

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak op het hoger beroep van:

appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats
Rotterdam, van 18 december 2012 in zaak nr. 12/37978 in het geding
tussen:

de vreemdeling

en

de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.

Procesverloop

Bij besluit van 28 november 2012 is de vreemdeling in vreemdelingenbewaring gesteld. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 18 december 2012 heeft de rechtbank het daartegen door de vreemdeling ingestelde beroep ongegrond verklaard en het verzoek om schadevergoeding afgewezen. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de vreemdeling hoger beroep ingesteld. Het hogerberoepschrift is aangehecht.

De Afdeling heeft de zaak, gelijktijdig met zaak nr. 201210107/1/V3, ter zitting behandeld op 28 januari 2013, waar de vreemdeling, vertegenwoordigd door mr. J. van Veelen-de Hoop, advocaat te Rotterdam, en de staatssecretaris, vertegenwoordigd door mr. W. Fairweather, werkzaam bij het Ministerie van Veiligheid en Justitie, zijn verschenen.

Vervolgens is het onderzoek gesloten.

Overwegingen

1. Onder de staatssecretaris wordt tevens verstaan: diens rechtsvoorganger.
2. De vreemdeling klaagt in grief 1 dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat uit de systematiek 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 (PB 2008 L 348; hierna: de Terugkeerrichtlijn) niet kan worden afgeleid dat de onderbreking van de bewaring met het oog op de tenuitvoerlegging van een strafvonnis per definitie in strijd is met de Terugkeerrichtlijn dan wel het nuttig effect aan de Terugkeerrichtlijn ontnemt. Hij betoogt in dit verband bovendien dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat zijn beroep op het arrest van het Hof van Justitie (hierna: het Hof) van 6 december 2012, C-430/11, Sagor, (www.curia.europa.eu; hierna: het arrest Sagor) niet kan slagen, omdat gesteld noch gebleken is dat aan het strafvonnis, dat in het onderhavig geval voorafgaand aan de maatregel van bewaring ten uitvoer is gelegd, illegaal verblijf ten grondslag lag.

Hiertoe voert de vreemdeling aan dat de rechtbank uit het arrest Sagor ten onrechte afleidt dat de Terugkeerrichtlijn zich slechts verzet tegen het hangende de terugkeerprocedure ten uitvoer leggen van strafrechtelijke sancties opgelegd wegens illegaal verblijf. Hij verwijst hierbij naar de punten 32 en 43 van voormeld arrest, welke volgens hem zien op iedere tenuitvoerlegging van een strafvonnis ongeacht welk strafbaar feit aan dat vonnis ten grondslag ligt.

Verder wijst hij op punt 48 van het arrest van het Hof van 6 december 2011, C-329/11, Achughbabian (www.curia.europa.eu; hierna: het arrest Achughbabian). Volgens de vreemdeling is de

terugkeerprocedure die is aangevangen met de maatregel van bewaring van 30 mei 2012 onderbroken door de tenuitvoerlegging van een strafvonnis. Zijn houding is voorts niet van belang bij de bepaling of de tenuitvoerlegging van een strafvonnis een maatregel is in de zin van artikel 8, eerste lid, van de Terugkeerrichtlijn dan wel of de verplichting voor een lidstaat om de Terugkeerrichtlijn loyaal uit te voeren aan de tenuitvoerlegging van een strafvonnis wegens illegaal verblijf in de weg staat.

2.1. Voor zover de vreemdeling heeft beoogd te betogen dat de strafrechtelijke detentie die aan de maatregel van bewaring vooraf is gegaan onrechtmatig is, kan aan een inhoudelijke beoordeling van dit betoog niet worden toegekomen, nu het niet aan de rechter in vreemdelingenzaken is om te oordelen over de aanwending van andere dan bij of krachtens de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: de Vw 2000) toegekende bevoegdheden. De Afdeling begrijpt grief 1 evenwel zo, dat tevens is beoogd te betogen dat de thans ter beoordeling voorliggende maatregel van bewaring onrechtmatig is, omdat het na het opheffen van de eerdere bewaring, gevolgd door een strafrechtelijke detentie, niet geoorloofd was hem opnieuw in bewaring te stellen.

