

201304861/1/T1/V3 en

201305033/1/T1/V3.

Datum uitspraak: 5 juli 2013

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>939.043</u>
Luxemburg, <u>05-07-2013</u>
Fax / E-mail: <u>0507.13</u> <i>Manuela Ferreira</i> De Griffier, voor deze
Neergelegd op: Maria Manuela Ferreira Hoofdadministrateur

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Verwijzingsuitspraak op de hoger beroepen van:

1. M. G. (hierna: vreemdeling 1),
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank Den Haag, zittingsplaats Amsterdam,
van 22 mei 2013 in zaak nr. 13/11614 in het geding tussen:

vreemdeling 1

en

de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.

2. N. R. (hierna: vreemdeling 2),
appellant,

tegen de mondelinge uitspraak van de rechtbank Den Haag, zittingsplaats
Amsterdam, van 24 mei 2013 in zaak nr. 13/12294 in het geding tussen:

vreemdeling 2

en

de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie.

Procesverloop

Bij onderscheiden besluiten van 19 en 29 april 2013 is de termijn van de aan vreemdeling 1 en vreemdeling 2 (hierna gezamenlijk: de vreemdelingen) opgelegde bewaringsmaatregelen verlengd met ten hoogste twaalf maanden. Deze besluiten, die hierna verlengingsbesluiten worden genoemd, zijn aangehecht.

Bij uitspraak van 22 mei 2013 en mondelinge uitspraak van 24 mei 2013 heeft de rechtbank de daartegen door de vreemdelingen ingestelde beroepen ongegrond verklaard en de verzoeken om schadevergoeding afgewezen. De uitspraak van 22 mei 2013 en het proces-verbaal van de uitspraak van 24 mei 2013 zijn aangehecht.

Tegen deze uitspraken hebben de vreemdelingen hoger beroepen ingesteld. Tevens hebben zij daarbij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) verzocht hun schadevergoeding toe te kennen. De hogerberoepschriften zijn aangehecht.

De staatssecretaris heeft verweerschriften ingediend.

Bij brieven van 2 juli 2013 heeft de Afdeling partijen medegedeeld dat zij voornemens is het Hof van Justitie (hierna: het Hof) te verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing en met toepassing van de spoedprocedure (PPU) uitspraak te doen op twee voor te leggen vragen. De tekst van deze vragen was in concept bijgevoegd.

Partijen hebben op 3 en 4 juli 2013 hierop gereageerd.

Voormelde zaken zijn - gelet op de inhoudelijke samenhang - gevoegd behandeld.

Overwegingen

Relevante regelgeving

Relevante regelgeving van de Europese Unie

1. Ingevolge artikel 6 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) heeft een ieder recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon.

Ingevolge artikel 41, eerste lid, van het Handvest, heeft een ieder er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie worden behandeld.

Volgens het tweede lid, behelst dit recht met name:

- a) het recht van een ieder te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen;
- b) het recht van een ieder om inzage te krijgen in het hem betreffende dossier, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim;

c) de plicht van de betrokken diensten, hun beslissingen met redenen te omkleden.

Volgens artikel 15, eerste 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 (PB 2008 L 348; hierna: de Terugkeerrichtlijn), kunnen de lidstaten, tenzij in een bepaald geval andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, de onderdaan van een derde land jegens wie een terugkeerprocedure loopt alleen in bewaring houden om zijn terugkeer voor te bereiden en/of om de verwijderingsprocedure uit te voeren, met name indien:

- a. er risico op onderduiken bestaat, of
 - b. de betrokken onderdaan van een derde land de voorbereiding van de terugkeer of de verwijderingsprocedure ontwijkt of belemmert.
- De bewaring is zo kort mogelijk en duurt niet langer dan de voortvarend uitgevoerde voorbereiding van de verwijdering.

Volgens het vijfde lid stelt iedere lidstaat een maximale bewaringsduur vast die niet meer dan zes maanden mag bedragen.

Volgens het zesde lid kunnen de lidstaten de in het vijfde lid bedoelde termijn slechts in beperkte mate en ten hoogste met nog eens twaalf maanden verlengen indien de verwijdering, alle redelijke inspanningen ten spijt, wellicht meer tijd zal vergen, omdat:

- a. de betrokken onderdaan van een derde land niet meewerkt, of
- b. de nodige documentatie uit derde landen op zich laat wachten.

Relevante nationale regelgeving

Ingevolge artikel 2:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) kan een ieder zich ter behartiging van zijn belangen in het verkeer met bestuursorganen laten bijstaan of door een gemachtigde laten vertegenwoordigen.

Ingevolge artikel 4:8, eerste lid, van de Awb stelt een bestuursorgaan een belanghebbende in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen, voordat het een beschikking geeft waartegen de belanghebbende die de beschikking niet heeft aangevraagd naar verwachting bedenkingen zal hebben, indien:

- a. de beschikking zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende treffen, en
- b. die gegevens niet door de belanghebbende zelf ter zake zijn verstrekt.

Ingevolge artikel 59, eerste lid, aanhef en onder a, van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: de Vw 2000), kan, indien het belang van de openbare orde of de nationale veiligheid zulks vordert, met het oog op de uitzetting, door de staatssecretaris in bewaring gesteld worden de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft.

