

ECLI:NL:RBSGR:2011:BP1569

Instantie	Rechtbank 's-Gravenhage
Datum uitspraak	20-01-2011
Datum publicatie	26-01-2011
Zaaknummer	AWB 10-44908
Rechtsgebieden	Vreemdelingenrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	<p>Bewaring, vervolgberoep, terugkeerrichtlijn, Kolpinghuis Vw 59, 62 96; Terugkeerrichtlijn 8, 15; Handvest van de grondrechten van de Europese Unie 47</p> <p>Samenvatting:</p> <p>Uit artikel 8 van de Tri volgt eenduidig dat voorbereiding van terugkeer en verwijdering in het kader van de Tri de uitvoering van een terugkeerbesluit is. In artikel 15 Tri is dwingend bepaald dat de maatregel van bewaring alleen kan worden opgelegd om de terugkeer van de desbetreffende vreemdeling voor te bereiden of om de verwijderingsprocedure uit te voeren. Dit systeem komt er naar het oordeel van de rechtbank op neer dat aan de bewaring, tenzij een uitzondering in artikel 6, tweede tot en met vijfde lid, Tri zich voordoet, of de Tri niet van toepassing is, steeds een terugkeerbesluit ten grondslag moet liggen, nu immers de enige twee toegestane doelen van de bewaring de uitvoering van een terugkeerbesluit inhouden. Verweerders betoog dat een terugkeerbesluit niet nodig is omdat iemand ook op een andere basis in bewaring kan worden gesteld, is onvoldoende om hierover anders te oordelen. Verweerder heeft niet gespecificeerd in het kader welk ander regime dan de Terugkeerrichtlijn deze bewaring van eiseres zou plaatsvinden. Indien verweerder niet kan aanwijzen binnen welk ander regime de bewaring zou plaatsvinden, moet worden aangenomen dat het binnen het bereik van de Terugkeerrichtlijn valt en dan is een terugkeerbesluit vereist als startpunt van de verwijderingsprocedure. In haar uitspraak van 31 december 2010 heeft de rechtbank overwogen dat in het kader van een beroepsprocedure tegen de maatregel de rechterlijke toets zich beperkt tot de constatering dat zo'n besluit er is. Of het besluit rechtmatig is, of er een wettelijke bevoegdheid is om zo'n besluit te nemen en welk rechtskarakter het heeft, is in die uitspraak in het midden gelaten en verwezen naar een eventuele procedure tegen het terugkeerbesluit zelf.</p> <p>Ter zitting heeft eiseres er op gewezen dat die benadering van de rechtbank wat het al of niet bestaan van een nationaalrechtelijke wettelijke bevoegdheid betreft, mogelijk in strijd komt met wat volgt uit het arrest Kolpinghuis van het Hof van 8 oktober 1987. In dat licht moet dus ook in het kader van de procedure over de maatregel van bewaring wel komen vast te staan dat er een nationaalrechtelijke basis is voor een terugkeerbesluit.</p> <p>Naar het oordeel van de rechtbank is die te vinden in het samenstel van het eerste en derde lid van artikel 62 van de Vw. De rechtbank stemt op zichzelf in met de opvatting van verweerder dat een terugkeerbesluit naar nationaal recht kan worden gebaseerd op die bepaling. Materieel komt deze bepaling immers neer op een terugkeerbesluit. De rechtsvaststellingen en verplichtingen die uit artikel 62 van de Vw volgen en de vaststellingen en mededelingen van verweerder op grond van dit artikel voldoen namelijk aan de definitie van een terugkeerbesluit, als gegeven in artikel 3, aanhef en onder 4, van de Terugkeerrichtlijn: de illegaliteit van het verblijf wordt vastgesteld of verklaard en de terugkeerverplichting wordt opgelegd of vastgesteld. Dat in artikel 62 van de Vw geen expliciete bevoegdheid is neergelegd om besluiten te nemen, is daarbij niet van belang.</p> <p>In dit geval is er een terugkeerbesluit. De rechtbank is van oordeel dat dit artikel de wettelijke nationaalrechtelijke basis voor het terugkeerbesluit vormt. Daarmee is voldaan aan de vereisten van de Terugkeerrichtlijn op dat punt. Beroep ongegrond.</p>
Wetsverwijzingen	<p>Vreemdelingenwet 2000 Vreemdelingenwet 2000 59 Vreemdelingenwet 2000 62</p>

