



Jurisprudentie

STANDPUNTBEPALING VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. WATHELET
van 23 augustus 2013¹

Zaak C-383/13 PPU

**M. G.
N. R.
tegen**

Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie

[verzoek van de Raad van State (Nederland) om een prejudiciële beslissing]

„Richtlijn 2008/115/EG — Terugkeer van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen — Verwijderingsprocedure — Artikel 15, lid 6 — Bewaringsmaatregelen — Artikel 41, lid 2, sub a, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie — Beginsel dat rechten van verdediging geëerbiedigd moeten worden — Recht om te worden gehoord”

I – Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing, dat op 5 juli 2013 door de Raad van State (Nederland) is ingediend, is gedaan in het kader van een geding tussen G. en R., twee illegaal in Nederland verblijvende onderdanen van derde landen, en de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (hierna: „Staatssecretaris”) over de rechtmatigheid van maatregelen tot verlenging van hun bewaring, die zijn genomen krachtens artikel 15, lid 6, 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 verblijven² (hierna: „terugkeerrichtlijn”) in het licht van artikel 41, lid 2, sub a, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”).
2. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt dat aan de inhoudelijke voorwaarden voor de verlenging van de aan G. en R. opgelegde bewaringsmaatregelen is voldaan, aangezien deze maatregelen zijn gebaseerd op het feit dat G. en R. niet aan hun uitzetting meewerken en het feit dat de daartoe noodzakelijke documenten uit derde landen ontbreken.
3. De verwijzende rechter geeft evenwel aan dat de rechten van verdediging van G. en R. zijn geschonden bij de totstandkoming van deze maatregelen.
4. De vraag die in het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing rijst, heeft betrekking op de omvang van het recht van eenieder om te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen, dat is verankerd in artikel 41, lid 2, sub a, van het Handvest, en meer bepaald welke rechtsgevolgen schending van dit recht heeft.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 348, blz. 98.

5. De verwijzende rechter vraagt zich in de eerste plaats af of schending door het nationale bestuursorgaan van het algemene beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging bij de totstandkoming van een maatregel tot verlenging van de bewaring in de zin van artikel 15, lid 6, van de terugkeerrichtlijn, zonder meer en in alle gevallen met zich brengt dat de bewaring moet worden opgeheven, en in de tweede plaats of er ruimte is voor een belangenafweging tussen de door deze schending geschonden belangen van de belanghebbende, enerzijds, en de door de verlenging van de bewaring gediende belangen van de lidstaat, anderzijds.

II – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*

1. Handvest

6. In artikel 41 van het Handvest, „Recht op behoorlijk bestuur”, is in de leden 1 en 2 het volgende bepaald:

„1. Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie worden behandeld.

2. Dit recht behelst met name:

- a) het recht van eenieder om te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige maatregel wordt genomen;

[...]”

7. In artikel 47, eerste alinea, van het Handvest is opgenomen dat „[e]enieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, [...] recht [heeft] op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden”. Artikel 47, tweede alinea, van het Handvest heeft betrekking op het recht van eenieder op een doeltreffende voorziening in rechte voor een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. In dit artikel is nader aangegeven dat eenieder de mogelijkheid heeft zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen. Krachtens artikel 48, lid 2, van het Handvest wordt aan eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, de eerbiediging van de rechten van de verdediging gegarandeerd.

8. In artikel 51 van het Handvest, „Toepassingsgebied”, luidt lid 1:

„De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. Derhalve eerbiedigen zij de rechten, leven zij de beginselen na en bevorderen zij de toepassing ervan overeenkomstig hun respectieve bevoegdheden en met inachtneming van de grenzen van de bevoegdheden zoals deze in de Verdragen aan de Unie zijn toegeedeeld.”

2. Terugkeerrichtlijn

9. Artikel 15 van de terugkeerrichtlijn, dat onderdeel is van het hoofdstuk over bewaring met het oog op verwijdering, is als volgt verwoord:

„1. Tenzij in een bepaald geval andere afdoende maar minder dwingende maatregelen doeltreffend kunnen worden toegepast, kunnen de lidstaten 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.

2. De inbewaringstelling wordt door een administratieve of rechterlijke autoriteit gelast.

De inbewaringstelling wordt schriftelijk gelast met opgave van de feitelijke en juridische gronden. Indien de inbewaringstelling door een administratieve autoriteit is gelast:

- a) voorzien de lidstaten erin dat een spoedige rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de bewaring zo spoedig mogelijk na de aanvang ervan plaatsvindt,
- b) of bieden de lidstaten de betrokken onderdaan van een derde land het recht voorziening te vragen bij het gerecht zodat de rechtmatigheid van de bewaring aan een spoedige rechterlijke toetsing wordt onderworpen, die zo spoedig mogelijk na het instellen van deze procedure tot een beslissing leidt. De lidstaten stellen de betrokken onderdaan van een derde land onmiddellijk van die mogelijkheid in kennis.

De betrokken onderdaan van een derde land wordt, als zijn bewaring niet rechtmatig is, onmiddellijk vrijgelaten.

