

**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)**

16 september 2010

**Commentaar van de Adviescommissie vreemdelingenrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten** (*mrs. J.A. Kroes, I. Oomen, T. Pondaag, T.H.G. Schuringa, L.M. Straver, C.F. Wassenaar, W. Verberk*)

**Inleiding**

Het wetsvoorstel strekt tot de omzetting van de richtlijn 2008/115/EG in nationale regelgeving zoals dit conform artikel 20 van de richtlijn uiterlijk op 24 december 2010 dient te geschieden. De richtlijn is van toepassing op illegaal in de lidstaat verblijvende vreemdelingen. Ze bepaalt de normen en procedures die moeten worden toegepast bij de terugkeer van vreemdelingen naar hun land van herkomst of land van bestendig verblijf.

De Adviescommissie heeft kennis genomen van het wetsvoorstel (TK 2009-2010, 32420 nr. 1) de Memorie van Toelichting (ibid., nr. 3) en de wijziging naar aanleiding van het advies van de Raad van State (ibid., nr. 4). Het commentaar van de Adviescommissie beperkt zich tot de implementatie van het nieuw geïntroduceerde terugkeerbesluit, het inreisverbod en in samenhang daarmee, de regeling van gefinancierde rechtsbijstand aan vreemdelingen die met deze besluiten worden geconfronteerd. De Adviescommissie beperkt zicht tot deze specifieke onderwerpen gelet op haar taakstelling maar ook omdat de Commissie Meijers (3 september 2010, kenmerk CM 1013) alsmede het Landelijk bureau Vluchtelingenwerk Nederland (brief d.d. 6 september 2010 kenmerk O 2.2.1377.kf) al heeft geadviseerd omtrent andere oordelen. De Adviescommissie kan zich in de algemene strekking en vraagstelling van beide instellingen vinden en maakt deze tot de zijne.

Tenslotte merkt de Adviescommissie op dat zij niet is verzocht om advies te geven. Gelet evenwel op de importantie van het onderwerp en vanwege haar specifieke (praktijk)kennis en achtergrond ziet de Adviescommissie niettemin aanleiding om haar opvattingen ongevraagd met de Kamer te delen.

**Rechtskader art 6 en 7 richtlijn**

In de richtlijn wordt een nieuw rechtskader gegeven met betrekking tot gedwongen vertrek. In artikel 7 van de richtlijn wordt vrijwillig vertrek als uitgangspunt genomen van het terugkeerbeleid van de lidstaten. Dit blijkt ook uit overweging 10 van de preambule bij de richtlijn waarin wordt aangegeven dat zolang er geen reden is om aan te nemen dat de terugkeerprocedure wordt ondermijnd, vrijwillige terugkeer de voorkeur heeft boven gedwongen terugkeer. In artikel 7 wordt het terugkeerbesluit geïntroduceerd, waarvoor geldt dat de vreemdeling een termijn wordt gesteld om zijn terugkeer te realiseren.

In de nieuw voorgestelde artikelleden van artikel 62 Vreemdelingenwet (Vw) in samenhang gelezen met artikel 61 Vw wordt met gebruikmaking van artikel 6 van de richtlijn dit terugkeerbesluit vervat in de beschikking tot weigering of intrekking van de verblijfsvergunning. Aan een dergelijk besluit is doorgaans een vertrektermijn gekoppeld die overeenkomstig de termijn van artikel 7 van de richtlijn geldt als terugkeertermijn. Ten aanzien van vreemdelingen die altijd illegaal zijn geweest en dus nimmer een verblijfstitel hebben gevraagd, bepaalt artikel 61 dat deze vreemdelingen het land gelet op de

samenhang met artikel 62 lid 3 onder b Vw onmiddellijk te verlaten. De vertrektermijn van artikel 7 wordt geacht hierin besloten te liggen. De groep vreemdelingen die een dergelijke vertrekplicht hebben, betreft ook vreemdelingen wiens vrije termijn in het kader van artikel 12 Vw is geeindigd en aldus hebben overschreden. Dit zijn de zogenaamde 'overstayers'.

Voormelde groepen krijgen als zij worden aangetroffen een 'kennisgeving' welke gelijkgesteld wordt met een terugkeerbesluit. De kennisgeving gaat tevens vergezeld van een inreisverbod in deze gevallen.

### **Commentaar**

De adviescommissie is van mening dat in de voorstellen ten aanzien van de groep vreemdelingen die altijd illegaal hebben verbleven en de zogenaamde 'overstayers' onvoldoende rekening wordt gehouden met de voorschriften die gelden voor vrijwillig vertrek. Het uitgangspunt van vrijwillig vertrek wordt vervangen door het tot nog toe, althans in de praktijk bestaande adagium 'niet vertrokken dus gedwongen'. De opmerkingen die hieronder volgen betreffen dus niet de groep vreemdelingen die een vertrektermijn hebben gekregen conform een intrekking of weigering van een verblijfsvergunning.

Het bepaalde in lid 3 van artikel 62 Vw stelt dat de groep van overstayers en immer illegalen onmiddellijk het land dient te verlaten. De adviescommissie verzet zich niet tegen deze bepaling op zich, echter zij meent dat dit artikel onvoldoende implementatie vormt van de richtlijn. Deze ex lege vertrekplicht is niet hetzelfde als een vertrekplicht voortvloeiend uit een vertrekbesluit dat de opmaat vormt van een door de lidstaat afgedwongen vertrek. Uiteraard staat voorop dat de 'overstayer' het land moet verlaten, echter zodra deze vreemdeling in aanraking komt met de overheid die constateert dat niet is voldaan aan deze vertrekplicht ex lege, moet hem volgens de richtlijn een termijn worden gegund en een vertrekbesluit worden uitgereikt alvorens over gegaan kan worden tot dwangmaatregelen zoals de vreemdelingenbewaring.

