



Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Minister voor Immigratie & Asiel
De heer drs. G. B. M. Leers
Postbus 20011
2500 EA DEN HAAG

Drs. A.C. Vergeer
070 – 3708012
17 januari 2011
ACVZ/ADV/2011/002

Briefadvies tweede nota van wijziging implementatie Terugkeerrichtlijn

Geachte heer Leers,

Zoals u is meegedeeld op 10 januari jongstleden stuurt de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) u hierbij haar advies over de tweede nota van wijziging behorende bij het voorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) in verband met de implementatie van de Terugkeerrichtlijn.¹

De commissie komt tot de conclusie dat de combinatie van de verplichte oplegging van het nieuwe Europese inreisverbod, tezamen met de categoriale strafbaarstelling van de overtreding daarvan en de onmogelijkheid om rechtmatig verblijf te hebben gedurende het verbod op gespannen voet staat met het evenredigheidsbeginsel.

Volgens de commissie moet duidelijker worden gemotiveerd hoe de voorgestelde maatregelen bijdragen aan verwezenlijking van het doel van de richtlijn. Voorts is zij van mening dat in alle gevallen voorafgaand aan het besluit tot oplegging van het inreisverbod een individuele belangenafweging moet worden gemaakt. Daarnaast zou in de toekenning van rechtsgevolgen aan dat besluit moeten worden gedifferentieerd tussen vreemdelingen aan wie een inreisverbod is opgelegd en die als een ernstige bedreiging voor de openbare orde of nationale veiligheid worden beschouwd enerzijds en vreemdelingen voor wie dit niet geldt anderzijds. Aan laatstgenoemde categorie zou de mogelijkheid tot het hebben van rechtmatig verblijf niet categoriaal moeten worden onthouden.

¹ 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, *PbEU* 2008, L 348/98.

De ACVZ beschouwt de beoogde strafbaarstelling van illegaal verblijf na oplegging van het inreisverbod als een ingrijpende wijziging van de bestaande toezichts- en handhavinginstrumenten. Het heeft de commissie verrast dat deze wijziging niet via een zelfstandig wetgevingstraject, maar bij nota van wijziging bij een implementatievoorstel voor een Europese richtlijn wordt ingevoerd. Uit de toelichting op de nota blijkt dat met de nota niet wordt beoogd uitvoering te geven aan het in het regeerakkoord genoemde voornemen illegaal verblijf strafbaar te stellen. Dat voornemen is na aanvaarding van het voorliggende wetsvoorstel evenwel grotendeels verwezenlijkt. Mede op grond daarvan meent de commissie dat het op haar weg ligt u via deze brief haar visie op dit specifieke onderdeel van het wetsvoorstel te geven. Dit advies beperkt zich tot enkele materiële opmerkingen over het implementatievoorstel en gaat niet in op het voornemen tot strafbaarstelling van illegaal verblijf als zodanig. Uiteraard is de commissie bereid ook over een eventuele verdere invulling van het voornemen tot strafbaarstelling van illegaal verblijf te adviseren.

Huidig juridisch kader

In de Vw 2000 is bepaald dat de vreemdeling die niet (langer) rechtmatig verblijf heeft, Nederland uit eigen beweging moet verlaten.² De minister is bevoegd om de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft en die Nederland niet binnen de vertrektermijn heeft verlaten, uit te zetten.³ Om dat mogelijk te maken kunnen vreemdelingen in vreemdelingenbewaring worden gesteld.⁴ Daarnaast is een aantal overtredingen van algemene voorschriften op het gebied van toegang, grensbewaking, toezicht, vrijheidsbeperking en uitzetting als overtreding strafbaar gesteld via artikel 108 Vw 2000. Ook bestaat op grond van artikel 67 Vw 2000 de mogelijkheid om niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen ongewenst te verklaren als zij bij herhaling een bij de Vw 2000 strafbaar gesteld feit hebben begaan of wanneer zij een gevaar vormen voor de openbare orde of nationale veiligheid. Een ongewenst verklaarde vreemdeling kan geen rechtmatig verblijf hebben.⁵ Bovendien is verblijf in Nederland in weerwil van een ongewenstverklaring als misdrijf strafbaar gesteld via artikel 197 Wetboek van Strafrecht (Sr). Illegaal verblijf anders dan verblijf in weerwil van een ongewenstverklaring is thans niet strafbaar.

