

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

de minister voor Immigratie en Asiel,
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats
Amsterdam, van 26 januari 2011 in zaak nr. 11/826 in het geding tussen:

en

de minister.

1. Procesverloop

Bij besluit van 3 januari 2011 is ten aanzien van de vreemdeling een vrijheidsontnemende maatregel toegepast, die nadien is voortgezet. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 26 januari 2011, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het daartegen door de vreemdeling ingestelde beroep gegrond verklaard, de opheffing van de maatregel tot vrijheidsontneming bevolen en de vreemdeling schadevergoeding toegekend. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de minister bij brief, bij de Raad van State binnengekomen op 31 januari 2011, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.

De vreemdeling heeft een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 31 mei 2011, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. M.D. Gunster, werkzaam bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Blijkens het op 3 januari 2011 op ambtsbelofte opgemaakte proces-verbaal van overgave aan de afdeling "Claims, Identificatie en Artikel 4" van de Brigade Vreemdelingenzaken van de Koninklijke Marechaussee heeft de vreemdeling op die dag om 14.00 uur op de Luchthaven Schiphol bij het Bureau Verwijderingen te kennen gegeven een aanvraag voor permanent verblijf in Nederland te willen indienen en is hij om 14.05 uur aan voornoemde afdeling overgedragen.

Bij besluit van 3 januari 2011 is de vreemdeling de toegang geweigerd en bij besluit van dezelfde datum is ten aanzien van hem de vrijheidsontnemende maatregel krachtens artikel 6, eerste en tweede lid, van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: de Vw 2000) toegepast en is het Aanmeldcentrum Schiphol aangewezen als ruimte waar hij zich dient op te houden. Op 6 januari 2011 heeft de vreemdeling een aanvraag om hem een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd te verlenen ingediend.

2.2. In de eerste grief klaagt de minister dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat 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 (PB 2008 L 34; hierna: de Terugkeerrichtlijn) van toepassing is op de vrijheidsontneming in de zin van artikel 6 van de Vw 2000, nu niet in de Nederlandse wetgeving is vastgelegd dat gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid in artikel 2, tweede lid, aanhef en onder a, van de Terugkeerrichtlijn om deze richtlijn niet toe te passen op vreemdelingen aan wie de toegang is geweigerd.

Hiertoe betoogt de minister primair dat, hoewel de Terugkeerrichtlijn nog niet in de Nederlandse wet- en regelgeving is

geïmplementeerd, de vreemdeling geen beroep kan doen op de rechtstreekse werking van deze richtlijn, nu blijkens artikel 2, tweede lid, aanhef en onder a, van de Terugkeerrichtlijn de lidstaten niet verplicht zijn deze richtlijn ten aanzien van de in die bepalingen omschreven categorie vreemdelingen, waartoe ook de vreemdeling behoort, te implementeren en de in deze richtlijn neergelegde bepalingen (merendeels) dus niet onvoorwaardelijk zijn bepaald. Subsidiair stelt de minister zich op het standpunt dat voormeld artikel 2, tweede lid, aanhef en onder a, reeds is geïmplementeerd, nu hij als bevoegde autoriteit van de lidstaat deze bepaling heeft ingeroepen en de Terugkeerrichtlijn geen aanwijzingen geeft omtrent de wijze waarop de in die bepaling gegeven bevoegdheid moet worden ingeroepen, en daaromtrent ook overigens geen voorschriften zijn gegeven. Ook voert de minister aan dat de vreemdeling voorafgaand aan de vrijheidsontneming te kennen heeft gegeven een asielaanvraag te willen indienen. Dat heeft volgens de minister tot gevolg dat de vreemdeling in praktische zin moet worden aangemerkt als asielzoeker, zodat reeds dan sprake is van een situatie als bedoeld in punt 9 van de considerans van de Terugkeerrichtlijn. De indiening van de asielaanvraag overeenkomstig de ter zake daarvan in de nationale regelgeving opgenomen voorschriften is in dat geval enkel nog een formalisering van de reeds door de vreemdeling geuite asielwens, aldus de minister.

Wettelijk kader

Terugkeerrichtlijn

2.3. In punt 9 van de considerans van de Terugkeerrichtlijn staat dat overeenkomstig Richtlijn 2005/85/EG van de Raad van de Europese Unie van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus (PB 2005 L 326; hierna: de Procedurerichtlijn) een onderdaan van een derde land die in een lidstaat asiel heeft aangevraagd, niet mag worden beschouwd als iemand die illegaal op het grondgebied van die lidstaat verblijft, totdat het afwijzende besluit inzake het verzoek respectievelijk het besluit waarbij het verblijfsrecht van de betrokkene wordt beëindigd, in werking is getreden.

Ingevolge artikel 2, eerste lid, is deze richtlijn van toepassing op illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen.

Ingevolge artikel 2, tweede lid, aanhef en onder a, kunnen de lidstaten besluiten deze richtlijn niet toe te passen op onderdanen van derde landen aan wie de toegang is geweigerd overeenkomstig artikel 13 van de Schengengrenscore, of die door de bevoegde autoriteiten zijn aangehouden of onderschept wegens het op niet reguliere wijze overschrijden over land, over zee of door de lucht van de buitengrens van een lidstaat, en die vervolgens geen vergunning of recht hebben verkregen om in die lidstaat te verblijven.

Ingevolge artikel 20, eerste lid, voor zover thans van belang, doen de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk 24 december 2010 aan deze richtlijn te voldoen.

