

Vergaderjaar 2011–2012

**32 420**

## **Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter implementatie van de richtlijn nr. 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 (PbEU L 348/98)**

**H**

### **BRIEF VAN DE MINISTER VOOR IMMIGRATIE EN ASIEL**

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 9 december 2011

Tijdens het debat van 6 december 2011 over het wetsvoorstel implementatie terugkeerrichtlijn (32 420) heb ik toegezegd voor de stemming op 13 december 2011 schriftelijk te reageren op de vragen van mevrouw Strik (GroenLinks) die niet tijdens het debat aan de orde zijn gekomen, en op de vraag van mevrouw Meurs (PvdA) over het opleggen van een inreisverbod in relatie tot de kwetsbare groepen. Voorts heb ik toegezegd uw Kamer nader te informeren over het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 6 december 2011 inzake Achughbabian (C-329/11).

#### **De vragen van mevrouw Strik**

Mevrouw Strik heeft enkele vragen gesteld over de termijn die aan het inreisverbod wordt verbonden, alsmede de elementen die bij het bepalen van die duur worden betrokken.

Het inreisverbod wordt namens de Minister voor Immigratie en Asiel opgelegd door de Koninklijke Marechaussee of de Vreemdelingenpolitie, dan wel door de IND bij een afwijzende beslissing op een verblijfsaanvraag zonder vertrektermijn. Dit zal worden neergelegd in het Voorschrift Vreemdelingen 2000.

In het Vreemdelingenbesluit 2000 is een aantal categorieën opgenomen, variërend van ten hoogste één jaar voor die personen die slechts een zeer beperkte periode illegaal in Nederland hebben verbleven, oplopend naar ten hoogste twee jaar (hoofdregel), en via een aantal stappen uiteindelijk oplopend tot ten hoogste twintig jaar bij een ernstige bedreiging voor de nationale veiligheid of indien zwaarwegende belangen zich verzetten tegen een duur van tien jaar of minder. Ik verwijs hiervoor naar mijn brief aan de Tweede Kamer van 28 oktober 2011 (Kamerstukken II 2011/12, 32 420, nr. 33).

Het gaat om maximale termijnen die worden opgenomen in het Vreemdelingenbesluit 2000. Dat brengt mee dat ten gunste van de vreemdeling kan

worden afgeweken. Door de verschillende categorieën op te nemen in het besluit, is echter al met de belangrijkste omstandigheden rekening gehouden. In het belang van de rechtszekerheid zal zo veel mogelijk aansluiting worden gezocht bij de termijnen in het besluit. Uiteraard kan het inreisverbod ambtshalve of op verzoek van de vreemdeling worden geschorst of opgeheven als de omstandigheden waarin de vreemdeling verkeert daartoe aanleiding geven.

Indien een asielzoeker niet kan worden verweten dat hij niet beschikt over de juiste documenten om zijn identiteit, nationaliteit en reisroute te staven, zal dat geen negatieve gevolgen hebben voor de termijn van het inreisverbod.

Mevrouw Strik heeft voorts gevraagd waarom het criterium «zicht op uitzetting» ontbreekt in het overzicht van criteria voor vreemdelingenbewaring. Is dit niet in strijd met artikel 15 van de terugkeerrichtlijn? Volgens artikel 59 van de Vreemdelingenwet 2000 kan vreemdelingenbewaring slechts plaatsvinden «met het oog op de uitzetting». Nu dit criterium als zodanig in de wet wordt benoemd, behoeft het niet in het Vreemdelingenbesluit 2000 te worden opgenomen. De criteria in het besluit hebben bovendien een ander doel: zij vormen de «objectieve, in wetgeving vastgelegde criteria» waarop het risico op onderduiken wordt gebaseerd (artikel 3, onder 7, van de terugkeerrichtlijn).

Volgens mevrouw Strik is het onduidelijk welk doel de regering nastreeft met het sanctioneren van overtreding van het inreisverbod: vertrek of leedtoevoeging.