2.2. Voor de beoordeling van deze grief dient allereerst te worden beoordeeld of de vreemdeling ten tijde van belang onder de werkingssfeer van de Terugkeerrichtlijn viel.

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

Ingevolge artikel 3, aanhef en onder 2, wordt voor de toepassing van de richtlijn onder illegaal verblijf verstaan: de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat van een onderdaan van een derde land die niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden voor toegang die zijn vastgesteld in artikel 5 van de Schengengrenscode, of aan andere voorwaarden voor toegang tot, verblijf of vestiging in die lidstaat.

Artikel 8 van de Vw 2000 bevat een uitputtende opsomming van de gronden waarop, dan wel de omstandigheden waaronder, een vreemdeling in Nederland rechtmatig verblijf heeft.

2.4. Bij besluit van 30 mei 2012 is de vreemdeling in bewaring gesteld krachtens artikel 59, eerste lid, aanhef en onder a, van de Vw 2000. Op 20 september 2012 heeft een categoriewijziging naar de b-grond van dat artikel plaatsgevonden in verband met het aanvragen van een verblijfsvergunning. Op 26 oktober 2012 heeft wederom een categoriewijziging plaatsgevonden naar de a-grond, omdat de asielaanvraag van de vreemdeling bij besluit van 25 oktober 2012 is afgewezen. In dit besluit is tevens een terugkeerbesluit opgenomen. Op 26 november 2012 is de maatregel van bewaring opgeheven in verband met de tenuitvoerlegging van een strafvonnis van twee dagen hechtenis. Bij besluit van 28 november 2012 is de vreemdeling opnieuw in bewaring gesteld krachtens artikel 59, eerste lid, aanhef en onder a, van de Vw 2000.

2.5. Niet in geschil is dat de vreemdeling ten tijde van de opheffing van de eerdere maatregel van bewaring op 26 november 2012 geen rechtmatig verblijf in Nederland had. De strafrechtelijke detentie van de vreemdeling van 26 november 2012 tot 28 november 2012 heeft hierin geen verandering gebracht. De enkele omstandigheid dat hangende een zodanige strafrechtelijke detentie geen uitzettingshandelingen worden verricht, levert geen rechtmatig verblijf op als bedoeld in artikel 8 van de Vw 2000 en maakt, gelet ook op het bepaalde in artikel 3, aanhef en onder 2, van de Terugkeerrichtlijn evenmin dat de vreemdeling gedurende deze detentie niet illegaal in Nederland heeft verbleven in de zin van die bepaling. De vreemdeling is dan ook ononderbroken onder de werkingssfeer van de Terugkeerrichtlijn blijven vallen.

2.6. Het Hof heeft in het arrest van 28 april 2011, C-61/11 PPU, Hassen El Dridi (www.curia.europa.eu), in punten 53, 54 en 55, overwogen dat het strafrecht en het strafprocesrecht in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, doch dat dit rechtsgebied desalniettemin kan worden beïnvloed door het Unierecht. Hieruit volgt volgens het Hof dat lidstaten hun wetgeving ook op dat gebied zodanig moeten inrichten dat de eerbiediging van het Unierecht wordt gewaarborgd. Lidstaten mogen geen regeling toepassen, ook niet op strafrechtelijk gebied, die de verwezenlijking van de door een richtlijn nagestreefde doelstellingen in gevaar kan brengen en deze haar nuttig effect kan ontnemen.

