

Kenmerk	W04.11.0153/I
Datum advies	10 juni 2011
Vindplaats	Kamerstukken II 2010/2011, 32 420, nr 14

## Volledige tekst

Voorlichting over de nota naar aanleiding van het nader verslag bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met implementatie van de Terugkeerrichtlijn (Kamerstuk 32 420, nr. 12).

Van dit advies is een samenvatting gemaakt.

Bij brief van 26 april 2011 heeft de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd de Tweede Kamer van voorlichting te dienen over de nota naar aanleiding van het nader verslag bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met implementatie van de Terugkeerrichtlijn (Kamerstuk 32 420, nr. 12).

## Inleiding

Op 16 december 2008 is de Terugkeerrichtlijn tot stand gekomen. (*zie noot 1*) Deze richtlijn bevat gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven. De Afdeling advisering heeft reeds twee keer geadviseerd over de implementatieregelgeving. De eerste keer geschiedde dat in het kader van de wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 (*zie noot 2*) (hierna: Vw 2000) en de tweede keer in het kader van het Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000. (*zie noot 3*) Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 (*zie noot 4*) zijn in de Tweede Kamer vragen gerezen naar aanleiding van de in de tweede nota van wijziging (*zie noot 5*) voorgestelde strafbaarstelling van het handelen in weerwil van het inreisverbod. Ingevolge de voorgestelde wijziging van artikel 108 Vw 2000 wordt de vreemdeling die weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd, gestraft met hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de tweede categorie. Dit feit wordt aangemerkt als een overtreding. De vreemdeling die een inreisverbod heeft gekregen wegens het plegen van strafbare feiten of vanwege gevaar voor de openbare orde en veiligheid en in weerwil van dat verbod in Nederland verblijft, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de derde categorie (de voorgestelde wijziging van artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht, hierna: Sr). Dit feit wordt aangemerkt als een misdrijf. De Afdeling advisering benadrukt dat hetgeen is voorgesteld in de tweede nota van wijziging, niet ziet op de generieke strafbaarstelling van illegaal verblijf. Enkel het handelen in strijd met het Europees inreisverbod wordt strafbaar gesteld.

Over de voorgestelde strafbaarstelling zijn twaalf voorlichtingsvragen aan de Afdeling voorgelegd. Deze vragen hangen nauw met elkaar samen, hetgeen gevolgen heeft voor de

beantwoording ervan. Ook de antwoorden van de Afdeling hangen met elkaar samen, waardoor herhalingen niet altijd te vermijden zijn.

Vragen:

De eerste vraag:

In hoeverre beschouwt de Raad een strafrechtelijk sanctioneren van het inreisverbod zoals voorgesteld in de tweede nota van wijziging bij het wetsvoorstel ter implementatie van de Terugkeerrichtlijn als verenigbaar met de doelstelling van de Terugkeerrichtlijn?

Bij de beantwoording van deze vraag geeft de Afdeling eerst aan welk doel met de terugkeerrichtlijn wordt nagestreefd, zoals dat doel onder meer blijkt uit een recent arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie waarin deze problematiek aan de orde was. Voorts geeft de Afdeling aan welke aspecten van belang zijn bij de beantwoording van de vraag naar de verenigbaarheid met de doelstelling van de terugkeerrichtlijn van hetgeen is voorgesteld in de tweede nota van wijziging.

Doelstelling terugkeerrichtlijn

De terugkeerrichtlijn heeft tot doel om, op basis van gemeenschappelijke normen, een doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid te ontwikkelen, zodat mensen op een humane manier, met volledige eerbiediging van hun grondrechten en waardigheid, teruggezonden kunnen worden. (zie noot 6) Het uiteindelijke doel is dat vreemdelingen die onder het bereik van de richtlijn vallen en tegen wie een terugkeerbesluit in de zin van de richtlijn is uitgevaardigd, de lidstaat waar ze illegaal verblijven verlaten, eventueel door middel van uitzetting.

Arrest van het Hof

Op 28 april 2011 heeft het Hof van Justitie in een spoedprocedure (zie noot 7) de prejudiciële vragen beantwoord van de Italiaanse rechter over de verenigbaarheid van de Italiaanse strafwetgeving met de terugkeerrichtlijn in de zaak Hassen El Dridi alias Soufi Karim. (zie noot 8) In de Italiaanse wetgeving wordt illegaal verblijf strafbaar gesteld en gestraft met een gevangenisstraf van één tot vier jaren. De terugkeerrichtlijn was op dat moment nog niet omgezet in nationaal recht en de strafbaarstelling diende derhalve niet ter implementatie van de terugkeerrichtlijn. De Afdeling acht dit verschil van belang. De Italiaanse situatie is daarom een andere dan de Nederlandse situatie waarin strafbaarstelling in het kader van de implementatie van de terugkeerrichtlijn is voorgesteld. Desalniettemin heeft het Hof van Justitie de Italiaanse strafbaarstelling getoetst aan de eisen van de terugkeerrichtlijn, zoals effectiviteit, subsidiariteit en proportionaliteit. Het Hof van Justitie achtte de in Italië geldende gevangenisstraf van minimaal één tot vier jaren enkel op grond van het feit dat de vreemdeling illegaal verblijf had, in strijd met de doelstelling van de richtlijn. (zie noot 9) Volgens het Hof van Justitie moeten de lidstaten gerichte inspanningen verrichten om illegaal verblijvende vreemdelingen te verwijderen. Omdat dit doel niet wordt bereikt met een vrijheidsstraf zoals geldt in Italië - omdat die de uitzetting juist vertraagt - belemmert Italië de effectieve werking van de terugkeerrichtlijn.