Procedurerichtlijn

Ingevolge artikel 2, aanhef en onder b, van de Procedurerichtlijn wordt onder asielverzoek verstaan een door een onderdaan van een derde land of een staatloze ingediend verzoek dat kan worden opgevat als een verzoek om verlening van internationale bescherming door een lidstaat op grond van het Verdrag van Genève. Elk verzoek om internationale bescherming wordt als een asielverzoek beschouwd, tenzij de betrokkene uitdrukkelijk vraagt om een andere vorm van bescherming waarvoor een afzonderlijk verzoek kan worden ingediend.

Ingevolge dat artikel, aanhef en onder c, wordt onder asielzoeker verstaan een onderdaan van een derde land of een staatloze die een asielverzoek heeft ingediend waarover nog geen definitieve beslissing is genomen.

Vw 2000

Ingevolge artikel 6, eerste lid, kan een vreemdeling aan wie de toegang is geweigerd, worden verplicht zich op te houden in een door de ambtenaar belast met de grensbewaking aangewezen ruimte of plaats.

Ingevolge het tweede lid kan een ruimte of plaats, als bedoeld in het eerste lid, worden beveiligd tegen ongeoorloofd vertrek.

Ingevolge artikel 8, aanhef en onder f, voor zover thans van belang, heeft een vreemdeling in Nederland uitsluitend rechtmatig verblijf in afwachting van de beslissing op een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning, bedoeld in artikel 28, terwijl bij of krachtens deze wet dan wel op grond van een rechterlijke beslissing uitzetting van de aanvrager achterwege dient te blijven totdat op de aanvraag is beslist.

Ingevolge artikel 109, eerste lid, kunnen bij algemene maatregel van bestuur, ter uitvoering van een voor Nederland bindend verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie, bepalingen van deze wet geheel of gedeeltelijk buiten werking worden gesteld, indien dat, naar het gevoelen van de Ministerraad, noodzakelijk is om binnen twaalf maanden uitvoering te geven aan het verdrag of het besluit en daartoe deze wet in overeenstemming moet worden gebracht met het verdrag of het besluit.

Rechtstreekse werking

2.4. Artikel 2, eerste lid, van de Terugkeerrichtlijn schept rechten voor illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen. De in artikel 2, tweede lid, aanhef en onder a, van de Terugkeerrichtlijn voorziene mogelijkheid die rechten niet te doen gelden ten aanzien van de in die bepaling genoemde groep personen, neemt niet weg dat zolang de desbetreffende lidstaat van die mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt, de Terugkeerrichtlijn ook ten aanzien van hen rechten doet ontstaan, welke zij in rechte geldend kunnen maken en welke de nationale rechter dient te handhaven (zie in vergelijkbare zin het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 4 december 1974, 41/74, Van Duyn, punt 7 [www.eur-lex.europa.eu]).

Implementatie

2.5. In het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 21 oktober 2010, C-227/09, punten 46 en 47, (www.curia.europa.eu) is overwogen dat, indien afwijkende bepalingen van een richtlijn niet rechtsgeldig zijn omgezet, deze bepalingen niet rechtstreeks kunnen worden ingeroepen tegen particulieren.

Voor een rechtsgeldige omzetting dienen de nationale autoriteiten in ieder geval rekening te houden met het beginsel van rechtszekerheid. Zoals overwogen in onder meer het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 17 oktober 1991, C-58/89, Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Bondsrepubliek Duitsland, punt 18, (www.eur-lex.europa.eu) vereist dit beginsel dat omzetting op een duidelijke manier geschiedt en, daar waar de richtlijnen rechten of verplichtingen scheppen voor particulieren, door middel van een dwingend normatief kader.

Nu een beperking van de werkingssfeer van de Terugkeerrichtlijn zoals die op grond van artikel 2, tweede lid, aanhef en onder a, van deze richtlijn mogelijk is een beperking van de rechten en verplichtingen voor particulieren inhoudt, dient ook de toepassing van die mogelijkheid, en daarmee omzetting ervan, plaats te vinden door middel van een dwingend normatief kader dat voor particulieren duidelijk is.

2.5.1. Met artikel 109, eerste lid, van de Vw 2000 is in de Nederlandse wetgeving op het gebied van het vreemdelingenrecht een regeling getroffen die het mogelijk maakt vooruit te lopen op de implementatie bij wet in formele zin van onder meer de Europese regelgeving. Uit deze regeling volgt dat indien, in afwachting van de wet in formele zin, gekozen wordt voor een versnelde implementatie, deze op het niveau van de algemene maatregel van bestuur dient te geschieden. Daarmee bevat artikel 109 van de Vw 2000 voor het vreemdelingenrecht een minimumwaarborg voor eerbiediging van het legaliteitsbeginsel.

2.5.2. Hoewel artikel 109, eerste lid, van de Vw 2000 ziet op de situatie waarin in internationale regelgeving vervatte normen moeten worden omgezet in nationale regelgeving en daarvan bij het toepassing geven aan de in de artikel 2, tweede lid, aanhef en onder a, van de Terugkeerrichtlijn aan de lidstaten geboden keuzemogelijkheid geen sprake is, laat dit onverlet dat het belang dat wordt beschermd met de in artikel 109, eerste lid, van de Vw 2000 opgenomen waarborgen, zich evenzeer doet gelden bij toepassing van voormelde keuzemogelijkheid. Dat belang geldt daarbij nog in sterkere mate, nu met het maken van die keuze de desbetreffende vreemdelingen rechten worden onthouden die anders ingevolge de Terugkeerrichtlijn ook aan hen zouden toekomen.

