

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

,
appellante,

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats
Utrecht, van 1 augustus 2011 in zaak nr. 11/22450 in het geding tussen:

appellante

en

de minister voor Immigratie en Asiel.

1. Procesverloop

Bij besluit van 6 juli 2011 is appellante in vreemdelingenbewaring gesteld. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 1 augustus 2011, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het daartegen door appellante ingestelde beroep ongegrond verklaard en het verzoek om schadevergoeding afgewezen. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft appellante bij brief, bij de Raad van State binnengekomen op 8 augustus 2011, hoger beroep ingesteld. Tevens heeft zij daarbij de Afdeling verzocht haar schadevergoeding toe te kennen. Deze brief is aangehecht.

Bij brief van 17 augustus 2011 heeft de minister voor Immigratie en Asiel, thans: de minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, een verweerschrift ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 1 december 2011, waar appellante in persoon, bijgestaan door mr. E. van Kempen en mr. C.J. Ullersma, advocaten te Amsterdam, en de minister, vertegenwoordigd door mr. J. Raaijmakers, werkzaam bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. In de grieven Ia en II tot en met IV, klaagt appellante – in de kern weergegeven en voor zover van belang – dat de rechtbank heeft miskend dat voor het aanwenden van de bevoegdheid tot ophouden en inbewaringstelling op grond van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: de Vw 2000) feiten en omstandigheden aanwezig moeten zijn die duiden op een niet rechtmatig verblijf in Nederland en dat hiervan geen sprake is. Daartoe heeft appellante aangevoerd dat deze bevoegdheden voor een ander doel zijn aangewend dan waarvoor zij zijn verleend, namelijk het alsnog achterhalen van de identiteit van de groep demonstranten, waarvan zij deel uitmaakte, nu deze informatie tijdens het voorafgaande strafrechtelijk traject niet kon worden verkregen. Voorts heeft appellante aangevoerd dat de enkele grond dat zij niet beschikt over een identiteitspapier als bedoeld in artikel 4.21 van het Vreemdelingenbesluit 2000 onvoldoende is om de maatregel van bewaring te kunnen dragen.

2.2. Uit het op ambtsbelofte opgemaakte proces-verbaal van bevindingen van 7 juli 2011, gelezen in onderlinge samenhang met het ongedateerde mini proces-verbaal 'Bijlage variabelen', het op ambtsbelofte opgemaakte proces-verbaal van gehoor van 6 juli 2011 en het op ambtsbelofte opgemaakte proces-verbaal van overbrenging en ophouding van 8 juli 2011, kan het volgende worden opgemaakt.

Op 5 juli 2011 heeft een zogenaamde 'Ontruimingsdag' van onder meer het kraakpand 'Schijnheilig' te Amsterdam plaatsgevonden. Bij deze

ontruimingsactie zijn de daar aanwezige - circa 150 - demonstranten, waaronder appellante, op grond van overtreding van artikel 2.2, eerste lid, van de Algemene Plaatselijke Verordening gemeente Amsterdam aangehouden in verband met het verstoren van de openbare orde. Om de identiteit van de demonstranten te achterhalen is een identiteitsbewijs gevorderd. Van deze groep weigerden 52 demonstranten, waaronder appellante, zich te identificeren. Zij zijn vervolgens overgebracht naar het Cellencomplex Zuid-Oost te Amsterdam en voorgeleid aan de dienstdoende hulpofficier van Justitie. Tijdens de strafrechtelijke ophouding is het niet gelukt om de identiteit van deze 52 demonstranten vast te stellen. Vervolgens zijn zij heen gezonden door de hulpofficier van Justitie en direct aansluitend op grond van artikel 50, tweede lid, van de Vw 2000 opgehouden voor verhoor en ter beschikking gesteld van de vreemdelingenpolitie. Tijdens de vreemdelingenrechtelijke ophouding zijn de persoonsgegevens van appellante geverifieerd, waarbij bleek dat zij niet voorkwam in de Basis Voorziening Vreemdelingen. Appellante is vervolgens op 6 juli 2011 gehoord, waarbij zij heeft verklaard niets te willen zeggen zonder de aanwezigheid van haar advocaat. Appellante is aansluitend op dit gehoor in vreemdelingenbewaring gesteld.

2.3. Ter zitting van de Afdeling heeft de minister nader toegelicht dat voorafgaand aan de ontruiming van het kraakpand 'Schijnheilig' op 5 juli 2011 geen contact is gezocht met de vreemdelingenpolitie, omdat geen aanwijzingen bestonden dat zich in het te ontruimen pand vreemdelingen zouden bevinden. De medewerkers van de vreemdelingenpolitie werden derhalve op 5 juli 2011 onverwacht geconfronteerd met een grote groep personen van wie de identiteit tijdens het strafrechtelijk traject niet was vastgesteld. Nu na het verstrijken van de (vreemdelingenrechtelijke) ophoudingstermijn deze identiteit, en daarmee tevens de verblijfsrechtelijke positie, nog niet was vastgesteld, achtte de minister voldoende gronden aanwezig om de betrokken personen in bewaring te stellen. Hierbij stelt de minister dat geen van de strafrechtelijk opgehouden personen met het oog op handhaving van de openbare orde in bewaring is gesteld, maar dat tot inbewaringstelling is besloten na een individuele beoordeling waarbij voldoende aanwijzingen bestonden dat het een vreemdeling zonder rechtmatig verblijf betrof.

2.4. Ingevolge artikel 50, tweede lid van de Vw 2000, voor zover hier van belang, mag de staande gehouden persoon worden overgebracht naar een plaats bestemd voor verhoor, indien zijn identiteit niet onmiddellijk kan worden vastgesteld.

Ingevolge artikel 59, eerste lid, aanhef en onder a, van de Vw 2000 kan, indien het belang van de openbare orde zulks vordert, met het oog op de uitzetting, de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft in bewaring worden gesteld.

2.4.1. Nu ter zitting is gebleken dat voorafgaand aan de ontruiming van het kraakpand 'Schijnheilig' geen vermoeden bestond dat zich in dit pand vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf zouden bevinden, de vreemdelingenpolitie ook niet bij de ontruimingsactie was betrokken, het algemeen bekend is dat demonstranten, die strafrechtelijk zijn aangehouden

bij een ordemaatregel als deze, soms hun identiteit niet bekend willen maken om redenen die geen enkel verband houden met het niet respecteren van de bepalingen van de Vw 2000, en de minister ook overigens niet aannemelijk heeft gemaakt dat dit hier wel het geval zou zijn, moet worden geoordeeld dat niet is gebleken van feiten en omstandigheden die zouden kunnen duiden op een niet rechtmatig verblijf van appellante in Nederland.

Onder deze omstandigheden, kan de minister aan de Vw 2000 geen bevoegdheid ontleen om de demonstranten op te houden of in bewaring te stellen. De maatregelen van ophouding en bewaring zijn reeds hierom onrechtmatig.

2.4.2. Gelet hierop zijn de maatregelen van ophouding en bewaring van appellante vanaf 5 juli 2011 onderscheidenlijk 6 juli 2011 onrechtmatig geweest en is het hoger beroep reeds daarom gegrond. Het overige dat in hoger beroep is aangevoerd, behoeft geen nadere bespreking.

2.5. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Nu de bij de rechtbank voorgedragen beroepsgronden blijkens het hiervoor overwogene geen grond geven voor een ander oordeel, zal de Afdeling, doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, het beroep van appellante alsnog gegrond verklaren. Nu de vrijheidsontnemende maatregel reeds is opgeheven, kan een daartoe strekkend bevel achterwege blijven. Aan appellante wordt met toepassing van artikel 106, eerste lid, van de Vw 2000 na te melden vergoeding toegekend over de periode van 6 juli 2011 tot 8 juli 2011, de dag waarop de vrijheidsontnemende maatregel is opgeheven.

2.6. De minister dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

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 Utrecht, van 1 augustus 2011 in zaak nr. 11/22450;
- III. verklaart het door appellante bij de rechtbank in die zaak ingestelde beroep gegrond;
- IV. kent aan appellante een vergoeding toe van € 210,00 (zegge: tweehonderdtien euro), ten laste van de Staat der Nederlanden, te betalen door de secretaris van de Raad van State;
- V. veroordeelt de minister voor Immigratie, Integratie en Asiel tot vergoeding van bij appellante in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.311,00 (zegge: dertienhonderdelf euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Aldus vastgesteld door mr. H.G. Lubberdink, voorzitter, en mr. D. Roemers en mr. N. Verheij, leden, in tegenwoordigheid van mr. C.E.C.M. van Roosmalen, ambtenaar van staat.

w.g. Lubberdink
voorzitter

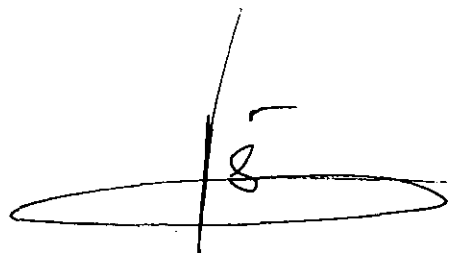
w.g. Van Roosmalen
ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 1 februari 2012

53-708.

Verzonden: 1 februari 2012

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

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'V' and 'S' intertwined, with a horizontal line crossing through them.

mr. H.H.C. Visser

lage

uitspraak

**RECHTBANK 's-GRAVENHAGE**

Nevenzittingsplaats Utrecht

Sector bestuursrecht
Vreemdelingenkamer

zaaknummers: AWB 11/22450

uitspraak van de enkelvoudige kamer in de zaak tussen

, geboortedatum en nationaliteit onbekend, eiseres,
gemachtigden: mr. C.J. Ullersma en mr. E. van Kempen, advocaten te Amsterdam.

en

de Minister voor Immigratie en Asiel, verweerder,
gemachtigde: mr. J. Raaijmakers.

Procesverloop

Verweerder heeft op 6 juli 2011 aan eiseres de maatregel van bewaring op grond van artikel 59, eerste lid, aanhef en onder a, van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw) opgelegd.

Eiseres heeft hiertegen beroep ingesteld bij deze rechtbank. Op grond van artikel 94, eerste lid, van de Vw strekt dit beroep tevens tot toekenning van schadevergoeding.

Verweerder heeft op 8 juli 2011 de maatregel van bewaring opheffen.

Op 14 juli 2011 heeft eiseres de rechtbank verzocht vijf getuigen op te laten roepen. De rechtbank heeft dit verzoek op 15 juli 2011 afgewezen.

Het geding is behandeld ter zitting van 18 juli 2011. Eiseres heeft bij gemachtigden en verweerder heeft bij gemachtigde het woord gevoerd.

Overwegingen

1. Nu de bewaring is opgeheven, beperkt de beoordeling van dit geschil zich tot de vraag of aan eiseres schadevergoeding moet worden toegekend. In dit verband moet de vraag worden beantwoord of de oplegging of tenuitvoerlegging van de maatregel van bewaring op enig moment onrechtmatig is geweest.