Ingevolge het vijfde lid duurt de bewaring krachtens het eerste lid niet langer dan zes maanden.

Ingevolge het zesde lid kan de in het vijfde lid bedoelde termijn met nog eens twaalf maanden worden verlengd, indien de uitzetting, alle redelijke

inspanningen ten spijt, wellicht meer tijd zal vergen op grond dat de vreemdeling niet meewerkt aan zijn uitzetting of de daartoe benodigde documentatie uit derde landen nog ontbreekt.

Ingevolge artikel 5.1 a, eerste lid, van het Vreemdelingenbesluit 2000, kan de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf heeft in bewaring worden gesteld op grond dat het belang van de openbare orde of nationale veiligheid zulks vordert, indien:

- a. een risico bestaat dat de vreemdeling zich aan het toezicht zal onttrekken, of
- b. de vreemdeling de voorbereiding van het vertrek of de uitzettingsprocedure ontwijkt of belemmert.

Ingevolge artikel 94, vierde lid, van de Vw 2000 verklaart de rechtbank het beroep tegen de maatregel van bewaring gegrond, indien zij van oordeel is dat de toepassing van de maatregel in strijd is met de Vw 2000 of bij afweging van alle daarbij betrokken belangen in redelijkheid niet gerechtvaardigd is te achten. In dat geval beveelt de rechtbank de opheffing van de maatregel.

Ingevolge artikel 106, eerste lid, van de Vw 2000 kan de rechtbank, indien zij de opheffing van een maatregel strekkende tot vrijheidsontneming beveelt, dan wel de vrijheidsontneming reeds voor de behandeling van het verzoek tot opheffing van die maatregel wordt opgeheven, aan de vreemdeling een vergoeding ten laste van de Staat toekennen.

Ingevolge het tweede lid is het eerste lid van overeenkomstige toepassing indien de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de opheffing van de maatregel strekkende tot vrijheidsontneming beveelt.

Relevante jurisprudentie

De jurisprudentie van de Afdeling over de wijze van beoordeling van de rechtmatigheid van een maatregel van bewaring of een verlengingsbesluit

2. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling is de toepassing van een maatregel van bewaring zonder meer onrechtmatig vanaf het moment dat niet (meer) aan de vereisten voor het opleggen, voortzetten of verlengen ervan is voldaan (bijvoorbeeld de uitspraak van 8 oktober 2012 in zaak nr. 201207828/1/V3, waarin geen sprake was van ontwijken, belemmeren of onttrekkingsgevaar en de uitspraak van 5 september 2008 in zaak nr. 200805982/1, waarin zicht op uitzetting ontbrak; beide uitspraken zijn te vinden op www.raadvanstate.nl). Hetzelfde geldt indien de staatssecretaris zich - gezien de beoordelingsruimte die hem op dit punt toekomt - ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat er geen andere afdoende, maar minder dwingende maatregel dan inbewaringstelling, doeltreffend kon worden toegepast dan wel dat de maatregel anderszins niet onevenredig bezwarend is (bijvoorbeeld de uitspraak van 12 oktober 2012 in zaak nr. 201208143/1/V3, www.raadvanstate.nl).

Als een maatregel van bewaring onrechtmatig is of is geworden, heeft dit tot gevolg dat de rechtbank ingevolge artikel 94, vierde lid, van de Vw 2000, de opheffing van de maatregel beveelt. Ingevolge artikel 106,

eerste lid, van de Vw 2000 kan de rechtbank alsdan schadevergoeding toekennen voor de periode van onrechtmatige bewaring.

De jurisprudentie van de Afdeling over de rechtsgevolgen van onregelmatigheden bij de totstandkoming van een maatregel van bewaring of een verlengingsbesluit

3. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling leiden onregelmatigheden bij de totstandkoming van het besluit tot inbewaringstelling of verlenging - bijvoorbeeld bij het horen of het informeren van de gemachtigde van de vreemdeling - niet zonder meer tot het oordeel dat de (verlenging van de) maatregel van bewaring onrechtmatig is en derhalve ook niet zonder meer tot opheffing van de maatregel (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 11 maart 2004 in zaak nr. 200400202/1, JV 2004/96, waarin de vreemdeling niet tijdig over de inbewaringstelling was gehoord).

Zodanige onregelmatigheden maken de inbewaringstelling of verlenging, indien aan alle in de Vw 2000 gestelde vereisten daarvoor is voldaan, eerst onrechtmatig, indien de met de bewaring of de verlenging van de bewaring gediende belangen niet in redelijke verhouding staan tot de ernst van de onregelmatigheid en de daardoor geschonden belangen.

De met de bewaring gediende belangen zijn gelegen in het voorkomen dat de vreemdeling zich aan het toezicht zal onttrekken dan wel de voorbereiding van het vertrek of de uitzettingsprocedure ontwijkt of belemmert. Hoe groter het risico op onttrekking en hoe sterker de aanwijzingen dat sprake zal zijn van ontwijken of belemmeren, hoe groter het belang van de staatssecretaris bij het in bewaring stellen en houden van de vreemdeling is. Bij deze belangenafweging kan ook worden betrokken de omstandigheid dat de vreemdeling daadwerkelijk op korte termijn kan worden uitgezet of dat het risico dat het voornemen tot uitzetting niet kan worden gerealiseerd onaanvaardbaar moet worden geacht.