Uit het arrest van het Hof volgt voorts dat sancties, ook die van strafrechtelijke aard, overigens wel zijn toegestaan om een bijdrage te leveren aan de verwezenlijking van het doel van de richtlijn, door de betrokkene te doen afzien van zijn illegaal verblijf. (zie noot 10) Als uitgangspunt geldt echter dat deze pas dan mogen worden opgelegd, nadat een aantal in de richtlijn voorgeschreven stappen, met als doel de uitzetting van de vreemdeling, zonder succes zijn doorlopen.

Ondersteunt strafbaarstelling de doelstelling van de richtlijn?

Het oordeel van het Hof van Justitie roept de vraag op of de, in de tweede nota van wijziging voorgestelde, strafbaarstelling van illegaal verblijf veroorzaakt door het handelen in weerwil van het inreisverbod met de daarbij behorende straffen, de hierboven genoemde doelstelling van de richtlijn in gevaar brengt. De Afdeling constateert in dit verband dat de hoogte van de hier voorgestelde straffen, zoals hieronder bij vraag twee nader wordt uiteengezet, wezenlijk verschilt van de hoogte van de gevangenisstraf die in de Italiaanse wetgeving aan de orde is. Overtreding van artikel 108 Vw 2000 wordt bestraft met hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de tweede categorie. Het misdrijf van artikel 197 Sr wordt bestraft met ten hoogste zes maanden gevangenis of geldboete van de derde categorie. In tegenstelling tot de Italiaanse wetgeving wordt ook geen minimumstraf voorgeschreven. Hetgeen is voorgesteld in de tweede nota van wijziging kan worden gezien als ondersteuning van het verwijderings- en terugkeerbeleid met voormelde sancties. Dit zou anders zijn, indien de Nederlandse wetgeving vrijheidsstraffen zou voorschrijven die vergelijkbaar zijn met de in Italië geldende straffen en de Nederlandse overheid tijdens de tenuitvoerlegging van de eventueel opgelegde hechtenis of gevangenisstraf geen inspanningen gericht op verwijdering van de betrokkene zou verrichten. De Afdeling gaat hier bij de beantwoording van de elfde vraag nader op in.

De tweede vraag:

Is de Raad van mening dat de voorgestelde strafbaarstelling van de overtreding van het inreisverbod voldoet aan het proportionaliteits- en evenredigheidsbeginsel?

Bij de beantwoording van de vraag of de voorgestelde strafbaarstelling van de overtreding van het inreisverbod voldoet aan het proportionaliteits-/evenredigheidsbeginsel, acht de Afdeling van belang hoe de strafbaarstelling van de overtreding van het Europees inreisverbod in de tweede nota van wijziging is ingericht.

#### Overtreding

Overtreding van het opgelegde inreisverbod wordt volgens de tweede nota van wijziging gestraft met hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de tweede categorie. (zie *noot 11*) Daartoe wordt artikel 108 Vw 2000 gewijzigd. Ingevolge het nieuw voorgestelde lid van dat artikel geldt deze straf voor de vreemdeling die in Nederland verblijft terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd.

De Afdeling wijst er overigens op dat overtreding van het inreisverbod niet in alle gevallen strafbaar gesteld kan worden op grond van artikel 108 Vw 2000, zoals voorgesteld in de tweede nota van wijziging. Volgens het voorgestelde artikel 66a, zesde lid, Vw 2000 kunnen vreemdelingen tegen wie een inreisverbod is opgelegd, in bepaalde gevallen toch rechtmatig verblijf hebben. De voorgestelde strafbaarstelling zou dan betekenen dat vreemdelingen die in Nederland rechtmatig verblijven op grond van artikel 108, zesde lid, Vw 2000, desalniettemin een strafbaar feit plegen omdat zij in Nederland verblijven.

De Afdeling merkt op dat artikel 108 Vw 2000 reeds wordt gebruikt voor overtredingen van een aantal van de in deze wet neergelegde voorschriften. Daaronder vallen ook voorschriften die van zuiver administratieve aard zijn. Het betekent dat de vreemdeling die bijvoorbeeld niet heeft voldaan aan de verplichting tot kennisgeving van een verandering van woon- of verblijfplaats, de verplichting tot het verstrekken van gegevens die van belang kunnen zijn voor de toepassing van de Vreemdelingenwet 2000 en de daarop gebaseerde regelgeving, en de verplichting tot aanmelding binnen een bepaalde termijn na binnenkomst in Nederland, (zie *noot 12*) ook in de huidige situatie strafbaar is op grond van artikel 108 Vw 2000 met dezelfde sanctie. Het niet voldoen aan het inreisverbod wordt toegevoegd aan de

lijst van deze strafbare feiten. Deze feiten worden aangemerkt als overtredingen.