Uitspraak

RECHTBANK s-GRAVENHAGE

Nevenzittingsplaats Utrecht

Sector bestuursrecht

Vreemdelingenkamer

zaaknummer: AWB 10/44908

uitspraak van de enkelvoudige kamer in de zaak tussen

[eiseres], geboren op [geboortedatum] 1958, van gestelde Ghanese nationaliteit, eiseres,
gemachtigde: mr. S.J. van der Woude, advocaat te Amsterdam,

en

de minister voor Immigratie en Asiel, verweerder,
gemachtigde: mr. M. Petsch.

Procesverloop

Verweerder heeft op 22 november 2010 aan eiseres de maatregel van bewaring op grond van artikel 59, eerste lid, aanhef en onder a, van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw) opgelegd. Deze maatregel duurt nog voort.

Eiseres heeft tegen het voortduren van de bewaring beroep ingesteld bij deze rechtbank. Daarbij is verzocht om schadevergoeding.

Verweerder heeft een voortgangsrapportage overgelegd.

Eiseres heeft hierop gereageerd.

Het geding is behandeld ter zitting van 18 januari 2010.

Eiseres is ter zitting vertegenwoordigd door mr. dr. J.P.W. Temminck Tuinstra, als waarnemer van de gemachtigde. Verweerder heeft bij gemachtigde het woord gevoerd.

Overwegingen

1. Indien de rechtbank van oordeel is dat de toepassing of tenuitvoerlegging van de maatregel van bewaring in strijd is met de Vw dan wel bij afweging van alle daarbij betrokken belangen in redelijkheid niet gerechtvaardigd is, verklaart zij op grond van artikel 96, derde lid, van de Vw het beroep gegrond en beveelt zij de opheffing van de maatregel of een wijziging van de wijze van tenuitvoerlegging daarvan.
2. Vooropgesteld moet worden dat de rechtbank de maatregel van bewaring al eerder heeft getoetst. Uit de uitspraak van 20 december 2010 volgt dat de maatregel van bewaring tot het moment van het sluiten van het onderzoek dat aan die uitspraak ten grondslag ligt, rechtmatig was. Daarom staat nu, voor zover dat in beroep wordt aangevochten, alleen ter beoordeling of sinds het moment van het sluiten van dat onderzoek de maatregel van bewaring rechtmatig is.
3. Eiseres voert aan dat de gronden van de maatregel niet langer daaraan ten grondslag mogen worden gelegd. Het terugkeerbesluit acht zij niet rechtsgeldig. Ten slotte voert zij aan dat een lichter middel had moeten worden toegepast, mede gelet op de omstandigheid dat zij nog nooit met Justitie in aanraking is geweest. Zij wijst in het kader van de door de rechtbank uit te voeren toetsing ook op artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Op enige punten vraagt zij de rechtbank prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.
4. Onder verwijzing naar haar uitspraak van 30 december 2010 (LJN: BO9498) zal de rechtbank deze zaak als volgt beoordelen.
5. Op 24 december 2010 is de implementatietermijn voor de Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (hierna: de Terugkeerrichtlijn) verstreken. Niet in geschil is dat deze richtlijn tot op heden niet in de nationale wetgeving is geïmplementeerd. Voor zover in dit geding van belang gaat het hier om bepalingen van de Terugkeerrichtlijn die onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn gesteld dan wel rechten die particulieren tegenover de staat kunnen doen gelden. Verder is eiseres een onderdaan van een derde land, althans geen burger van de Europese Unie, die illegaal verblijft in Nederland. Ook verder is er geen reden de Terugkeerrichtlijn niet van toepassing te achten op dit geval. Daarom zal de rechtbank de rechtmatigheid van de maatregel direct toetsen aan de Terugkeerrichtlijn, waarbij voor zover nodig de nationale wetgeving richtlijnconform wordt uitgelegd of buiten toepassing wordt gelaten. De rechtbank overweegt in dit verband dat niet anders dan voorheen bijvoorbeeld niet alleen bij het opleggen van de maatregel daarvoor toereikende gronden aanwezig moeten zijn, maar gedurende de hele bewaringstermijn toereikende gronden zich moeten voordoen. Sterker, artikel 15, vierde lid, van de Terugkeerrichtlijn maakt expliciet dat het wegvallen van de gronden de maatregel onrechtmatig maakt.
6. Artikel 59, eerste lid, van de Vw luidt: Indien het belang van de openbare orde of de nationale veiligheid zulks vordert kan, met het oog op de uitzetting, door de Minister van Justitie in bewaring worden gesteld de vreemdeling die: a. geen rechtmatig verblijf heeft; b. die rechtmatig verblijf heeft op grond van artikel 8, onder f, g en h.
7. Op grond van artikel 15, eerste lid, van de Terugkeerrichtlijn kunnen, tenzij in een bepaald geval andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, de lidstaten de onderdaan van een derde land jegens wie een terugkeerprocedure loopt alleen in bewaring houden om zijn terugkeer voor te bereiden en/of om de verwijderingsprocedure uit te voeren, met name indien:
 - a) er risico op onderduiken bestaat, of
 - b) de betrokken onderdaan van een derde land de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert.