Bij de weging van de onregelmatigheid en de daardoor geschonden belangen is met name van belang in welke mate de vreemdeling door de onregelmatigheid is benadeeld.

4. Tegen deze achtergrond heeft de Afdeling in de uitspraak van 14 december 2012, in zaak nr. 201208906/1/V3 (www.raadvanstate.nl), overwogen dat uit het arrest van het Hof van 18 december 2008, C-349/07, Sopropé (hierna: het arrest Sopropé, www.curia.europa.eu) volgt dat een bestuursorgaan alvorens een verlengingsbesluit te nemen, de vreemdeling de gelegenheid moet geven daarover opmerkingen te maken. Aan de vreemdeling moet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig worden toegelicht welke feiten en omstandigheden aan het verlengingsbesluit ten grondslag zijn gelegd alsmede wat de rechtsgevolgen van dat besluit zijn.

Tevens volgt uit deze uitspraak dat de staatssecretaris ook de gemachtigde van de vreemdeling, indien deze bij hem bekend is, in kennis dient te stellen van het voornemen om een verlengingsbesluit te nemen, teneinde de gemachtigde in de gelegenheid te stellen de vreemdeling bij te staan in zijn reactie op het te nemen verlengingsbesluit.

Het algemene beginsel van de eerbiediging van de rechten van de

verdediging (hierna: het verdedigingsbeginsel) verplicht de staatssecretaris derhalve bij de totstandkoming van een verlengingsbesluit de artikelen 4:8 en 2:1 van de Awb in acht te nemen. Indien de staatssecretaris aan deze voorwaarden niet heeft voldaan, is sprake van een schending van het verdedigingsbeginsel door het niet, dan wel op onjuiste wijze toepassen van de artikelen 4:8 en 2:1 van de Awb en dient te worden beoordeeld of deze schending het verlengingsbesluit onrechtmatig maakt.

In deze uitspraak van 14 december 2012 leidde de schending van het verdedigingsbeginsel - de vreemdeling was onvoldoende in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze kenbaar te maken en zijn gemachtigde was niet in kennis gesteld van het voornemen tot verlenging - niet tot onrechtmatigheid van de verlenging. De reden hiervoor was dat gedurende de inbewaringstelling herhaaldelijk gesprekken met de vreemdeling hadden plaatsgevonden. Hierdoor kon hij bekend zijn met de redenen van zijn bewaring en met hetgeen van hem werd verwacht om de duur van de bewaring zo beperkt mogelijk te houden. Tijdens deze gesprekken was aan de vreemdeling kenbaar gemaakt dat hij niet kon volstaan met zijn herhaalde mededelingen dat hij niet wilde terugkeren. Ook was tijdens deze gesprekken aan de vreemdeling kenbaar gemaakt dat hij zou moeten terugkeren naar zijn land van herkomst, dat met het oog daarop reisdocumenten waren aangevraagd en dat daarnaast van hemzelf werd verwacht inspanningen te verrichten om zijn terugkeer te bewerkstelligen. Voorts bleek uit de gespreksverslagen dat de vreemdeling voldoende gelegenheid had gehad om desgewenst zelf contact op te nemen met zijn gemachtigde teneinde met hem eventuele ontwikkelingen in zijn situatie te bespreken. Onder deze omstandigheden bestond naar het oordeel van de Afdeling geen grond voor het oordeel dat de vreemdeling door het gesignaleerde gebrek - de schending van het verdedigingsbeginsel - zodanig is benadeeld dat deze een vernietiging van het verlengingsbesluit zou rechtvaardigen.

De prejudiciële vragen van de Hoge Raad over de rechtsgevolgen van schending van het verdedigingsbeginsel

5. Bij arresten van 22 februari 2013 in zaken nrs. 10/02777 en 10/02774 (LJN: BR0671 en LJN: BR0666, www.rechtspraak.nl), heeft de Hoge Raad der Nederlanden (hierna: de Hoge Raad) aan het Hof prejudiciële vragen gesteld over het verdedigingsbeginsel in de context van het douanerecht. Het Hof heeft deze zaken gevoegd en daaraan de nummers C-129/13 en C-130/13 toegekend.

De Hoge Raad heeft, nu dit niet blijkt uit het arrest Sopropé, het Hof onder meer verzocht uitspraak te doen over de vraag of de rechtsgevolgen die door de nationale rechter moeten worden verbonden aan schending van het verdedigingsbeginsel bij gebreke van een Europeesrechtelijke regeling en uitgaande van het beginsel van de procedurele autonomie, door het nationale recht dan wel door het Europese recht worden bepaald. Indien de rechtsgevolgen van schending van het verdedigingsbeginsel volledig worden bepaald door het Europese recht, dient de vraag te worden beantwoord of, als sprake is van schending van het verdedigingsbeginsel, de nationale rechter reeds daarom gehouden is de beschikking te vernietigen of dat de rechter in zijn beoordeling de gevolgen

van de schending van het verdedigingsbeginsel kan betrekken, aldus de Hoge Raad.