2. Op grond van artikel 106 van de Vw kan de rechtbank, indien zij de opheffing van de maatregel van bewaring beveelt, dan wel de bewaring reeds voor de behandeling van het verzoek om opheffing van die maatregel wordt opgeheven, aan eiseres een schadevergoeding ten laste van de Staat toekennen.

3. Eiseres heeft - samengevat - het volgende aangevoerd.

3.1. Voor zover eiseres na heenzending uit het strafrecht vanwege het niet vaststaan van haar

zaaknummer: AWB 11/22450

blad 2

identiteit mocht worden opgehouden, dient te worden geconstateerd dat van het verrichten van nader onderzoek geen sprake is geweest. De ophouding is daarom volgens eiseres niet aangewend voor het doel dat de wetgever aan de ophouding heeft gegeven. Dit maakt de ophouding onrechtmatig.

3.2. Volgens eiseres heeft verweerder haar recht op rechtsbijstand geschonden. Eiseres heeft bij het gehoor in het kader van artikel 59 van de Vw aangegeven dat zij een advocaat bij het gehoor wilde. Niet is gebleken dat de piketmelding daadwerkelijk bij de piketcentrale is aangekomen.

3.3. Het enkel niet willen identificeren kan wellicht voldoende zijn voor een vreemdelingenrechtelijke ophouding, maar voor de conclusie dat daarmee mag worden aangenomen dat het gaat om een vreemdeling zonder rechtmatig verblijf, en dat met het oog op uitzetting de bewaring wordt gevorderd in het belang van de openbare orde, bieden de onderliggende stukken en de omstandigheden van het geval onvoldoende grondslag. De bewaring is volgens eiseres aangewend voor een ander doel, namelijk het alsnog achterhalen van haar identiteit.

3.4. Gelet op artikel 7 van de Terugkeerrichtlijn 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) kan verweerder pas na het bieden van de mogelijkheid van zelfstandig vertrek overgaan tot het uitoefenen van dwang om de vreemdeling uit te zetten. Deze termijn van zelfstandig vertrek ontbreekt in het aan eiseres uitgereikte terugkeerbesluit.

3.5. De maatregel kan enkel worden opgelegd wanneer sprake is van een redelijk vooruitzicht op verwijdering. Het enkel niet willen identificeren maakt volgens eiseres niet dat het redelijk vooruitzicht op verwijdering aanwezig is.

3.6. Voorts moet volgens eiseres eerst worden gekeken of de bewaring wel noodzakelijk is en of verweerder met een lichter middel had kunnen volstaan. Dit heeft verweerder nagelaten.

3.7. Eiseres heeft verder aangevoerd dat de nationale wetgeving en de daarop gebaseerde praktijk van bewaring in overeenstemming dient te zijn met de vereisten als gesteld in het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Voor eiseres was het aan de hand van de relevante wetgeving niet voorzienbaar dat zij na haar strafrechtelijke aanhouding in vreemdelingenbewaring zou worden gesteld, om de enkele reden dat zij zich niet wilde identificeren. Mede gelet hierop en gelet op de omstandigheid dat de bewaring is gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is bedoeld, heeft verweerder volgens eiseres in strijd gehandeld met artikel 5 van het EVRM.

3.8. De maatregel van bewaring is volgens eiseres onrechtmatig en dient daarom onder toekenning van schadevergoeding te worden opgeheven.

4. Verweerder heeft - samengevat - het volgende naar voren gebracht.

4.1. Op grond van vaste jurisprudentie mag het onderzoek als bedoeld in artikel 50, tweede en derde lid, van de Vw ruim worden opgevat. De ophouding is volgens verweerder dan ook rechtmatig te achten.

zaaknummer: AWB 11/22450

blad 3

4.2. Er is volgens verweerder voorafgaande het gehoor in het kader van artikel 59 van de Vw telefonisch contact opgenomen met de voorkeursadvocaat.

4.3. Volgens verweerder is niet gebleken dat de maatregel van bewaring te laat is uitgereikt. Er is geen reden te twijfelen aan de mededeling op de maatregel dat een afschriften hiervan onmiddellijk aan de vreemdeling is uitgereikt.

4.4. Volgens verweerder heeft hij aannemelijk gemaakt dat niet is vast te stellen wie eiseres is en wat haar verblijfsrechtelijke status is. Dit is voldoende om tot inbewaringstelling over te gaan. Uit de omstandigheid dat eiseres niet beschikt over een identiteitspapier als bedoeld in artikel 4.21 van het Vreemdelingenbesluit (Vb) blijkt volgens verweerder in dit geval voldoende dat eiseres de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert. Eiseres wenst geen documenten te overleggen en zij weigert iedere vorm van medewerking om haar identiteit en nationaliteit vast te stellen.

4.5. Verweerder heeft verder naar voren gebracht dat geleer op de bestaande jurisprudentie niet kan worden gesteld dat er geen redelijk vooruitzicht op verwijdering aanwezig is. Eiseres heeft de plicht volledig en actief mee te werken.

4.6. Voorts bestaat er volgens verweerder geen reden om met een lichter middel te volstaan, nu het verweerder niet bekend is met wie hij van doen heeft en eiseres aldus niet traceerbaar is.

4.7. Verweerder heeft verder naar voren gebracht dat hij niet in strijd met artikel 5 van het BYRM heeft gehandeld. Op grond van de Vw bestaat het risico dat iemand, wanneer niet is gebleken dat diegene rechtmatig verblijf geniet, in vreemdelingenbewaring kan worden gesteld.

4.8. Verweerder heeft verzocht het beroep ongegrond te verklaren en het verzoek om schadevergoeding af te wijzen. Subsidiair heeft verweerder verzocht de schadevergoeding te matigen tot nihil.

5. De rechtbank overweegt als volgt.

5.1. Op 24 december 2010 is de implementatietermijn voor de Terugkeerrichtlijn verstreken. Niet in geschil is dat deze Terugkeerrichtlijn tot op heden niet in de nationale wetgeving is geïmplementeerd. Voor zover in dit geding van belang gaat het hier, tenzij hierna in andere zin wordt overwogen, om bepalingen van de Terugkeerrichtlijn die onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn gesteld dan wel rechten die particulieren tegenover de staat kunnen doen gelden. Nu de identiteit en nationaliteit van eiseres onbekend is, is er op dit moment 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 merkt in dit verband, onder verwijzing naar de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 6 juli 2006 in de zaak C-212/04, *Adeneler e.a.*, r.o. 110 en 111, en van 19 januari 1982, in de zaak 8/81, *Becker*, op dat het beginsel van richtlijnconforme uitleg vereist dat de nationale rechter binnen zijn bevoegdheid al het mogelijke doet om, het gehele nationale recht in beschouwing nemend en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, de volle werking van de betrokken richtlijn te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van

zaaknummer: AWB 11/22450

blad 4

terugwerkende kracht. Indien en voor zover richtlijnconforme uitleg niet mogelijk is, moet de nationale rechter nationaalrechtelijke bepalingen die in strijd zijn met rechtstreeks werkende bepalingen van de Terugkeerrichtlijn buiten toepassing laten.

5.2. Voor zover eiseres heeft beoogd aan te voeren dat bij haar ophouding, als bedoeld in artikel 50, tweede lid, van de Vw geen sprake was van (een redelijk vermoeden van) illegaal verblijf, overweegt de rechtbank onder verwijzing naar haar uitspraak van 2 december 2008 (LJN: BG5830) als volgt. Uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) van 29 juni 2001, JV 2001/209 volgt dat, indien de politie bij de uitoefening van haar taken de persoonsgegevens van een burger verifieert, steeds controle van de persoonsgegevens in het Vreemdelingen Administratie Systeem (VAS) plaatsvindt. De rechtbank gaat er in de onderhavige zaak echter van uit dat dit niet is gebeurd, nu eiseres geen gegevens heeft verstrekt die in het VAS zouden kunnen worden gecontroleerd. Anders dan deze rechtbank heeft overwogen in haar uitspraak van 16 augustus 2007, kenmerk Awb 07/31057 en 07/31096, mocht verweerder, nu de identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie van eiser bij de strafrechtelijke aanhouding niet konden worden vastgesteld, daarin naar het oordeel van de rechtbank grond vinden voor het verrichten van nader onderzoek en mocht verweerder deswege tot ophouding overgaan. De rechtbank verwijst hierbij naar hetgeen is overwogen in de uitspraak van de ABRvS van 2 april 2007 (LJN: BA2831), en van 15 maart 2004 (LJN: AO7160). Voor zover de desbetreffende persoon medewerking aan de vaststelling van zijn identiteit en nationaliteit weigert, mogen de gevolgen daarvan in beginsel voor zijn rekening worden gelaten. In het onderhavige geval ziet de rechtbank, gelet op de stukken en het verhandelde ter zitting, geen grond voor het oordeel dat deze gevolgen niet voor rekening en risico van eiseres mogen worden gelaten. De rechtbank concludeert dat verweerder tot ophouding van eiseres mocht overgaan. De beroepsgrond slaagt niet.

5.3. Uit het op 8 juli 2011 op ambtsbelofte opgemaakte proces-verbaal van overbrenging en ophouding blijkt dat, behoudens onderzoek van de personalia van betrokkene in de Basis Voorzieningen Vreemdelingen, geen onderzoek heeft plaatsgevonden, zoals het horen van eiseres of het afnemen van vingerafdrukken. Eiseres is op 5 juli 2011 om 23.00 uur heengezonden en zij is op datzelfde tijdstip op grond van artikel 50, tweede lid, van de Vw opgehouden. Op 6 juli 2011 om 13.10 uur is zij in bewaring gesteld. Gelet op de omstandigheid dat verweerder ruim vijf uur de tijd heeft gehad om nader onderzoek te verrichten en dat verweerder gedurende deze periode enkel nader onderzoek heeft verricht in de Basis Voorzieningen Vreemdelingen, is de rechtbank van oordeel dat de ophouding van eiseres onrechtmatig is te achten.

