
103

Besluit van 22 februari 2012, houdende een tijdelijke voorziening ter implementatie van artikel 2, tweede lid, 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 (PbEU, L 348) (Tijdelijk besluit uitzonderingen terugkeerrichtlijn)

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel van 16 januari 2012, nr. 2012-0000026985, directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, afdeling Wetgeving Bestuur en Immigratie;

Gelet op artikel 89, eerste lid, van de Grondwet;

De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van 8 februari 2012, nr. W04.12.0018/l);

Gezien van het nader rapport van Onze Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel van 14 februari 2012, nr. 2012-0000082688, directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, afdeling Wetgeving Vreemdelingen, Wonen en Integratie;

Hebben goedgevonden en verstaan:

Artikel 1

De verplichtingen die voor Nederland voortvloeien uit 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, L 348), gelden niet ten aanzien van vreemdelingen:

a. aan wie de toegang is geweigerd overeenkomstig artikel 13 van de Schengengrenscore;

b. aan wie de toegang is geweigerd overeenkomstig artikel 3 van de Vreemdelingenwet 2000 en die vervolgens geen rechtmatig verblijf als bedoeld in artikel 8 van die wet hebben verkregen; of

c. jegens wie een procedure van uitlevering als bedoeld in de Uitleveringswet loopt.

Artikel 2

1. Dit besluit treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin het wordt geplaatst.
2. Dit besluit vervalt op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, doch uiterlijk met ingang van 1 januari 2014.

Artikel 3

Dit besluit wordt aangehaald als: Tijdelijk besluit uitzonderingen terugkeerrichtlijn.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

Lech, 22 februari 2012

Beatrix

De Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel,
G. B. A. Leers

Uitgegeven de *zestiende* maart 2012

De Minister van Veiligheid en Justitie,
I. W. Opstelten

Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State wordt met de daarbij behorende stukken openbaar gemaakt door publicatie in de Staatscourant.

NOTA VAN TOELICHTING

Inleiding

Op 24 december 2008 is Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (hierna: de richtlijn) gepubliceerd in het Publicatieblad (PbEU, L 348). De implementatie van de richtlijn heeft plaatsgevonden door middel van de wet van 15 december 2011 tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 (Stb. 2011, 663), die met ingang van 31 december 2011 in werking is getreden.

Op grond van artikel 2, eerste lid, van de richtlijn is deze van toepassing op onderdanen van derde landen die illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven. Op grond van artikel 2, tweede lid, van de richtlijn kunnen de lidstaten besluiten de richtlijn niet toe te passen op de volgende categorieën vreemdelingen:

a. onderdanen van derde landen aan wie de toegang is geweigerd overeenkomstig artikel 13 van de Schengengrenscore (hierna: SGC), of die door de bevoegde autoriteiten zijn aangehouden of onderschept wegens het op niet reguliere wijze overschrijden over land, over zee of door de lucht van de buitengrens van een lidstaat, en die vervolgens geen vergunning of recht hebben verkregen om in die lidstaat te verblijven;

b. onderdanen van derde landen die verplicht zijn tot terugkeer als strafrechtelijke sanctie of als gevolg van een strafrechtelijke sanctie overeenkomstig de nationale wetgeving, of jegens wie een uitleveringsprocedure loopt.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn¹ heeft de regering aangekondigd gebruik te maken van de mogelijkheid de richtlijn niet toe te passen op vreemdelingen aan wie de toegang is geweigerd, met uitzondering van de maximale duur van de termijnen voor de vrijheidsbeperkende en vrijheidontnemende maatregelen. Indien voor deze categorie geen gebruik zou worden gemaakt van de door de richtlijn toegestane uitzondering, zou dat tot gevolg hebben dat grensdetentie wordt bemoeilijkt, enerzijds omdat daaraan dan ook in geval van weigering van de toegang een uitdrukkelijk inreisverbod vooraf zou moeten gaan², anderzijds omdat dan niet langer het enkele feit van weigering van de toegang aan de grens grond zou zijn voor grensdetentie, maar daarvoor ook zicht op uitzetting zou zijn vereist. Ook de plicht Nederland onmiddellijk te verlaten, zou dan moeilijker geëffectueerd kunnen worden. Er zou dan immers kunnen worden geprocedeerd tegen het vereiste terugkeerbesluit en dat vormt voor de grensgeweigerde een prikkel om meer rechtsmiddelen aan te wenden dan tot nu toe gebruikelijk. De bestuurslasten zouden toenemen doordat de werkbelasting van zowel de rechterlijke macht als de Immigratie- en Naturalisatiedienst toeneemt, zonder dat tegenover deze kosten een duidelijk belang aan de zijde van de vreemdeling staat dat niet al door andere procedures op basis van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw2000) of de SGC wordt gewaarborgd.

