven asielrelaas vertelt of een dat tegenstrijdigheden bevat, maar dat hij toch gevaar loopt als hij wordt teruggestuurd. Vermoedens over wat hem bij terugkeer kan overkomen, moet de IND ook beoordelen aan de hand van andere informatie, bijvoorbeeld uit wat andere asielzoekers met vergelijkbare ervaringen over het land van herkomst hebben verteld, of uit landeninformatie uit andere bronnen. Vooral deze Werkinstructie behoeft dus aanpassing in die zin dat er na fase 1, de geloofwaardigheidsbeoordeling, ongeacht de uitkomst daarvan altijd nog een fase 2, een zwaarwegendheidsbeoordeling moet plaatsvinden. Dat betekent in elk geval dat de zin onder punt 4 van de Werkinstructie: ‘Uiteraard kan aan deze stap pas worden toegekomen, als een of meer relevante elementen geloofwaardig worden geacht en het risico over wat de vreemdeling bij terugkeer zal overkomen gegrond of reëel wordt geacht.’, moet worden geschrapt. De kans dat de staatssecretaris en IND bereid zijn tot deze wijziging acht ik echter niet groot, nu het EHRM in meerderheid het Nederlandse beleid heeft geaccordeerd en de dissenters slechts een ‘slight amendment’ van de Werkinstructie over kwetsbare minderheidsgroepen voorstellen.

7. Het Hof besteedt weinig woorden aan de specifieke situatie van kinderen die behoren tot

risicogroepen, afgezien van de opmerking dat er in Kabul een school voor Sikh-kinderen is. Dat is merkwaardig want naast UNHCR heeft ook Defence for Children International (DCI) als derde partij geïntervenieerd (par. 101) en daarvoor aandacht gevraagd. ‘(...) specific attention should be given to the multiple vulnerabilities of children belonging to a very small religious minority such as the Sikhs, who were reported to be at risk of discrimination, ill-treatment, arbitrary detention or death in Afghanistan.’ Verbaas wijst in zijn artikel ‘Waarom de Afdeling Elgafaji verkeerd interpreteert’, onder meer op de beoordeling van de situatie van kinderen in Afghanistan door EASO.[13] Zij lopen nogal wat risico’s, waaronder die van kindhuwelijken, kinderarbeid, inschakeling als kindsoldaat, (seksueel)geweld. Dit alles is met name afhankelijk van hun sociaal-economische situatie en van hun geslacht. Het is te betreuren dat de extra kwetsbaarheid van kinderen van leden van een toch al kwetsbare minderheidsgroep niet tenminste een punt van aandacht is voor de nationale autoriteiten en het EHRM. Volgens art. 3 van het Kinderrechtenverdrag, (dat door alle verdragsluitende staten bij het EVRM is ondertekend) zouden de belangen van de kinderen zelfs de eerste overweging moeten zijn. Het is de vraag hoe het Hof zou hebben geoordeeld als er geen mogelijkheid voor Sikh-kinderen in Kabul bestond om naar school te gaan. Bestaat die mogelijkheid ook echt voor meisjes? Werkinstructie 2013/14, inzake kwetsbare minderheidsgroepen, verdient naast de suggestie van de dissenters nog wel enige uitbreiding over de positie van extra kwetsbare groepen binnen kwetsbare minderheidsgroepen.

8. Hoewel niet relevant voor de onderhavige uitspraak, wil ik niet onvermeld laten dat de situatie van Sikhs in Afghanistan inmiddels nog verder is verslechterd getuige de bloedige aanslag op de Sikh-tempel in Kabul van 25 maart jongstleden.[14]

A.B. Terlouw, hgl. Rechtssociologie, Radboud Universiteit

[1] Met dank aan Karen Geertsema voor haar opmerkingen bij een eerdere versie van deze noot.

[2] UNHCR, ‘Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Asylum-Seekers from Afghanistan’, april 2016 en augustus 2018; EASO, ‘Afghanistan – Individuals targeted under societal and legal norms, Country of Origin Information Report’, december 2017; en EASO, ‘Country Guidance: Afghanistan’, juni 2019.

[3] Op grond van art. 36 EVRM jo. Art. 44 lid 3 Rules of the Court kunnen derde partijen interveniëren.

[4] *Salah Sheek t. Nederland*, EHRM 11 januari 2007, nr. 1948/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0111JUD000194804, «EHRC» 2007/36 m.nt. Woltjer.

- [5] *Husseini t. Zweden*, EHRM 13 oktober 2011, nr. 10611/09, ECLI:CE:ECHR:2011:1013JUD001061109.
- [6] *J.K. t. Zweden*, EHRM (GK) 23 augustus 2016, nr. 59166/12, ECLI:CE:ECHR:2016:0823JUD005916612, «EHRC» 2016/241 m.nt. Den Heijer.
- [7] Karen Geertsema, 'Rechterlijke toetsing in het asielrecht. Terughoudendheid in soorten en maten.' *A&MR* 2019 6/7, p. 296.
- [8] Dana Baldinger, 'Reactie: Professionele standaarden vragen om een actieve bestuursrechter', *A&MR* 2019 6/7, p. 299.
- [9] *Jabari t. Turkije*, EHRM 11 juli 2000, nr. 40035/98, ECLI:CE:ECHR:2000:0711JUD004003598.
- [10] Gerd Westerveen, Uitspraak Uitgelicht, EHRM *A.S.N. e.a. t. Nederland*, 'Afghaanse Sikh families', *A&MR* 2020 nr. 5 (verwacht)
- [11] *Paposhvili t. België*, EHRM (GK) 13 december 2016, nr. 41738/10, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD004173810, «EHRC» 2014/128.
- [12] *Sufi en Elmi t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 28 juli 2011, nrs. 8319/07 en 11449/07, ECLI:CE:ECHR:2011:0628JUD000831907, «EHRC» 2011/125 m.nt. Den Heijer.
- [13] Frans Willem Verbaas 'Waarom de Afdeling Elgafaji verkeerd interpreteert', *JNVR* 2020 – 5 (Potentieel Prejudicieel), p. 37-49, verwijzend naar EASO: Country Guidance Afghanistan, juni 2019, p. 56.
- [14] De Volkskrant 25 maart 2020: 'IS claimt bloedige aanslag op Sikh-tempel in Afghanistan: zeker 25 doden.'