

# VU Research Portal

Case note: Court of Justice (Kadzoev C357/09 PPU)

Cornelisse, G.N.

2010

[Link to publication in VU Research Portal](#)

***citation for published version (APA)***

Cornelisse, G. N., (2010). Case note: Court of Justice (Kadzoev C357/09 PPU), No. 30, Nov 30, 2009. (Jurisprudentie vreemdelingenrecht; Vol. 2010).

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

**Noot G.N. Cornelisse**

**bij HvJEG 30 november 2009, C-357/09, Kadzoev, JV 2010/30, ve09001685**

/ 2010 (red.)

1. Begin 2009 trad de Terugkeerrichtlijn in werking (*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 348/98, ve09000077). De lidstaten dienen de richtlijn uiterlijk op 24 december/geïmplementeerd te hebben. Het onderhavige arrest van de Grote Kamer van het Hof van Justitie is niet alleen aandacht waard omdat het het belang van de Terugkeerrichtlijn in nationale bewaringszaken onderstreept, maar ook omdat het Hof enkele belangrijke opmerkingen maakt over de verhouding tussen de vrijheidsbenemende bepalingen in de Terugkeerrichtlijn enerzijds en in de Opvangrichtlijn en de Procedurerichtlijn anderzijds. De wetgever doet er goed aan om aandacht te schenken aan de implicaties van die opmerkingen bij de wijziging van de Vreemdelingenwet in verband met de implementatie van de richtlijn. Voordat ik het arrest van het Hof bespreek, zal ik eerst een beknopt beeld schetsen van de belangrijkste bepalingen van de richtlijn voor wat betreft de bewaring van derdelanders in het kader van een terugkeerprocedure.

2. Volgens artikel 2(1) van de Terugkeerrichtlijn is deze van toepassing op illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen. Ingevolge het tweede lid van die bepaling kunnen de lidstaten echter besluiten de richtlijn niet toe te passen op onderdanen van derde landen aan wie de toegang is geweigerd aan een buitengrens, of die zijn aangehouden of onderschept wegens het op niet reguliere wijze overschrijden van de buitengrens van een lidstaat.

In artikel 15 lid 1 krijgen lidstaten de bevoegdheid om een derdelander jegens wie een terugkeerprocedure loopt (zie daarvoor artikel 8), te detineren om zijn of haar terugkeer voor te bereiden of om de verwijderingsprocedure uit te voeren, tenzij "in een bepaald geval afdoende, maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast." Ook volgens de considerans (punt 16) van de Richtlijn dient "inbewaringstelling met het oog op verwijdering [te] worden beperkt en [...] aan het evenredigheidsbeginsel [te] worden onderworpen." Verder benadrukt de considerans onder hetzelfde punt dat "inbewaringstelling alleen gerechtvaardigd [is] om de terugkeer voor te bereiden of de verwijdering uit te voeren en indien minder dwingende middelen niet afdoende zouden zijn." Volgens het eerste lid van artikel 15 kan vrijheidsontneming met name worden toegepast indien er een risico op onderduiken bestaat of indien de derdelander de terugkeerprocedure ontwijkt of belemmert. Verder dient de detentie zo kort mogelijk te duren, en in ieder geval niet langer dan een "voortvarend uitgevoerde voorbereiding van de terugkeer". Tot zover weerspiegelt de bepaling de eisen die het internationale recht stelt aan een rechtmatige vrijheidsbeneming in het vreemdelingenrecht, al moet met het oog op de tweede grond voor bewaring – niet meewerken van de vreemdeling – benadrukt worden dat detentie nooit gebruikt kan worden als een middel om de vreemdeling tot meewerking aan zijn uitzetting te dwingen (zie recent nog EHRM 8 oktober 2009, *Mikolenko tegen Estland*, JV 2010/1, ve09001511).