Strekking van de Terugkeerrichtlijn

Met de tweede nota van wijziging van de Vw 2000 ter implementatie van de Terugkeerrichtlijn (hierna: de nota) wordt een wijziging in de huidige situatie aangebracht.

De Terugkeerrichtlijn stelt gemeenschappelijke normen en procedures vast voor de terugkeer en het vertrek van illegaal op het grondgebied van de Unie verblijvende onderdanen van derde landen. De richtlijn verplicht de lidstaten, behoudens enkele uitzonderingen, een terugkeerbesluit uit te vaardigen tegen de

² Artikel 61 Vw 2000.

³ Artikel 63 Vw 2000.

⁴ Artikel 59 Vw 2000.

⁵ Artikel 67, derde lid Vw 2000.

onderdaan van een derde land die illegaal op hun grondgebied verblijft.⁶ Dat besluit gaat gepaard met een inreisverbod voor alle lidstaten als er geen termijn voor vrijwillig vertrek is toegekend of als niet aan de terugkeerverplichting is voldaan. In de overige gevallen, aan vreemdelingen zonder vertrekplicht, *kan* de lidstaat een inreisverbod opleggen.⁷

Het doel van de richtlijn is het ontwikkelen van een doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid via het vaststellen van gemeenschappelijke regels voor terugkeer, verwijdering, het gebruik van dwangmaatregelen, inbewaringstelling en inreisverboden.⁸ Bij de terugzending van illegaal verblijvende derdelanders moeten de grondrechten en de waardigheid van de betrokkenen worden geëerbiedigd.⁹ De richtlijn bevat een aantal bepalingen die ertoe verplichten de rechtsbescherming van de betrokkenen te garanderen. Zo moeten beslissingen die op grond van de richtlijn worden genomen op individuele basis worden genomen en op objectieve criteria berusten, die zich niet beperken tot het loutere feit van illegaal verblijf.¹⁰ Het beginsel van non-refoulement moet worden gerespecteerd¹¹ en dwangmaatregelen moeten evenredig en doeltreffend zijn.¹²

De richtlijn bevat geen bepalingen over handhaving. Zij verplicht dus niet tot strafbaarstelling van illegaal verblijf in algemene zin, noch schrijft zij voor dat overtreding van het inreisverbod moet worden gesanctioneerd.

Sanctioneringsmaatregelen in het implementatievoorstel

In het wetsvoorstel is bepaald dat de vreemdeling aan wie het nieuwe Europese inreisverbod wordt opgelegd geen rechtmatig verblijf (meer) heeft.¹³ In de nota wordt daarnaast een sanctie gesteld op overtreding van het inreisverbod. De vreemdeling die in weerwil van dat verbod in Nederland verblijft, wordt strafbaar. Zijn verblijf zal een misdrijf vormen in het geval het inreisverbod is opgelegd en betrokkene als gevaar voor de openbare orde of nationale veiligheid wordt beschouwd.¹⁴ In de overige gevallen wordt dat verblijf door het gewijzigde artikel 108 Vw 2000 als overtreding gesanctioneerd. In beide situaties kan een hechtenis van maximaal zes maanden worden opgelegd. In alle gevallen waarin een inreisverbod wordt opgelegd, volgt een signalering in het Schengen Informatie Systeem (SIS).

Toetsingskader: algemene beginselen Unierecht en grondrechten

⁶ Artikel 6, lid 1 Terugkeerrichtlijn.

⁷ Artikel 11, lid 1 Terugkeerrichtlijn.

⁸ Preambule, overwegingen 2 en 20 Terugkeerrichtlijn.

⁹ Preambule, overweging 2 en artikel 1 Terugkeerrichtlijn.

¹⁰ Preambule, overweging 6 Terugkeerrichtlijn.