Daarnaast is besloten gebruik te maken van de mogelijkheid de richtlijn niet toe te passen op vreemdelingen jegens wie een uitleveringsprocedure loopt. Daarop is en blijft de Uitleveringswet van toepassing.

De regering ging ervan uit dat de keuze van de formele wetgever om de richtlijn niet toe te passen op de categorieën vreemdelingen, bedoeld in artikel 2, tweede lid, van de richtlijn, impliciet besloten lag in de systematiek van de Vw2000 en de totstandkomingsgeschiedenis van de wet van 15 december 2011. Immers, de artikelen 5 en 6 van de Vw2000 zijn niet gewijzigd en ook overigens zijn geen wijzigingen aangebracht in

¹ Kamerstukken II 32 420, 2009/10, nr. 3, blz. 6 en 7.

² ABRvS 9 december 2011, zaaknr. 201101820/1/V3.

hoofdstuk 2 van de Vw2000 met het oog de implementatie van de richtlijn, en bovendien is aan artikel 59 van de Vw2000 een zevende lid toegevoegd waarin de maximumtermijnen voor vreemdelingenbewaring van overeenkomstige toepassing zijn verklaard op de grensdetentie, bedoeld in artikel 6 van de Vw2000. Deze laatste bepaling zou niet nodig zijn geweest als de regering beoogd had de richtlijn op de grensgeweigerden van toepassing te laten zijn.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in haar uitspraak van 8 november 2011 (zaaknummer 201101573/1/V3) evenwel geoordeeld dat voor de implementatie van de in artikel 2, tweede lid, van de richtlijn gegeven keuzemogelijkheid een dwingend normatief kader is vereist, dat voor particulieren duidelijk is. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft daarbij overwogen dat gebruikmaking van een daartoe strekkende algemene maatregel van bestuur om de gemaakte keuze vast te leggen, toelaatbaar is als tijdelijke overgangsmaatregel, vooruitlopend op een formele wet waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat de in voormeld artikelonderdeel bedoelde categorieën van vreemdelingen zijn uitgesloten van de in de richtlijn voorziene rechten van illegaal op het grondgebied van de lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen.

Om de volgens de Afdeling bestuursrechtspraak bestaande onduidelijkheid over de door de formele wetgever gemaakte keuze te onderwerpen, is alsnog een afzonderlijke formele wet waarbij bedoelde keuze expliciet zal worden vastgelegd, in voorbereiding genomen. Dit besluit dient als tijdelijke overgangsmaatregel zoals bedoeld door de Afdeling bestuursrechtspraak en geeft invulling aan de bevoegdheid van Nederland, bedoeld in artikel 2 van de richtlijn, totdat zal zijn voorzien in een regeling ter zake op het niveau van een wet in formele zin.

Het gevolg van dit besluit is enkel dat op de daarbij uitgezonderde groepen vreemdelingen alleen het ten aanzien van hen in de Vw2000 neergelegde regime, onder meer met betrekking tot bepalingen over vrijheidsbeperkende en vrijheidsontnemende maatregelen¹, gehandhaafd wordt en ter zake de aanvullende eisen van de richtlijn vanwege het inroepen van artikel 2, tweede lid, van de richtlijn niet gelden. Zo blijft bijvoorbeeld voor vreemdelingen aan wie de toegang is geweigerd, de verplichting bestaan Nederland onmiddellijk te verlaten zonder dat daarvoor een terugkeerbesluit is vereist of een vertrektermijn van in beginsel vier weken geldt².

In dit besluit wordt geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid onderdanen van derde landen die verplicht zijn tot terugkeer als strafrechtelijke sanctie of als gevolg van een strafrechtelijke sanctie overeenkomstig de nationale wetgeving, uit te zonderen van toepassing van de richtlijn. In het Nederlandse systeem wordt immers geen onderscheid gemaakt tussen de verplichte terugkeer van vreemdelingen met een criminele achtergrond en van vreemdelingen zonder een dergelijke achtergrond.

Tot slot moet worden opgemerkt dat de richtlijn niet van toepassing is op burgers van de Europese Unie en hun familieleden die onder het vrij verkeer van personen vallen. Uit dien hoofde is ook dit besluit niet op hen van toepassing.

Grensgeweigerden

De belangrijkste categorie onderdanen van derde landen die op grond van dit besluit zijn uitgezonderd van de werking van de richtlijn, zijn de grensgeweigerden op grond van artikel 13 van de SGC, respectievelijk artikel 3 van de Vw2000.

¹ Artikel 6 juncto artikel 59, zevende lid, van de Vw2000.

² Artikel 5 van de Vw2000.