De jurisprudentie van het Hof over het verdedigingsbeginsel

6. De jurisprudentie van het Hof over het verdedigingsbeginsel is uitgebreid. Kortheidshalve verwijst de Afdeling naar het verzoek om een prejudiciële beslissing van het Tribunal administratif de Melun van 3 april 2013 waarin de Franse rechter hiervan een samenvatting geeft. Het Hof heeft aan deze zaak het nummer C-166/13 toegekend (www.curia.europa.eu).

*12. De eerbiediging van de rechten van de verdediging vormt een fundamenteel beginsel van het Unierecht (arresten Hof van Justitie van de Europese Unie van 28 maart 2000, Krombach, C-7/98, Jurispr. blz. I-1935, punt 42, en 18 december 2008, Sopropé, C-349/07, Jurispr. blz. I-10369, punt 36). Het recht om in elke procedure te worden gehoord maakt integraal deel uit van dat fundamentele beginsel (arresten Hof van 9 november 1983, Nederlandse Banden-Industrie-Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 7, en 18 oktober 1989, Orkem/Commissie, 374/87, Jurispr. blz. 3283, punt 32) en is thans vervat in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat het recht op behoorlijk bestuur waarborgt (arrest Hof van 22 november 2012, M. M./Minister for Justice, Equality and Law reform, Ireland, Attorney General, C-277/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 83). Het recht om te worden gehoord, voor zover dit deel uitmaakt van het recht op behoorlijk bestuur, is van algemene toepassing (zelfde arrest, punt 84) en is, als bestanddeel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging, zelfs van toepassing indien de toepasselijke communautaire wetgeving niet uitdrukkelijk in een dergelijke formaliteit voorziet (arrest Hof van 23 oktober 1974, Transocean Marine Paint Association/Commissie, 17/74, Jurispr. blz. 1063, punt 15; arrest Krombach, reeds aangehaald, punt 42, en arrest Sopropé, reeds aangehaald, punt 38). Dit recht om te worden gehoord waarborgt dat eenieder in staat wordt gesteld naar behoren en daadwerkelijk zijn standpunt kenbaar te maken in het kader van een administratieve procedure en voordat een besluit wordt genomen dat zijn belangen nadelig kan beïnvloeden (arrest Hof van 9 juni 2005, Spanje/Commissie, C-287/02, Jurispr. blz. I-5093, punt 37; arrest Sopropé, reeds aangehaald, punt 37; arresten van 1 oktober 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Raad, C-141/08 P, Jurispr. blz. I-9147, punt 83; 21 december 2011, Frankrijk/People's Mojahedin Organization of Iran, C-27/09 P, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 64 en 85). Van een voorafgaande kennisgeving van een dergelijke door de overheid voorgenomen maatregel kan echter worden afgeweken wanneer die voorafgaande kennisgeving de doeltreffendheid van de voorgenomen maatregel in gevaar zou brengen (arrest Hof van 21 december 2011, Frankrijk/People's Mojahedin Organization of Iran, C-27/09 P, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 339 en 340)."

De interpretatie van de jurisprudentie van het Hof over de rechtsgevolgen van schending van het verdedigingsbeginsel

7. In de conclusie van de Advocaat-Generaal M.E. van Hilten bij de verwijzingsarresten van de Hoge Raad van 22 februari 2013 (gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13) is in paragraaf 7 een overzicht opgenomen van de jurisprudentie van het Hof over de rechtsgevolgen van schending van het verdedigingsbeginsel. Zij merkt op dat uit de rechtspraak van het Hof wel valt af te leiden wanneer het verdedigingsbeginsel is geschonden, maar dat over de rechtsgevolgen van schending daarvan minder duidelijkheid bestaat. In dit overzicht zijn, anders dan in het overzicht van het Tribunal administratif de Melun, geen uitspraken van het Hof opgenomen die betrekking hebben op vreemdelingenzaken.

In punt 38 van het arrest Sopropé lijkt, volgens de Advocaat-

Generaal, het Hof de kwestie van de rechtsgevolgen van de schending van het verdedigingsbeginsel bij de nationale rechter neer te leggen. In zijn rechtspraak inzake besluiten van gemeenschapsinstellingen neigt het Hof, aldus de Advocaat-Generaal, naar nietigverklaring van beschikkingen van gemeenschapsinstellingen die in strijd met het verdedigingsbeginsel zijn genomen. Zij wijst in dit verband op punt 44 van het arrest van 29 juni 1994, Fiskano, C-135/92, punt 45 van het arrest van 24 oktober 1996, Europese Commissie tegen Lisrestal e.a., C-32/95 P, punt 50 van het arrest van 21 september 2000, Mediocurso tegen de Europese Commissie, C-462/98 P en punten 114-115 van het arrest van 1 oktober 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware Co. Ltd. tegen de Raad, C-141/08. Ook wijst zij op de arresten van 21 oktober 1999, Lensing & Brockhausen, C-233/98, en van 20 januari 2005, Honeywell Aerospace, C-300/03 waarin is overwogen dat het tevoren informeren van de aangever een *conditio sine qua non* is voor het kunnen innen van een douaneschuld. Mede onder verwijzing naar deze jurisprudentie merkt de Advocaat-Generaal op dat het duidelijk lijkt dat schending van het verdedigingsbeginsel moet leiden tot vernietiging van de in strijd met dat beginsel genomen besluit. Die duidelijkheid is echter schijn, aldus de Advocaat-Generaal.