De term 'kennisgeving' is in dit verband dan ook onduidelijk. Naar het inzicht van de Adviescommissie zal dit als een besluit ex artikel 1:3 Awb moeten worden aangemerkt. Ook al omdat artikel 13 van de richtlijn verplicht tot het aanbieden van een effectief rechtsmiddel tegen een dergelijk besluit.

Gelet op artikel 7 van de richtlijn moet de vreemdeling voorts een termijn van minimaal 7 dagen worden gegeven om na een jegens hem of haar uitgevaardigd terugkeerbesluit zelfstandig het land te verlaten. De nul dagen vertrekplicht van art 62 lid 3 Vw kan hier niet in algemene zin voor in de plaats worden gesteld. Anders dan in de MVT (p 7) vermeld is deze 7 dagen termijn ook geen facultatieve bepaling. Het is wel mogelijk om bij wijze van uitzondering een terugkeerbesluit met een nul dagen termijn te geven echter de richtlijn verplicht wel om daaraan het risico van onderduiken ten grondslag te leggen danwel openbare orde of nationale veiligheidsaspecten ter rechtvaardiging daarvan te stellen en onderbouwen.

Het bepaalde in artikel 62 lid 3 Vw formuleert imperatief een vertrektermijn van nul dagen en dat miskent het dwingendrechtelijk voorschrift van artikel 7 van de richtlijn om aan de niet legaal verblijvende vreemdeling een vertrektermijn te gunnen en daar pas van af te wijken in individuele omstandigheden. Denkbaar is aldus dat er geen sprake is van openbare orde of nationale veiligheidsaspecten of een onderduikrisico maar dat de wet wel een inreisverbod verplicht oplegt daar waar dat conform de richtlijn niet gepast is. Daar komt bij dat bewaring door deze praktijk niet het ultimatum remedium vormt zoals voorgeschreven door preambule (onder10) bij de richtlijn, maar in strijd met de richtlijn; de hoofdregel.

Immers indien er een nul uren vertrektermijn is, geeft de richtlijn zondermeer het recht aan de lidstaat om tot inbewaringstelling over te gaan. De wens om deze staande praktijk te handhaven lijkt de vader van de gedachte achter de constructie van de imperatieve vertrektermijn van nul dagen. Dit is in strijd met artikel 6 en 7 van de richtlijn, het systeem van de richtlijn alsook de geest er van. De richtlijn schrijft nu eenmaal als hoofdregel een aan de vreemdeling een in een besluit vervatte vertrektermijn voor.

De Adviescommissie is ambtshalve bekend met een, overigens ongeregelde, praktijk waarbij vreemdelingen die illegaal zijn door de vreemdelingenpolitie worden verplicht om binnen een bepaalde termijn met een ticket op het bureau te verschijnen. Deze praktijk die de Adviescommissie in overeenstemming lijkt met de geest van de richtlijn komt ten einde terwijl de implementatie van de richtlijn nu juist het moment was geweest om deze praktijk te reguleren. De commissie had liever gezien, nu de richtlijn hiertoe uitdrukkelijk toe verplicht, dat deze praktijk geregeld zou worden opdat de uitvoering ervan in voorkomende gevallen ook getoetst kan worden door de rechter.

### **Rechtskader art 13 richtlijn**

In artikel 13 van de richtlijn is bepaald dat aan de vreemdeling een doeltreffend rechtsmiddel tegen een terugkeerbesluit, al dan niet tegelijkertijd opgelegd met een inreisverbod, wordt toegekend. De lidstaten regelen tevens gratis rechtsbijstand op verzoek van de rechtszoekende vreemdeling. De implementatietermijn van deze regelgeving ten aanzien van de rechtsbijstand loopt af op 24 december 2011 (art 20 richtlijn).

### **Commentaar**

De Adviescommissie gaat er van uit dat een terugkeerbesluit een besluit is conform 1:3 Awb en dat rechtsbijstand bij het aanwenden van rechtsmiddelen hiertegen, valt onder artikel 1 van de Bvr (Besluit vergoedingen rechtsbijstand). Hiermee is mitsdien gezorgd voor implementatie van het volledige artikel 13 van de richtlijn. Voorzover dit niet zo zou zijn voorzien, geeft de Adviescommissie in overweging om ook deze procedures in aanmerking te doen komen voor gefinancierde rechtsbijstand zoals thans overigens ook gebruikelijk is in zaken die rechtsmiddelen betreffen tegen (N)SIS signaleringen. De behoefte aan regeling van gefinancierde rechtsbijstand zal vooral bestaan voorzover het terugkeerbesluit niet samenhangt met beëindiging of weigeren van een verblijfstitel. Het betreft dus met name de hierboven genoemde groep.

### **Conclusie**

De Adviescommissie concludeert als volgt:

1. De voorgestelde implementatie van de art 6 en 7 van de richtlijn is onvolledig ten aanzien van de groep vreemdelingen vallend onder de werkingsfeer van de richtlijn die nimmer een aanvraag tot verblijf hebben ingediend en waarvoor alleen een ex lege vertrekplicht is geregeld.
2. Ten behoeve van voormelde groep moet voorzien worden in een apart te nemen vertrekbesluit met daaraan gekoppeld een vertrektermijn van 7 dagen die slechts op grond van uitzonderlijke individuele omstandigheden van het geval kan worden bekort.
3. Voor de rechtsbijstand ten behoeve van vertrekbesluiten die in het kader van een 'kennisgeving' worden uitgevaardigd dient voorzover niet reeds daarin is voorzien, gelet op het besluitkarakteren van de kennisgeving en de belangen van (oa de rechtsbescherming) van de vreemdeling toegevoegd te worden.