Op grond van artikel 13, eerste lid, van de SGC wordt aan een onderdaan van een derde land, indien hij niet aan alle in artikel 5, eerste lid, van de SGC vermelde toegangsvoorwaarden voldoet en niet tot de in artikel 5, vierde lid, van de SGC genoemde categorieën behoort, de toegang tot het grondgebied van de lidstaten geweigerd. Dit laat evenwel de toepassing van de bijzondere bepalingen inzake asielrecht en internationale bescherming of inzake afgifte van een visum van langere duur onverlet (tweede volzin van artikel 13, eerste lid, van de SGC).

Artikel 5, eerste lid, van de SGC bevat de toegangsvoorwaarden voor onderdanen van derde landen voor een verblijf van ten hoogste drie maanden per periode van zes maanden.

Op grond van artikel 13, vierde lid, van de SGC zien de grenswachters, indien een onderdaan van een derde land de toegang wordt geweigerd, erop toe dat die persoon het grondgebied van de betrokken lidstaat niet betreedt. De vreemdeling verlaat derhalve niet het betrokken haven- of luchthaventerrein, dat in zijn geheel wordt beschouwd als doorlaatpost. Daarom worden vreemdelingen aan wie de toegang overeenkomstig artikel 13 van de SGC is geweigerd, voor de toepassing van de SGC geacht de buitengrens nog niet te hebben overschreden en derhalve het grondgebied van de lidstaat nog niet te hebben betreden. Een vreemdeling aan wie de toegang overeenkomstig artikel 13 van de SGC is geweigerd, kan dan ook geen rechtmatig verblijf in Nederland hebben of krijgen zolang de toegang geweigerd blijft.

Strikt genomen leidt het bovenstaande tot de conclusie dat vreemdelingen aan wie de toegang overeenkomstig artikel 13 van de SGC is geweigerd, reeds op grond van artikel 2, eerste lid, van de richtlijn niet onder de werking van de richtlijn vallen. Zij verblijven in vreemdelingrechtelijke zin immers niet op het grondgebied van de lidstaat (vergelijk artikel 13, vierde lid, van de SGC). Omdat de richtlijn deze categorie echter expliciet noemt als categorie die kan worden uitgezonderd van de toepassing van de richtlijn, is zij ter voorkoming van misverstanden ook in dit besluit opgenomen.

Artikel 3, eerste lid, van de Vw2000 bevat een grondslag om vreemdelingen, indien is voldaan aan de daar genoemde voorwaarden, de toegang tot Nederland te weigeren. Weigering van de toegang op grond van artikel 3 van de Vw2000 is uitsluitend mogelijk in andere dan de in de SGC geregelde gevallen, en betreft in het bijzonder gemeenschapsonderdanen, vreemdelingen die toegang wensen wegens verblijf voor een periode langer dan drie maanden per periode van zes maanden en vreemdelingen die op of nabij een grensdoorlaatpost internationale bescherming vragen (asielzoekers).

De weigering van de toegang overeenkomstig artikel 3 van de Vw2000 moet juridisch anders worden gekwalificeerd dan de weigering van de toegang overeenkomstig artikel 13 van de SGC. Het weigeren van de toegang overeenkomstig artikel 3 van de Vw2000 ziet – in de terminologie van de richtlijn – op vreemdelingen *«die door de bevoegde autoriteiten zijn aangehouden of onderschept wegens het op niet reguliere wijze overschrijden over land, over zee of door de lucht van de buitengrens van een lidstaat»* (artikel 2, tweede lid, onder a, van de richtlijn)¹. Een vreemdeling aan wie overeenkomstig artikel 3 van de Vw2000 de toegang wordt geweigerd, wordt derhalve geacht de buitengrens overschreden te hebben en bevindt zich daarmee niet alleen feitelijk, maar ook in vreemdelingrechtelijke zin op Nederlands grondgebied. De toegangswegering ziet dus feitelijk op de *verdere* toegang tot Nederland.

Anders dan een vreemdeling aan wie de toegang overeenkomstig artikel 13 van de SGC is geweigerd, kan een vreemdeling aan wie de toegang overeenkomstig artikel 3 van de Vw2000 is geweigerd, wel rechtmatig verblijf hebben. Hij bevindt zich immers feitelijk en juridisch op Nederlands grondgebied, al is hem de verdere toegang tot dat grond-

¹ ABRvS 4 oktober 2011, JV 2011/489.

gebied ontzegd. Rechtmatig verblijf kan in dit geval bijvoorbeeld ontstaan doordat de vreemdeling op of nabij een grensdoorlaatpost aan een ambtenaar belast met de grensbewaking te kennen geeft internationale bescherming te wensen. Vanaf dat moment moet de vreemdeling worden aangemerkt als asielzoeker in de zin van de procedurerichtlijn¹ en heeft hij rechtmatig verblijf als bedoeld in artikel 8, onder f, van de Vw2000 totdat in eerste aanleg op zijn asielverzoek is beslist.