2.5.3. Uit het voorgaande volgt dat voor toepassing van de in artikel 2, tweede lid, aanhef en onder a, van de Terugkeerrichtlijn geboden keuzemogelijkheid ten minste een daartoe strekkende algemene maatregel van bestuur is vereist en dat een op die wijze vastgelegde keuze slechts toelaatbaar is als tijdelijke overgangsmaatregel vooruitlopend op een formele wet waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat de in voormeld

artikelonderdeel bedoelde categorie van vreemdelingen is uitgesloten van de in de Terugkeerrichtlijn voorziene rechten van illegaal op het grondgebied van de lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen. Met het enkele inroepen van die keuze door de minister en het later vastleggen daarvan in de Staatscourant van 10 maart 2011, nr. 4082, en de brief van 25 maart 2011 aan de Europese Commissie heeft derhalve, anders dan de minister betoogt, geen rechtsgeldige omzetting van voormelde keuzemogelijkheid plaatsgevonden. Die inroeping heeft dus niet tot gevolg dat de vreemdeling niet onder de werkingssfeer van de Terugkeerrichtlijn valt.

Asielverzoek

2.6. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 4 oktober 2011 in zaak nr. 201102753/1/V3, www.raadvanstate.nl) moet een door een vreemdeling in persoon ten overstaan van de autoriteiten kenbaar gemaakte wens om hem internationale bescherming te verlenen als een asielverzoek in de zin van de Procedurerichtlijn worden aangemerkt. Op het moment dat bedoelde wens aldus kenbaar is gemaakt, is een vreemdeling een asielzoeker, bedoeld in artikel 2, aanhef en onder c, van deze richtlijn.

Nu in punt 9 van de considerans van de Terugkeerrichtlijn wordt verwezen naar de Procedurerichtlijn, kunnen de bewoordingen 'asiel heeft aangevraagd' (in de Engelse en Franse versie: 'applied for asylum' onderscheidenlijk 'a demandé l'asile') in dat punt niet anders worden opgevat dan dat wordt bedoeld op een asielverzoek in de zin van die richtlijn.

Blijkens het op 3 januari 2011 op ambtsbelofte opgemaakt proces-verbaal van overgave heeft de vreemdeling om 14.00 uur in persoon ten overstaan van een ambtenaar van de Koninklijke Marechaussee te kennen gegeven een aanvraag voor permanent verblijf in Nederland te willen indienen. Daarmee is sprake van een asielverzoek in de zin van artikel 2, aanhef en onder b, van de Procedurerichtlijn en is de vreemdeling een asielzoeker, bedoeld in artikel 2, aanhef en onder c, van deze richtlijn.

2.6.1. Zoals de Afdeling ook in voornoemde uitspraak heeft overwogen moet een vreemdeling die in afwachting is van de formele indiening van een asielaanvraag, geacht worden eveneens binnen de reikwijdte van artikel 8, aanhef en onder f, van de Vw 2000 te vallen.

Dat betekent dat de vreemdeling, nu hij op 3 januari 2011 in persoon tegenover een ambtenaar van de Koninklijke Marechaussee heeft verzocht om hem internationale bescherming te verlenen, geacht moet worden daarmee rechtmatig verblijf, als bedoeld in artikel 8, aanhef en onder f, van de Vw 2000 te hebben verkregen. Gelet hierop dient de vreemdeling niet te worden beschouwd als iemand die illegaal verblijft, en is de Terugkeerrichtlijn om die reden niet op hem van toepassing.

Conclusie

2.7. De eerste grief, waarin besloten ligt dat de rechtbank volgens de minister de Terugkeerrichtlijn ten onrechte op de vrijheidsontneming van de vreemdeling van toepassing heeft geacht, slaagt.

2.8. Het hoger beroep is reeds hierom gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. De tweede grief behoeft geen bespreking meer. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling, nu uit het vooroverwogene voortvloeit dat de voorgedragen beroepsgronden geen aanleiding geven voor een ander oordeel, het beroep van de vreemdeling tegen het besluit van 3 januari 2011 alsnog ongegrond verklaren. Er is geen grond voor schadevergoeding.

2.9. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Amsterdam, van 26 januari 2011 in zaak nr. 11/826;
- III. verklaart het door de vreemdeling bij de rechtbank in die zaak ingestelde beroep ongegrond;
- IV. wijst het verzoek om schadevergoeding af.