¹¹ Artikel 5 Terugkeerrichtlijn.

¹² Artikel 8, lid 4 Terugkeerrichtlijn.

¹³ Met uitzondering van de vreemdeling die een eerste asielaanvraag heeft ingediend (zolang op die aanvraag nog niet is beslist), de vreemdeling voor wie het gelet op zijn gezondheidstoestand of die van één van zijn gezinsleden niet verantwoord is om te reizen en de vreemdeling wiens uitzetting op grond van een rechterlijke beslissing achterwege moet blijven totdat op het bezwaar- of beroepschrift is beslist (zie het nieuwe artikel 66a, zesde lid Vw 2000).

¹⁴ Zie het aangepaste artikel 197 Sr in combinatie met het nieuwe artikel 66a, zevende lid Vw 2000.

Wanneer een Unieregeling geen specifieke strafbepaling met betrekking tot een overtreding bevat, zijn de lidstaten verplicht alle passende maatregelen te nemen om de doeltreffende toepassing (nuttig effect) van het Unierecht te verzekeren.¹⁵ De Raad van State heeft in zijn advies over het implementatievoorstel benadrukt dat het principe van Unietrouw ook het creëren van een passende uitvoerings- en handhavingsstructuur inhoudt.¹⁶

Tegelijkertijd dienen bij de implementatie de algemene beginselen van het Unierecht en de grondrechten in acht te worden genomen zoals opgenomen in onder meer het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en het Handvest van de Grondrechten van de EU.

Deze algemene rechtsbeginselen, die in de preambule van de richtlijn nadrukkelijk zijn erkend, bevatten waarborgen voor de rechtsbescherming van personen op wie de maatregelen van toepassing zijn. Naast het genoemde effectiviteitsbeginsel is het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel van bijzonder belang bij handhaving en het treffen van sanctiemaatregelen. Dit beginsel bepaalt dat de zwaarte van een sanctiemaatregel in een passende verhouding moet staan tot de ernst van de overtreding. Dit vereist een afweging tussen de belangen van personen die nadelige effecten van de maatregel ondervinden en het beoogde doel van die maatregel. In de belangenafweging moet worden geoordeeld of de maatregel geschikt (effectief), noodzakelijk en proportioneel is om dat doel te bereiken.

Oplegging van een Europees inreisverbod in combinatie met de daaraan gekoppelde onmogelijkheid tot het hebben van rechtmatig verblijf en de strafrechtelijke sanctienering van overtredingen van het verbod is een ingrijpende maatregel die grote gevolgen voor de betrokken vreemdeling kan hebben. Eerder is al aandacht gevraagd voor de implicaties van dit voorstel in het individuele geval¹⁷ en is gewezen op het gebrek aan waarborging van de evenredigheid bij registratie van vreemdelingen in het SIS.¹⁸

De ACVZ is van mening dat de maatregelen in de thans voorgestelde vorm de toets aan het proportionaliteitsvereiste niet doorstaan. Hiertoe acht zij het volgende van belang.

Effectiviteit en noodzaak onvoldoende gemotiveerd

De invoering van de sanctienering van overtredingen van het inreisverbod wordt in de toelichting op de nota gemotiveerd door te verwijzen naar de noodzaak tot waarborging van het nuttig effect van de richtlijn. Hoe de sanctiebepaling aan dat nuttig effect zal bijdragen wordt niet aangegeven. Naar de mening van de commissie vereist het instellen van de maatregelen om de volgende redenen een uitgebreidere, zorgvuldige motivering.

¹⁵ Artikel 10 Verdrag EU.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 240, nr. 4, p. 5.

¹⁷ Permanente commissie van deskundigen in het internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht, *Strafbaarstelling overtreding inreisverbod*, Utrecht 24 december 2010 (CM 1018).

¹⁸ Nationale Ombudsman, *Toegang verboden. Onderzoek naar de opname van vreemdelingen in het Schengen Informatie Systeem en de informatievoorziening hierover*, Den Haag, 17 juni 2010 (2010/115).