De bewaring is zo kort mogelijk en duurt niet langer dan de voortvarend uitgevoerde voorbereiding van de verwijdering.

Op grond van het tweede en vierde lid van dit artikel, voor zover hier van belang, wordt de betrokken onderdaan van een derde land, als zijn bewaring niet rechtmatig is, onmiddellijk vrijgelaten. Indien blijkt dat er omwille van juridische of andere overwegingen geen redelijk vooruitzicht op verwijdering meer is, of dat de in het eerste lid bedoelde omstandigheden zich niet meer voordoen, is de bewaring niet langer gerechtvaardigd en wordt de betrokkene onmiddellijk vrijgelaten.

8. In het arrest van het (voormalige) Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof) van 30 november 2009, C-357/09 (LJN: BK5471), is in rechtsoverweging 70 overwogen dat de mogelijkheid om een persoon om redenen van openbare orde en openbare veiligheid in bewaring te stellen geen grondslag kan vinden in de Terugkeerrichtlijn.

De rechtbank is van oordeel dat, nu de Terugkeerrichtlijn directe werking heeft en gelet op de hierboven weergegeven passage uit het arrest van het Hof, met ingang van 25 december 2010 het belang van de openbare orde en de nationale veiligheid als zodanig niet aan de maatregel van bewaring ten grondslag kan worden gelegd. Slechts voor zover de bewaringsgronden zijn te scharen onder artikel 15, eerste lid, van de Terugkeerrichtlijn, is dit deel van het nationale recht met de Terugkeerrichtlijn in overeenstemming.

9. Gelet op de directe werking van de Terugkeerrichtlijn en de daarin in artikel 15, eerste lid, vervatte criteria voor het opleggen van de maatregel, dient de rechtbank thans te bezien of de maatregel voldoet aan deze criteria. Daaraan moet immers, zo volgt uit het voorgaande, ook bij het voortduren van de maatregel worden voldaan.

10. Wat partijen hebben aangevoerd om te betogen dat de rechtbank niet deze, hiervoor onder 4 tot en met 9 genoemde, maar een andere beoordelingswijze zou moeten volgen, geeft de rechtbank geen aanleiding anders te oordelen. Dat geldt voor verweerders beroep op de uitspraak van deze rechtbank, nevenzittingsplaats 's-Hertogenbosch, van 11 januari 2011, in de zaak AWB 10/43603, en het beroep van eiseres op de uitspraak van deze rechtbank, nevenzittingsplaats Roermond, van 3 januari 2011 (LJN: BO9647).