Aldus vastgesteld door mr. H.G. Lubberdink, voorzitter, en mr. R. van der Spoel en mr. H.G. Sevenster, leden, in tegenwoordigheid van mr. A.A. Snijders, ambtenaar van staat.

w.g. Lubberdink
voorzitter

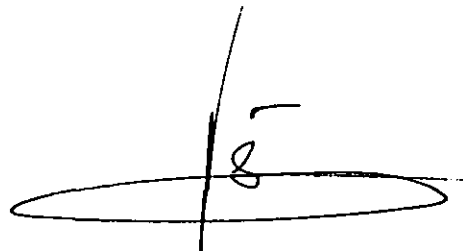
w.g. Snijders
ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 8 november 2011

279

Verzonden: 8 november 2011

Voor eensluidend afschrift,
de secretaris van de Raad van State,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'V' with a horizontal stroke and a small 'e' or similar character to the right.

mr. H.H.C. Visser

uitspraak

RECHTBANK 's-GRAVENHAGE

Sector Bestuursrecht

Zittinghoudende te Amsterdam

zaaknummer: AWB 11/826

uitspraak van de enkelvoudige kamer voor vreemdelingenzaken

V-nr:

In het geding tussen:

geboren op _____ van Nigeriaanse nationaliteit, eiser,
gemachtigde: mr. W.M. Blaauw, advocaat te Haarlem,

en:

de minister voor Immigratie en Asiel,
verweerder,
gemachtigde: mr. A.H. Noordeloos, werkzaam bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst

Procesverloop

Op 3 januari 2011 is eiser op grond van artikel 3 van de Vreemdelingenwet (Vw) 2000 op de luchthaven Schiphol de toegang tot Nederland geweigerd. Ten aanzien van eiser is op dezelfde datum de vrijheidsontnemende maatregel op grond van artikel 6, eerste en tweede lid, van de Vw 2000 toegepast.

Bij beroepsschrift van 7 januari 2011 heeft eiser beroep ingesteld tegen het besluit van verweerder tot oplegging van de vrijheidsontnemende maatregel. Ingevolge artikel 94, eerste lid, van de Vw 2000 houdt het beroep tevens in een verzoek om toekenning van schadevergoeding.

Op 6 januari 2011 heeft eiser een aanvraag ingediend tot het verlenen van een verblijfsvergunning asiel, waarop nog niet is beslist. Bij brief van 12 januari 2011 is aan eiser meegedeeld dat de toegepaste vrijheidsontnemende maatregel wordt gehandhaafd.

De rechtbank heeft het beroep behandeld ter openbare zitting van 19 januari 2011. Eiser is in persoon verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. Verweerder is vertegenwoordigd door zijn voornoemde gemachtigde. Ter zitting was ook aanwezig A.Y.C. Sikkens, tolk in de Engelse taal. De rechtbank heeft het onderzoek ter zitting gesloten.

Overwegingen

1. Eiser heeft het volgende - zakelijk weergegeven - aangevoerd. Verweerder heeft ten onrechte geen terugkeerbesluit genomen, alvorens eiser in bewaring te stellen. Dit is verlost op grond van 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). Daarom is de maatregel van bewaring onrechtmatig.

2. Verweerder heeft aangevoerd dat er geen terugkeerbepaal vereist was, primair omdat elser op grond van artikel 6 van de Vw 2000 in bewaring is gesteld en subsidiair omdat op grond van artikel 6, derde lid, van de Terugkeerrichtlijn geen terugkeerbesluit vereist is in het geval van Dublinclaimanten. Eiser zal op grond van Verordening (EG) nr. 343/2003 (de Dublin-verordening) worden geclaimd bij de Roemeense autoriteiten.

3. Eiser betoogt dat, nu in dit geval nog niet vaststaat dat elser wordt teruggenomen door de Roemeense autoriteiten, artikel 6, derde lid, van de Terugkeerrichtlijn, gegeven de daarin opgenomen bewoordingen, niet van toepassing is. Eiser blijft er derhalve bij dat er een terugkeerbesluit genomen had moeten worden en dat, nu dit niet is geschied, de maatregel van bewaring onrechtmatig is.

De rechtbank overweegt het volgende.

4. De rechtbank is ten eerste van oordeel dat de Terugkeerrichtlijn wel van toepassing is op gevallen van grensdetentie in de zin van artikel 6 van de Vw 2000, nu artikel 2, tweede lid, onder a, van de Terugkeerrichtlijn de mogelijkheid biedt om te besluiten de Terugkeerrichtlijn niet toe te passen op onderdanen van derde landen aan wie de toegang is geweigerd. Uit deze bewoordingen kan worden afgeleid dat, zolang van die mogelijkheid tot uitsluiting nog geen gebruik is gemaakt, de Terugkeerrichtlijn van toepassing is op gevallen van grensdetentie. Tot op heden is nog niet in Nederlandse wetgeving vastgelegd dat deze groep derdelanders, aan wie de toegang is geweigerd, wordt uitgesloten van toepassing van de Terugkeerrichtlijn. Dit betekent dat in principe ook voor grensdetentie een terugkeerbesluit is vereist, zoals bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Terugkeerrichtlijn, en dat dit terugkeerbesluit genomen dient te zijn op het moment dat de vrijheidsontnemende maatregel wordt toegepast.

5. De rechtbank overweegt voorts dat het betoog van verweerder dat in het onderhavige geval geen terugkeerbesluit was vereist, gelet op artikel 6, derde lid, van de Terugkeerrichtlijn, nu eiser op grond van de Dublinovereenkomst geclaimd zal worden bij de Roemeense autoriteiten, niet slaagt. De rechtbank is met eiser van oordeel dat de bewoordingen "wordt teruggenomen" in voormeld artikel niet anders kunnen worden verstaan dan dat moet vaststaan dat de betreffende derdelander door de andere lidstaat wordt teruggenomen. De eventuele mogelijkheid om de derdelander te claimen bij een andere lidstaat is voor het afzien van het nemen van een terugkeerbesluit onvoldoende, aangezien daarmee niet vaststaat dat de derdelander daadwerkelijk door de andere lidstaat zal worden teruggenomen.