Overtreding van voorschriften ten aanzien van binnenkomst en toezicht (zoals het geen gehoor geven aan een aanzegging tot vertrek) is nu al strafbaar op grond van artikel 108 Vw 2000. Een vreemdeling kan niet illegaal in Nederland verblijven zonder de in dat artikel neergelegde voorschriften te overtreden. Daarnaast zijn de voorwaarden voor inbewaringstelling van vreemdelingen dermate ruim geformuleerd dat in het belang van de openbare orde nu al nagenoeg iedere vreemdeling die onrechtmatig in Nederland verblijft in bewaring kan worden gesteld met het oog op verwijdering.¹⁹

Een nadere motivering is ook nodig omdat het oorspronkelijke implementatievoorstel er uitdrukkelijk niet toe strekte illegaal verblijf strafbaar te stellen. Dat voorstel voorzag in behoud van het huidige stelsel waarin illegaal verblijf alleen strafbaar is als de vreemdeling ongewenst is verklaard. De reden hiervoor is volgens de memorie van toelichting dat het nieuwe inreisverbod vooral zal worden opgelegd in gevallen waarin nu alleen tot signalering in het SIS wordt overgegaan met het oog op weigering van een volgende toegang, zonder dat sprake is van ongewenstverklaring op grond van artikel 67 Vw 2000. Het zich toegang tot en verblijf in Nederland verschaffen in weerwil van een dergelijke signalering achtte de regering niet strafwaardig. Daarnaast waren er 'uitvoeringstechnische redenen' om overtreding van het inreisverbod zelf niet strafbaar te stellen, maar de sanctionering te beperken tot die gevallen die aanleiding gaven tot ongewenstverklaring op grond van artikel 67 Vw 2000.²⁰

De huidige keuze van de regering om verder te gaan dan de minimumvoorwaarden in de richtlijn en overtredingen van het inreisverbod categoriaal strafrechtelijk te sanctioneren, is niet alleen een indringende verzwaring van het huidige handavingsinstrumentarium, maar betekent ook een zo fundamentele wijziging van het oorspronkelijke implementatievoorstel dat in feite sprake is van nieuwe regelgeving. Nieuwe regelgeving moet voldoen aan aanwijzing 6.1 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, waarin is bepaald dat alleen tot nieuwe regelingen wordt besloten als de noodzaak daarvan is komen vast te staan. De noodzaak is echter onduidelijk en bovendien is onvoldoende onderbouwd dat de maatregel voldoende geschikt is om het doel van de richtlijn te bereiken. Een nadere motivering is te meer vereist daar in de langlopende discussie over strafbaarstelling van illegaliteit in algemene zin meer dan eens en van verschillende kanten gemotiveerd is betoogd dat het introduceren van een strafsancie niet noodzakelijk en onwenselijk is. Daarbij is er onder andere op gewezen dat met het bestaande bestuursrechtelijk instrumentarium hetzelfde doel kan worden bereikt, terwijl een strafsancie juist een uitzettingsbeletsel zou kunnen vormen.²¹

¹⁹ Zie A6/5.3 Vc 2000.

²⁰ *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 240, nr. 3, p. 10.

²¹ Zie onder meer:

- Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, *Vreemdelingen in bewaring. Advies over vreemdelingenbewaring en verwijdering van 'criminele' illegalen*, ACVZ: Den Haag 2002.
- Open brief aan de minister van Justitie, *NJB* 32, 13 september 2002, p. 1609-1610.
- Mr. J. Snoeijer, mr. N.M. van Wersch, 'Illegaliteit als strafbaar feit: het rijmt wel, maar het deugt niet', *Migrantenrecht* 17, november 2003, p. 276-282.
- Permanente commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht, *Notitie immigratie en asiel in het Regeerakkoord*, Utrecht 8 november 2010 (CM 1016).
- Permanente commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht, *Strafbaarstelling overtreding inreisverbod*, Utrecht 24 december 2010 (CM 1018).