In antwoord op de in die zaak gestelde prejudiciële vragen heeft het Hof voor recht verklaard dat de Terugkeerrichtlijn zich verzet tegen een regeling van een lidstaat, krachtens welke aan een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land een gevangenisstraf wordt opgelegd op de enkele grond dat die persoon, in strijd met een bevel om het grondgebied van die staat binnen een bepaalde termijn te verlaten, zonder geldige reden zijn verblijf op dat grondgebied voortzet.

In het arrest heeft het Hof hieraan, in antwoord op de in die zaak gestelde vragen, toegevoegd dat de Terugkeerrichtlijn zich niet verzet tegen een nationale regeling waarbij illegaal verblijf wordt tegengegaan met strafrechtelijke sancties, voor zover deze toestaat dat een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een onderdaan van een derde land op wie de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal op dat grondgebied verblijft.

In het arrest heeft het Hof voor recht verklaard dat de Terugkeerrichtlijn zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat, waarbij het illegale verblijf van onderdanen van derde landen wordt bestraft met een geldboete die kan worden vervangen door uitwijzing, doch zich verzet tegen een wettelijke regeling die de mogelijkheid biedt om het illegale verblijf van onderdanen van derde landen te bestraffen met de oplegging van huisarrest, maar niet garandeert dat de uitvoering van die straf een einde neemt, zodra het mogelijk is om de betrokkene fysiek uit die lidstaat te verwijderen.

2.7. De vreemdeling merkt terecht op dat het Hof, onder meer in de punten 37 en 45 van het arrest en punt 33 van het arrest

diverse malen in algemene zin spreekt over 'de oplegging en tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf', zonder de overwegingen toe te spitsen op de oplegging en tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf wegens illegaal verblijf. Deze overwegingen kunnen evenwel niet los worden gezien van de context van de betreffende overwegingen en van de in de betreffende arresten beantwoorde prejudiciële vragen. Hetgeen het Hof heeft overwogen in de arresten ¹ ziet derhalve niet op de situatie van de vreemdeling, nu het strafvonnis dat ten uitvoer is gelegd voorafgaand aan de maatregel van bewaring, zoals de rechtbank onbestreden heeft overwogen, geen grondslag vindt in zijn illegale verblijf in Nederland. Een andersluidende opvatting zou tot gevolg hebben dat een lidstaat na aanvang van een terugkeerprocedure niet meer de mogelijkheid zou hebben om een strafvonnis wegens een delict dat geen verband houdt met illegaal verblijf ten uitvoer te leggen. Een dergelijk kennelijk ongewenst gevolg kan het Hof niet hebben beoogd. Gelet hierop, en nu in de tekst en systematiek van de Terugkeerrichtlijn geen grondslag is te vinden voor een andersluidend oordeel, is de rechtbank terecht tot het oordeel gekomen dat de Terugkeerrichtlijn er niet aan in de weg staat dat een vreemdeling, zoals in het onderhavige geval, opnieuw in bewaring wordt gesteld nadat hangende zijn terugkeerprocedure een straf ten uitvoer is gelegd.

2.8. Grief 1 faalt.

3. De vreemdeling klaagt in grief 2 dat de rechtbank ten onrechte, onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 15 april 2011, in zaak nr. 201101460/1/V3 (www.raadvanstate.nl), heeft overwogen dat bij de beoordeling van de in artikel 15, vijfde en zesde lid, van de Terugkeerrichtlijn gestelde termijnen niet tevens de onmiddellijk aan de ter beoordeling staande bewaringsmaatregel voorafgaande periode van aansluitende vreemdelingenrechtelijke en strafrechtelijke detentie dient te worden betrokken, zodat geen verlengingsbesluit genomen hoefde te worden. Hiertoe voert de vreemdeling aan dat de rechtbank ten onrechte voorbij is gegaan aan zijn verwijzing naar de commentaren op artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn in de literatuur.

De vreemdeling heeft hierbij tevens gewezen op de omstandigheid dat het strafvonnis van twee dagen ten uitvoer is gelegd in dezelfde inrichting als waar hij ook zijn vreemdelingenrechtelijke detentie ondergaat, namelijk het Detentiecentrum Rotterdam.