11. De beroepsgrond dat als verweerder zou willen betogen dat de bewaringsgronden zijn te scharen onder artikel 15, eerste lid, aanhef en onder a (het risico op onderduiken), van de Terugkeerrichtlijn, dat niet mogelijk is, behoeft geen bespreking. Verweerder heeft in deze zaak namelijk niet dat standpunt ingenomen.

12. De rechtbank zal vervolgens, voor zover in beroep aangevochten, beoordelen of wordt voldaan aan het voor de oplegging van de maatregel van bewaring in artikel 15, eerste lid, aanhef en onder b, van de Terugkeerrichtlijn neergelegde criterium, het ontwijken of belemmeren van de voorbereiding van de terugkeer of de verwijdering. Aan de maatregel zijn in dit geval vier gronden ten grondslag gelegd: (a) het ontbreken van een identiteitspapier als bedoeld in artikel 4.21 van het Vreemdelingenbesluit 2000, (b) de omstandigheid dat eiseres niet beschikt over een vaste woon- of verblijfplaats, (c) de omstandigheid dat eiseres zich niet heeft gemeld bij de korpschef en (d) de omstandigheid dat eiseres onvoldoende middelen van bestaan heeft. Verweerder heeft ter zitting gezegd dat deze gronden ook in het kader van artikel 15, eerste lid, van de Terugkeerrichtlijn zouden kunnen worden gehanteerd. De grond onder (a) is naar het oordeel van de rechtbank ook zonder nadere toelichting te scharen onder het criterium van artikel 15, eerste lid, aanhef en onder b, het ontwijken of belemmeren van de voorbereiding van de terugkeer of de verwijdering. De grond onder (b) heeft verweerder ter zitting nader gemotiveerd door er op te wijzen dat eiseres daardoor lastig te benaderen en niet traceerbaar is. De stelling van eiseres dat zij vaak bij een vriendin verblijft, is te vaag om dit probleem weg te nemen. Door niet in de gemeentelijke basisadministratie te staan ingeschreven en ook niet anderszins te beschikken over een vaste woon- of verblijfplaats, is eiseres voor verweerder onvoldoende traceerbaar, zodat het risico bestaat dat als eenmaal de daadwerkelijke verwijdering dichterbij komt, eiseres zich aan die verwijdering zou onttrekken. Daarmee

is haar beschikbaarheid voor verwijdering in het geding. Dat valt inderdaad onder het bereik van artikel 15, eerste lid, aanhef en onder b, van de Terugkeerrichtlijn. De grond onder (d) heeft verweerder ter zitting nader gemotiveerd door er op te wijzen dat eiseres daardoor niet in staat is zelf een ticket te betalen voor haar terugreis naar het land van herkomst. Dat valt onder het belemmeren van haar terugkeer en daarmee onder het bereik van artikel 15, eerste lid, aanhef en onder b, van de Terugkeerrichtlijn. Dit standpunt acht de rechtbank juist. Naar het oordeel van de rechtbank kunnen deze drie gronden de maatregel van bewaring nog steeds dragen, zodat niet op deze grond moet worden geoordeeld dat de maatregel onrechtmatig is geworden. De grond onder (c) blijft daarom buiten bespreking.