Het tweede lid van artikel 15 schrijft een spoedige rechterlijke toetsing van de detentie voor, indien deze maatregel door het bestuur is gelast. Als de bewaring niet rechtmatig wordt bevonden moet de derdelander onmiddellijk vrijgelaten worden. De *habeas corpus* bepaling wordt in het derde lid uitgebreid door een periodieke toetsing van de rechtmatigheid van de bewaring voor te schrijven, hetzij op verzoek van de derdelander, hetzij ambtshalve. Deze toetsing kan door het bestuur uitgevoerd worden, maar dient door de rechter te worden gecontroleerd in het geval van een langdurige bewaring. In artikel 18 wordt aan lidstaten overigens de mogelijkheid geboden om af te wijken van het vereiste van een spoedige rechterlijke toetsing, indien een uitzonderlijk groot aantal onderdanen van derde landen moet terugkeren en het gerechtelijk personeel van een lidstaat hierdoor onverwacht zwaar wordt belast. De vraag die zich opwerpt is hoe deze mogelijkheid zich verhoudt tot de vereisten van artikel 5 lid 4 EVRM.

In het vierde lid van artikel 15 staat dat bewaring niet langer gerechtvaardigd is indien er geen redelijk vooruitzicht op verwijdering meer bestaat. Verder stelt het vijfde lid een maximumduur van de bewaring vast: deze mag niet langer duren dan 6 maanden. Die duur mag vervolgens ingevolge het zesde lid nog wel verlengd worden met ten hoogste 12 maanden, als de verwijdering meer tijd zal vergen omdat de derdelander niet meewerkt, of indien de nodige documenten uit derde landen op zich doen wachten. Voor veel NGO's en internationale instellingen was met name de maximumduur van 18 maanden aanleiding voor scherpe kritiek op de richtlijn (zie bijvoorbeeld UN Human Rights Council, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, 16 February 2009, par. 66). In deze context is het relevant om te onderstrepen dat er maar weinig lidstaten zijn die, voordat de richtlijn werd aangenomen, in hun nationale regelgeving een maximumduur voor vreemdelingendetentie kenden die meer dan 18 maanden bedroeg. En in landen zoals Nederland, die geen maximumduur in hun wetgeving hebben opgenomen, laat de jurisprudentie zien dat slechts in uitzonderlijke gevallen vreemdelingen voor een periode langer dan 18 maanden kunnen worden vastgehouden. De angst dat lidstaten de richtlijn aldus kunnen aangrijpen om bestaande standaarden te verlagen is dan ook niet geheel uit de lucht gegrepen (Zie A. Baldaccini, "The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive," *European Journal of Migration and Law* 11, 2009, p. 14).

Ingevolge artikel 16 dient bewaring zoveel mogelijk in gespecialiseerde instellingen ten uitvoer te worden gelegd (zie ook punt 17 in de considerans), maar volgens artikel 18 kan ook van dat vereiste van worden afgeweken in het geval van een uitzonderlijke situatie. Ook kent artikel 16 aan de gedetineerde, in overeenstemming met het internationale recht, het recht toe om geïnformeerd te worden over de redenen voor detentie, evenals het recht op contact met familie, wettelijke vertgenwoordigers en consulaire autoriteiten. Artikel 17 is speciaal opgenomen met het oog op de detentie van kinderen: "Niet-begeleide minderjarigen en gezinnen met minderjarigen worden slechts in laatste instantie, en voor een zo kort mogelijke periode in bewaring gesteld." Ook dient er ingevolge die bepaling extra aandacht te worden besteed aan de omstandigheden van bewaring indien deze maatregel kinderen betreft. In overeenstemming met het IVRK eist artikel 17 verder dat tijdens de bewaring van kinderen het belang van het kind altijd voorop staat.

3. De feiten van de onderhavige uitspraak zijn de volgende: Kadzoev werd op 21 oktober 2006 in Bulgarije nabij de Turkse grens gearresteerd. Hij was op dat moment niet in het bezit van identiteitsdocumenten, en verklaarde dat zijn naam Huchbarov was, en dat hij in 1971 geboren was in Grozny. Uit documenten die op een later tijdstip zijn overlegd blijkt dat Kadzoev/Huchbarov de zoon is van een Tsjetsjeense vader en een Georgische moeder, en dat hij inderdaad in 1971 geboren is in Grozny. Op 3 november 2006 wordt hij in bewaring gesteld met het oog op zijn verwijdering. Kadzoev dient gedurende zijn bewaring een paar keer een asielverzoek in, maar deze verzoeken worden afgewezen. Aangezien zijn identiteit en nationaliteit niet kunnen worden vastgesteld (Rusland betwist de authenticiteit van de overlegde documenten) wordt hij door Bulgarije beschouwd als stateloos, en er wordt geen derde land gevonden dat bereid is hem op te nemen. Ten tijde van de behandeling van de prejudiciële vragen van de Bulgaarse rechter door het Hof in Luxemburg zit Kadzoev nog steeds in vreemdelingenbewaring – en dat is dan ook de reden dat het Hof instemt met het verzoek om de vragen in een spoedprocedure te behandelen (par. 31-33).