#### Misdrijf

Met een zwaardere straf, namelijk een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de derde categorie (*zie noot 13*) wordt gestraft de vreemdeling die, volgens de voorgestelde wijziging van artikel 197 Sr, in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden, dat hij op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenst vreemdeling is verklaard of tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd op grond van het feit dat de vreemdeling:

- a. bij onherroepelijk geworden rechterlijk vonnis is veroordeeld wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd dan wel hem ter zake de maatregel als bedoeld in artikel 37a van het Wetboek van Strafrecht is opgelegd;
- b. een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid;
- c. naar het oordeel van Onze Minister een ernstige bedreiging vormt als bedoeld in het vierde lid, dan wel
- d. ingevolge een verdrag of in het belang van de internationale betrekkingen van Nederland ieder verblijf dient te worden ontzegd. (*zie noot 14*)

Het gaat hier dus om vreemdelingen die een inreisverbod hebben gekregen op de grond dat zij strafbare feiten hebben gepleegd, dan wel tegen hen ernstige bezwaren bestaan uit hoofde van de openbare orde en veiligheid. Deze gronden zijn vergelijkbaar met de gronden waarop de vreemdeling ongewenst verklaard kan worden. De figuur van de ongewenstverklaring wordt echter in de toekomst voorbehouden aan vreemdelingen op wie de terugkeerrichtlijn niet van toepassing is en die daarom geen Europees inreisverbod opgelegd kunnen krijgen.

Vreemdelingen die handelen in strijd met het inreisverbod opgelegd op de hierboven genoemde gronden, maken zich schuldig aan een misdrijf.

#### Concluderend

Bij de beantwoording van de vraag naar de proportionaliteit van de voorgestelde strafbaarstelling van het inreisverbod in abstracto is ten eerste van belang, dat hetgeen is voorgesteld in de tweede nota van wijziging aansluit bij de reeds geldende wetgeving die voorziet in regels die vergelijkbare situaties bestrijken. (*zie noot 15*)

Daarbij is van belang dat onderscheid wordt gemaakt naar strafbaarstelling in de vorm van een overtreding en strafbaarstelling in de vorm van een misdrijf. Het handelen enkel vanwege strijd met een inreisverbod wordt gestraft als een overtreding, het handelen in strijd met een inreisverbod dat opgelegd is wegens het plegen van strafbare feiten of vanwege gevaar voor de openbare orde en veiligheid wordt gestraft als een misdrijf. De hoogte van de maximale straffen genoemd in artikel 108 Vw 2000 en artikel 197 Sr verschillen daarbij wezenlijk van de hoogte van de straffen voorzien in de Italiaanse wetgeving, zoals besproken in het antwoord op de eerste vraag. Daar werd het enkele feit dat de vreemdeling in Italië verbleef nadat de termijn voor vertrek genoemd in het verwijderingsbevel was verstreken, gestraft met een gevangenisstraf van één tot vier jaar. Naar Nederlands recht zal daarentegen een geldboete van de tweede categorie of een hechtenis van ten hoogste zes maanden gelden. Indien het inreisverbod is opgelegd wegens het plegen van strafbare feiten of wegens gevaar voor de openbare orde en veiligheid, zal een geldboete van de derde categorie of een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden gelden.

Met betrekking tot de vraag of de eventueel op te leggen straf in ieder concreet geval voldoen aan de eis van de proportionaliteit, merkt de Afdeling op dat het aan de rechter is om in ieder concreet geval te oordelen of en zo ja hoe hoog de straf zal zijn. (*zie noot 16*) De rechter neemt in zijn beoordeling de persoonlijke omstandigheden van de verdachte in

ogenschouw. Er vindt aldus altijd een individuele beoordeling plaats aan de hand van concrete feiten en omstandigheden.

De derde vraag:

Zijn er volgens de Raad andere dan strafrechtelijke sancties mogelijk om de overtreding van het inreisverbod te handhaven, zoals bijvoorbeeld bestuursrechtelijke? Zijn die meer in overeenstemming met het doel van de Terugkeerrichtlijn?

De Afdeling heeft in haar advies met betrekking tot het Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 aangegeven dat, ongeacht of gekozen wordt voor strafrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke handhaving, de sancties voor het overtreden van het inreisverbod evenredig moeten zijn. De Afdeling heeft de keuze van het sanctiestelsel in het midden gelaten.

In plaats van strafrechtelijke handhaving zou gedacht kunnen worden aan bestuursrechtelijke handhaving in de vorm van een bestuurlijke boete zoals geregeld in afdeling 5.4.1 van de Algemene wet bestuursrecht. Een boete (zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk) kan worden gezien als een punitieve sanctie ter ondersteuning van het Nederlandse verwijderings- en terugkeerbeleid. Op de vraag of de bestuurlijke boete zich leent als sanctie voor het overtreden van een inreisverbod, verwijst de Afdeling naar de uiteenzetting van de regering over de effectiviteit van dit instrument. De regering stelt dat een bestuurlijke boete minder effectief zal zijn dan de thans voorgestelde sanctionering. Daartoe stelt zij dat bij een bestuurlijke boete geen mogelijkheid bestaat van vervangende hechtenis op het moment dat de boete niet wordt voldaan. De regering acht dit relevant, nu juist de illegale vreemdeling in veel gevallen geen vermogen heeft om verhaal op te halen. Daardoor zal een zuiver financiële sanctie mogelijk niet het gewenste effect hebben. (zie noot 17) Uit het arrest van het Hof blijkt dat onder bepaalde voorwaarden strafsancties toegestaan zijn. Naar het oordeel van de Afdeling vallen daar ook vrijheidsbenemende strafsancties onder.