5.4. Een gebrek dat kleefte aan een vrijheidsontneming via welke de vreemdeling in de macht van de tot inbewaringsstelling en uitzetting bevoegde autoriteiten is gebracht, maakt de daarop aansluitende bewaring slechts onrechtmatig indien de daarmee gediende belangen niet in redelijke verhouding staan tot de ernst van het gebrek en de daardoor geschonden belangen. Gelet op de omstandigheid dat eiseres welgerde haar medewerking te verlenen om haar identiteit en nationaliteit vast te stellen, is de rechtbank van oordeel dat de gediende belangen met de inbewaringsstelling in redelijke verhouding staan tot de ernst van het gebrek en de daardoor geschonden belangen. Het gebrek dat kleefte aan de ophouding van eiseres, maakt de daarop aansluitende bewaring dan ook niet onrechtmatig. De rechtbank is van oordeel dat de belangenafweging in het voordeel van verweerder dient uit te vallen. De beroepsgrond slaagt niet.

zaaknummer: AWB 11/22450

blad 5

5.5. Uit het op 6 juli 2011 op ambtsbelofte opgemaakte proces-verbaal van gehoor in het kader van artikel 59 van de Vw blijkt dat eiseres heeft verklaard dat zij wel een advocaat bij het gehoor wilde en dat zij de naam van de advocaat die zij wenste heeft genoemd. Deze advocaat is door verweerder eerst telefonisch en vervolgens per fax ingelicht. Blijkens het proces-verbaal is de gewenste advocaat in kennis gesteld en zou deze later langskomen. Ingevolge paragraaf A6/5.3.4.2 van de Vreemdelingencirculaire (Vc) kan met het gehoor begonnen worden indien de ingelichte advocaat binnen twee uur na het verzonden bericht niet aanwezig is. De rechtbank stelt vast dat uit het proces-verbaal niet is af te leiden dat verweerder twee uur heeft gewacht met het aanvangen van het gehoor na het telefonisch contact met de advocaat. Hieruit volgt dat een schending van het recht op rechtsbijstand heeft plaatsgevonden.

5.6. Op zichzelf maakt het bovengenoemde de maatregel van bewaring nog niet onrechtmatig. De rechtbank dient daartoe de belangen van partijen af te wegen.

5.7. Voor zover verweerder niet twee uur heeft gewacht op de komst van een advocaat, is de rechtbank van oordeel dat dit gebrek op zichzelf de maatregel nog niet onrechtmatig maakt. Verweerder heeft zich, nu eiseres niet heeft meegewerkt aan het vaststellen van haar identiteit en nationaliteit, terecht op het standpunt mogen stellen dat aan het belang van verweerder bij de inbewaringstelling van eiseres meer gewicht toekomt dan aan het belang van eiseres bij haar invrijheidstelling. Gelet hierop is de rechtbank van oordeel dat eiseres niet zodanig in haar belangen is geschaad, dat geconcludeerd zou moeten worden dat de maatregel onrechtmatig is. De beroepsgrond slaagt niet.

5.8. In dit geval is er een terugkeerbesluit, waarbij verweerder heeft verwezen naar het bepaalde in artikel 61, eerste lid, dan wel artikel 62, derde lid, van de Vw. Nu in dit geval los van de maatregel een terugkeerbesluit is genomen, staat het gesloten rechtsmiddelenstelsel van de Vw er aan in de weg dat de rechtbank bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de maatregel van bewaring ook een oordeel geeft over de rechtmatigheid van het terugkeerbesluit. Pas indien zo'n terugkeerbesluit in de daartoe voorziene procedure onrechtmatig is gebleken, kan de rechter, die over de maatregel van bewaring heeft te oordelen, oordelen over de gevolgen daarvan voor de rechtmatigheid van die maatregel. Van de onthouding van een effectief rechtsmiddel is geen sprake, nu tegen een afzonderlijk terugkeerbesluit zoals dat nu is genomen het rechtsmiddel van bezwaar openstaat en hangende die procedure zo nodig om een voorlopige voorziening kan worden verzocht bij de voorzieningenrechter van de rechtbank. Gelet hierop kan de rechtbank niet treden in de beoordeling van de rechtmatigheid - waaronder de omstandigheid dat eiseres geen vertrektermijn als bedoeld in artikel 7 van de Terugkeerrichtlijn zou zijn geboden - van het terugkeerbesluit.

5.9. De rechtbank overweegt dat verweerder heeft betoogd dat de omstandigheid dat eiseres niet over een identiteitspapier als bedoeld in artikel 4.21 van het Vb beschikt, duidt op het onwijken en belemmeren van de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure. De rechtbank stelt vast dat het ontbreken van documenten aan eiseres kan worden toegerekend. Eiseres heeft op geen enkele wijze medewerking verleend aan het vaststellen van haar identiteit. Hierdoor is verweerder geen gelegenheid geboden om nader onderzoek te kunnen verrichten. In het onderhavige geval ziet de rechtbank geen grond voor het oordeel dat deze gevolgen niet voor rekening en risico van eiseres mogen worden gelaten. Gelet op het voorgaande heeft verweerder de omstandigheid dat eiseres niet beschikt over een identiteitspapier als bedoeld in 4.21 van het Vb aan de maatregel ten grondslag mogen leggen.

zaaknummer: AWB 11/22450

blad 6

De rechtbank concludeert dat, gelet op de door verweerder kenbaar gemaakte nadere toelichting en mede in het licht bezien van de uitspraak van de ABRvS van 1 mei 2002 (LJN: AB3705) en de uitspraak van de ABRvS van 21 maart 2011 (LJN: BP9284), het enkel (toerekenbaar) niet beschikken over een identiteitspapier als bedoeld in artikel 4.21 Vb in dit specifieke geval voldoende is om aan te nemen dat eiseres de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert. Gelet op het voorgaande is de omstandigheid dat eiseres niet beschikt over een identiteitspapier als bedoeld in artikel 4.21 van het Vb voldoende om de maatregel te dragen. Er bestaat dan ook geen grond voor het oordeel dat de bewaring zou zijn aangewend voor een ander doel. De beroepsgrond slaagt niet.

5.10. De rechtbank is onder verwijzing naar de uitspraak van de ABRvS van 2 april 2007 (LJN: BA2831) van oordeel dat voor zover eiseres de medewerking aan de vaststelling van haar identiteit en nationaliteit weigert, de gevolgen daarvan, waaronder de voortzetting van de bewaring, voor haar rekening en risico dienen te worden gelaten. Gelet hierop bestaat er geen grond voor het oordeel dat het redelijk vooruitzicht op verwijdering ontbreekt. De beroepsgrond slaagt niet.

5.11. In haar uitspraak van 28 april 2011 heeft de ABRvS (LJN: BQ3797) overwogen dat de richtlijn geen uitdrukkelijke bepaling over de mate van indringendheid waarmee de rechter dient te toetsen of, in gevallen waarin een daartoe bevoegde administratieve autoriteit een maatregel van bewaring heeft opgelegd, met de toepassing van een minder dwingende maatregel had kunnen worden volstaan, bevat. Uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) van 18 maart 2010 in de zaken C-317/08, C-318/08, C-319/08 en C-320/08, Alassini o.a. (www.curia.europa.eu) volgt dat het, bij gebreke van Unieregeling ter zake, in de eerste plaats een aangelegenheid van de interne rechtsorde van een lidstaat is om de procedureregels vast te stellen voor de beroepen die dienen ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontfangen, op voorwaarde dat in elk geval een doeltreffende bescherming van die rechten is verzekerd. De door het Hof in dit arrest genoemde uitgangspunten zijn naar hun aard evenzeer van toepassing op de mate van indringendheid waarmee de rechter toetst of besluiten van organen van de lidstaten ten aanzien van individuele justitiabelen in overeenstemming zijn met het Unierecht.

5.12. In artikel 15, eerste lid, aanhef, van de Terugkeerrichtlijn is met betrekking tot de toepassing van minder dwingende maatregelen geen beoordelingsvrijheid toegekend, maar de bewoordingen "afdoende", "doeltreffend" en "kunnen worden toegepast" impliceren naar hun aard wel enige beoordelingsruimte. Dit brengt met zich dat ook de toetsing door de rechter in zoverre enigszins terughoudend dient te zijn. Deze wijze van toetsing is niet ongunstiger dan de wijze waarop de Nederlandse rechter soortgelijke bestuursrechtelijke normen met een zekere beoordelingsruimte toetst en is derhalve in overeenstemming met het gelijkwaardigheidsbeginsel. Voorts bestaat geen grond voor het oordeel dat deze wijze van toetsing niet in overeenstemming is met het doeltreffendheidsbeginsel.

5.13. Ter verzekering van de volle werking van de richtlijn is niet vereist dat de bevoegdheden van het tot inbewaringstelling bevoegde bestuursorgaan en de rechter die de rechtmatigheid van de inbewaringstelling toetst, in alle opzichten gelijk zijn. Zoals het Hof in punt 72 van het arrest van 22 december 2010 in de zaken C-444/09 en C-456/09, Gavieiro Gavieiro en Iglesias Torres (www.curia.europa.eu) overweegt, gelden de uit een richtlijn voortvloeiende verplichtingen voor rechterlijke instanties "binnen het kader van hun bevoegdheden", zodat deze verplichtingen niet nopen tot een zodanige rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de vreemdelingenbewaring, dat de rechter ook op die onderdelen

zaaknummer: AWB 11/22450

blad 7

van het besluit waarop het tot inbewaringstelling bevoegde bestuursorgaan beoordelingsruimte toekomt, zijn eigen oordeel in de plaats van dat van het bestuursorgaan dient te stellen. Bij de beantwoording van de vraag of verweerder met toepassing van een lichter middel had kunnen volstaan, dient de rechtbank enige terughoudendheid in acht te nemen en te beoordelen of verweerder zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat geen andere afdoende maar minder dwingende maatregelen dan de inbewaringstelling doeltreffend konden worden toegepast.

5.14. Gelet op de omstandigheid dat eiseres voor verweerder niet traceerbaar is en niet wenst te spreken over wie zij is en waar zij vandaan komt, is de rechtbank van oordeel dat verweerder zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat geen afdoende maar minder dwingende maatregel dan de inbewaringstelling doeltreffend kon worden toegepast. De beroepsgrond slaagt niet.

5.15. Gelet op het vorenstaande en onder verwijzing naar het arrest Chahal van 15 november 1996 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (LJN: AD4442) is de rechtbank van oordeel dat verweerder niet in strijd heeft gehandeld met artikel 5 van het EVRM.

5.16. Gelet op het voorgaande en artikel 94, vierde 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.

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

7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

zaaknummer: AWB 11/22450

blad 8

Beslissing

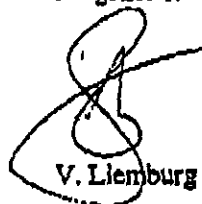
De rechtbank:

verklaart het beroep ongegrond;

wijst het verzoek om schadevergoeding af.

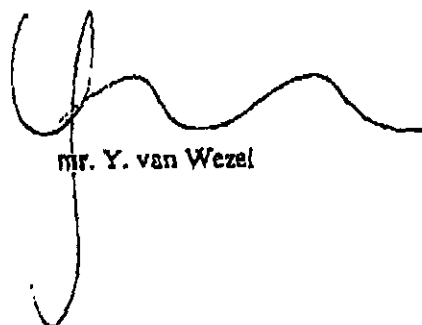
Aldus vastgesteld door mr. Y. van Wezel, als rechter, en in het openbaar uitgesproken op 1 augustus 2011.