Er is namelijk, volgens de Advocaat-Generaal, ook rechtspraak voorhanden waaruit andere conclusies kunnen worden getrokken. Zij wijst op de jurisprudentie waarin het Hof bij de beoordeling of vernietiging of nietigverklaring van een besluit aan de orde is, meeweegt en beslissend acht of de schending van het verdedigingsbeginsel tot een ander resultaat kan hebben geleid dan zonder die schending het geval was geweest en noemt hierbij het arrest van 10 juli 1980, Distillers Company, nr. 30/78 (punt 26), het arrest van 21 maart 1990, België/Commissie, C-142/87 (punt 46-48) en het arrest van 2 oktober 2003, Thyssen Stahl, C-194/99 (punten 30-31).

Het arrest van het Hof van 15 juni 2006, Dokter e.a., C-28/05 heeft weer een iets andere nuance. In dit arrest overweegt het Hof uitdrukkelijk dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging geen absolute gelding heeft, maar dat schending daarvan gerechtvaardigd kan zijn om redenen van openbare orde/algemeen belang (punten 74-75).

De Advocaat-Generaal concludeert in punt 7.18:

"Het palet aan jurisprudentie van het Hof over de gevolgen van schending van het verdedigingsbeginsel is, al met al, niet monochromatisch en ook de Nederlandse post-Sopropé jurisprudentie laat een wat wisselend beeld zien."

Recente vragen over de toepassing van het verdedigingsbeginsel

8. De Afdeling wijst in dit verband op de prejudiciële vragen die twee Franse rechtbanken hebben gesteld over de toepassing van het verdedigingsbeginsel in een vreemdelingenrechtelijke context.

In het hiervoor onder 6 genoemde verzoek van 3 april 2013 heeft het Tribunal administratif de Melun de vraag aan het Hof voorgelegd of de overheid, indien zij voornemens is een terugkeerbesluit vast te stellen jegens een illegale vreemdeling, verplicht is om de betrokkene in staat te stellen zijn opmerkingen kenbaar te maken, ongeacht of dit terugkeerbesluit al dan niet wordt genomen na een weigering om een verblijfstitel toe te kennen, en met

name in de situatie waarin er een risico op onderduiken bestaat. Verder wordt de vraag gesteld of op grond van de opschortende werking van de bij de bestuursrechter ingestelde contentieuze procedure kan worden afgeweken van de aan een illegale vreemdeling geboden mogelijkheid om voorafgaand aan de voor hem bezwarende voorgenomen verwijderingsmaatregel zijn standpunt daarover kenbaar te maken.

In een verzoek van 6 mei 2013 heeft het Tribunal administratif de Pau de vragen voorgelegd welke inhoud het in artikel 41 van het Handvest omschreven recht om te worden gehoord heeft voor een illegaal verblijvende derdelander jegens wie een terugkeerbesluit wordt genomen en of (en zo ja: hoe) die inhoud in voorkomend geval kan worden aangepast of beperkt gelet op de in de Terugkeerrichtlijn vervatte doelstelling van algemeen belang van het terugkeerbeleid. Het Hof heeft aan deze zaak het nummer C-249/13 toegekend (www.curia.europa.eu).

De jurisprudentie van de Afdeling over artikel 41 van het Handvest

9. Het verdedigingsbeginsel is thans ook vervat in artikel 41 van het Handvest. De Afdeling heeft in de uitspraak van 1 augustus 2012, in zaken nrs. 201108135/1/A3 en 201110165/1/A3 (www.raadvanstate.nl, zaak C-372/12, www.curia.europa.eu), aan het Hof onder meer de vraag gesteld of artikel 41, tweede lid, aanhef en onder b, van het Handvest mede is gericht tot de lidstaten van de Europese Unie voor zover zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen in de zin van artikel 51, eerste lid, van het Handvest (derde prejudiciële vraag).

Feiten

10. Bij onderscheiden besluiten van 24 oktober 2012 en 11 november 2012 zijn vreemdeling 1 en vreemdeling 2 krachtens artikel 59, eerste lid, aanhef en onder a, van de Vw 2000 in bewaring gesteld. De door de vreemdelingen ingestelde beroepen tegen voormelde besluiten zijn door de rechtbank ongegrond verklaard.

Bij onderscheiden verlengingsbesluiten van 19 en 29 april 2013 is krachtens artikel 59, zesde lid, van de Vw 2000, de termijn van de aan hen opgelegde bewaringsmaatregelen verlengd met ten hoogste twaalf maanden. Aan het verlengingsbesluit is in beide gevallen ten grondslag gelegd dat de vreemdelingen niet meewerken aan de uitzetting en dat de daartoe benodigde documentatie uit derde landen nog ontbreekt.