6. Gelet op het voorgaande had verweerder een terugkeerbesluit moeten nemen, alvorens aan eiser de vrijheidsontnemende maatregel op te leggen. Nu dat niet is gebeurd, is de rechtbank van oordeel dat de maatregel van meet af aan onrechtmatig moet worden geacht. De rechtbank verklaart het beroep dan ook gegrond en beveelt de onmiddellijke opheffing van de vrijheidsontnemende maatregel.

7. De rechtbank ziet in het vorenstaande aanleiding elser ten laste van de Staat der Nederlanden een vergoeding als bedoeld in artikel 106 van de Vw 2000 toe te kennen en wel

Zaaknummer: AWB 11/326 inzake

Pagina 3 van 4

tot een bedrag van € 80,-- per dag dat eiser op AC-Schiphol en € 50,-- per dag dat hij in het Grenshospitium ten onrechte aan de vrijheidsontnemende maatregel onderworpen is geweest, derhalve in totaal € 1.980,--.

8. Gelet op het voorgaande is er aanleiding om verweerder als in het ongelijk gestelde partij te veroordelen in de kosten die eiser in verband met de behandeling van het beroep bij de rechtbank redelijkerwijs heeft moeten maken. Deze kosten zijn op de voet van het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht vastgesteld op € 874,-- (1 punt voor het beroepsschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting; waarde per punt € 437,--, wegingsfactor 1).

Zaaknummer: AWB 11/826 inzake

Pagina 4 van 4

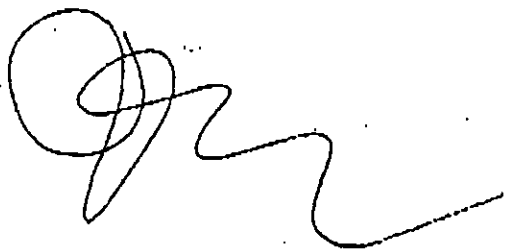
Beslissing

De rechtbank

- verklaart het beroep gegrond;
- beveelt dat verwoorder de vrijheidsonnemende maatregel onmiddellijk opheft;
- veroordeelt de Staat der Nederlanden tot vergoeding van de schade, groot € 1.980,-- (zegge: negentienhonderd en tachtig euro), te betalen aan eiser;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van eiser tot een bedrag groot € 874,-- (zegge: achthonderdvierenzeventig euro), te betalen aan de griffier van deze rechtbank.

Deze uitspraak is gedaan op 26 januari 2011 door mr. R.A. Sipkens, rechter, in tegenwoordigheid van mr. E.A. Kreb, griffier, en bekendgemaakt door verzending aan partijen op de hieronder vermelde datum.

De griffier is verhinderd de uitspraak te ondertekenen



Afschrift verzonden op: 26 JAN. 2011

Conc.: EK
Coll: MvK
D: C
VK

Voor kopie conform,
de griffier van de Arrondissements-
rechtbank Sector Bestuursrecht
te Amsterdam

Tegen deze uitspraak staat hoger beroep open op de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (adres: Raad van State, Afdeling bestuursrechtspraak, Hoger beroep vreemdelingenzaken, Postbus 16113, 2500 BC 's-Gravenhage). De termijn voor het instellen van hoger beroep bedraagt één week. Naast de vereisten waaraan het beroepschrift moet voldoen op grond van artikel 6:5 van de Awb (zoals het overleggen van een afschrift van deze uitspraak) dient het beroepschrift ingevolge artikel 85, eerste lid, van de Vw 2000 een of meer grieven te bevatten. Artikel 6:6 van de Awb (herstel verzuim) is niet van toepassing.

[Handwritten mark]

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Vreemdelingenzaken
Postbus 20019
2500EA 'S-GRAVENHAGE

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
31 JAN 2011	
FAKTOIR	201101573
AAN	
BEHANDELD DOOR	PAR:

Hoger beroep schrift vreemdelingenzaken

Van:
de Minister voor Immigratie en Asiel te 's-Gravenhage,
appellant
Gemachtigde: mr. T.J.W. Visser,
ambtenaar ten departemente

Tegen:
de uitspraak van de rechtbank te 's-Gravenhage, zittinghoudende te Amsterdam
van 26 januari 2011
met kenmerk AWB 11/826

Inzake:
met IND-kenmerk 1101-04-1154
aan te duiden als verweerder
Gemachtigde: mr. W.M. Blaauw
advocaat te 2023 AD HAARLEM aan de Schotersingel 153

Procesvertegenwoordiging

Postbus 301211 2500 GB DEN HAAG

Contactpersoon:
mr. T.J.W. Visser
Tel. 070 - 770 70 82

1. Inleiding

De Minister voor Immigratie en Asiel, (hierna: de Minister) komt in hoger beroep van de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, zittinghoudende te Amsterdam, van heden, 26 januari 2011, verzonden op dezelfde datum, met kenmerk Awb 11/826 (*productie 1*), in welke zaak de rechtbank het beroep gericht tegen het besluit van 3 januari 2011 gegrond heeft verklaard, de onmiddellijke opheffing van de maatregel van bewaring heeft bevolen, en (hierna: verweerder) een schadevergoeding heeft toegekend van € 1.980,- alsmede de Minister in de proceskosten van € 874,- heeft veroordeeld.