De vierde vraag:

De Terugkeerrichtlijn bevat geen bepalingen over sancties bij overtreding van het inreisverbod, terwijl het wetsvoorstel verblijf in Nederland in weerwil van een uitgevaardigd inreisverbod strafbaar stelt (tweede nota van wijziging). Hoe verhoudt dit zich tot de Aanwijzingen voor de regelgeving, waarin is voorgeschreven dat bij implementatie in de implementatieregeling geen andere regels worden opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn (Aanwijzing 337)?

Aanwijzing 331 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (zie noot 18) schrijft voor dat bij implementatie geen nadere regels worden opgenomen in de implementatieregeling dan voor de implementatie noodzakelijk zijn. Volgens de, hier relevante, toelichting bij deze aanwijzing wordt hiermee vooral bedoeld dat geen nadere regels worden opgenomen in de implementatieregeling die geen verband houden met de EU-regeling zelf. Ook moeten nodeloze verfijningen ten opzichte van de EU-regelgeving worden voorkomen.

Aanwijzig 331 staat er niet aan in de weg dat bij de implementatie van EU-regelgeving in de implementatieregeling sanctiebepalingen worden opgenomen, ook al voorziet de EU-regelgeving niet uitdrukkelijk in dergelijke bepalingen. Bij sanctiebepalingen gaat het niet om regels die geen verband houden met de EU-regeling, maar om regels die juist bedoeld zijn het nuttig effect van de EU-regeling te waarborgen. Met andere woorden, uit het beginsel van Unietrouw (zie noot 19) en de daarmee verbonden verplichting voor de lidstaten om het nuttig effect van de richtlijn te waarborgen vloeit voort dat, ook als de richtlijn zelf geen bepalingen met betrekking tot handhaving en sanctionering bevat, dergelijke bepalingen

worden opgenomen in de implementatieregeling. (zie noot 20)

De vijfde vraag:

Noopt het beginsel van gemeenschapstrouw tot het stellen van zelfstandige sancteringsmaatregelen op overtreding van het inreisverbod, zoals de regering in de nota naar aanleiding van het nader verslag stelt?

In haar advies van 1 april 2010 met betrekking tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de implementatie van de terugkeerrichtlijn stelde de Afdeling vast dat de terugkeerrichtlijn geen bepalingen bevat met betrekking tot handhaving en sanctionering. De Afdeling wees daarbij op het beginsel van Unietrouw dat in acht dient te worden genomen door de lidstaten bij de implementatie van de richtlijn. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat het nuttig effect van de richtlijn wordt gewaarborgd. Dit houdt mede in, zo stelde de Afdeling, dat effectieve toepassing en handhaving in de praktijk zijn gewaarborgd. Daartoe behoort het stellen van doeltreffende, afschrikkende en evenredige sancties. Het beginsel van Unietrouw brengt dus met zich dat het handelen in weerwil van het Europees inreisverbod wordt gesanctioneerd. Dit volgt, zoals de Afdeling reeds in haar advies heeft aangegeven, uitdrukkelijk uit de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie sinds het arrest in de zaak Von Colson. (zie noot 21)

Het Hof van Justitie heeft in zijn hiervoor aangehaalde arrest geoordeeld dat illegaal verblijf in het licht van de effectieve toepassing van de terugkeerrichtlijn allereerst en vooral moet leiden tot verwijdering van het grondgebied, zo niet vrijwillig, dan gedwongen. (zie noot 22) Aansluitend heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat, wanneer met de toepassing van dwangmaatregelen, waaronder naar het oordeel van de Afdeling mede de bewaring als bedoeld in artikel 15 e.v. van de terugkeerrichtlijn wordt begrepen, de verwijdering niet kan worden bereikt, "het de lidstaten vrij blijft staan om met name die maatregelen, zelfs van strafrechtelijke aard, te treffen die die onderdanen ervan kunnen doen afzien hun illegaal verblijf op het grondgebied van die staten voort te zetten." (zie noot 23)

Uit het voorgaande leidt de Afdeling af dat strafrechtelijke sancties niet verplicht, maar wel toegestaan zijn ter ondersteuning van de vervreemding van het doel van de richtlijn. Daarbij geldt als uitgangspunt dat sancties, ook eventueel die van strafrechtelijke aard, pas dan mogen worden opgelegd wanneer de in de terugkeerrichtlijn genoemde stappen met als doel de verwijdering, door de lidstaat zonder succes zijn doorlopen.

De zesde vraag:

Heeft de regering met betrekking tot de strafbaarstelling van overtreding van het inreisverbod in de tweede nota van wijziging gehandeld overeenkomstig het advies van de Raad van State van 1 april 2010 over het wetsvoorstel en het advies van de Afdeling advisering van 8 oktober 2010 over het ontwerpbesluit tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000?