Voor het kabinet is uitgangspunt dat illegale vreemdelingen Nederland dienen te verlaten. De eigen verantwoordelijkheid van de vreemdeling staat voorop. Het strafbaar stellen van het onrechtmatige verblijf van de vreemdeling in Nederland dient als aanvullende prikkel om daaraan gevolg te geven, en zoals aangeven is dit het belangrijkste oogmerk van de regering. Deze sanctionering is een strafrechtelijke maatregel en strekt dus eveneens tot leedtoevoeging, maar dat staat niet als doel voorop. Kort gezegd: vertrek is het doel, bestraffing (leedtoevoeging) het middel. Indien verwijdering mogelijk is, mag de tenuitvoerlegging van de sanctie niet in de weg staan aan de terugkeer van de vreemdeling. Terugkeer gaat voor de tenuitvoerlegging van een strafrechtelijke sanctie.

Verder heeft mevrouw Strik gevraagd of een vreemdeling met een inreisverbod, die door de bestuursrechter uit bewaring is ontslagen op medische gronden, strafrechtelijk kan worden vervolgd voor overtreding van het inreisverbod.

Indien een vreemdeling in weerwil van het aan hem opgelegde inreisverbod in Nederland wordt aangetroffen, maakt hij zich schuldig aan een strafbaar feit. Het openbaar ministerie zal echter alleen tot vervolging overgaan indien de vreemdeling in redelijkheid de gelegenheid heeft gehad te vertrekken. Indien de vreemdeling – bijvoorbeeld vanwege medische redenen – daadwerkelijk is verhinderd Nederland te verlaten, zal het openbaar ministerie niet tot vervolging overgaan, nog afgezien van de vraag of er alsdan in strafrechtelijke zin geen sprake is van overmacht of dat er aanleiding is om op medische gronden, al dan niet tijdelijk, het verblijf te aanvaarden.

### **Kwetsbare groepen**

Mevrouw Meurs (PvdA) had nog een vraag over het opleggen van een inreisverbod in relatie tot de kwetsbare groepen.

De bevoegdheid – tevens verplichting – om een inreisverbod uit te vaardigen tegen een vreemdeling die Nederland onmiddellijk moet verlaten of Nederland niet uit eigen beweging binnen de voor hem

geldende vertrektermijn heeft verlaten, wordt in de wet neergelegd bij de minister, op grond van het voorgestelde artikel 66a, eerste lid, van de Vreemdelingenwet 2000. De minister kan echter op grond van het voorgestelde artikel 66a, achtste lid, van de wet besluiten om in afwijking van het eerste lid af te zien van het opleggen van het inreisverbod, om humanitaire of andere redenen.

Op basis van de delegatiebepaling in artikel 66b, tweede lid, van de Vreemdelingenwet 2000 zullen in het Vreemdelingenbesluit 2000 regels worden gesteld over de toepassing van de desbetreffende afdeling, met name ook artikel 66a, achtste lid, van de wet. Daartoe worden in het Vreemdelingenbesluit 2000 categorieën vreemdelingen aangewezen ten aanzien van wie al voorzienbaar is dat er aanleiding zal bestaan om van de hoofdregel af te wijken, om humanitaire of andere redenen. Het betreft:

- vreemdelingen ten aanzien van wie een redelijke termijn nog niet is verstreken na afloop van een eerdere verblijfsvergunning of verblijf als Nederlander (twee jaren), omdat binnen die termijn op aanvraag als regel nog een voortzetting van het verblijf zal worden toegestaan;
- vreemdelingen die als slachtoffer of getuige in aanmerking komen voor bedenktijd voor de aangifte van mensenhandel of mensensmokkel;
- vreemdelingen die als slachtoffer- of getuige-aangever in aanmerking komen voor een reguliere verblijfsvergunning voor bepaalde tijd;
- vreemdelingen die als slachtoffer van huiselijk geweld of van eengerelateerd geweld in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd;
- vreemdelingen die als echtgenoot of minderjarig kind in het land van herkomst zijn achtergelaten door de echtgenoot of ouder en op die grond in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd;
- vreemdelingen die in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd op grond dat zij buiten hun schuld niet uit Nederland kunnen vertrekken;
- minderjarige vreemdelingen;
- Turkse onderdanen die in aanmerking komen voor verblijf op grond van het Associatierecht EEG-Turkije of die op grond van dat recht niet kunnen worden uitgezet.

De aanwijzing van die groepen laat onverlet dat de minister de bevoegdheid heeft en houdt om in andere gevallen, eveneens om humanitaire of andere redenen, op individuele basis af te zien van het opleggen van een inreisverbod.