Nu zijn inbewaringstelling is begonnen op 30 mei 2012, had volgens de vreemdeling op 25 november 2012 een verlengingsbesluit genomen moeten worden. Nu dit niet is gebeurd, de maatregel op 26 november 2012 is opgeheven en hij op 28 november 2012 opnieuw in bewaring is gesteld, is volgens de vreemdeling sprake van détournement de pouvoir.

3.1. Zoals de Afdeling heeft overwogen in voormelde uitspraak van 15 april 2011 biedt de Terugkeerrichtlijn noch de considerans daarvan aanknopingspunten op grond waarvan moet worden aangenomen dat bij de beoordeling van de in artikel 15, vijfde en zesde lid, gestelde termijnen tevens de onmiddellijk aan de ter beoordeling staande bewaringsmaatregel voorafgaande periode van aansluitende vreemdelingenrechtelijke en

strafrechtelijke detentie dient te worden betrokken.

Anders dan de vreemdeling betoogt, kunnen voormelde commentaren op artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn, niet tot een ander oordeel leiden. Dat de vreemdeling in dezelfde inrichting waar hij in vreemdelingenbewaring zit tevens zijn strafrechtelijk vonnis heeft uitgezeten, leidt evenmin tot een ander oordeel. De rechtbank heeft derhalve terecht overwogen dat geen verlengingsbesluit genomen hoefde te worden.

3.2. Grief 2 faalt.

4. De vreemdeling klaagt in grief 3 dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat aan het feit dat de staatssecretaris geen verzwaarde belangenafweging in de voortgangsrapportage van 10 december 2012 heeft opgenomen, geen gevolgen worden verbonden.

Hiertoe voert de vreemdeling aan dat de rechtbank niet heeft onderkend dat sinds de in september 2012 gemaakte belangenafweging er door de staatssecretaris geen voldoende kenbare verzwaarde belangenafweging heeft plaatsgevonden en dat dit ook door hem ter zitting bij de rechtbank is aangevoerd. Uit de mondelinge toelichting van de staatssecretaris ter zitting, waarbij slechts wordt verwezen naar de gronden van de maatregel, blijkt volgens de vreemdeling onvoldoende waarom hij de met de bewaring gediende belangen zwaarder geeft laten wegen dan zijn belangen. De vreemdeling stelt dat hij er belang bij heeft het door hem op 26 oktober 2012 ingediende verzoek om een voorlopige voorziening in Nederland te mogen afwachten en dat de staatssecretaris niets heeft gedaan om de ingevolge paragraaf A6/5.3.5.1 van de Vreemdelingencirculaire 2000 noodzakelijke spoedige behandeling van dat verzoek te bewerkstelligen.

4.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van 3 september 2009 in zaak nr. 200904988/1/V3; www.raadvanstate.nl), moet bij de beoordeling van de bewaringsmaatregel ook de onmiddellijk aan de inbewaringstelling voorafgaande periode van aansluitende vreemdelingenbewaring en strafrechtelijke detentie van de vreemdeling worden betrokken.

De vreemdeling is op 30 mei 2012 in bewaring gesteld. Na afloop van de maximale duur van zes maanden is de bewaring op 26 november 2012 opgeheven, waarna aansluitend een strafrechtelijke detentie voor de duur van twee dagen ten uitvoer is gelegd. Vervolgens is de vreemdeling op 28 november 2012 opnieuw in bewaring gesteld. Op dat moment deed zich de situatie voor van een voorafgaande periode van aaneengesloten vreemdelingenbewaring en strafrechtelijke detentie, waarbij de totale periode van feitelijke detentie inmiddels langer was dan zes maanden. De staatssecretaris was derhalve gehouden met het oog op de nieuwe inbewaringstelling een verzwaarde belangenafweging te maken. Uit het oogpunt van zowel kenbaarheid als toetsbaarheid dient het dossier stukken te bevatten die uitdrukkelijk blijken geven van het verrichten van deze verzwaarde belangenafweging. Dat geldt in een geval als dit te meer, omdat de staatssecretaris bij voortdurende van de eerdere bewaring, maar dan zonder de tenuitvoerlegging van de strafrechtelijke detentie, gehouden was geweest om een verlengingsbesluit te nemen met daarin een gemotiveerde verzwaarde belangenafweging. Uit de dossierstukken kan niet worden