In beide adviezen met betrekking tot de implementatie van de terugkeerrichtlijn heeft de Afdeling aandacht geschonken aan de gevolgen van de overtreding van het Europees inreisverbod. Daartoe merkte de Afdeling op dat de richtlijn geen bepalingen bevat met betrekking tot de handhaving en sanctionering, terwijl de lidstaten het beginsel van Unietrouw in acht dienen te nemen en ervoor dienen te zorgen dat het nuttige effect van de richtlijn wordt gewaarborgd. Dit houdt mede in het waarborgen van een effectieve toepassing en handhaving in de praktijk. Daartoe behoort het stellen van doeltreffende, afschrikkende en evenredige sancties. De Afdeling concludeerde dat overtredingen van het inreisverbod niet zelfstandig gesanctioneerd werden en adviseerde daartoe over te gaan. De

keuze tussen strafrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke sanctiëring werd in het midden gelaten. De Afdeling benadrukte daarbij dat ongeacht welk sanctiestelsel wordt gekozen, sprake moet zijn van evenredigheid.

Door de ontkoppeling van de figuur van het Europees inreisverbod van de figuur van de nationale ongewenstverklaring en door overtredingen van het Europees inreisverbod zelfstandig te sanctioneren heeft de regering voldaan aan het advies van de Afdeling om dergelijke overtredingen zelfstandig te sanctioneren.

De zevende vraag:

Hoe verhoudt deze voorgenomen wetswijziging zich tot het antwoord van eurocommissaris Cecilia Malmström op de schriftelijke vragen van Nederlandse Europarlementariërs van de SP, PvdA, D66 en GroenLinks inzake strafbaarstelling illegaliteit (E-001114/2011)?

De Afdeling wijst erop dat het antwoord van eurocommissaris mevrouw Cecilia Malmström op de schriftelijke vragen van Nederlandse Europarlementariërs dateert van 24 maart 2011. Op 28 april 2011 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie echter het reeds eerder aangehaalde arrest gewezen in de zaak El Dridi alias Soufi Karim over de verenigbaarheid van de Italiaanse wetgeving met de terugkeerrichtlijn. De vraag die in dat arrest aan de orde is gekomen, is of de strafbaarstelling van illegaal verblijf in Italië waarop een gevangenisstraf van één tot vier jaar is gesteld, in strijd is met de terugkeerrichtlijn. De Afdeling is van oordeel dat, nu het Hof van Justitie uitleg heeft gegeven over de interpretatie van de terugkeerrichtlijn, het arrest van het Hof als uitgangspunt moet dienen bij de beantwoording van de hier voorgelegde vragen. In het verlengde van hetgeen het Hof heeft opgemerkt over de verenigbaarheid van de Italiaanse strafbaarstelling van illegaal verblijf met de doelstelling van de terugkeerrichtlijn, dient de strafbaarstelling van overtredingen van het inreisverbod te worden gezien als een middel ter ondersteuning van de verwezenlijking van de doelstelling van de richtlijn. Voor een nadere onderbouwing verwijst de Afdeling naar hetgeen is opgemerkt bij de beantwoording van de eerste vraag.

De achtste vraag:

Hoe verhoudt de strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod zich volgens de Raad tot de reeds bestaande mogelijkheden in Nederlandse wet- en regelgeving om personen uit te zetten of de toegang te weigeren?

De Afdeling merkt ten eerste op dat de voorgestelde strafbaarstelling van illegaal verblijf betrekking heeft op de situatie waarin de vreemdeling tegen wie een inreisverbod is uitgevaardigd, reeds op het grondgebied van Nederland verblijft. Het vraagstuk van het weigeren van de toegang aan de grens speelt hier geen rol. Ten tweede merkt de Afdeling op dat de op dit moment reeds bestaande mogelijkheden in de Nederlandse regelgeving om personen uit te zetten hier niet van belang zijn. De richtlijn kent een eigen regeling dienaangaande die wordt geïmplementeerd in voorliggend wetsvoorstel. (zie noot 24) Daarbij laat het Hof van Justitie ruimte om aanvullend op bestuursrechtelijke dwangmaatregelen strafrechtelijke sancties op te nemen. Daarbij dient dan wel een bepaald stappenschema te worden gevolgd. In het voormeld arrest van het Hof van Justitie heeft het Hof uiteengezet welke stappen dat zijn. Pas als de hieronder aangegeven stappen zonder succes zijn doorlopen, mogen de lidstaten overgaan tot het opleggen van sancties, eventueel ook die van strafrechtelijke aard. (zie noot 25) Derhalve vormt strafbaarstelling van verblijf in weerwil van een inreisverbod een aanvulling op de door de richtlijn voorgeschreven instrumenten en mag als ultimum remedium worden toegepast. Ten eerste bepaalt de richtlijn dat de lidstaten verplicht zijn om een terugkeerbesluit (zie noot 26) uit te vaardigen aan de onderdaan van een derde land die illegaal op hun grondgebied verblijft. (zie noot 27) In deze fase van de

terugkeerprocedure moet, behoudens uitzonderingen, voorrang worden gegeven aan vrijwillig vertrek, waarvoor een passende termijn moet worden gegund van zeven tot dertig dagen. (zie noot 28) In deze periode mogen in uitzonderlijke gevallen, zoals wanneer sprake is van risico op onttrekking aan het toezicht, bepaalde verplichtingen worden opgelegd, zoals de verplichting om zich regelmatig te melden bij de autoriteiten, een voldoende financiële zekerheid te stellen, documenten over te leggen of op een bepaalde plaats te verblijven. (zie noot 29) Ook kunnen de lidstaten bepalen dat de termijn voor vrijwillig vertrek korter is of dat in het geheel geen termijn voor vrijwillig vertrek wordt toegekend. (zie noot 30) Indien niet voldaan is aan de verplichting om vrijwillig binnen de toegestane termijn te vertrekken, of indien geen termijn voor vrijwillig vertrek is toegestaan, dienen de lidstaten over te gaan tot verwijdering door maatregelen te nemen, met inbegrip van eventuele dwangmaatregelen. De verwijdering dient op een evenredige wijze te geschieden onder eerbiediging van de grondrechten. (zie noot 31)