*Voorgenomen maatregelen niet in overeenstemming met
proportionaliteitsbeginsel*

Het voorstel in zijn huidige vorm biedt ook onvoldoende garanties voor een evenredige toepassing van de voorgenomen sanctioneringsmaatregelen.

In het voorstel van wet was de oplegging van het inreisverbod, ondanks de imperatieve redactie van artikel 11, eerste lid van de richtlijn ('het terugkeerbesluit gaat gepaard met een inreisverbod...'), in het eerste lid van het nieuwe artikel 66a Vw 2000 als facultatieve bepaling geformuleerd ('Onze minister kan een inreisverbod uitvaardigen...'). Voor de motivering van deze formulering werd verwezen naar het derde lid van artikel 11 van de richtlijn waarin is bepaald dat de lidstaten om humanitaire of andere redenen kunnen afzien van een inreisverbod en in individuele gevallen of voor bepaalde categorieën 'om andere redenen' dat verbod kunnen intrekken of schorsen. Deze 'verzachting' van het dwingende karakter gaf de regering aanleiding tot het formuleren van een bevoegdheid tot oplegging van het inreisverbod die in lijn met de artikelen 3:2 en 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ruimte bood voor een individuele belangenafweging in het concrete geval.

In de tweede nota van wijziging heeft de facultatieve formulering van het eerste lid van het nieuwe artikel 66a Vw 2000 plaatsgemaakt voor een dwingende bepaling tot oplegging van het inreisverbod waarvan op grond van het derde lid van dit artikel *kan* worden afgeweken om voormelde humanitaire of andere redenen.

De commissie is van mening dat de dwingende koppeling van een inreisverbod aan het terugkeerbesluit, in combinatie met de juridische onmogelijkheid om (behoudens enkele uitzonderingen²²) rechtmatig verblijf te hebben zolang dat inreisverbod van kracht is, onvoldoende ruimte laat voor een individuele toetsing aan de in de richtlijn nadrukkelijk erkende belangen van betrokkenen zoals het beginsel van non-refoulement, het belang van het kind, het familie- en gezinsleven en de gezondheidstoestand van de betrokkenen.²³

Nu die individuele belangenafweging door de dwingende aard van het besluit en het discretionaire karakter van de eventuele afwijking daarvan eerder uitzondering dan regel wordt, is naar de mening van de commissie onvoldoende gewaarborgd dat het besluit voldoet aan het in de richtlijn neergelegde evenredigheidsbeginsel.²⁴ Hiermee komt het nuttig effect van de bepalingen over de rechtsbescherming in gevaar.

Om te verzekeren dat de grondrechten van illegaal in Nederland verblijvende onderdanen van derde landen worden geëerbiedigd, moet volgens de commissie in *alle* gevallen waarin wordt besloten tot oplegging van een inreisverbod voorafgaand aan dat besluit een individuele belangenafweging worden gemaakt. Aan deze uit de algemene beginselen van het Unierecht en de grondrechten

- *Kamerstukken II 2001/02*, 19 637, nr 608, 2003/04, 29 537, nr 2 (de illegalennota), 2004/05, 29 537, nr 23 (notitie over voor- en nadelen van het strafbaar stellen van illegaliteit).

²² Zie voetnoot 13.

²³ Artikel 5 Terugkeerrichtlijn.

²⁴ Zie tevens artikelen 3:2 en 3:4, tweede lid, Awb en Aanwijzing 15 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving.

voortvloeiende verplichting kan alleen worden voldaan als de hoofdregel ruimte voor een dergelijke afweging biedt. Hiertoe zou het eerste lid van het nieuwe artikel 66a Vw 2000 (opnieuw) moeten worden aangepast in die zin dat de imperatieve bepaling wordt gewijzigd in een facultatieve bepaling.