Aangevallen uitspraken

11. Vreemdeling 1 heeft bij de rechtbank betoogd dat de staatssecretaris, in strijd met artikel 2:1 van de Awb, heeft nagelaten zijn gemachtigde in te lichten over het voornemen een verlengingsbesluit te nemen. De rechtbank heeft overwogen dat niet in geschil is dat de gemachtigde van vreemdeling 1 niet in kennis is gesteld van het voornemen een verlengingsbesluit te nemen. Als gevolg hiervan is de gemachtigde van vreemdeling 1 niet in de gelegenheid gesteld hem bij te staan in zijn reactie op dat voornemen en is hij derhalve onvoldoende in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze daaromtrent kenbaar te maken. Nu de artikelen 4:8 en 2:1

van de Awb op onjuiste wijze zijn toegepast, is het verdedigingsbeginsel geschonden. De rechtbank heeft voorts overwogen dat, gelet op de uitspraak van de Afdeling van 14 december 2012, in zaak nr. 201208906/1/V3 (www.raadvanstate.nl, beschreven in punt 4 hiervoor), vreemdeling 1 door schending van het verdedigingsbeginsel niet zodanig is benadeeld dat dit een vernietiging van het verlengingsbesluit zou rechtvaardigen. De rechtbank heeft daartoe overwogen dat uit het verslag van een op 5 april 2013 met vreemdeling 1 gehouden vertrekgesprek blijkt dat hem is uitgelegd dat de staatssecretaris voornemens is de bewaring met ten hoogste twaalf maanden te verlengen en dat hij in de gelegenheid is gesteld eventueel contact op te nemen met zijn gemachtigde.

Vreemdeling 2 heeft bij de rechtbank betoogd dat hij voorafgaand aan het opleggen van het verlengingsbesluit ten onrechte niet ingevolge artikel 4:8 van de Awb is gehoord en dat zijn gemachtigde evenmin de gelegenheid is geboden een zienswijze over het te nemen verlengingsbesluit in te dienen. De rechtbank heeft overwogen dat vreemdeling 2 noch zijn gemachtigde voldoende in de gelegenheid is gesteld zijn zienswijze over het te nemen verlengingsbesluit kenbaar te maken. Nu de artikelen 4:8 en 2:1 van de Awb op onjuiste wijze zijn toegepast, is het verdedigingsbeginsel geschonden. De rechtbank heeft voorts overwogen dat, gelet op de uitspraak van de Afdeling van 14 december 2012, in zaak nr. 201208906/1/V3 (www.raadvanstate.nl, beschreven in punt 4 hiervoor), vreemdeling 2 door schending van het verdedigingsbeginsel niet zodanig is benadeeld dat dit een vernietiging van het verlengingsbesluit zou rechtvaardigen. Vreemdeling 2 en zijn gemachtigde waren voldoende bekend met de redenen van zijn verblijf in bewaring alsmede met hetgeen van hem wordt verwacht om de duur van de bewaring zo beperkt mogelijk te houden, aldus de rechtbank.

Grievens

12. De vreemdelingen klagen dat de rechtbank heeft miskend dat schending van het verdedigingsbeginsel door de onjuiste toepassing van de artikelen 4:8 en 2:1 van de Awb, had moeten leiden tot vernietiging van het verlengingsbesluit.

Daartoe voert vreemdeling 1 aan dat de uitspraak van de Afdeling van 14 december 2012, in zaak nr. 201208906/1/V3 (www.raadvanstate.nl, beschreven in punt 4 hiervoor), uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting. Zonder naar een specifieke overweging te verwijzen, betoogt de vreemdeling dat uit het arrest Sopropé volgt dat een belangenafweging na een dergelijk gebrek niet aan de orde kan zijn. De rechtbank heeft derhalve ten onrechte overwogen dat hij niet in zijn belangen is geschaad, aldus vreemdeling 1.

Vreemdeling 2 voert aan dat de rechtbank niet heeft onderkend dat de belangenafweging in zijn voordeel had dienen uit te vallen, nu de onderhavige zaak op essentiële punten afwijkt van de uitspraak van de Afdeling van 14 december 2012, in zaak nr. 201208906/1/V3 (www.raadvanstate.nl, beschreven in punt 4 hiervoor). Immers, de staatssecretaris heeft zijn gemachtigde weliswaar geïnformeerd over het voornemen, maar zijn gemachtigde is hierbij niet in de gelegenheid gesteld

om een zienswijze te geven. De rechtbank heeft derhalve ten onrechte overwogen dat hij niet in zijn belangen is geschaad, aldus vreemdeling 2.

Beoordeling

Omvang van het geding

13. Vaststaat dat de vreemdelingen onder de werkingssfeer van de Terugkeerrichtlijn vallen.

Voorts is niet in geschil dat aan de in artikel 59 van de Vw 2000 gestelde vereisten voor verlenging van de aan de vreemdelingen opgelegde maatregelen van bewaring is voldaan.

Evenmin is bestreden dat bij de totstandkoming van de verlengingsbesluiten het verdedigingsbeginsel is geschonden, zodat de Afdeling hiervan heeft uit te gaan bij de beoordeling van de hoger beroepen. Ter beoordeling staat slechts welke rechtsgevolgen aan deze schending dienen te worden verbonden.