In Bulgarije werd de terugkeerrichtlijn al in mei 2009 in nationale regelgeving omgezet, behalve het vierde lid van artikel 15. We zullen hieronder zien dat de vragen van de verwijzende rechter betrekking hebben op de volgende aspecten, afzonderlijk en in onderlinge samenhang, van artikel 15 van de Terugkeerrichtlijn: de maximumduur van de detentie; de toepasselijkheid van die bepaling op derdelanders die een asielverzoek indienen; en de uitleg van "een redelijk vooruitzicht op verwijdering".

4. Om te beginnen met de maximumduur: de Bulgaarse rechter had in de eerste plaats gevraagd of voor het bepalen van de maximumduur van een bewaring, ook die periode in aanmerking moet worden genomen die de derdelander in bewaring doorbracht vóórdat de regeling opgenomen in de terugkeerrichtlijn van toepassing werd in het nationale recht (vraag 1 sub a, zie par. 34). Het Hof geeft een bevestigend antwoord op deze vraag. Dat

betekent dat vanaf het moment dat de regeling opgenomen in de richtlijn van kracht wordt in de lidstaten, er in die lidstaten geen enkele vreemdelingenbewaring meer kan bestaan die langer voortduurt dan 18 maanden. Die uitkomst is logisch als de doelstelling van de richtlijn in aanmerking wordt genomen: die bestaat immers uit het "hoe dan ook waarborgen dat bewaring met het oog op verwijdering niet langer dan 18 maanden duurt" (par. 37).

Verder had de Bulgaarse rechter ook gevraagd of de maximumduur van de bewaring 'opgeschort' kan worden, indien de derdelander die in bewaring is gesteld op grond van artikel 15, beroep instelt bij de rechter tegen het verwijderingsbesluit, en de tenuitvoerlegging van de verwijdering als gevolg daarvan wordt opgeschort (vraag 2, zie par. 49). Ook deze vraag beantwoordt het Hof resoluut, dit keer ontkennend. Er is niets in de richtlijn dat erop zou kunnen duiden dat de periode die een derdelander in bewaring doorbrengt gedurende de tijd dat de tenuitvoerlegging van de jegens hem genomen verwijderingsbeslissing is opgeschort vanwege een rechterlijke toetsing daarvan, niet in aanmerking genomen hoeft te worden bij de berekening van de maximumtermijn. Dat heeft ook weer te maken met de doelstelling van de richtlijn, die immers beoogt de maximumtermijnen die in de verschillende lidstaten gelden voor bewaring, te harmoniseren (par. 54). Dat de termijn voor een *Dublinoverdracht* wel opgeschort mag worden gedurende de tijd dat een asielzoeker een beroep tegen die overdracht instelt, zoals de Bulgaarse regering had aangevoerd, doet daar niets aan af. De context en aard van de Dublinverordening zijn immers geheel anders: in het bijzonder gaat het bij de daar bedoelde maximumtermijn om het indienen van een claim bij een andere lidstaat; niet om een beperking van de duur van een vrijheidsbeneming (par. 56). Ook de vierde vraag van de verwijzende rechter ziet toe op de maximumtermijn van 18 maanden (par. 68). De rechter vraagt of, in het geval dat die termijn is verstreken, een derdelander toch niet in vrijheid hoeft te worden gesteld als hij niet in het bezit is van geldige documenten, als hij agressief is, en niet in het bezit van middelen van bestaan of een woning. Bij de beantwoording van deze vraag stelt het Hof voorop dat de maximumtermijn van 18 maanden uit de richtlijn in geen geval mag worden overschreden. Verder kunnen redenen van openbare orde of nationale veiligheid hoe dan ook geen grondslag vormen voor detentie volgens de Terugkeerrichtlijn.