Namens de minister kunnen de ambtenaren belast met het toezicht op vreemdelingen en de ambtenaren van de IND besluiten om een inreisverbod al dan niet op te leggen aan de vreemdeling aan wie een vertrektermijn wordt onthouden en aan de vreemdeling die blijkt niet te zijn vertrokken binnen de gegunde termijn voor vrijwillig vertrek.

Met een en ander wordt uitvoering gegeven aan artikel 11, eerste en derde lid, laatste en voorlaatste alinea, van de terugkeerrichtlijn.

Voordat wordt besloten over een eventueel inreisverbod komt echter aan de orde of aan de aangetroffen illegale vreemdeling een terugkeerbesluit moet worden gegeven.

In artikel 6, eerste lid, van de richtlijn is de hoofdregel neergelegd dat een terugkeerbesluit moet worden gegeven aan een onderdaan van een derde land die illegaal op het grondgebied van de desbetreffende lidstaat verblijft. Op grond van artikel 6, vierde lid, van de richtlijn kunnen de lidstaten echter te allen tijde in schrijnende gevallen, om humanitaire of andere redenen beslissen een onderdaan van een derde land die illegaal op hun grondgebied verblijft, een zelfstandige verblijfsvergunning of een andere vorm van toestemming tot verblijf te geven (zoals rechtmatig verblijf hangende een aanvraagprocedure).

Dat heeft tot gevolg dat in alle gevallen van aantreffen van een vreemdeling die zich illegaal in Nederland bevindt, moet worden nagegaan of er aanleiding bestaat om de betrokkene niettemin (op aanvraag) een verblijfsvergunning te verlenen of de beslissing op een aanvraag tot het verlenen van een zodanige verblijfsvergunning in Nederland af te wachten.

Omdat geldt dat er om humanitaire of andere redenen kan worden afgezien van het geven van een terugkeerbesluit, ligt het in de rede dat daarbij wordt aangesloten bij de categorieën die in het Vreemdelingenbesluit 2000 worden vermeld ten aanzien waarvan eveneens om humanitaire of andere redenen wordt afgezien van het opleggen van een inreisverbod, of waarin de minister buiten die gevallen, om dezelfde redenen, daarvan afziet.

De beslissing omtrent het niet verlenen of niet verlengen van de geldigheidsduur van een verblijfsvergunning wordt namens de minister genomen door de IND op aanvraag van de vreemdeling, en die beslissing wordt aangemerkt als terugkeerbesluit.

Daarbuiten en als regel ook buiten de in het Vreemdelingenbesluit 2000 vermelde categorieën van gevallen, zal een terugkeerbesluit worden gegeven in de vorm van een kennisgeving als bedoeld in artikel 62a, eerste lid, van de Vreemdelingenwet 2000. Dit ziet op de situaties waarin de vreemdeling geen aanvraag heeft ingediend tot het verlenen, verlengen van de geldigheidsduur of ook wijziging van een verblijfsvergunning, dat wil zeggen de illegaal zonder verblijfsprocedure. In die situaties wordt het terugkeerbesluit namens de minister genomen door de ambtenaren belast met het toezicht op vreemdelingen.

### **Het arrest-Achughbabian**

Tijdens het debat van 6 december 2011 heb ik toegezegd terug te komen op de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 6 december 2011 inzake Achughbabian (C-329/11).

De uitspraak is nog zeer recent. Ongetwijfeld zal deze uitspraak in de nationale jurisprudentie nader worden uitgelegd en zal in de literatuur daarover worden geschreven. Op deze korte termijn wil ik er allereerst op wijzen dat de terugkeerrichtlijn zich er volgens het Hof niet tegen verzet dat illegaal verblijf in het recht van een lidstaat wordt aangemerkt als een strafbaar feit en dat daarop strafrechtelijke sancties, daaronder begrepen gevangenisstraf, worden gesteld ten einde illegaal verblijf tegen te gaan (r.o. 28 en 32). Het Hof acht het evenwel evident dat de oplegging en de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf tijdens de terugkeerprocedure niet bijdraagt aan de fysieke verwijdering van de betrokkene uit de lidstaat, en dus niet kan worden beschouwd als een maatregel of dwangmaatregel in de zin van artikel 8 van de terugkeerrichtlijn (r.o. 37). Ten slotte is het Hof van mening dat een nationale regeling (in casu betref het een Franse regeling) waarin is bepaald dat een gevangenisstraf wordt opgelegd aan iedere meerderjarige derdelander die illegaal in de desbetreffende lidstaat verblijft, na het verstrijken van een termijn van drie maanden sinds zijn binnenkomst op het grondgebied van die lidstaat, kan leiden tot gevangenisstraf terwijl volgens de terugkeerrichtlijn tegen een dergelijke vreemdeling voor alles een terugkeerprocedure moet worden gevolgd (r.o. 38). Een dergelijke regeling kan daarom afbreuk doen aan de nuttige werking van de terugkeerrichtlijn (r.o. 39). Echter, de terugkeerrichtlijn verzet zich er volgens het Hof in het bijzonder niet tegen dat strafrechtelijke sancties worden opgelegd aan onderdanen van derde landen op wie de bij deze richtlijn ingestelde terugkeerprocedure is toegepast, en die illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven zonder dat er een geldige reden is om niet terug te keren (r.o. 48).