13. In artikel 6 van de Terugkeerrichtlijn is neergelegd dat, onverminderd het tweede tot en met vijfde lid, aan een vreemdeling een terugkeerbesluit wordt uitgevaardigd bij wijze van, kort gezegd, startpunt van de (door de lidstaat geïnitieerde) beëindiging van illegaal verblijf. In artikel 8, onder het kopje verwijdering, is bepaald dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen om het terugkeerbesluit uit te voeren. Onder dergelijke maatregelen vallen de dwangmiddelen, geregeld in artikel 8, vierde lid, van de Terugkeerrichtlijn, zoals bewaring. Uit artikel 8 volgt eenduidig dat voorbereiding van terugkeer en verwijdering in het kader van de Terugkeerrichtlijn de uitvoering van een terugkeerbesluit is. In artikel 15 is, zoals hiervoor overwogen, dwingend bepaald dat de maatregel van bewaring alleen kan worden opgelegd om de terugkeer van de desbetreffende vreemdeling voor te bereiden of om de verwijderingsprocedure uit te voeren. Dit systeem komt er naar het oordeel van de rechtbank op neer dat aan de bewaring, tenzij een uitzondering in artikel 6, tweede tot en met vijfde lid, van de Terugkeerrichtlijn zich voordoet, of de Terugkeerrichtlijn niet van toepassing is, steeds een terugkeerbesluit ten grondslag moet liggen, nu immers de enige twee toegestane doelen van de bewaring de uitvoering van een terugkeerbesluit inhouden. Verweerders betoog dat een terugkeerbesluit niet nodig is omdat iemand ook op een andere basis in bewaring kan worden gesteld, is onvoldoende om hierover anders te oordelen. Verweerder heeft niet gespecificeerd in het kader welk ander regime dan de Terugkeerrichtlijn deze bewaring van eiseres zou plaatsvinden. Indien verweerder niet kan aanwijzen binnen welk ander regime de bewaring zou plaatsvinden, moet worden aangenomen dat het binnen het bereik van de Terugkeerrichtlijn valt en dan is een terugkeerbesluit vereist als startpunt van de verwijderingsprocedure.

14. In haar uitspraak van 31 december 2010 (LJN: BO9498) heeft de rechtbank overwogen dat in het kader van een beroepsprocedure tegen de maatregel de rechterlijke toets zich beperkt tot de constatering dat zo'n besluit er is. Of het besluit rechtmatig is, of er een wettelijke bevoegdheid is om zo'n besluit te nemen en welk rechtskarakter het heeft, is in die uitspraak in het midden gelaten en verwezen naar een eventuele procedure tegen het terugkeerbesluit zelf.

Ter zitting heeft eiseres er op gewezen dat die benadering van de rechtbank wat het al of niet bestaan van een nationaalrechtelijke wettelijke bevoegdheid betreft, mogelijk in strijd komt met wat volgt uit het arrest Kolpinghuis van het Hof van 8 oktober 1987 (Jur. 1987, blz. 3969). Daaruit volgt immers kort gezegd dat een niet tijdig geïmplementeerde richtlijn niet ten behoeve van de overheid en in het nadeel van de particulier kan worden toegepast. Verweerder mag dus niet een bevoegdheid aan de Terugkeerrichtlijn ontnemen als hem die bevoegdheid niet al op grond van nationale wetgeving toekomt. In dat licht moet dus ook in het kader van de procedure over de maatregel van bewaring wel komen vast te staan dat er een nationaalrechtelijke basis is voor een terugkeerbesluit.

Naar het oordeel van de rechtbank is die te vinden in het samenstel van het eerste en derde lid van artikel 62 van de Vw. De rechtbank stemt op zichzelf in met de opvatting van verweerder dat een terugkeerbesluit naar nationaal recht kan worden gebaseerd op die bepaling. Materieel komt deze bepaling immers neer op een terugkeerbesluit. De rechtsvaststellingen en verplichtingen die uit artikel 62 van de Vw volgen en de vaststellingen en mededelingen van verweerder op grond van dit artikel voldoen namelijk aan de definitie van een terugkeerbesluit, als gegeven in artikel 3, aanhef en onder 4, van de Terugkeerrichtlijn: de illegaliteit van het verblijf wordt vastgesteld of verklaard en de terugkeerverplichting wordt opgelegd of vastgesteld. Dat in artikel 62 van de Vw geen expliciete bevoegdheid is neergelegd om besluiten te nemen, is daarbij niet van belang.

In dit geval is er een terugkeerbesluit. De rechtbank is van oordeel dat in het bovenstaande artikel de wettelijke nationaalrechtelijke basis voor het terugkeerbesluit vormt. Daarmee is voldaan aan de vereisten van de Terugkeerrichtlijn op dat punt. Of het besluit rechtmatig is en welk rechtskarakter het heeft, staat in deze procedure niet ter beoordeling. De beroepsgrond faalt dus.