De verwijdering dient te worden uitgevoerd met de minst dwingende maatregelen. Enkel wanneer het gedrag van de betrokkene de tenuitvoerlegging van het terugkeerbesluit door middel van verwijdering in gevaar brengt, mag de betrokkene in bewaring worden gesteld. (zie noot 32)

Het Hof van Justitie stelt ten slotte dat, wanneer het verwachte resultaat, namelijk de verwijdering, niet met de toepassing van de dwangmaatregelen kan worden bereikt, "het de lidstaten vrij blijft staan om met name die maatregelen, zelfs van strafrechtelijke aard, te treffen die onderdanen ervan kunnen doen afzien hun illegaal verblijf op het grondgebied van die staten voort te zetten." (zie noot 33)

Deze maatregelen mogen echter de doelstelling van de richtlijn niet frustreren. De Afdeling begrijpt het arrest van het Hof als volgt. Het terugkeerbesluit, met het daaraan eventueel gekoppelde inreisverbod, moet worden uitgevoerd met toepassing van de hierboven beschreven stappen in de voorgeschreven volgorde. Pas wanneer deze stappen niet tot verwijdering hebben kunnen leiden, staat het de betrokken lidstaat vrij om sancties op het illegaal verblijf op te leggen. Hieronder vallen ook strafrechtelijke sancties die bijdragen aan het doel van de richtlijn. Deze mogen echter niet van dien aard zijn, dat de doelstelling van de richtlijn in gevaar komt. Dat betekent, zo leest de Afdeling het arrest, dat de lidstaten moeten blijven trachten om de illegaal verblijvende onderdaan van derde landen te verwijderen. Een gevangenisstraf van één tot vier jaar, zoals voorzien in de Italiaanse wetgeving, frustreert deze doelstelling. De terugkeer wordt daarmee immers onnodig vertraagd.

Ten slotte merkt de Afdeling op dat toepassing van een (strafrechtelijke) sanctie, nadat de stappen voorgeschreven door de terugkeerrichtlijn zijn doorlopen, met als doel de illegaal verblijvende vreemdeling te doen afzien van illegaal verblijf, enkel dan gerechtvaardigd zullen zijn, indien voor de vreemdeling daadwerkelijk de mogelijkheid bestaat om de lidstaat waar hij illegaal verblijft, te verlaten.

De negende vraag:

Hoe beschouwt de Raad de verschillen tussen het voorgestelde inreisverbod en de ongewenstverklaring zoals we die reeds in Nederland kennen?

In haar advies van 1 april 2010 met betrekking tot de wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met de implementatie van de terugkeerrichtlijn heeft de Afdeling geadviseerd om af te zien van de destijds voorgestelde koppeling van het inreisverbod aan de figuur van de nationale ongewenstverklaring. De Afdeling stelde daarbij voorop dat de huidige ongewenstverklaring en het Europees inreisverbod niet gelijk zijn en wees op de verschillen met betrekking tot het geografische bereik van deze maatregelen (de ongewenstverklaring



geldt in principe alleen voor Nederland), alsmede op het persoonlijke bereik en de sanctionering van de overtreding. De Afdeling wees erop dat de terugkeerrichtlijn niet van toepassing is op EU-onderdanen en hun familieleden en evenmin op andere personen die onder het Unierecht inzake vrij verkeer in de zin van artikel 2, punt 5 van de Schengengrenscodex vallen. Op dit moment behoren tot deze laatste categorie onderdanen van Noorwegen, Liechtenstein, IJsland, Zwitserland en hun familieleden. Tegen deze categorieën personen kan geen inreisverbod worden opgelegd in de zin van de terugkeerrichtlijn. Deze beperking geldt niet voor de figuur van de nationale ongewenstverklaring. Ten aanzien van deze groepen kan deze maatregel wel worden opgelegd.

De tiende vraag:

Vindt de Raad dat de noodzaak van strafbaarstelling van de overtreding van het inreisverbod in het wetsvoorstel voldoende is onderbouwd?