5. Voor wat betreft de vraag of de Terugkeerrichtlijn van toepassing is op derdelanders die een asielverzoek ingediend hebben: de Bulgaarse rechter had gevraagd of bij de berekening van de maximumtermijn van de bewaring ook die periode meegerekend dient te worden waarin de derdelander nog wel gedetineerd is, maar zijn verwijdering opgeschort is omdat hij een asielverzoek heeft ingediend (eerste vraag sub b, zie par. 40). Op deze vraag geeft het Hof een belangwekkend antwoord, waaruit we kunnen afleiden dat lidstaten asielzoekers niet zonder meer onder de Terugkeerrichtlijn kunnen detineren – die immers in de preambule stelt dat een derdelander "die in een lidstaat asiel heeft aangevraagd niet [mag] worden beschouwd als iemand die illegaal op het grondgebied van die lidstaat verblijft, totdat het afwijzende besluit inzake het verzoek respectievelijk het besluit waarbij het verblijfsrecht van de betrokkene wordt beëindigd, in werking is getreden." Voor de bewaring van asielzoekers geldt een apart rechtsregime, aldus het Hof, en het verwijst naar de bepalingen daaromtrent die zijn opgenomen in de Opvangrichtlijn en de Procedurerichtlijn (par. 45). Artikel 7 van de Opvangrichtlijn bepaalt dat asielzoekers zich binnen de lidstaat waar zij asiel hebben aangevraagd vrij mogen bewegen, maar lidstaten hebben onder datzelfde artikel de bevoegdheid om asielzoekers te detineren, wanneer dit noodzakelijk is om juridische redenen of redenen van openbare orde. Artikel 18 van de Procedurerichtlijn bepaalt dat lidstaten asielzoekers niet mogen detineren, enkel en alleen omdat zij asielzoekers zijn. Zowel de Procedurerichtlijn als de Opvangrichtlijn leggen de eis neer van een rechterlijke toetsing van de bewaring.

Ik lees het arrest van het Hof zo, dat als een persoon die in bewaring is gesteld met het oog op uitzetting, een asielverzoek indient, de voortzetting van zijn vrijheidsbeneming op een *afzonderlijke* beslissing gebaseerd dient te zijn. Die laatste beslissing moet vervolgens in overeenstemming zijn met de Opvangrichtlijn en de Procedurerichtlijn. In dat kader is het interessant dat de Commissie een voorstel tot wijziging van de Opvangrichtlijn heeft gedaan, waarin het gebruik van detentie veel verder wordt beperkt dan nu het geval is: bewaring van asielzoekers zou alleen toegestaan zijn in een limitatief aantal, zeer duidelijk omschreven,

uitzonderlijke gevallen. Ook zou die maatregel worden onderworpen aan de beginselen van noodzakelijkheid en evenredigheid, zowel wat de wijze als wat het doel van de bewaring betreft. Verder legt het voorstel een algemeen verbod neer op de detentie van niet-begeleide minderjarige asielzoekers (Zie *Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten*, Herschikking, Brussel, 3 December 2008, Comm. (2008)815 Definitief).