2. Achtergronden

- 2.1. Op 3 januari 2011 is verweerder op grond van artikel 3 van de Vreemdelingenwet (Vw 2000) de toegang tot Nederland geweigerd. Ten aanzien van verweerder is op dezelfde datum de vrijheidsontnemende maatregel op grond van artikel 6, eerste en tweede lid, van de Vw 2000 toegepast.
- 2.2. Bij uitspraak van heden, 26 januari 2011, heeft de rechtbank het daartegen door verweerder ingestelde beroep gegrond verklaard, bevolen de bewaring op te heffen en verweerder een schadevergoeding ten laste van de Staat der Nederlanden toegekend.

3. Standpunt van de Minister

- 3.1. De Minister is van oordeel dat het besluit van 3 januari 2011 rechtens juist is. Met het oog daarop had het beroep tegen dit besluit ongegrond dienen te worden verklaard.
- 3.2. De Minister heeft één grief tegen de aangevallen uitspraak.

Grief:

- 3.3. Ten onrechte overweegt de rechtbank in de rechtsoverwegingen 4, 5 en 6 op pagina 2 van de aangevallen uitspraak:

" 4. De rechtbank is ten eerste van oordeel dat de Terugkeerrichtlijn wel van toepassing is op gevallen van grensdetentie in de zin van artikel 6 van de Vw 2000, nu artikel 2, tweede lid, onder a, van de Terugkeerrichtlijn de mogelijkheid biedt om te besluiten de Terugkeerrichtlijn niet toe te passen op onderdanen van derde landen aan wie de toegang is geweigerd. Uit deze bewoordingen kan worden afgeleid dat, zolang van die mogelijkheid tot uitsluiting nog geen gebruik is gemaakt, de Terugkeerrichtlijn van toepassing is op gevallen van grensdetentie. Tot op heden is nog niet in de Nederlandse wetgeving vastgelegd dat deze groep derdelanders, aan wie de toegang is geweigerd, wordt uitgesloten van toepassing van de Terugkeerrichtlijn. Dit betekent dat in principe ook voor grensdetentie een terugkeerbesluit is vereist, zoals bedoeld in artikel 6, eerste lid van de Terugkeerrichtlijn, en dat dit terugkeerbesluit genomen dient te zijn op het moment dat de vrijheidsontnemende maatregel wordt toegepast.

5. De rechtbank overweegt voorts dat het betoog van verweerder dat in het onderhavige geval geen terugkeerbesluit was vereist, geleid op artikel 6, derde lid van de Terugkeerrichtlijn, nu elser op grond van de Dublinvereenkomst geclaimd zal worden bij de Roemeense autoriteiten niet slaagt. De rechtbank is met elser van oordeel dat de bewoordingen "wordt teruggenomen" in voormeld

artikel niet anders kunnen worden verstaan dan dat moet vaststaan dat de betreffende dierdelander door de andere lidstaat wordt teruggenomen. De eventuele mogelijkheid om de dierdelander te claimen bij een andere lidstaat is voor het afzien van het nemen van een terugkeerbesluit onvoldoende, aangezien daarmee niet vaststaat dat de dierdelander daadwerkelijk door de andere lidstaat zal worden teruggenomen.

8. Gelet op het voorgaande had verweerder een terugkeerbesluit moeten nemen alvorens aan de vrijheidsontnemende maatregel op te leggen. Nu dat niet is gebeurd, is de rechtbank van oordeel dat de maatregel van meet af aan onrechtmatig moet worden geacht. De rechtbank verklaart het beroep dan ook gegrond en beveelt de onmiddellijke opheffing van de vrijheidsontnemende maatregel."

- 3.4. Op de hiervoor genoemde en bestreden overwegingen van de rechtbank berusten de rechtsoverwegingen 7 en 8 op pagina 2 en 3 van de aangevallen uitspraak. Gegrondbevinding van de hiervoor geformuleerde grief tast ook de geldigheid van deze rechtsoverwegingen aan.

4. Toelichting op de grief.

- 4.1. De Minister stelt zich op het standpunt dat de rechtbank ten onrechte van oordeel is dat de Terugkeerrichtlijn wel van toepassing is op gevallen van grensovertrekkende in de zin van artikel 6 van de Vw 2000.
- 4.2. Anders dan de rechtbank is de Minister van oordeel dat *juist* het feit dat artikel 2, tweede lid, onder a van de Terugkeerrichtlijn landen de mogelijkheid biedt om te besluiten de Terugkeerrichtlijn niet toe te passen op onderdanen van derde landen aan wie de toegang is geweigerd, maakt dat de bepaling niet onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is. Door verweerder kan derhalve, ondanks het feit dat de Terugkeerrichtlijn (nog) niet in de Nederlandse wet- en regelgeving is geïmplementeerd, in de optiek van de Minister geen beroep worden gedaan op de rechtstreekse werking van de Terugkeerrichtlijn.
- 4.3. De Minister merkt daartoe het volgende op. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen moet ter bepaling van de werking van een richtlijn onderscheid worden gemaakt tussen correcte en incorrecte implementatie van de richtlijn. In geval van correcte implementatie berelkt de werking van een richtlijn de particulieren via de door de betrokken lidstaat getroffen uitvoeringsmaatregelen. Slechts indien een richtlijn, na afloop van de implementatieperiode, niet, niet tijdig of onjuist is geïmplementeerd, kan een particulier een rechtstreeks beroep op die richtlijn doen en dan nog alleen op de bepalingen van de richtlijn die *onvoorwaardelijk* en voldoende nauwkeurig zijn bepaald (arrest van 19 januari 1982, zaak nr. 8/81, Jurispr. 1982, blz. 59 e.v. op blz. 70 - 71; Het Hof van Justitie heeft de rechtstreekse werking van de hand gewezen, omdat de lidstaten voor de tenuitvoerlegging van de betrokken bepaling (arrest van 12 december 1990, ¹ beschikken over manoeuvreerruimte, hoe minuscule deze ook moge zijn. Zie uit deze laatste uitspraak een citaat:
26. Er zij aan herinnerd, dat een bepaling onvoorwaardelijk is wanneer zij de lid-Staten geen enkele beoordelingsmarge laat".
- 4.4. Blijkens artikel 2, tweede lid onder a van de Terugkeerrichtlijn kunnen de lidstaten besluiten de richtlijn niet toe te passen op vreemdelingen aan wie de toegang is geweigerd. In zoverre zijn de lidstaten dan ook niet verplicht de richtlijn ten aanzien van deze categorie vreemdelingen te implementeren en zijn de in de richtlijn neergelegde bepalingen (merendeels) dus niet onvoorwaardelijk bepaald. Een toegangsgeweerde kan zich derhalve niet