De griffier:



V. Liemburg

De rechter:



mr. Y. van Wezel

afschrift verzonden op:

~ 1 AUG. 2011

Rechtsmiddel

Ingevolge artikel 95 van de Vw staat tegen deze uitspraak binnen een week na de dag van bekendmaking hiervan voor belanghebbenden hoger beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Postbus 16113, 2500 BC Den Haag. Het beroepschrift dient één of meer grieven tegen deze uitspraak te bevatten.

Böhler

ADVOCATEN

KEIZERSGRACHT 560-562, 1017 EM AMSTERDAM
 TELEFOON +31 (0)20.3446200, TELEFAX +31 (0)20.3446201
 E-MAIL: info@bohler.eu | www.bohler.eu

DR. BRITTA BÖHLER
 MARQ WIJNGAARDEN
 VICTOR KOPPE
 MICHEL PESTMAN
 FLIP SCHÜLLER
 PROF. LISEBETH ZIEVELD
 PROF. TISS FRANKEN
 DR. BART STAPERT
 MARIEKE VAN RIK
 MICHEL UITERWAAL
 CORRIEN ULLERSMA
 WIL BIKELBOOM
 DR. CHANNA SAMKALDEN
 ANNE SCHELTEMA BROUIN
 TAMARA BURUMA
 VALENTINA ZUIDERBAAN
 PROF. GÖRAN SLUITER
 EDWARD VAN KEMPEN
 MARINA DEN HOUDIKER
 URSULA WEITZEL

ADVISEURS
 PROF. HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA
 PROF. ANDRÉ NOLLEKAMPEN

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
08 AUG. 2011	
ZAAKNR. 201108656	
AAN:	
BEHANDELD DO:	PAR:

Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad
 van State
 Hoger beroep Vreemdelingenzaken
 Postbus 16113
 2500 BC Den Haag
 Per falkpost

Tevens per fax: 070-3651380
 Aantal pagina's: 26

Amsterdam, 8 augustus 2011
 Onze ref. 20111038.CU

Direct tel.nr: 020-3446211
 Direct faxnr: 020-3446202

HOGER BEROEPSCHRIFT

Betreft: / hoger beroep

Geachte heer/mevrouw,

Namens cliënte, (alias), ("appellante"), voor deze zaak woonplaats kiezende aan de Keizersgracht 560-562 (1017 EM) te Amsterdam op het kantoor van haar advocaat mr. C.J. Ullersma ("ondergetekende"), die verklaart door haar bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd tot het instellen van hoger beroep middels het opstellen, ondertekenen en indienen van dit hoger beroepschrift, kom ik hierbij in hoger beroep tegen de uitspraak van 1 augustus 2011 van de rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats Utrecht (AWB 11/22450), waarbij het namens appellante ingestelde beroep tegen de oplegging de maatregel als bedoeld in artikel 59 van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw) ongegrond is verklaard. Een kopie van de uitspraak gaat hierbij (bijlage).

Appellante kan zich met de uitspraak van de rechtbank niet verenigen en voert hiertoe de volgende grieven aan. Deze grieven en de daarbij behorende toelichting dienen eveneens in onderlinge samenhang te worden beschouwd.

Appellante verzoekt de eerdere gedingstukken als hier letterlijk herhaald en ingelast aan te merken.

Böhler

8 augustus 2011, pagina 2

Algemene toelichting op de grieven

Onderhavig hoger beroepsschrift is gericht tegen de uitspraak van de rechtbank Utrecht van 1 augustus 2011. De zaak maakt deel uit van een groep van veertig ter zitting van 18 juli 2011 gezamenlijk behandelde beroepen tegen inbewaringstelling.

De achtergrond is kort samengevat als volgt. Op 5 juli 2011 werd kraakpand en cultureel centrum Schijnheilig in Amsterdam ontruimd. Daarbij werden ongeveer 150 daar in het gebied aanwezige personen strafrechtelijk aangehouden. Na het strafrechtelijk traject werden alle personen die hun identiteit niet kenbaar hadden gemaakt, overgedragen aan de Vreemdelingendienst, op 5 juli 2011 om 23.00 uur. Deze 52 personen zijn vervolgens allen in bewaring gesteld. Veertig zaken werden door de rechtbank Utrecht gezamenlijk behandeld ter terechtzitting van 18 juli 2011, waarbij het eerste deel van de zitting bestond uit algemene behandeling van en pleidooi voor alle zaken. Na het algemene gedeelte, volgde de individuele behandeling van de veertig zaken.

Op 25 juli 2011 deed de rechtbank uitspraak in zes zaken, de zaken waarin de betrokkene nog was gedetineerd. In de overige zaken, waaronder de onderhavige, volgde uitspraak op 1 augustus 2011.

Het onderhavige hoger beroep dient te worden geplaatst tegen de achtergrond van de gezamenlijke en deels gevoegde behandeling. Het dient in samenhang te worden gezien met de overige bij de rechtbank behandelde zaken, met de reeds ingediende zes hoger beroepsschriften, alsmede met de hoger beroepsschriften die naar aanleiding van de uitspraken van de rechtbank in de overige zaken thans volgen. Appellante verzoekt uw Afdeling daarmee rekening te houden.

Het algemeen pleidooi van 18 juli 2011 (zie dossier rechtbank; aldaar aangehecht) dient als hier letterlijk herhaald en ingelast te worden beschouwd.

Grief I

De grief richt zich tegen de volgende overwegingen van de rechtbank, in onderlinge samenhang gezien:

5.2. Voor zover eiseres heeft beoogd aan te voeren dat bij haar ophouding, als bedoeld in artikel 50, tweede lid, van de Vw geen sprake was van (een redelijk vermoeden van) illegaal verblijf, overweegt de rechtbank onder verwijzing naar haar uitspraak van 2 december 2008 (LJN: BG5830) als volgt. Uit de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) van 29 juni 2001 (JV 2001/209) volgt dat, indien de politie bij de uitoefening van haar taken de persoonsgegevens van een burger verifieert, steeds controle van de persoonsgegevens in het Vreemdelingen Administratie Systeem (VAS) plaatsvindt. De rechtbank gaat er in de onderhavige zaak echter van uit dat dit niet is gebeurd, nu eiseres geen gegevens heeft verstrekt die in het VAS zouden

Böhler

, 8 augustus 2011, pagina 3

kunnen worden gecontroleerd. Anders dan deze rechtbank heeft overwogen in haar uitspraak van 16 augustus 2007, kenmerk Awb 07/31057 en 07/31096, mocht verweerder, nu de identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie van eiser bij de strafrechtelijke aanhouding niet konden worden vastgesteld, daarin naar het oordeel van de rechtbank grond vinden voor het verrichten van nader onderzoek en mocht verweerder deswege tot ophouding overgaan. De rechtbank verwijst hierbij naar hetgeen is overwogen in de uitspraak van de ABRvS van 2 april 2007 (LJN: BA2831), en van 15 maart 2004 (LJN: AO7160). Voor zover de desbetreffende persoon medewerking aan de vaststelling van zijn identiteit en nationaliteit weigert, mogen de gevolgen daarvan in beginsel voor zijn rekening worden gelaten. In het onderhavige geval ziet de rechtbank, gelet op de stukken en het verhandelde ter zitting, geen grond voor het oordeel dat deze gevolgen niet voor rekening en risico van eiseres mogen worden gelaten. De rechtbank concludeert dat verweerder tot ophouding van eiseres mocht overgaan. De beroepsgrond slaagt niet.

Toelichting op de grief

1. Appellante kan zich niet verenigen met bovengenoemde overwegingen van de rechtbank.
2. Appellante werd op 5 juli 2011 strafrechtelijk aangehouden. Zij heeft geweigerd haar identiteit kenbaar te maken. Op 6 juli 2011 is zij in vrijheid gesteld en aansluitend op grond van artikel 50 Vw overgebracht en opgehouden. Appellante is vervolgens op 6 juli 2011 in vreemdelingenbewaring gesteld.
3. In beroep heeft appellante de vraag voorgelegd of na het eindigen van het strafrechtelijk voortraject appellante vreemdelingenrechtelijk in bewaring kon worden gesteld.
4. Appellante heeft in dat kader kort gezegd uiteengezet dat uit jurisprudentie blijkt dat in het geval in het strafrechtelijk voortraject de identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie niet zijn komen vast te staan, daarin grond kan worden gevonden voor het vreemdelingenrechtelijk ophouden van de betrokken persoon om in dat kader nader onderzoek te verrichten.¹ Wanneer de ophoudingsfase tot een einde komt, het onderzoek naar identiteit, nationaliteit en verblijfsstatus dus is afgerond, dient, zo is in beroep betoogd, een besluit te worden genomen of de betrokkene in bewaring kan en dient te worden gesteld. Er kan niet automatisch tot inbewaringstelling worden overgegaan. Dat volgt uit de wet, de tekst van de artikelen 50 en 59 Vw. Het vergt een concrete, deugdelijke en individuele beoordeling. Het enkele feit dat de identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie niet zijn vastgesteld, is op zichzelf niet voldoende om de betrokkene in bewa-

¹ Dat onderzoek dient dan ook wel te worden verricht, hetgeen volgens appellante (in vrijwel alle veertig zaken alsmede de onderhavige) niet is gebeurd, zie onderdelen 13 tot en met 19 (p. 5-7) van het algemeen pleidooi. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de ophouding om deze reden onrechtmatig is geweest. Hierop wordt later teruggekomen.

Böhler

, 8 augustus 2011, pagina 4

ring te stellen bij het tot een einde komen van de ophoudingsfase. De bevoegdheid tot inbewaringstelling kan enkel worden aangewend wanneer verweerder heeft vastgesteld althans tenminste op objectieve gronden aan nemelijk acht dat de betrokkene geen rechtmatig verblijf heeft, nu het doel van vreemdelingenrechtelijke bewaring de uitzetting van de vreemdeling is. De openbare orde dient de bewaring vervolgens te vorderen. In de jurisprudentie zoals deze tot nu toe is gevormd, is over de overgang van vreemdelingenrechtelijke ophouding naar inbewaringstelling niet geoordeeld; de uitspraken zien op de overgang van strafrechtelijk traject naar vreemdelingenrechtelijke ophouding en de toepasselijkheid van de toets van een redelijk vermoeden van illegaal verblijf daarbij. Appellante verwijst naar onderdelen 20 tot en met 43 (p. 7-13) van het algemeen pleidooi, waar voornoemde gronden onderbouwd zijn uiteengezet.

5. In de samenvatting van de beroepsgronden heeft de rechtbank het pleidooi op dit punt als volgt geresumeerd:

3.3 Het enkele niet willen identificeren kan wellicht voldoende zijn voor een vreemdelingenrechtelijke ophouding, maar voor de conclusie dat daarmee mag worden aangenomen dat het gaat om een vreemdeling zonder rechtmatig verblijf, en dat met het oog op uitzetting de bewaring wordt gevorderd in het belang van de openbare orde, bieden de onderliggende stukken en de omstandigheden van het geval onvoldoende grondslag. De bewaring is volgens eiseres aangewend voor een ander doel, namelijk het alsnog achterhalen van haar identiteit.