Het Hof stelt overigens wel dat, indien zou blijken dat er *geen* aparte beslissing is genomen over de detentie van Kadzoev gedurende de tijd dat zijn asielverzoek liep, dat zijn bewaringstelling dan is blijven berusten op de eerdere nationale regeling of de regeling uit de Terugkeerrichtlijn. In dat geval moet die periode van bewaring wél in aanmerking worden genomen voor de berekening van de maximumtermijn. Aan de ene kant is die conclusie niet verwonderlijk, gezien de nadruk die het Hof legt, in de gehele uitspraak, op een strikte interpretatie van de maximumtermijn die de richtlijn stelt aan vrijheidsbeneming. Maar waarom concludeert het Hof niet gewoon dat, indien zou blijken dat de nationale autoriteiten de bewaring van Kadzoev, in de periode dat deze een asielverzoek heeft ingediend, hebben gebaseerd op de Terugkeerrichtlijn, deze maatregel onrechtmatig was? Zou dat komen omdat de afbakening tussen beide rechtsregimes soms onduidelijk kan zijn: zo vallen personen die een asielverzoek hebben ingediend niet onder de personele reikwijdte van de Terugkeerrichtlijn, *tenzij* hun asielverzoek is afgewezen, ofwel wanneer zij geen verblijfsrecht meer genieten. Dat is in overeenstemming met het toepassingsbereik van de Opvangrichtlijn. Voor de vraag of een asielzoeker daaronder valt is immers eveneens beslissend of hij of zij op het grondgebied van de ontvangende staat mag verblijven. Vervolgens dient men die vraag weer aan de hand van de Procedurerichtlijn te beantwoorden, die op zijn beurt soms weer naar het nationale recht verwijst, zoals in het geval dat de asielzoeker beroep instelt tegen een afwijzend besluit op zijn asielverzoek. Dat nationale recht moet overigens wel weer in overeenstemming zijn met internationale normen (zie L. Slingenberg in haar noot bij VK Amsterdam, 7 augustus 2009, JV 2009/390, ve09001165).

6. De derde vraag van de Bulgaarse rechter ziet toe op het concept van een “redelijk vooruitzicht op verwijdering” – ingevolge het vierde lid van artikel 15 van de richtlijn een noodzakelijke voorwaarde voor een rechtmatige bewaring. De rechter wilde weten of een zodanig vooruitzicht ontbrak wanneer de maximumtermijn voor de bewaring verlopen was, en er geen terugnameovereenkomst met een derde land gesloten is. Het antwoord van het Hof is weinig verassend: het vierde lid van artikel 15 kan in het geheel geen toepassing vinden indien de maximumtermijn van de bewaring verlopen is, want in dat geval dient de derdelander hoe dan ook onmiddellijk te worden vrijgelaten (par. 60).

Verder wilde de Bulgaarse rechter verduidelijking van het begrip “redelijk vooruitzicht op verwijdering” tegen de achtergrond van de feiten van de zaak, waarin geen enkel derde land Kadzoev wilde accepteren, ondanks herhaalde inspanningen van Bulgarije. Het Hof verwijst bij de beantwoording van deze vraag wederom naar de termijnen voor bewaring die in de richtlijn zijn opgenomen: het begrip “redelijk vooruitzicht op verwijdering dient gelezen te worden tegen de achtergrond van die termijnen. Alleen indien er een “werkelijk vooruitzicht” op verwijdering binnen de gestelde maximumtermijn bestaat, is er sprake van een redelijk uitzicht op bewaring. Een zodanig vooruitzicht ontbreekt indien het weinig waarschijnlijk is dat de derdelander binnen die termijn in een derde land kan worden opgevangen.

7. Dit arrest is onder meer interessant omdat het Hof verschillende richtlijnen met elkaar in verband brengt en duidelijk maakt dat asielzoekers in beginsel niet gedetineerd mogen worden onder de Terugkeerrichtlijn. Hoe de verschillende rechtsregimes zich tot elkaar verhouden is echter niet geheel duidelijk, wat niet in de laatste plaats veroorzaakt wordt door de hiaten in de harmonisatie van het asiel- en immigratierecht. De vraag of een asielzoeker een verblijfsrecht heeft in de ontvangende lidstaat kan in voorkomende gevallen per lidstaat verschillend beantwoord worden – terwijl het antwoord wel relevant is voor de vraag onder welk communautair rechtsregime het individu valt.

Verder hebben we gezien dat het Hof redenen van openbare orde en nationale veiligheid uitsluit als gronden voor detentie onder de Terugkeerrichtlijn. Dat doet enigszins

vergelijkbare vragen rijzen met betrekking tot de machtsverdeling tussen de Unie en de lidstaten, maar dan in de zin dat onduidelijk is in hoeverre de lidstaten nog een bevoegdheid hebben om een nationaal-wettelijke basis in het leven te roepen voor de vrijheidsbeneming van derdelanders op gronden van openbare orde of nationale veiligheid.

**Dr. G.N. Cornelise**

Universitair docent Staats- en Bestuursrecht

Universiteit Utrecht