Toepasselijkheid van het verdedigingsbeginsel bij een verlengingsbesluit

14. Het verlengingsbesluit is een bezwarend besluit, dat wordt genomen krachtens artikel 59, zesde lid, van de Vw 2000. Deze bepaling vormt een omzetting van artikel 15, zesde lid, van de Terugkeerrichtlijn. Gelet hierop is bij de voorbereiding van dat besluit het verdedigingsbeginsel van toepassing, zoals door het Hof uiteengezet in onder meer het arrest Sopropé (en de eerder genoemde jurisprudentie onder 6 en 7). Zoals blijkt uit de jurisprudentie van het Hof is dit verdedigingsbeginsel een algemeen beginsel van Unierecht, dat ook tot uitdrukking is gebracht in artikel 41, tweede lid, van het Handvest (arrest van het Hof van 22 november 2012, C-277/11; punt 82, M.M., www.curia.europa.eu). Omdat het in de onderhavige zaken alleen gaat over de toepasselijkheid van het verdedigingsbeginsel, is de vraag of artikel 41 van het Handvest van toepassing is wanneer lidstaten het recht van de Unie ten uitvoer brengen (zie in dat verband de derde prejudiciële vraag van de Afdeling in zaak C-273/12), niet expliciet aan de orde.

De aanleiding voor prejudiciële vragen

15. In de hiervoor (onder 4) genoemde uitspraak van de Afdeling van 14 december 2012 is toepassing gegeven aan de onder 3 beschreven vaste jurisprudentie van de Afdeling. Gelet op de beperkte mate waarin de betrokken vreemdeling in zijn belangen was getroffen, is in de uitspraak van 14 december 2012 bij de belangenafweging niet meer toegekomen aan de vraag hoe zwaarwegend de met de verlenging van de bewaring gediende belangen waren.

15.1. De Afdeling heeft de vraag of na een geconstateerde schending van het verdedigingsbeginsel bij de totstandkoming van een verlengingsbesluit ruimte bestaat voor een belangenafweging in voormelde uitspraak van 14 december 2012 bevestigend beantwoord. Mede gelet op de door de Hoge Raad gestelde vragen (gevoegde zaken C-129/13 en C-130/13, zie hiervoor

punt 5 en 7) bestaat thans binnen de Nederlandse (appel)rechtspraak onduidelijkheid hierover.

Ook bij het Tribunal administratif de Melun en het Tribunal administratif de Pau leeft, zij het in een enigszins andere context, kennelijk de vraag in hoeverre gevolgen moeten worden verbonden aan het niet of niet ten volle toepassen van het verdedigingsbeginsel (zie hiervoor onder 8).

15.2. Zoals hiervoor onder 5 beschreven, heeft de Hoge Raad vragen aan het Hof gesteld over de inhoud van het verdedigingsbeginsel en de rechtsgevolgen van schending van dit beginsel. Weliswaar zijn deze vragen in een douanezaak gesteld, maar de vragen zijn algemeen geformuleerd, waardoor de antwoorden hierop eveneens van doorslaggevend belang zijn voor de thans bij de Afdeling voorliggende zaken.

15.3. Anders dan in de zaken die hebben geleid tot de door de Hoge Raad gestelde vragen, waarin het geschillen betreft over besluiten waarbij de meer verschuldigde douanerechten van de belanghebbende zijn nagevorderd, dient in de thans bij de Afdeling voorliggende zaken een oordeel te worden gegeven over de rechtmatigheid van de verlenging van maatregelen van vreemdelingenbewaring. De maatregel van bewaring neemt in het nationale bestuursrecht een bijzondere positie in. Na een rechterlijke vernietiging van een besluit wegens geconstateerde onregelmatigheden bij de voorbereiding en totstandkoming ervan, heeft het bestuursorgaan in het Nederlandse bestuursrecht in de regel de gelegenheid deze gebreken te herstellen door alsnog tot een deugdelijk besluit in dezelfde kwestie te komen. Deze mogelijkheid heeft de staatssecretaris echter niet in bewaringszaken. Als de bewaringsrechter tot het oordeel komt dat het besluit tot inbewaringsstelling of het verlengingsbesluit onrechtmatig is, heeft dit tot gevolg dat zij ingevolge artikel 94, vierde lid, van de Vw 2000, de opheffing van de maatregel beveelt en kan zij ingevolge artikel 106, eerste lid, van de Vw 2000 een schadevergoeding toekennen voor de periode van onrechtmatige bewaring.

Vraag 1: de rechtsgevolgen van de schending van het verdedigingsbeginsel

16. Het verschil in aard van de besluiten, enerzijds inzake douanerechten (en in de rechtspraak van het Hof ook andere niet op natuurlijke personen betrekking hebbende besluiten van EU-instellingen) en anderzijds inzake vreemdelingen, van wie sommigen in bewaring zijn, maakt dat de Afdeling het noodzakelijk acht een afzonderlijke vraag over de gevolgen van schending van het verdedigingsbeginsel aan het Hof voor te leggen.

Vraag 1:

Brengt schending door het nationale bestuursorgaan van het algemene beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging, dat ook tot uitdrukking is gebracht in artikel 41, tweede lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, bij de totstandkoming van een verlengingsbesluit als bedoeld in artikel 15, zesde 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, zonder meer en in alle gevallen met zich dat de bewaring moet worden opgeheven?