In dit verband moet erop worden gewezen dat onderdanen van derde landen die door de bevoegde autoriteiten zijn aangehouden of onderschept wegens het op niet reguliere wijze overschrijden van de buitengrens van een lidstaat, krachtens artikel 2, tweede lid, onder a, van de richtlijn alleen kunnen worden uitgezonderd van de toepassing van de richtlijn, indien zij vervolgens geen vergunning of recht hebben verkregen om in die lidstaat te verblijven. Aangezien asielzoekers aan wie op grond van artikel 3 van de Vw2000 de toegang tot Nederland wordt geweigerd, vervolgens rechtmatig verblijf krijgen totdat op hun aanvraag is beslist, kunnen zij, nadat hun aanvraag is afgewezen en daarmee hun rechtmatig verblijf is geëindigd, niet worden uitgezonderd van de toepassing van de richtlijn². Asielzoekers aan wie de toegang is geweigerd en wier aanvraag vervolgens is afgewezen, vallen dus altijd onder de werkingssfeer van de richtlijn. Zij worden door dit besluit niet geraakt.

Zelfstandige algemene maatregel van bestuur

Ingevolge artikel 21 van de Aanwijzingen voor de regelgeving wordt een zelfstandige algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 89, eerste lid, van de Grondwet niet gebruikt voor het vaststellen van algemeen verbindende voorschriften behoudens in uitzonderlijke situaties bij wijze van tijdelijke voorziening. Zoals in daarbij behorende toelichting is vermeld, is er naar huidige rechtsopvatting slechts in enige uitzonderlijke gevallen ruimte voor een dergelijk type regeling. De regering is van oordeel dat de onderhavige situatie een zelfstandige algemene maatregel van bestuur bij wijze van tijdelijke voorziening rechtvaardigt.

Met dit besluit wordt beoogd ten aanzien van personen aan wie de toegang is geweigerd en ten aanzien van personen jegens wie een uitleveringsprocedure loopt als bedoeld in de Uitleveringswet, de situatie te herstellen zoals die feitelijk bestond tot eerdergenoemde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 8 november 2011 en waarin het wetsvoorstel tot implementatie van de richtlijn geen verandering beoogde te brengen. Dit besluit doet derhalve geen afbreuk aan het primaat van de wetgever. Daarbij is van belang dat de aangehaalde uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak is gegeven op een moment waarop de Tweede Kamer der Staten-Generaal het desbetreffende wetsvoorstel al had aanvaard, zodat een aanpassing van dat wetsvoorstel niet meer mogelijk was.

Teneinde in afwachting van de totstandkoming van het vereiste normatief kader door middel van een wet in formele zin alvast een normatief kader te scheppen dat voor particulieren duidelijk is, is de onderhavige zelfstandige algemene maatregel van bestuur het aangegeven middel. De Vw2000, en in het bijzonder artikel 109, biedt in dit geval geen grondslag voor deze algemene maatregel van bestuur. Artikel 109, eerste lid, van de Vw2000 ziet uitsluitend op het bij algemene maatregel van bestuur buiten werking stellen van bepalingen van de wet. Daarvan is hier geen sprake. Bovendien is bij het toepassing geven aan de in artikel 2, tweede lid, van de richtlijn gegeven keuzemogelijkheid geen sprake van de situatie waarop artikel 109, eerste lid, Vw ziet, te weten de situatie waarin in internationale regelgeving vervatte normen moeten worden omgezet in nationale regelgeving.

¹ Richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus.

² ABRvS 4 oktober 2011, JV 2011/489.

Ten slotte heeft ook de Afdeling bestuursrechtspraak in deze situatie een tijdelijke algemene maatregel van bestuur vooruitlopend op een formele wet van dezelfde strekking, uitdrukkelijk toelaatbaar geacht.

In het onderhavige besluit is geen sprake van beperking van grondrechten. Het besluit voorziet evenmin in door straffen te handhaven voorschriften en komt derhalve niet in strijd met artikel 89, tweede lid, van de Grondwet, dat zich verzet tegen het opnemen van dergelijke voorschriften in een zelfstandige algemene maatregel van bestuur.

Als het zo spoedig mogelijk in te dienen wetsvoorstel waarin artikel 2, tweede lid, van de richtlijn zal worden geïmplementeerd, in werking zal treden na door de Tweede en Eerste Kamer te zijn aanvaard, zal dit besluit op het tijdstip van inwerkingtreding van de wet vervallen (bij koninklijk besluit). Indien het wetsvoorstel door de Tweede of Eerste Kamer zou worden verworpen of indien het wetsvoorstel zou worden ingetrokken, zal het onderhavige besluit eveneens bij koninklijk besluit vervallen. Om het tijdelijk karakter van het besluit nog verder te waarborgen, is bepaald dat het besluit in ieder geval niet later dan met ingang van 1 januari 2014 zal vervallen.

De Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel,
G. B. A. Leers