6. Echter, uit de uitspraak blijkt uit de rechtsoverwegingen niet dat de rechtbank op deze beroepsgrond als zodanig is ingegaan. De rechtbank benoemt de beroepsgrond in haar genoemde overweging als 'voor zover eiseres heeft beoogd aan te voeren dat bij haar ophouding, als bedoeld in artikel 50, tweede lid, van de Vw geen sprake was van (een redelijk vermoeden van) illegaal verblijf'. Met deze formulering is miskend dat appellante niet heeft beoogd om aan te voeren dat na het strafrechtelijk traject bij de vreemdelingenrechtelijke ophouding geen sprake was van een redelijk vermoeden van illegaal verblijf of dat dit criterium ten onrechte niet zou zijn toegepast. In het pleidooi staat vermeld:

De in de jurisprudentie over NN-ers wel vaker gevoerde discussie of (bij de ophouding) sprake dient te zijn van een redelijk vermoeden van illegaal verblijf doet in zoverre vooralsnog thans niet ter zake. Het gaat om het moment tussen ophouding en bewaringsmaatregel. Daarover is in de jurisprudentie niets te vinden. Die gaat enkel over de overgang van strafrecht naar vreemdelingenrecht. (onderdeel 23, p. 7-8)

7. De overweging van de rechtbank ziet blijkens de bewoordingen enkel op de overgang van strafrecht naar de vreemdelingenrechtelijke ophouding. Deze overweging is in andere NN-uitspraken aangetroffen, maar ziet niet op hetgeen in de onderhavige zaak is aangevoerd. De beroepsgrond betreft in de kern immers niet de bevoegdheid tot vreemdelingenrechtelijke op-

Böhler

NN1330, 8 augustus 2011, pagina 5

houding, maar de toets bij het tot een einde komen van de ophouding en de overgang tot inbewaringstelling, die ten onrechte een automatische koppeling vormt; ophouding is dus bewaring. Die automatische koppeling, zo is betoogd, is rechtens onjuist. Van een zelfstandige, individuele beoordeling is geen sprake, blijkens de dossiers in alle zaken, waaronder onderhavige.

8. Uit het voorgaande blijkt dat de rechtbank de beroepsgrond onjuist heeft uitgelegd, althans niet (juist) heeft betrokken in haar overwegingen. Ten aanzien van de bevoegdheid tot inbewaringstelling na de ophoudingsfase heeft de rechtbank geen oordeel gegeven. De rechtbank is hiermee voorbijgegaan aan en heeft zich niet uitgesproken over een essentieel onderdeel van het beroep, zodat de bestreden uitspraak zich kenmerkt door een motiveringsgebrek en strijdig is met artikel 8:69 Awb. De uitspraak kan dan ook niet in stand blijven. Voor zover uw Afdeling dit nodig acht, dient de zaak te worden terugverwezen.
9. Appellante heeft betoogd dat op grond van wet en -regelgeving het enkele niet meewerken aan de vaststelling van identiteit en nationaliteit, op zichzelf onvoldoende grondslag vormt om na de ophouding tot inbewaringstelling te kunnen overgaan. Niet voor niets, in het verlengde van hetgeen in het algemeen pleidooi staat genoteerd, heeft overigens ook de wetgever in het strafrecht in een geval als het onderhavige, wanneer het om een overtreding gaat en geen andere grondslag bestaat de betrokkene langer vast te kunnen houden, bepaald dat de betrokkene in vrijheid dient te worden gesteld, omdat diens vrijheid dient te prevaleren.
10. De inwerkingtreding van de Terugkeerrichtlijn (2008/115/EG) is op deze plaats tevens van belang. Immers, in deze context heeft de rechter zich daarover nog niet uitgesproken. Uit de Terugkeerrichtlijn blijkt evenzeer dat een toets zal dienen plaats te vinden op het moment dat over het opleggen van de bewaringsmaatregel wordt besloten. In lijn met het algemeen Europees recht, vergt dit een werkelijke, evenwichtige en evenredige beoordeling van de omstandigheden. De Terugkeerrichtlijn is enkel van toepassing op *illegaal* op het grondgebied van de lidstaat verblijvende *derdelanders*. Dit impliceert een toets aan die criteria, alvorens aan de uitleg en toepassing van de bepalingen van de richtlijn wordt toegekomen. In de richtlijn staat evenzo bepaald dat bewaring het zwaarste middel is, dat zeer terughoudend mag worden ingezet. Het impliceert ten eerste dat een zorgvuldige toets plaatsvindt van wie onder deze bepalingen vallen en in bewaring kunnen worden gesteld. Dat is ten onrechte achterwege gebleven. Zie algemeen pleidooi onderdelen 44-51 (p. 14-16), waarin het voorgaande verder is uitgewerkt. De rechtbank heeft zich over deze gronden niet uitgesproken, althans niet deugdelijk gemotiveerd op welke gronden daaraan voorbij kan worden gegaan. De uitspraak kan dan ook niet in stand blijven.
11. Met voornoemde grieven wordt ook r.o. 5.9 ten aanzien van het zicht op uitzetting aangetast.

Böhler

, 8 augustus 2011, pagina 6

12. De conclusie dient te luiden, conform het algemeen pleidooi dat niet aan-
nemelijk is dat de bewaring is opgelegd in lijn met het doel dat daaraan
door de wetgever is toegekend. De rechtbank heeft dit miskend, althans
onvoldoende weerlegd.

Grief Ib

13. De grief betreft de onzorgvuldigheid van de gang van zaken met betrek-
king tot de inbewaringstelling in algemene zin en wordt daarom op deze
plaats naar voren gebracht, onder verwijzing naar het algemeen pleidooi.
De rechtbank is er aan voorbijgegaan dat de dossiers, waaronder onderha-
vige, op vele punten onzorgvuldigheid ademen en vragen oproepen in het
licht van de kennis van de achtergrond. De zaken dienden en zullen ook
thans op deze punten in samenhang dienen te worden gezien; het betreft
dezelfde actie van waaruit de vreemdelingenrechtelijke procedure is aan-
gevangen, dezelfde gang van zaken ten aanzien van de bewaring en de za-
ken zijn bovendien gezamenlijk en gedeeltelijk gevoegd behandeld ter zit-
ting. De rechtbank kon de ogen dan ook niet sluiten voor onzorgvuldighe-
den die zijn geconstateerd in tal van dossiers en waarop de gemachtigde
van verweerder ter zitting geen adequaat antwoord kon geven. De rech-
bank is daar al te gemakkelijk overheen gestapt onder verwijzing naar de
zich in het dossier bevindende processen-verbaal (van het artikel 59 Vw-
gehoor, de maatregel, etcetera). Verwezen wordt naar de zittingsaanteke-
ningen, het algemeen pleidooi en de uitspraak waar de beroepsgronden in
dit kader zijn weergegeven. Nu in vele zaken verklaringen zijn afgelegd
over misslagen en omstandigheden die zich niet aldus hebben kunnen
voordoen zoals in het dossier geschetst (moment inroepen advocaat bij ge-
hoor, uitreiking van maatregel of terugkeerbesluit), diende de rechtbank
tenminste gehoor te geven aan het verzoek om getuigen op te roepen, te
weten de vijf hulpofficieren van justitie (de heren F.P. Heijne, J. van der
Woude, J.G. den Engelsman, J. Visser en H. Blekkenhorst, allen werkzaam
bij de politie Amsterdam-Amstelland) die de maatregelen van bewaring
hadden opgelegd om aldus duidelijkheid te verkrijgen over de gang van
zaken en afwegingen ten aanzien van het opleggen van de maatregel van
de bewaring, die onweersproken zeer chaotisch was, alleen al door het gro-
te aantal betrokkenen dat tegelijkertijd in bewaring werd gesteld, zonder
uitzondering iedereen die zijn identiteit niet kenbaar maakte, hetgeen reeds
vragen oproept over de individuele beoordeling van het opleggen van de
maatregel en op welke vragen de dossiers geen uitsluitsel geven. De rech-
bank heeft met haar overwegingen geen aanleiding te zien om te twijfelen
aan het proces-verbaal niet gemotiveerd op welke gronden zij meent uit te
kunnen gaan van het dossier. In een aantal zaken heeft de betrokkene als-
ook ondergetekende, op een aantal punten uit eigen ervaringen verklaard,
welke verklaringen zonder meer terzijde zijn geschoven. Daartegenover
staat bovendien het feit dat de gemachtigde van verweerder ter zitting in
een aantal zaken aantoonbaar en op essentiële onderdelen het dossier niet
kende en enkel in zijn algemeenheid stelde uit te gaan van het proces-
verbaal, terwijl hij niet op de hoogte was, in ieder geval niet uit eigen erva-

Böhler

8 augustus 2011, pagina 7

ring, van wat er precies bij de inbewaringstelling was voorgevallen. Gezien de massaliteit van de actie en oplegging van de maatregel was duidelijkheid hierover noodzakelijk en kon niet onder de enkele aannahme dat de dossiers wel zullen deugen terzijde worden geschoven, juist nu daartegenover indicaties staan van het tegenovergestelde. Blijkens bestendige jurisprudentie ligt de bewijsmaatstaf voor in bewaring verblijvende betrokkenen lager dan wanneer de betrokkene niet gedetineerd zit. De mogelijkheden om bewijs aan te dragen voor een gedetineerde zijn nu eenmaal substantieel minder dan voor een persoon die niet is gedetineerd. Het gaat erom wat van de betrokkene in redelijkheid kan worden verlangd aan onderbouwing aan te leveren.² Ook daarom had de rechtbank de verzochte getuigen niet mogen weigeren.

14. Elke schijn van willekeurigheid en (grove) onzorgvuldigheid dient te worden gemeden wanneer het gaat om het ontnemen van de vrijheid door de overheid. Daarvan is geen sprake. De rechtbank heeft zich weinig actief getoond in het onderzoek op dit punt en heeft daarmee ten eerste deze schijn niet voorkomen. De uitspraak is niet draagkrachtig gemotiveerd en geeft blijk van onzorgvuldigheid, nu ten onrechte is afgezien van het horen van getuigen. De verzochte getuigen konden voorts uit eigen ervaring verklaren wat de gevolgde gang van zaken was en op welke gronden tot inbewaringstelling van de betrokkenen is besloten. De bevoegdheid tot inbewaringstelling is door appellante ter discussie gesteld, mede op grond van de actie als geheel en de onzorgvuldigheden en/of onduidelijkheden in het dossier, de verzochte getuigen zijn de aangewezen personen daarover te verklaren. Op grond van de kennis die de rechtbank had op het moment van indiening van het verzoek om de getuigen op te roepen, kon de rechtbank in redelijkheid geen prognose maken van de relevantie van de getuigen. De tot dan toe beschikbare informatie waarover de rechtbank beschikte -het dossier (in alle zaken) van verweerder die op dat moment werden toegezonden- was onvoldoende om het verzoek gemotiveerd en op aanvaardbare wijze te kunnen afwijzen, zeker nu ondergetekende motiveerde op welke gronden zij gezien de ervaringen van de betrokkenen (enkele tientallen in bewaring gestelde personen, wiens zaken allen bij de rechtbank werden behandeld) het horen van de getuigen noodzakelijk achtte. De rechtbank kon op dat moment niet afwijzen, nu de kennis daartoe onvoldoende was. Ter zitting had de rechtbank haar standpunt nog kunnen en dienen te herzien, na het kennismaken van het algemeen pleidooi en in de behandeling van de individuele zaken, waaronder de onderhavige. Het standpunt van de rechtbank dat het horen van de getuigen redelijkerwijs niet zou kunnen bijdragen aan het onderzoek is dan ook niet begrijpelijk en niet deugdelijk en kenbaar gemotiveerd³. Nu daarmee appellante de mogelijkheid is ontnomen om haar beroepsgrond te kunnen onderbouwen, terwijl deze betrekking heeft op een essentieel onderdeel van het beroep, vormt de overweging een schending van artikel 6 EVRM.