¹ vs de Franse Staat, 12 december 1990., C-100/89 EN C-101/89.

rechtstreeks op de Richtlijn beroepen, met uitzondering van de in artikel 4, vierde lid van de Richtlijn genoemde bepalingen. In artikel 4, vierde lid Richtlijn wordt niet verwezen naar artikel 6, eerste lid, van de Terugkeerrichtlijn. De Minister is daarom op grond van de Terugkeerrichtlijn niet gehouden om ten aanzien van verweerder een terugkeerbepaling te nemen. De rechtbank heeft dit miskend.

- 4.5 Volledigheidshalve kan worden opgemerkt dat Nederland gebruik zal maken van de door artikel 2, tweede lid onder a van de Terugkeerrichtlijn geboden ruimte.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 32 420, nr. 3, blz. 6:

Enkele artikelen uit de richtlijn bevatten facultatieve bepalingen. De lidstaten zijn bevoegd, maar niet verplicht om die om te zetten. Wat betreft de werkingssfeer van de richtlijn (artikel 2, tweede lid, onder a) is besloten de richtlijn niet toe te passen op vreemdelingen aan wie de toegang is geweigerd, met uitzondering van de maximum termijnen voor de vrijheidsbeperkende dan wel vrijheidontnemende maatregelen. De weigering van de toegang wordt reeds beheerst door Europese regelgeving (Schengengrenscode). Uit hoofde hiervan wordt de geweigerde vreemdeling schriftelijk in kennis gesteld van de reden van de weigering. Het in aanvulling hierop toepassen van de richtlijn zou tot gevolg hebben dat in aanvulling op de kennisgeving van de weigering van de toegang ook een kennisgeving van de verplichting tot vertrek zou moeten worden gegeven. Toepassing van de richtlijn op deze categorie zou derhalve leiden tot meer bestuurslasten, hetgeen niet wenselijk is. In uitzonderlijke gevallen biedt de Vw 2000 meer mogelijkheden om de vreemdeling in vreemdelingenbewaring te stellen dan de richtlijn, omdat de weigering van de toegang aan de grens de grondslag vormt voor de vrijheidsbeperkende en vrijheidontnemende maatregelen. Het is wenselijk deze mogelijkheid te behouden.

- 4.6 Indien er desondanks van uit zou worden gegaan dat er wel een rechtstreekse werking kan worden toegekend, zou de vraag opkomen of niet reeds aan de implementatie van artikel 2, tweede lid onder a van de richtlijn is voldaan. De bevoegde autoriteit van de lidstaat, in casu de Minister voor Immigratie en Asiel, heeft deze bepaling ingeroepen. Nu de richtlijn geen aanwijzingen geeft omtrent de wijze waarop deze bevoegdheid wordt ingeroepen en ook overigens geen voorschriften zijn gegeven over de wijze waarop een dergelijke bepaling wordt ingeroepen, heeft de verantwoordelijke bestuurder van de lidstaat daarin een zekere vrijheid. Nu het een bepaling is die naar zijn aard verder geen uitwerking behoeft en ook gezien de implementatiewetgeving zoals deze is voorgesteld aan de Tweede Kamer niet nadrukkelijk wordt uitgewerkt, kan evenzeer worden volgehouden dat de bepaling van artikel 2, tweede lid onder a van de Terugkeerrichtlijn al wel reeds door bestaande regelgeving is geïmplementeerd en na 24 december 2010 zijn beslag heeft gekregen. Dat het parlement in theorie bij de behandeling van het wetsvoorstel bij motie kan bedingen dat de Minister géén gebruik zal maken van de clausule van artikel 2, tweede lid onder a van de richtlijn, laat onverlet dat thans, dit standpunt wordt ingenomen door de Minister.

Indien de vreemdeling de werking van de richtlijn inroept, kan het niet zo zijn dat daarbij een selectieve keuze uit de bepalingen wordt gemaakt, waardoor de door de Europese regelgever beoogde werking van de richtlijn wordt vervroemd. Ook om die reden het betoog van de rechtbank onjuist.