De regering acht sanctionering van de overtreding van het Europees inreisverbod noodzakelijk om het inreisverbod kracht bij te zetten. Daarbij stelt zij dat de sanctiedreiging de effectiviteit van het inreisverbod versterkt. (zie noot 34) De regering verwijst ook naar het beginsel van Unietrouw, dat met zich brengt dat het nuttig effect van een richtlijn als de onderhavige moet worden gewaarborgd. In dat kader wordt een sanctie gesteld op het overtreden van het Europese inreisverbod. (zie noot 35) De noodzaak van strafrechtelijke sanctionering motiveert de regering door te stellen dat deze effectiever is dan bestuursrechtelijke sanctionering via de bestuurlijke boete, gelet op de mogelijkheid van vervangende hechtenis in geval van niet nakoming van de strafrechtelijke boete. (zie noot 36)

Ervan uitgaande dat pas wordt overgegaan tot strafrechtelijke sanctionering van het inreisverbod als voldaan is aan het uitgangspunt dat de toepassing van bestuursrechtelijke dwangmaatregelen, met als doel de verwijdering, niet heeft gewerkt, (zie noot 37) acht de Afdeling de noodzaak van dergelijke sanctionering als middel ter ondersteuning van de verwezenlijking van de doelstelling van de terugkeerrichtlijn voldoende aannemelijk gemaakt.

De elfde vraag:

Hoe verhoudt de voorgestelde strafrechtelijke detentie in geval van illegaal verblijf in weerwil van een inreisverbod zich tot het onder artikel 5 EVRM en artikel 15 Terugkeerrichtlijn vigerende uitgangspunt dat detentie in het kader van vreemdelingenbewaring slechts beperkt en onder stringente voorwaarden zou moeten worden toegepast?

De Raad wijst erop dat detentie in het kader van vreemdelingenbewaring enerzijds en strafrechtelijke detentie anderzijds twee te onderscheiden doelen dienen. De vreemdelingenbewaring is gericht op verwijdering. Indien er geen redelijk uitzicht meer bestaat op vertrek, dient de vreemdelingenbewaring te worden opgeheven. Het doel van de strafrechtelijke detentie is gelegen in vergelding en preventie. Artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden alsook artikel 47 en artikel 49, derde lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, zijn daarbij van toepassing. De wettelijke strafbepalingen zijn erop gericht de vreemdeling vanwege zijn illegaal verblijf te straffen en hem te ontmoedigen zijn illegaal verblijf op het gebied van Nederland te continueren. Overigens sluit het Hof van Justitie de mogelijkheid van strafrechtelijke detentie niet uit als alle andere (dwang)middelen zijn uitgeput en niet tot verwijdering hebben geleid. Daarmee is het enkele feit dat de betrokkene niet voldaan heeft aan de vertrekplicht, evenwel onvoldoende voor de toepassing van de gevangenisstraf. (zie noot 38) Er zullen dus aanvullende omstandigheden moeten worden aangevoerd om de detentie te rechtvaardigen.

Bovendien dienen de lidstaten gerichte inspanningen te blijven verrichten om de uitzetting te

bewerkstelligen. De ratio van de terugkeerrichtlijn brengt aldus met zich dat, zodra de uitzetting mogelijk is, de tenuitvoerlegging van de eventueel opgelegde hechtenis of gevangenisstraf dient te worden opgeschort en de uitzetting daadwerkelijk dient te worden geëffectueerd.

Ten overvloede verwijst de Afdeling naar het antwoord op de tweede vraag, waarin uiteen wordt gezet welke straffen worden voorgesteld voor de overtreding uit artikel 108 Vw 2000 en het misdrijf uit artikel 197 Sr waaronder het handelen in weerwil van het inreisverbod vallen volgens de tweede nota van wijziging.

De twaalfde vraag:

Laat de dwingende koppeling van een inreisverbod aan het terugkeerbesluit, in combinatie met de juridische onmogelijkheid om rechtmatig verblijf te hebben zolang dat inreisverbod van kracht is, voldoende ruimte voor een individuele toetsing aan de in de richtlijn erkende belangen, zoals omschreven in artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn?

Bij de beantwoording van deze laatste vraag wijst de Afdeling erop dat artikel 11, eerste lid, van de terugkeerrichtlijn bepaalt in welke gevallen de lidstaten verplicht zijn een inreisverbod op te leggen en in welke gevallen de ruimte bestaat om het inreisverbod al dan niet op te leggen.

Volgens artikel 11, eerste lid, van de terugkeerrichtlijn gaat het terugkeerbesluit gepaard met een inreisverbod a) indien er geen termijn voor vrijwillig vertrek is toegekend, of b) indien niet aan de terugkeerverplichting is voldaan.

Ter implementatie hiervan dient het voorgestelde artikel 66a, eerste lid, Vw 2000, luidende:

1. Onze Minister vaardigt een inreisverbod uit tegen de vreemdeling, die geen gemeenschapsonderdaan is, op wie artikel 64 niet van toepassing is en die Nederland:

- a. onmiddellijk moet verlaten ingevolge artikel 62, derde lid, onder a of b, of vierde lid, of
- b. niet uit eigen beweging binnen de daarvoor geldende termijn heeft verlaten, in welk laatste geval het inreisverbod slechts door middel van een zelfstandige beschikking wordt uitgevaardigd dan wel een beschikking die mede strekt tot wijziging van het reeds gegeven terugkeerbesluit.

De tweede zin van artikel 11, eerste lid, van de terugkeerrichtlijn bepaalt dat in de overige gevallen het terugkeerbesluit een inreisverbod kan omvatten. Ter implementatie van dit onderdeel van artikel 11 van de terugkeerrichtlijn is artikel 66a, tweede lid, Vw 2000 voorgesteld, luidende:

2. Onze Minister kan een inreisverbod uitvaardigen tegen de vreemdeling, die geen gemeenschapsonderdaan is en die Nederland niet onmiddellijk moet verlaten.