² Zie ook Schuurmans, Bewijslastverdeling in het bestuursrecht, Kluwer 2005, o.m. p. 22ev, 226 en 241.

³ Zie Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure, Kluwer 2008, p. 389.

Böhler

8 augustus 2011, pagina 8

15. Het feit dat dit in het algemeen pleidooi naar voren is gebracht en besproken, maakt het relevant voor iedere individuele zaak, ook voor de onderhavige.

Grief II

De grief richt zich tegen de volgende overwegingen van de rechtbank, in onderlinge samenhang gezien:

5.4 Een gebrek dat kleefte aan een vrijheidsontneming via welke de vreemdeling in de macht van de tot inbewaringstelling en uitzetting bevoegde autoriteiten is gebracht, maakt de daarop aansluitende bewaring slechts onrechtmatig indien de daarmee gediende belangen niet in redelijke verhouding staat tot de ernst van het gebrek en de daardoor geschonden belangen. Gelet op de omstandigheid dat eiseres weigerde haar medewerking te verlenen om haar identiteit en nationaliteit vast te stellen, is de rechtbank van oordeel dat de gediende belangen met de inbewaringstelling in redelijke verhouding staat tot de ernst van het gebrek en de daardoor geschonden belangen. Het gebrek dat kleefte aan de ophouding van eiseres, maakt de daarop aansluitende bewaring dan ook niet onrechtmatig. De rechtbank is van oordeel dat de belangenafweging in het voordeel van verweerder dient uit te vallen. De beroepsgrond slaagt niet.

Toelichting op de grief

16. De rechtbank heeft in rechtsoverweging 4.3 terecht vastgesteld dat de ophouding onrechtmatig was, nu tijdens de ophouding geen enkel onderzoek naar de identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie heeft plaatsgevonden. Ten onrechte acht de rechtbank de onrechtmatige ophouding niet een zwaar genoeg gebrek om de daarop volgende bewaring onrechtmatig te achten. De rechtbank acht daarvoor het gebrek aan medewerking van appellante doorslaggevend.
17. De rechtbank miskent daarmee de omstandigheden van het geval. De ophouding is bedoeld voor het doen van nader onderzoek naar de identiteit, nationaliteit en verblijfsrechtelijke positie. In dit geval heeft verweerder bijna zes uur lang ophouding opgelegd. Daarbij is van belang dat daaraan vooraf reeds 12 uur strafrechtelijk traject vooraf ging, waarvan zes uur zijn bestemd voor het doen van onderzoek naar de identiteit van de betrokkene. De overheid had dus 12 uur de tijd om onderzoek naar de identiteit te doen. En heeft daarvan het gehele vreemdelingenrechtelijke deel daarvan -zes uur- wel opgelegd, maar geen enkel onderzoek gedaan. Vervolgens is appellante zonder meer in bewaring gesteld, terwijl verweerder dus geen enkel onderzoek heeft verricht naar het al dan niet legale verblijf van appellante. Onder deze omstandigheden valt niet in te zien om welke reden het niet meewerken van appellante zwaarder zou dienen te wegen dan het ge-

Böhler

8 augustus 2011, pagina 9

brek aan enige actie van verweerder, en dat vervolgens de conclusie gerechtvaardigd zou zijn dat een gebrek aan medewerking in de ophoudingsfase zou kunnen leiden tot de slotsom dat de betrokkene dus voor illegaal verblijvend kan worden gehouden en in bewaring mag worden gesteld. De rechtbank miskent hiermee de op grond van de wet, artikel 50 Vw, op verweerder rustende verplichtingen, alsmede de strikte regels die kunnen leiden tot vrijheidsontneming. Deze regels zijn terecht strikt en dienen aldus te worden nageleefd, nu het ontnemen van de vrijheid een van de zwaarste (en als zodanig gereguleerde) maatregelen is. Dat de belangen van de vrijheid van appellante zwaar dienen te wegen, staat vast gezien de tekst en bedoeling van de wet. De rechtbank heeft dit miskend. Dat in de jurisprudentie is bepaald dat de gevolgen van een gebrek aan medewerking in de strafrechtelijke fase in beginsel voor rekening van de betrokkene kunnen komen en deze daardoor kan worden opgehouden, wil niet en zeker niet zonder meer, met het gemak waarmee de rechtbank dit heeft aangenomen, zeggen dat een onrechtmatige ophouding, waarin verweerder niet heeft gedaan waartoe de wet hem verplicht, zou kunnen leiden tot de conclusie dat appellante vanwege die enkele omstandigheid van een gebrek aan medewerking niet (zwaarder) in haar belangen zou zijn geschaad en diens belangen niet zwaarder zouden dienen te wegen. Hierbij wordt aangetekend dat verweerder geen belangen heeft gesteld op grond waarvan voortdurende van de inbewaringstelling gerechtvaardigd zou kunnen worden geacht. De rechtbank heeft het voorgaande miskend. De uitspraak is niet draagkrachtig gemotiveerd.

Grief III

De grief richt zich tegen de volgende overwegingen van de rechtbank, in onderlinge samenhang bezien:

5.5 Uit het op 6 juli 2011 op ambtsbelofte opgemaakte proces-verbaal van gehoor in het kader van artikel 39 van de Vw blijkt dat eiseres heeft verklaard dat zij wel een advocaat bij het gehoor wilde hebben. Uit het op ambtsbelofte opgemaakte proces-verbaal blijkt verder dat advocaat mr. Jebbink heeft verklaard dat hij later langs zou komen. Ingevolge paragraaf A6/3.3.4.2 van de Vreemdelingencirculaire (Vc) kan met het gehoor begonnen worden indien de ingelichte advocaat binnen twee uur na het verzonden bericht niet aanwezig is. De rechtbank stelt vast dat uit het proces-verbaal niet is af te leiden dat verweerder twee uur heeft gewacht met het aanvangen van het gehoor na het telefonisch contact met de advocaat. Hieruit volgt dat een schending van het recht op rechtsbijstand heeft plaatsgevonden.

5.6 Op zichzelf maakt het bovengenoemde de maatregel van bewaring nog niet onrechtmatig. De rechtbank dient daartoe de belangen van partijen af te wegen.

5.7 Voor zover verweerder niet twee uur heeft gewacht op de komst van een advocaat, is de rechtbank van oordeel dat dit gebrek op zichzelf de maatregel

Böhler

, 8 augustus 2011, pagina 10

nog niet onrechtmatig maakt. Verweerder heeft zich, nu eiseres niet heeft meegewerkt aan het vaststellen van haar identiteit en nationaliteit, terecht op het standpunt mogen stellen dat aan het belang van verweerder bij de inbewaringstelling van eiseres meer gewicht toekomt dan aan het belang van eiseres bij haar invrijheidsstelling. Gelet hierop is de rechtbank van oordeel dat eiseres niet zodanig in haar belangen is geschaad, dat geconcludeerd zou moeten worden dat de maatregel onrechtmatig is. De beroepsgrond slaagt niet.

Toelichting op de grief

18. De rechtbank heeft met voornoemde overwegingen terecht geoordeeld dat het recht op rechtsbijstand is geschonden. Echter, de rechtbank heeft miskend dat appellante in haar belangen is geschaad waardoor de maatregel onrechtmatig voortduurt. De rechtbank miskent hiermee de op grond van de wet op verweerder rustende verplichtingen, alsmede de strikte regels die kunnen leiden tot vrijheidsontneming. Deze regels zijn terecht strikt en dienen aldus te worden nageleefd, nu het ontnemen van de vrijheid een van de zwaarste (en als zodanig gereguleerde) maatregelen is. Dat de belangen van de vrijheid van appellante zwaar dienen te wegen, staat vast gezien de tekst en bedoeling van de wet. De rechtbank heeft dit miskend. De enkele omstandigheid dat appellante niet zou meewerken, kan dat gebrek niet helen. Het tijdig en controleerbaar inlichten van een rechtsbijstandverlener is dermate essentieel dat een dergelijke weging van belangen niet evenwichtig is. Verweerder heeft dergelijke belangen bovendien niet gesteld, dit heeft de rechtbank zelfstandig aan verweerder toegedicht, hetgeen het geschil te buiten gaat. De uitspraak is ook hierom niet deugdelijk gemotiveerd. De overweging is dan ook niet begrijpelijk.

Grief IV

De grief richt zich tegen de volgende overwegingen van de rechtbank, in onderlinge samenhang bezien:

5.9 De rechtbank overweegt dat verweerder heeft betoogd dat de omstandigheid dat eiseres niet over een identiteitspapier als bedoeld in artikel 4.21 van het Vb beschikt, duidt op het ontwijken en belemmeren van de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure. De rechtbank stelt vast dat het ontbreken van documenten aan eiseres kan worden toegerekend. Eiseres heeft op geen enkele wijze medewerking verleend aan het vaststellen van haar identiteit. Hierdoor is verweerder geen gelegenheid geboden om enig nader onderzoek te kunnen verrichten. In het onderhavige geval ziet de rechtbank geen grond voor het oordeel dat deze gevolgen niet voor rekening en risico van eiseres mogen worden gelaten. Gelet op het voorgaande heeft verweerder de omstandigheid dat eiseres niet beschikt over een identiteitspapier als bedoeld in 4.21 van het Vb aan de maatregel ten grondslag mogen leggen. De rechtbank concludeert dat, gelet op de door verweerder kenbaar gemaakte nadere toelichting en mede in het licht bezien van de uitspraak van de ABRvS van 1

Böhler

NN1330, 8 augustus 2011, pagina 11

mei 2002 (LJNAE3705) en de uitspraak van de ABRvS van 21 maart 2011 (LJN:BP9284), het enkel (toerekenbaar) niet beschikken over een identiteitspapier als bedoeld in artikel 4.21 Vb in dit specifieke geval voldoende is om aan te nemen dat eiseres de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert. Gelet op het voorgaande is de omstandigheid dat eiseres niet beschikt over een identiteitspapier als bedoeld in artikel 4.21 van het Vb voldoende om de maatregel te dragen. Er bestaat dan ook geen grond voor het oordeel dat de bewaring zou zijn aangewend voor een ander doel of dat eiseres, nu het onderzoek tijdens de ophouding naar de vingerafdrukken van eiseres geen resultaten hebben opgeleverd, niet in bewaring had mogen worden gesteld. De beroepsgrond slaagt niet.