De verplichting tot het maken van een individuele belangenafweging vloeit ook voort uit de artikelen 21 en 24 van de SIS-II-Verordening²⁵, waarin is bepaald dat een lidstaat voorafgaand aan een signalering nagaat of de gepastheid, de relevantie en het belang van de zaak opnemend van de signalering in SIS II rechtvaardigen. De keuze om de Europese werking van het inreisverbod te garanderen door de in weerwil van dat verbod illegaal in Nederland verblijvende vreemdeling in het SIS te signaleren, ligt om operationele redenen voor de hand. De criteria voor signalering moeten echter wel dezelfde zijn als die voor het opleggen van het inreisverbod, aangezien de signalering automatisch tot stand komt na oplegging van dat verbod.²⁶ Om die reden zou de individuele belangenafweging ook moeten plaatsvinden voorafgaand aan de oplegging van het inreisverbod. Voor de invulling van de evenredigheidstoets zou kunnen worden aangesloten bij de criteria die de Nationale Ombudsman in het kader van zijn onderzoek naar de opname van vreemdelingen in het SIS heeft opgesteld.²⁷ Deze houden in dat:

- de begane misstap, in dit geval het illegaal verblijf in weerwil van het nieuwe Europese inreisverbod, zodanig is dat het weren van de betrokkene noodzakelijk is in het kader van de openbare orde en veiligheid (...);
- de begane misstap in beginsel rechtvaardigt dat iemand enkele jaren niet meer wordt toegelaten tot het Schengengebied; en
- de inbreuk op de belangen van de vreemdeling om vrij te reizen niet onevenredig mogen zijn aan het doel dat met het SIS wordt gediend.

Uit genoemde artikelen van de SIS-II-Verordening en de mede daaruit door de Nationale Ombudsman afgeleide toetsingscriteria volgt dat bij de individuele belangenafweging in ieder geval de inbreuk op de openbare orde moet worden betrokken. Dat aan die inbreuk groot gewicht wordt toegekend bij het besluit tot oplegging van het inreisverbod en de daaraan verbonden rechtsgevolgen ligt voor de hand. Naar de mening van de commissie kan echter aan die inbreuk niet in alle gevallen gelijk gewicht worden toegekend. In die gevallen waarin geen gronden aanwezig zijn om de vreemdeling als een ernstig gevaar voor de openbare orde of de nationale veiligheid te beschouwen (en hij dus niet met toepassing van het huidige artikel 67 Vw 2000 ongewenst kan worden verklaard) is de aard van de inbreuk op de openbare orde een wezenlijk andere dan in die gevallen waarin die gronden wel van toepassing zijn. Deze 'gradatie' in de inbreuk op de openbare orde is erkend in de strafrechtelijke sanctionering van overtredingen van het inreisverbod door in het eerste geval het verblijf in weerwil van dat verbod als

²⁵ Verordening (EG) nr. 1987/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 20 december 2006 betreffende de instelling, de werking en het gebruik van het Schengeninformatiesysteem van de tweede generatie (SIS II), *PbEU* 2006, L 381/4.

²⁶ Tweede lid van het nieuwe artikel 66a Vw 2000.

²⁷ Nationale Ombudsman, *Toegang verboden. Onderzoek naar de opname van vreemdelingen in het Schengen Informatie Systeem en de informatievoorziening hierover*, Den Haag, 17 juni 2010 (2010/115).

overtreding te kwalificeren en in het tweede geval dat verblijf als misdrijf aan te merken. Op grond van dezelfde reden die aan dit categoriale onderscheid ten grondslag ligt, zouden aan het inreisverbod in het eerste geval ook niet dezelfde gevolgen voor de rechtmatigheid van het verblijf verbonden moeten worden als in het tweede geval. De ACVZ acht het niet noodzakelijk en in strijd met het proportionaliteitsbeginsel om aan vreemdelingen aan wie een inreisverbod is opgelegd zonder dat zij naar het oordeel van de minister een ernstige bedreiging voor de openbare orde of de nationale veiligheid vormen de juridische mogelijkheid om rechtmatig verblijf te hebben te onzeggen. Het zesde lid van het nieuwe artikel 66a Vw 2000 zou daarom moeten komen te vervallen.

Tot een nadere toelichting is de ACVZ graag bereid.

Hoogachtend,

De voorzitter,



Mr. Adriana C.J. van Dooijeweert

De secretaris,



Mr. W.N. Mannens