Vraag 2: het verdedigingsbeginsel en de belangenafweging

17. Indien vraag 1 ontkennend wordt beantwoord, is het de vraag of het verdedigingsbeginsel zich verzet tegen de wijze waarop de Afdeling tot nu toe invulling heeft gegeven aan de belangenafweging, zoals beschreven onder 3, 4 en 15.

De jurisprudentie van het Hof is op dit punt - blijkens het overzicht van de Advocaat-Generaal M.E. van Hiltten van de Hoge Raad als samengevat onder 7 - niet eenduidig. In de in dit overzicht genoemde arresten van 10 juli 1980, 30/78, Distillers Company en 21 maart 1990, C-142/87, België/Commissie (allebei te vinden op www.curia.europa.eu) is beoordeeld of de schending van het verdedigingsbeginsel tot een ander resultaat had kunnen leiden dan zonder die schending het geval was geweest. Het Hof houdt derhalve met name rekening met de aard van de schending en de mate waarin de betrokkene hierdoor in zijn belangen is geraakt.

Deze arresten zien niet op vreemdelingenrechtelijke aangelegenheden. Indien de in deze arresten vermelde wijze van beoordeling de te hanteren beoordeling zou zijn, is het de vraag in hoeverre ruimte bestaat om bij de belangenafweging - naast de aard van het gebrek en de daardoor geschonden belangen - tevens rekening te houden met het belang dat is gediend met de verlenging van de maatregel van bewaring.

Vraag 2:

Laat dit algemene beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging ruimte voor een belangenafweging, waarbij naast de ernst van de schending van dit beginsel en de daardoor geschonden belangen van de vreemdeling, tevens rekening wordt gehouden met de door de verlenging van de bewaring gediende belangen van de lidstaat?

Verzoek om toepassing van de prejudiciële spoedprocedure als bedoeld in artikel 267, laatste alinea, VWEU

18. In gevallen waarin een oordeel moet worden gegeven over de rechtmatigheid van een vrijheidsontnemende maatregel, terwijl de betreffende vreemdeling nog in bewaring zit, zal gelet op het bepaalde in artikel 6 van het Handvest spoedig uitspraak moeten worden gedaan.

Nu de vreemdelingen in de onderhavige zaken nog in bewaring zitten en de situatie valt binnen het beleidsterrein van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, ziet de Afdeling aanleiding om het Hof krachtens artikel 107 van het Reglement voor de procesvoering te verzoeken de onderhavige prejudiciële vragen te behandelen volgens de spoedprocedure, zulks in verband met het feit dat de beantwoording van de vragen doorslaggevend is voor de bewaring van de vreemdelingen. Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend is, dienen de bewaringen aanstonds te

worden opgeheven. Indien het antwoord op vraag 1 ontkennend is, betekent dit dat er wel ruimte is voor een belangenafweging en dient de Afdeling hieraan invulling te geven en met voortvarendheid te beoordelen of dit al dan niet tot opheffing van de bewaringen dient te leiden.

De Afdeling voegt daaraan toe dat in Nederland een aantal vergelijkbare zaken bij verschillende rechters voorligt, waarbij de bewaring eveneens nog voortduurt. Bij de Afdeling voorliggende zaken waarin dezelfde rechtsvraag voorligt zullen worden aangehouden.

19. Gelet op het vorenstaande, zal de behandeling van de hoger beroepen worden geschorst totdat het Hof uitspraak heeft gedaan.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verzoekt het Hof van Justitie bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de hierboven geformuleerde vragen:

vraag 1:

Brengt schending door het nationale bestuursorgaan van het algemene beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging, dat ook tot uitdrukking is gebracht in artikel 41, tweede lid, van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, bij (de totstandkoming van) een verlengingsbesluit als bedoeld in artikel 15, zesde 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, zonder meer en in alle gevallen met zich dat de bewaring moet worden opgeheven?

vraag 2:

Laat dit algemene beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging ruimte voor een belangenafweging, waarbij naast de ernst van de schending van dit beginsel en de daardoor geschonden belangen van de vreemdeling, tevens rekening wordt gehouden met de door de verlenging van de bewaring gediende belangen van de lidstaat?

- II. schorst de behandeling tot het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan en houdt iedere verdere beslissing aan.

Aldus vastgesteld door mr. M.G.J. Parkins-de Vin, voorzitter, en mr. A.B.M. Hent en mr. N. Verheij, leden, in tegenwoordigheid van mr. B. van Dokkum, ambtenaar van staat.

w.g. Parkins-de Vin
voorzitter

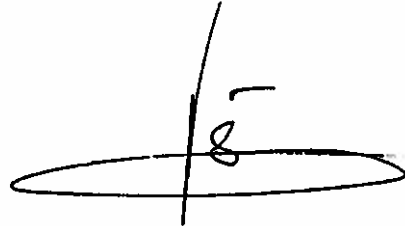
w.g. Van Dokkum
ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 5 juli 2013

480-755.

Verzonden: 5 juli 2013

Voor eensluidend afschrift,
de secretaris van de Raad van State,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'V' shape with a horizontal line across it, and a smaller 'S' or similar character to the right.

mr. H.H.C. Visser