Toelichting op de grief

19. De rechtbank is ten onrechte voorbijgegaan aan hetgeen in de pleitnota is aangevoerd ten aanzien van het tegenwerpen van de bewaringsgronden. Derhalve is de uitspraak reeds in strijd met artikel 8:69 Awb waarin staat vermeld dat de rechtbank uitspraak doet op de grondslag van het beroepsschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.
20. De rechtbank heeft miskend dat de omstandigheid dat appellante niet heeft aangetoond te beschikken over een identiteitspapier als bedoeld in artikel 4.21 Vb onvoldoende is om de maatregel van bewaring te dragen.
21. Volgens de jurisprudentie van uw Afdeling, zie bijvoorbeeld de uitspraak van 21 maart 2011,⁴ kan artikel 59 lid 1 aanhef en onder a Vw – voor zover nodig – richtlijnconform worden uitgelegd in die zin dat zolang niet aan artikel 3 lid 7 van de Terugkeerrichtlijn (hierna: Tri), is voldaan, een maatregel van bewaring alleen mag worden opgelegd indien de betrokken vreemdeling de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert.
22. Volgens artikel 15 lid 1 en sub b Tri kan tot inbewaringstelling van een onderdaan van een derde land worden overgegaan indien andere maatregelen die afdoende zijn maar minder dwingend, niet doeltreffend kunnen worden toegepast om de terugkeer voor te bereiden of verwijdering uit te voeren en de betrokken onderdaan van een derde land de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert.
23. Bovengenoemd artikel duidt op een handelen dan wel nalaten door de te verwijderen vreemdeling zelf, dat *rechtstreeks* verband houdt met de voorbereiding van de terugkeer dan wel de verwijderingsprocedure. Alleen als er sprake van is dat de vreemdeling zich aan uitzetting zal onttrekken mag tot inbewaringstelling worden overgegaan. Dat oordeel dient gerelateerd te zijn aan feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de persoon

⁴ Zaaknummer: 201100555/1/V3.

Böhler

8 augustus 2011, pagina 12

van de vreemdeling. Daarop worden de gronden van de maatregel gebaseerd. Bovendien is een algemene verklaring hiertoe niet voldoende:

"Bij deze beoordeling moet rekening worden gehouden met de toelichting die de minister – ter zitting van de rechtbank dan wel anderszins – ten aanzien van deze omstandigheden heeft gegeven en – in samenhang daarmee – met hetgeen hieromtrent uit het bewaringsdossier van de vreemdeling valt af te leiden.

Ter zitting van de rechtbank heeft de minister toegelicht dat de vreemdeling, doordat hij niet beschikt over een vaste woon- of verblijfplaats, onvoldoende traceerbaar is, waardoor hij de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt en belemmert. De rechtbank is de minister hierin gevolgd. Anders dan de rechtbank is de Afdeling evenwel van oordeel dat deze door de minister gegeven toelichting algemeen van aard en derhalve onvoldoende is om aan te kunnen nemen dat de vreemdeling – enkel en alleen vanwege het ontbreken van een vaste woon- of verblijfplaats – de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert."⁵

24. Voort dient er een op de persoon van de vreemdeling ziende motivering te worden gegeven:

"De enige verder door de rechtbank aan haar overweging ten grondslag gelegde grond, dat de vreemdeling niet beschikt over een identiteitsbewijs, kan het besluit tot inbewaringstelling, niet dragen reeds omdat door de minister niet is gemotiveerd dat en waarom het niet beschikken over een identiteitspapier leidt tot het vermoeden van onttrekking aan de uitzetting, omdat de vreemdeling de voorbereiding van de terugkeer of verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert."⁶

25. Benadrukt wordt dat de rechtbank ten onrechte voorbij is gegaan aan alle specifieke omstandigheden van de inbewaringstelling van appellante, die blijken uit het dossier, waarnaar wordt verwezen. Met deze omstandigheden heeft de rechtbank, in navolging van verweerder, ten onrechte geen rekening gehouden.
26. De rechtbank heeft miskend dat verweerder niet specifiek en voldoende concreet heeft gemotiveerd waarom uit de grond volgt dat appellante diens terugkeer of de verwijderingsprocedure zal gaan belemmeren. De grond die aan de maatregel van de bewaring ten grondslag is gelegd is gebaseerd op een gehoor dat een of enkele minuten heeft geduurd, volgens het pv van gehoor. Omdat geen raadsman bij het gehoor aanwezig was, terwijl hierom was verzocht, in tegenstelling tot hetgeen uit het pv blijkt, kan ervan worden uitgegaan dat appellante geen medewerking heeft verleend om die reden; zij wilde eerst overleg met en geïnformeerd worden door haar advo-

⁵ Zie de uitspraak van de Afdeling van 21 maart 2011, 201100555/1/V3 en de uitspraak van de Afdeling van 17 mei 2011, LJN: BQ5562.

⁶ Zie de uitspraak van de Afdeling van 13 mei 2011, JV 2011/291, LJN: BQ5557.

Böhler

, 8 augustus 2011, pagina 13

caat. Bovendien is op het gehoor dat heeft plaatsgevonden niet te baseren dat er sprake is van een ontwijken of belemmeren van de voorbereiding van de terugkeer of verwijderingsprocedure. Hier is de rechtbank aan voorbijgegaan.

27. Het niet beschikken over een identiteitsdocument zoals bedoeld in artikel 4.21 Vb is niet voldoende om de maatregel van de bewaring te dragen, maar kan enkel in samenhang met andere gronden als grondslag dienen. Zie in dit kader bijvoorbeeld de uitspraak van uw Afdeling van 15 mei 2011:

“Anders dan de rechtbank is de Afdeling evenwel van oordeel dat deze door de minister gegeven toelichting algemeen van aard en derhalve onvoldoende is om aan te kunnen nemen dat de vreemdeling – enkel en alleen vanwege het ontbreken van een vaste woon- of verblijfplaats – de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert.

Het vorenstaande betekent niet dat deze omstandigheid niet aan de maatregel van bewaring ten grondslag mocht worden gelegd, doch slechts dat deze – bij gebreke van een op de vreemdeling toegesptiste toelichting – alleen in samenhang met andere omstandigheden tot het oordeel kan leiden dat de vreemdeling de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert.”

28. Zie ook de uitspraak van uw Afdeling van 1 mei 2002:

“De enige in dat besluit opgenomen grond, hiervoor onder 2.3. weergegeven, is niet dragend voor het besluit tot inbewaringstelling, reeds omdat niet is gemotiveerd dat en waarom het enkel niet beschikken over een identiteitspapier leidt tot het vermoeden dat de vreemdeling zich aan zijn uitzetting zal onttrekken. Het beroep van de staatssecretaris op de uitspraak van de Afdeling van 31 januari 2002 in zaak nr. 200106166/1 (ter voorlichting van partijen in afschrift aangehecht (niet opgenomen - red.)) kan reeds hierom niet slagen, nu de in het desbetreffend besluit vermelde grond wel dragend was. De grief kan mitsdien niet leiden tot vernietiging van de aangevallen uitspraak.”

29. Vergelijk tevens de uitspraak van uw Afdeling van 3 februari 2009:

“De overgebleven grond, dat de vreemdeling niet beschikt over een identiteitspapier als bedoeld in artikel 4.21 van het Vb 2000, is onvoldoende draagkrachtig voor het besluit tot inbewaringstelling, omdat niet is gemotiveerd dat en waarom het enkel niet beschikken over een identiteitspapier leidt tot het vermoeden dat de vreemdeling zich aan zijn uitzetting zal onttrekken.”⁸

⁷ Vindplaats LJN: BQ5562.

⁸ Zaaknummer: 200900047/1.

Böhler

8 augustus 2011, pagina 14

30. Gelet op het voorgaande heeft de rechtbank miskend dat de grond van de maatregel onvoldoende is om de maatregel te dragen en aan te nemen dat appellante de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert. Voor zover verweerder daarop ter zitting een nadere toelichting heeft gegeven, waarom in dit geval de enkele grond evenwel voldoende zou dienen te worden geacht, wordt opgemerkt dat dit niet kan afdoen aan het voorgaande met betrekking tot deze enkele grond en dat dit voorts tardief is en niet ter zitting kan worden aangevuld. Bovendien, de enige motivering van 'bijzondere omstandigheden van dit geval' die verweerder heeft genoemd zijn dat de actie waarop de bewaring volgde bijzonder was. Dat kan in redelijkheid niet leiden tot de conclusie dat de maatregel door deze enkele grond gedragen kan worden, nu dit geen afdoende motivering is, integendeel. De schijn dat de maatregel *en masse* en zonder nadere individuele beoordeling is opgelegd, leidt ertoe dat deze enkele grond juist niet afdoende kan worden geacht en zeker niet vanwege het bijzondere karakter van de ontruimingsactie en het daaropvolgende strafrechtelijke traject. De rechtbank heeft in navolging van verweerder ten onrechte overwogen dat deze enkele grond de maatregel van bewaring kan dragen.

Grief V

De grief richt zich tegen de volgende overwegingen van de rechtbank, in onderlinge samenhang gezien:

*5.11 In haar uitspraak van de 28 april 2011 heeft de ABRvS (LJN:BQ3797) overwogen dat de richtlijn geen uitdrukkelijke bepaling over de mate van indringendheid waarmee de rechter dient te toetsen of, in gevallen waarin een daartoe bevoegde administratieve autoriteit een maatregel van bewaring heeft opgelegd, met de toepassing van een minder dwingende maatregel had kunnen worden volstaan, bevat. Uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) van 19 maart 2010 in de zaken C-317/08, C-318/08, C-319/08 en C-320/08, *Alassini e.a.* (www.curia.europa.eu) volgt dat het, bij gebreke van Unteregelgeving ter zake, in de eerste plaats een aangelegenheid van de interne rechtsorde van een lidstaat is om de procedureregels vast te stellen voor de beroepen die dienen ter bescherming van de bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het Unierecht ontleen, op voorwaarde dat in elk geval een doeltreffende bescherming van die rechten is verzekerd. De door het Hof in dit arrest genoemde uitgangspunten zijn naar hun aard evenzeer van toepassing op de mate van indringendheid waarmee de rechter toetst of besluit van organen van de lidstaten ten aanzien van individuele justitiabelen in overeenstemming zijn met het Unierecht.*

5.12 In artikel 15, eerste lid, aanhef, van de Terugkeerrichtlijn is met betrekking tot de toepassing van minder dwingende maatregelen geen beoordelingsvrijheid toegekend, maar de bewoordingen "afdoende", "doeltreffend" en "kunnen worden toegepast" impliceren naar hun aard wel enige beoordelingsruimte. Dit brengt met zich dat ook de toetsing door de rechter in zoverre

Böhler

, 8 augustus 2011, pagina 15

enigszins terughoudend dient te zijn. Dee wijze van toetsing is niet ongunstiger dan de wijze waarop de Nederlandse rechter soortgelijke bestuursrechtelijke normen met een zekere beoordelingsruimte toetst en is derhalve in overeenstemming met het gelijkwaardigheidsbeginsel. Voorts bestaat geen grond voor het oordeel dat deze wijze van toetsing niet in overeenstemming is met het doeltreffendheidsbeginsel.