Daarnaast bepaalt artikel 11, derde lid, voorlaatste zin, van de terugkeerrichtlijn dat om humanitaire of andere redenen de lidstaten in individuele gevallen van een inreisverbod kunnen afzien, dan wel het inreisverbod intrekken of schorsen. Dit wordt geïmplementeerd in het voorgestelde achtste lid van artikel 66a Vw 2000. Het betreffende artikellid neemt vrijwel letterlijk de tekst van de terugkeerrichtlijn over:

8. In afwijking van het eerste lid kan Onze Minister om humanitaire of andere redenen afzien van het uitvaardigen van een inreisverbod.

De aan de Afdeling gestelde vraag zou de indruk kunnen wekken dat het voorgestelde artikel 66a Vw 2000 in alle gevallen een dwingende koppeling van het inreisverbod aan het terugkeerbesluit voorschrijft. Het voorgaande laat echter zien dat een dergelijke koppeling alleen wordt voorgeschreven wanneer de vreemdeling Nederland a) onmiddellijk moet

verlaten of b) niet uit eigen beweging binnen de daarvoor geldende termijn heeft verlaten.

In andere gevallen kan het inreisverbod worden opgelegd. Bovendien kan in individuele gevallen van het opleggen van een inreisverbod worden afgezien om humanitaire of andere redenen. In beide hierboven genoemde situaties geldt de dwingende koppeling van het inreisverbod aan het terugkeerbesluit niet.

De voorgestelde eerste, tweede en achtste leden van artikel 66a Vw 2000 kunnen worden gezien als een nauwkeurige implementatie van hetgeen de terugkeerrichtlijn op dit punt voorschrijft. Dit brengt met zich dat, in overeenstemming met de terugkeerrichtlijn, deze onderdelen ruimte bieden om af te wijken van de voorgeschreven oplegging van het inreisverbod, onder meer indien de belangen genoemd in artikel 5 van de terugkeerrichtlijn zich daartegen verzetten.

De waarnemend vice-president van de Raad van State

---

- (1) Richtlijn 2008/115/EG, Pb. L 348/98 van 24 december 2008.
- (2) Advies van 1 april 2010, nr. W03.10.0056/II. Het advies dateert van vóór 1 september 2010 en dus vóór de inwerkingtreding van de Wet herstructurering Raad van State. Vóór deze datum werd gesproken van de Raad. Voor de overzichtelijkheid wordt in deze voorlichting de thans toepasselijke term, van na 1 september 2010, 'de Afdeling' gebruikt.
- (3) Advies van 8 oktober 2010, nr. W03.10.0416/II, nog niet openbaar gemaakt.
- (4) Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 12.
- (5) Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 9.
- (6) Punt 2 van de considerans van de terugkeerrichtlijn.
- (7) Behalve de Italiaanse staat heeft geen enkele lidstaat in deze procedure opmerkingen gemaakt.
- (8) Arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 28 april 2011, zaak C-61/11 PPU, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).
- (9) R.o. 58 en 59.
- (10) R.o. 52 en 60.
- (11) De geldboete van de tweede categorie bedraagt maximaal € 3 800.
- (12) Zie artikel 54 Vw 2000.
- (13) De geldboete van de derde categorie bedraagt maximaal € 7 600.
- (14) Het voorgestelde artikel 66a, zevende lid, Vw 2000.
- (15) Artikel 108 Vw 2000 en artikel 197 Sr.
- (16) De in artikel 108 Vw 2000 en artikel 197 Sr genoemde straffen vormen daarbij slechts maxima.
- (17) Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 12, blz. 6.
- (18) Inmiddels is de negende wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving in werking getreden, Stcrt. 2011, 6602. Aanwijzing 337 is vernummerd tot aanwijzing 331.
- (19) Artikel 4, derde lid, EU-Verdrag.
- (20) Zie ook Handleiding Wetgeving en Europa, Ministerie van Justitie 2009, blz. 82.
- (21) Advies van 1 april 2010, nr. W03.10.0056/II, opmerking 2d, Von Colson en Kamann-zaak, HvJ EG, 10 april 1984, C-14/83.
- (22) R.o. 31.
- (23) R.o. 52.
- (24) Kamerstukken II 2010/11, 32 420.
- (25) R.o. 52.

(26) Een terugkeerbesluit kan een inreisverbod omvatten. De voorlichtingsvragen hebben betrekking op de situaties waarin deze koppeling plaats heeft gevonden.

(27) R.o. 35.

(28) R.o. 36, artikel 7, eerste lid, van de terugkeerrichtlijn.

(29) R.o. 37, artikel 7, derde lid, van de terugkeerrichtlijn.

(30) R.o. 37, artikel 7, vierde lid, van de terugkeerrichtlijn.

(31) R.o. 38.

(32) R.o. 39, artikel 15, eerste lid van de terugkeerrichtlijn.

(33) R.o. 52.

(34) Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 10, blz. 2.

(35) Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 9, blz. 3.

(36) Kamerstukken II 2010/11, 32 420, nr. 12, blz. 6.

(37) R.o. 52 van het arrest van het Hof van Justitie in de zaak El Dridi alias Soufi Karim.

(38) R.o. 58 en 62.