15. Eiseres heeft ten slotte aangevoerd dat verweerder had kunnen volstaan met het opleggen van een lichter middel.

16. De rechtbank is van oordeel dat ook na het verstrijken van de implementatietermijn van de Terugkeerrichtlijn bij een beroep op het toepassen van een lichter middel door de rechtbank een terughoudende toetsing dient plaats te vinden. In punt 13 van de preambule van de Terugkeerrichtlijn is overwogen dat het gebruik van dwangmaatregelen uit het oogpunt van de gebruikte middelen en nagestreefde doelstellingen, uitdrukkelijk aan de beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid moet worden onderworpen. Dat komt terug in punt 16 van de preambule, waaraan wordt toegevoegd dat inbewaringstelling alleen gerechtvaardigd is indien minder dwingende middelen niet afdoende zouden zijn. De evenredigheid als daar bedoeld heeft naar het oordeel van de rechtbank geen andere betekenis voor het nationale systeem zoals dat werd gehanteerd voordat directe werking toekwam aan de Terugkeerrichtlijn. De rechtbank merkt in dit verband op dat de Terugkeerrichtlijn op zichzelf openlaat of beslissingen over bewaring worden genomen door een bestuursorgaan, getoetst door een rechter, of worden genomen door een rechter. De rechtbank, deze nevenzittingsplaats, volgt op dit punt niet de uitspraak van de rechtbank s Gravenhage van 3 januari 2010 (LJN: BO9686), waarin is geoordeeld dat bij de vraag of al dan niet een lichter middel dient te worden toegepast, verweerder geen beleidsvrijheid of beoordelingsruimte heeft en de rechtbank de afweging van verweerder op dit punt vol dient te toetsen. Dat algemene beginselen, waaronder de evenredigheid, in de jurisprudentie van het Hof een zeer belangrijke rol spelen, wat ook nog wordt bevestigd door de positie van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, is geen reden om hierover anders te oordelen. Ook dat belang schrijft niet een bepaalde indringendheid van toetsing door de nationale rechter voor.

Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, bijvoorbeeld de uitspraak van 5 februari 2010, (LJN: BL3890) komt verweerder, indien er voor het opleggen van de maatregel van bewaring voldoende gronden zijn, bij de beantwoording van de vraag of met een lichter middel dan bewaring kan worden volstaan om de verwijdering te verzekeren, beoordelingsruimte toe. De rechtbank beoordeelt de door eiseres opgeworpen vraag of verweerder had dienen te volstaan met de oplegging van een lichter middel dan ook terughoudend. De rechtbank overweegt dat in het licht van de gronden van de inbewaringstelling en de duur ervan verweerder zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat in de door eiseres aangevoerde omstandigheden geen grond is gelegen om van het opleggen van de maatregel van bewaring af te zien en het risico te aanvaarden dat eiseres zich niet meer zou melden, zodra zijn verwijdering daadwerkelijk in zicht zou komen. De beroepsgrond slaagt niet.

17. Gelet op het voorgaande ziet de rechtbank geen aanleiding over de toepassing of uitleg van de Terugkeerrichtlijn prejudiciële vragen te stellen, zoals door eiseres verzocht.

18. Gelet op het voorgaande en artikel 96, derde lid, van de Vw is de rechtbank van oordeel dat de maatregel van bewaring niet in strijd is met de Vw. Ook bestaat geen aanleiding voor het oordeel dat, bij afweging van de betrokken belangen, de maatregel in redelijkheid niet gerechtvaardigd is.

19. Het beroep is ongegrond. Daarom wordt het verzoek om schadevergoeding afgewezen.

20. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank:

verklaart het beroep ongegrond;

wijst het verzoek om schadevergoeding af.

Aldus vastgesteld door mr. D.A. Verburg, als rechter, en in het openbaar uitgesproken op 20 januari 2011.

De griffier: De rechter:

K. el Mourabit mr. D.A. Verburg

afschrift verzonden op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open.