Resumerend:

- De terugkeerrichtlijn verzet zich niet tegen een regeling waarbij illegaal verblijf wordt tegengegaan met stafrechtelijke sancties, daaronder begrepen gevangenisstraf.
- Een dergelijke regeling mag evenwel niet toestaan dat aan een illegale vreemdeling gevangenisstraf wordt opgelegd voordat de in artikel 8 van de terugkeerrichtlijn bedoelde dwangmaatregelen zijn toegepast en, in geval van vreemdelingenbewaring, de maximale duur van die bewaring nog niet verstreken.
- Een dergelijke regeling mag wel toestaan dat een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een vreemdeling die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal in een lidstaat verblijft nadat op hem de terugkeerprocedure van de richtlijn is toegepast.

Van belang is dat de uitspraak ziet op de situatie waarin een strafrechtelijke detentie is voorzien ten aanzien waarvan ook metterdaad arrestaties zijn verricht en verdachten zijn gedetineerd. Het Hof heeft een duidelijke motivering voor zijn conclusie dat de bepalingen van de richtlijn in de weg staan aan een strafrechtelijke detentie zolang de uitzetting nog door middel van de in de richtlijn genoemde dwangmiddelen kan worden gerealiseerd. De oplegging of de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf vertraagt de terugkeer, en doet daarmee afbreuk aan het nuttig effect van de terugkeerrichtlijn.

Ik begrijp daaruit dat, indien uitzetting van de vreemdeling een mogelijkheid is, deze dient te worden benut. Ter fine van de uitzetting kan, indien er zicht op uitzetting is, de maatregel van bewaring worden opgelegd. Als er echter geen zicht op uitzetting is, of als dit zicht niet meer aanwezig is, en de vreemdeling daarvoor geen verschoonbare reden heeft, staat de richtlijn niet in de weg aan een gevangenisstraf ter zake van het voortdurende illegale verblijf. Een situatie waarin zich dit voordoet, is bijvoorbeeld de situatie waarin de vreemdeling zijn (ware) identiteit verborgen houdt, waardoor zijn (gestelde) land van herkomst geen (nood)reisdocumenten kan afgeven.

Uit de formulering van het Hof leid ik af dat niet altijd de maatregel van bewaring moet zijn opgelegd en de maximumduur daarvan moet zijn verstreken, alvorens kan worden geconcludeerd dat de inzet van de dwangmiddelen van de terugkeerrichtlijn niet hebben geleid tot de terugkeer. Dat is een logisch gevolg van de bepalingen van de richtlijn. Immers, de maatregel van bewaring kan, zoals gezegd, niet worden opgelegd als er geen zicht op uitzetting is. Onder omstandigheden is al voordat de maatregel wordt opgelegd duidelijk dat er geen zicht op uitzetting is, in welk geval de maatregel achterwege blijft. Dit kan ook komen te blijken gedurende het verloop van de maatregel en om die reden tot beëindiging daarvan leiden. In die gevallen is de maximale termijn van de bewaring in werkelijkheid minder dan achttien maanden, maar kan desalniettemin strafrechtelijk worden opgetreden. Hiermee is duidelijk dat de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod niet in strijd is met de terugkeerrichtlijn, maar deze aanvult. Ik zie in de uitspraak van de Europese rechter op dat punt dan ook een bevestiging.

De minister voor Immigratie en Asiel,  
G. B. M. Leers