5.13 Ter verzekering van de volle werking van de richtlijn is niet vereist dat de bevoegdheden van het tot inbewaringstelling bevoegde bestuursorgaan en de rechter di ede rechtmatig van de inbewaringstelling toets, in alle opzichten gelijk zijn. Zoals het Hof in punt 72 van het arrest van 22 december 2010 in de zaken C-444/09 en C-456/09, Gavierio Gavieiro en Iglesias Torres (www.curia.europa.eu) overweegt, gelden de uit een richtlijn voortvloeiende verplichtingen voor rechterlijke instanties "binnen het kader van hun bevoegdheden", zodat deze verplichtingen niet nopen tot een zodanige rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de vreemdelingenbewaring, dat de rechter ook op die onderdelen van het besluit waarop het tot inbewaringstelling bevoegde bestuursorgaan beoordelingsruimte toekomt, zijn eigen oordeel in de plaats van dat van het bestuursorgaan dient te stellen. Bij de beantwoording van de vraag of verweerder met toepassing van een lichter middel had kunnen volstaan, dient de rechtbank enige terughoudendheid in acht te nemen en te beoordelen of verweerder zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat geen andere afdoende maar minder dwingende maatregelen dan de inbewaringstelling doeltreffend kond worden toegepast"

Toelichting op de grief

31. Ten onrechte heeft de rechtbank in de uitspraak verwezen naar uw uitspraak van 28 april 2011, waarin is overwogen dat de rechtbank bij toetsing aan het lichter middel enige terughoudend dient te betrachten. Uit artikel 15 Tri blijkt dat de rechter de taak heeft om de rechtmatigheid van de bewaring te toetsen. In die rol is hij net als de andere overheidsorganen gehouden om de volle werking van het Unierecht te verzekeren indien een vreemdeling die in vreemdelingenbewaring is gesteld zich daarop beroept. De algemene beginselen van het Unierecht moeten worden toegepast, waaronder het beginsel van evenredigheid. Daarnaast wordt ook in punt 16 van de considerans bij de Terugkeerrichtlijn op het evenredigheidsbeginsel gewezen: "Inbewaringstelling met het oog op verwijdering moet worden beperkt en, uit het oogpunt van de gebruikte middelen en nagestreefde doelstellingen, aan het evenredigheidsbeginsel worden onderworpen. Inbewaringstelling is alleen gerechtvaardigd om de terugkeer voor te bereiden of de verwijdering uit te voeren en indien minder dwingende middelen niet afdoende zouden zijn."

32. Het Hof van Justitie kent een evenredigheidstoets die beperkt is tot het beantwoorden van de vraag of een maatregel "clearly or manifestly disproportionate" is. De toets is hier zo marginaal dat de rechterlijke toepassing daarvan 'automatisch' ook marginaal is. Deze toets is echter bedoeld voor

Böhler

8 augustus 2011, pagina 16

de beoordeling van de proportionaliteit van beleid, bijvoorbeeld beleidskeuzes op het terrein van de landbouw, zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van Justitie EG van 10 december 2002, zaak C-491/01,

, par. 122 en 123:

"Op grond van het evenredigheidsbeginsel, dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, dienen de middelen waarmee een communautaire bepaling het gestelde doel beoogt te bereiken, passend te zijn en niet verder te gaan dan daartoe noodzakelijk is (zie onder meer arresten van 18 november 1987,

137/85, Jurispr. blz. 4587, punt 15; 7 december 1993, C-339/92, Jurispr. blz. I-6473, punt 15, en 11 juli 2002,

C-210/00, Jurispr. blz. I-0000, punt 59).

Wat het rechterlijk toezicht op de in het voorgaande punt voormelde voorwaarden betreft, beschikt de gemeenschapswetgever op een gebied als het thans aan de orde zijnde over een ruime discretionaire bevoegdheid, waarin van hem politieke, economische en sociale keuzes worden verlangd en waarin hij ingewikkelde beoordelingen moet maken. Derhalve is een op dit gebied vastgestelde maatregel slechts onrechtmatig, wanneer zij kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de bevoegde instelling nagestreefde doel (zie in die zin arresten van 12 november 1996,

C-84/94,

Jurispr. blz. I-5755, punt 58; 13 mei 1997,

J-233/94, Jurispr. blz. I-2405, punten 55 en 56, alsmede 5 mei 1998,

C-157/96, Jurispr. blz. I-2211,

punt 61)."

33. Echter, een handelen dat een inbreuk maakt op een fundamenteel recht dient aan een strikte evenredigheidstoets te worden onderworpen, waarbij de rechterlijke toets volledig is en dezelfde intensiteit heeft als de beoordeling van het bestuur. In het arrest staat namelijk dat de toets een andere is zodra inbreuk wordt gemaakt op een fundamenteel recht.

"(...) Het gebruik van het eigendomsrecht kan dus aan beperkingen worden onderworpen, voorzover die beperkingen daadwerkelijk beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft, en niet een in verhouding tot het nagestreefde doel onevenredige en onduldbare ingreep vormen waardoor de aldus ge-waarborgde rechten in hun kern worden aangetast (...)."

34. Een stevige evenredigheidstoets staat of valt met een stevige rechterlijke controle. Voorts is het communautaire evenredigheidsbeginsel een door het Hof van Justitie ontwikkeld beginsel. De intensiteit waarmee het Hof van Justitie aan het beginsel toetst is als het ware geïncorporeerd in de bewoordingen van het beginsel. Toetsing van evenredigheid volgens de *"manifestly inappropriate test"* is niet alleen inhoudelijk anders dan toetsing van evenredigheid van inbreuken op fundamentele rechten, maar het vergt ook een andere opstelling van de rechter. In de eerste is die terughoudend in de

Böhler

, 8 augustus 2011, pagina 17

tweede niet. Juist ten aanzien van grondrechten staat het Hof van Justitie EU een strikte toets voor. Dat blijkt uit het feit dat het Hof op het gebied van de grondrechten, waaronder het *habeas corpus*, aansluiting zoekt bij de jurisprudentie van het EHRM. Vergelijk het arrest *Familiapress* van het HvJ EG.⁹ Gelet op het bovenstaande heeft de rechtbank miskend dat vol getoetst moet worden of volstaan kan worden met een lichter middel.

35. Voorts heeft de rechtbank niet uitgelegd op welke wijze de terughoudende toets is toegepast en wat die terughoudende toets precies behelst. Overigens is in de uitspraak van uw Afdeling van 28 april 2011 evenmin gespecificeerd op welke wijze deze terughoudende toets moet worden ingevuld. Het ligt dan ook voor de hand om prejudiciële vragen te stellen over de manier waarop die toets ingevuld dient te worden.
36. Voorts heeft de rechtbank miskend dat nergens uit het dossier voortvloeit op welke wijze verweerder de inbewaringstelling aan het evenredigheidsbeginsel heeft getoetst. Het evenredigheidsbeginsel bevat drie aspecten: het betreft de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de afgewogenheid van de nationale maatregel. De rechtbank heeft dan ook miskend dat verweerder onvoldoende concreet heeft gemotiveerd waarom i.c. niet volstaan kan worden met een lichter middel.
37. Voorts heeft de rechtbank miskend dat de maatregel van bewaring is onderworpen aan een strenge rechtvaardiging en alleen mag worden toegepast met het oog op en in verband met de procedure tot verwijdering. De rechtbank is er ten onrechte aan voorbijgegaan dat verweerder zich niet afdoende heeft vergewist of onttrekkingsgevaar wel echt bestaat. Detentie is niet gerechtvaardigd omdat een vreemdeling zich kan onttrekken aan uitzetting. Dit heeft de rechtbank miskend.

Grief VI

De grief richt zich tegen de volgende overwegingen van de rechtbank, in onderlinge samenhang bezien:

5.13. Gelet op het vorenstaande en onder verwijzing naar het arrest Chahal van 15 november 1996 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (LJN: AD4442) is de rechtbank van oordeel dat verweerder niet in strijd heeft gehandeld met artikel 5 van het EVRM.

Toelichting op de grief

38. In het pleidooi heeft appellante zich beroepen op artikel 5 EVRM en betoogd dat de maatregel in strijd met deze bepaling is opgelegd. Appellante heeft daarbij verwezen naar onder meer de arresten Saadi en Conka. Het

⁹ HvJ EG 26 juni 1997, zaak C-368/95.

Böhler

18 augustus 2011, pagina 18

algemeen pleidooi, onderdelen 52-63 (p. 17-22), hebben dit beroep onderbouwd, daarnaar wordt thans verwezen.

39. Gezien de aard van de gronden op dit punt, heeft de rechtbank niet kunnen volstaan met een enkele verwijzing naar het arrest Chahal. Op geen enkele manier is nader toegelicht op welke wijze dat arrest in de onderhavige zaak van toepassing zou zijn en om welke reden dit het beroep op artikel 5 EVRM en de arresten Saadi en Conka zou weerleggen. De rechtbank is dan ook niet althans niet begrijpelijk ingegaan op deze beroepsgronden, zodat de bestreden uitspraak niet voldoende is gemotiveerd en niet in stand kan blijven.

Conclusie

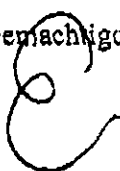
Uit al het voorgaande volgt dat de rechtbank ten onrechte heeft geconcludeerd dat de maatregel kon worden opgelegd en rechtmatig voortduurt. Appellante verzoekt uw Afdeling het hoger beroepschrift gegrond te verklaren.

REDENEN WAAROM appellante van mening is dat:

- a. de aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd en de zaak in verband met de toekenning van schadevergoeding te worden terugverwezen naar de rechtbank;
- b. dan wel dat te doen wat uw Afdeling in goede justitie meent te behoren;
- c. verweerder in de proceskosten van het geding te veroordelen.

Een afschrift van dit verweerschrift zal worden toegestuurd aan de gemachtigde van de minister.

Gemachtigde,



C.J. Ullersma