opgemaakt dat de staatssecretaris de bedoelde verzwaarde belangenafweging heeft verricht. In het bijzonder staat in de voortgangsrapportage – overigens eerst – van 10 december 2012 bij de rubriek 'belangenafweging bij het voortduren van de maatregel' slechts vermeld dat die belangenafweging niet van toepassing is, zulks dus ten onrechte. Blijkens het proces-verbaal ter zitting van de rechtbank heeft de staatssecretaris eerst op dat moment een belangenafweging geformuleerd. Ten onrechte heeft de rechtbank aan dit gebrek geen gevolgen verbonden door met een verwijzing naar een eerder in september 2012 gemaakte belangenafweging, welke in het nadeel van de vreemdeling was uitgevallen, te overwegen dat gesteld noch gebleken is dat de belangen van partijen sindsdien zijn veranderd. Die overweging gaat eraan voorbij dat met het oog op de onderhavige maatregel van bewaring van 28 november 2012 in tegenstelling tot de situatie in september 2012 voor de staatssecretaris de verplichting bestond tot het verrichten van een verzwaarde belangenafweging, welke ook bij ongewijzigde belangen anders had kunnen uitvallen. Gelet op het voorgaande is de onderhavige maatregel van bewaring van meet af aan onrechtmatig.

4.2. Grief 3 slaagt.

5. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep van de vreemdeling tegen het besluit van 28 november 2012 van de staatssecretaris alsnog gegrond verklaren. De vrijheidsontnemende maatregel dient te worden opgeheven. Aan de vreemdeling wordt met toepassing van artikel 106, eerste lid, van de Vw 2000 na te melden schadevergoeding toegekend over de periode van 28 november 2012 tot heden, de dag waarop de vrijheidsontnemende maatregel is opgeheven.

6. De staatssecretaris dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

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 Rotterdam, van 18 december 2012 in zaak nr. 12/37978;
- III. verklaart het door de vreemdeling bij de rechtbank in die zaak ingestelde beroep gegrond;
- IV. bepaalt dat de vrijheidsontnemende maatregel krachtens artikel 59 van de Vreemdelingenwet 2000 ingaande heden wordt opgeheven;
- V. kent aan de vreemdeling een vergoeding toe van € 5600,00 (zegge: vijfduizendvierhonderdenveertig euro), ten laste van de Staat der Nederlanden, te betalen door de secretaris van de Raad van State;
- VI. veroordeelt de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie tot vergoeding van bij de vreemdeling in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.888,00 (zegge: achttienhonderdachtentachtig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

Aldus vastgesteld door mr. H.G. Lubberdink, voorzitter, en mr. A.B.M. Hent en mr. N. Verheij, leden, in tegenwoordigheid van mr. J. van de Kolk, ambtenaar van staat.

De voorzitter
is verhinderd de uitspraak
te ondertekenen.

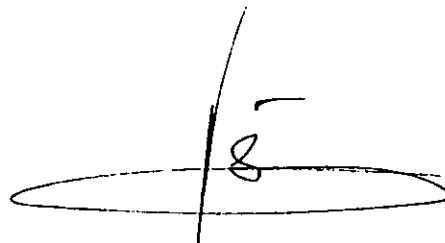
w.g. Van de Kolk
ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 6 februari 2013

480-654.

Verzonden: 6 februari 2013

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 across the middle.

mr. H.H.C. Visser