- 4.7. Voorts heeft de rechtbank miskend dat de vreemdeling reeds op 3 januari 2011 en derhalve voorafgaand aan de oplegging van de maatregel als bedoeld in artikel 6 Vw te kennen heeft gegeven dat hij een aanvraag om een verblijfsvergunning als bedoeld in artikel 28 van de Vw wenste in te dienen.

De Minister is van oordeel dat, wetende dat een vreemdeling een asielwens heeft geuit, niet kan worden aangenomen dat in de periode voorafgaand aan de daadwerkelijke indiening van de aanvraag, de Terugkeerrichtlijn van

toepassing is. Reeds met het kenbaar maken van deze wens is er sprake van een situatie als bedoeld in punt 9 van de Preambulc van de Terugkeerrichtlijn. Immers, juist in die gevallen waarin een vreemdeling, als bedoeld in het genoemde punt 9, zich in een situatie bevindt waarin hij/zij van mening is dat hij/zij mogelijk een vluchtelingenstatus (of een daarvan afgeleide status) zou kunnen krijgen en kenbaar heeft gemaakt dat hij een asielaanvraag wil gaan indienen, en de feitelijke en formele indiening binnen een korte termijn zal geschieden, ligt het in de rede om aansluiting te zoeken bij de Opvangrichtlijn en bij de Procedurerichtlijn. Vanwege de intentie een asielaanvraag in te dienen, wordt verweerder in praktische zin aangemerkt als asielzoeker. De geuite asielwens diende enkel nog middels de - conform de nationale regelgeving voorgeschreven - indiening van de aanvraag te worden geformaliseerd.

Naar het oordeel van de Minister ligt één een ander in de lijn ligt van artikel 2, aanhef en onder b, van de Procedurerichtlijn, waarin wordt gesproken over een asielverzoek en niet over een asielaanvraag.

De Minister is daarom van oordeel dat de Terugkeerrichtlijn ook om deze reden niet op verweerder van toepassing was en de Minister niet gehouden was een Terugkeerbesluit uit te vaardigen. In deze wordt tevens verwezen naar rechtsoverwegingen 40 tot en met 48 van het arrest van 30 november 2009, nr. C-357/09 inzake

4.8 Indien en voor zover uw Afdeling van oordeel zou zijn dat de grief zoals hiervoor verwoord niet kan slagen, stelt de Minister zich op het standpunt dat noch artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn, noch artikel 6 Vw als dwingend voorwaarde voor het opleggen van de bewaring het nemen van terugkeerbesluit stelt.

4.9. Ingevolge artikel 15, eerste lid kan een vreemdeling in bewaring worden gesteld indien ten aanzien van hem een terugkeerprocedure loopt dan wel een verwijderingsprocedure en indien wordt voldaan aan de overige in dat artikel neergelegde voorwaarden. Een terugkeerbesluit is daarbij geen formeel vereiste. In dit artikel is immers niet onomwonden als voorwaarde gesteld dat in het kader van de terugkeerprocedure reeds een terugkeerbesluit is genomen. Het terugkeerbesluit is onderdeel van de terugkeerprocedure, niet kan echter worden gesteld dat zonder terugkeerbesluit de terugkeerprocedure nog geen aanvang heeft genomen.

In dit verband mag ook niet onvermeld blijven dat in artikel 6 van de terugkeerrichtlijn een aantal situaties wordt geschetst waarin geen terugkeerbesluit dient of hoeft te worden genomen, terwijl niet kan worden gesteld dat bewaring in dergelijke zaken niet mogelijk zou zijn. Als voorbeeld wordt artikel 6 lid 3 genoemd. Dit betreft de situatie dat sprake is van een terug- of overname door een andere lidstaat.

Dit betekent echter niet dat in het kader van een terug- of overnameovereenkomst, geen maatregel van bewaring kan worden opgelegd. Immers, het betreft wel een terugkeerprocedure, terwijl van een terugkeerbesluit kan worden afgezien (Zie ook TK 2010 -- 2011, 32 420, nr. 3, p. 7).

Een constitutioneel vereiste van een terugkeerbesluit alvorens iemand de maatregel van bewaring op te leggen kan dan ook niet worden afgeleid uit de Terugkeerrichtlijn.

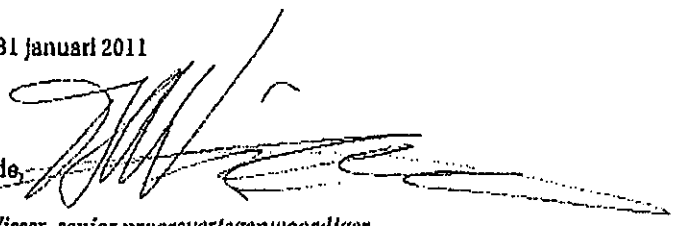
4.10 De Minister is daarom van oordeel dat het hoger beroep gegrond dient te worden verklaard.

5. Conclusie.

Gelet op het vorenstaande kan de uitspraak van de rechtbank niet in stand blijven. De Minister verzoekt uw Afdeling het hoger beroep gegrond te verklaren, de uitspraak van de rechtbank te vernietigen en te doen wat de rechtbank had behoren te doen, namelijk het inleidende beroep alsnog ongegrond te verklaren.

Den Haag, 31 januari 2011

Gemachtigde


mr. T.J.W. Visser, senior procesvertegenwoordiger
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Immigratie en Naturalisatiedienst
Proces Procesvertegenwoordiging
Vestiging Den Haag
Postbus 30120
2500 GC Den Haag