3. In ieder geval wordt de inbewaringstelling met redelijke tussenpozen op verzoek van de onderdaan van een derde land of ambtshalve getoetst. In het geval van een lange periode van bewaring wordt de toetsing aan controle door een rechterlijke autoriteit onderworpen.

4. Indien blijkt dat er omwille van juridische of andere overwegingen geen redelijk vooruitzicht op verwijdering meer is, of dat de in lid 1 bedoelde omstandigheden zich niet meer voordoen, is de bewaring niet langer gerechtvaardigd en wordt de betrokkene onmiddellijk vrijgelaten.

5. De bewaring wordt gehandhaafd zolang de in lid 1 bedoelde omstandigheden zich voordoen en zij noodzakelijk is om een geslaagde verwijdering te garanderen. Iedere lidstaat stelt een maximale bewaringsduur vast die niet meer dan zes maanden mag bedragen.

6. De lidstaten kunnen de in lid 5 bedoelde termijn overeenkomstig de nationale wetgeving 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.”

B – *Nederlands recht*

10. Ingevolge artikel 2:1, lid 1, van de Algemene wet bestuursrecht kan eenieder zich ter behartiging van zijn belangen in het verkeer met bestuursorganen laten bijstaan of door een gemachtigde laten vertegenwoordigen.

11. Artikel 4:8, lid 1, Algemene wet bestuursrecht bepaalt dat een bestuursorgaan een belanghebbende in de gelegenheid stelt 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 zijn verstrekt.”

12. Krachtens artikel 59, lid 1, aanhef en sub a, van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: „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 lid 5 van artikel 59 van de Vw 2000 duurt de bewaring krachtens het eerste lid niet langer dan zes maanden. Krachtens lid 6 van datzelfde artikel 59 van de Vw 2000 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.

13. Ingevolge artikel 5.1a, lid 1, 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) er 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.”

14. Ingevolge artikel 94, lid 4, 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. Krachtens artikel 106, lid 1, van de Vw 2000 kan de rechtbank, indien zij de opheffing van een maatregel strekkende tot vrijheidsbeneming beveelt, dan wel die 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 lid 2 van dit artikel 106 van de Vw 2000 is het eerste lid van overeenkomstige toepassing indien de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de opheffing van de maatregel strekkende tot vrijheidsbeneming beveelt.

III – Hoofdgeding en prejudiciële vraag

15. Bij besluiten van 24 oktober en 11 november 2012 zijn G. en R., respectievelijk, krachtens artikel 59, lid 1, aanhef en sub a, van de Vw 2000 in bewaring gesteld.

16. Bij besluiten van 19 en 29 april 2013 zijn de respectievelijk aan G. en R. opgelegde bewaringsmaatregelen krachtens artikel 59, lid 6, van de Vw 2000 verlengd voor een periode van ten hoogste twaalf maanden (hierna: „litigieuze besluiten”). Deze besluiten zijn gebaseerd op het feit dat G. en R. niet meewerken aan hun uitzetting en het feit dat daartoe noodzakelijke documenten uit derde landen nog ontbreken.

17. Bij uitspraak van 22 mei 2013 en bij mondelinge uitspraak van 24 mei 2013 heeft de Rechtbank Den Haag de door G. en R. tegen de litigieuze besluiten ingestelde beroepen ongegrond verklaard en hun verzoeken om schadevergoeding afgewezen.

18. De Rechtbank Den Haag was van oordeel dat G. niet zodanig is benadeeld dat dit een vernietiging van het besluit tot verlenging van zijn bewaring zou rechtvaardigen. Daartoe heeft deze rechterlijke instantie overwogen dat uit het verslag van een op 5 april 2013 met G. gehouden vertrekgesprek blijkt dat hem is uitgelegd dat de Staatssecretaris voornemens was 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. Ten aanzien van R. heeft de Rechtbank Den Haag eveneens geoordeeld dat hij niet zodanig is benadeeld dat dit een vernietiging van het verlengingsbesluit zou rechtvaardigen. Volgens deze Rechtbank waren R. en zijn raadsman voldoende bekend met de redenen van het verblijf van R. in bewaring en met hetgeen van hem werd verwacht om de duur van de bewaring zo beperkt mogelijk te houden.

19. G. en R. hebben tegen deze uitspraken hoger beroepen ingesteld. Tevens hebben zij daarbij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State verzocht hun schadevergoeding toe te kennen. Gezien de inhoudelijke samenhang zijn die beide zaken gevoegd.

20. De verwijzende rechter merkt op dat aan de inhoudelijke voorwaarden voor verlenging van de aan G. en R. opgelegde bewaringsmaatregelen is voldaan. Hij voegt hieraan toe dat volgens zijn eigen vaste rechtspraak een maatregel van bewaring zonder meer onrechtmatig is vanaf het moment dat niet aan die voorwaarden is voldaan, met als gevolg dat de opheffing ervan wordt gelast.

21. In de hoofdzaken is niet in geding dat bij de totstandkoming van de litigieuze besluiten het verdedigingsbeginsel is geschonden, zodat de Raad van State hiervan is uitgegaan bij de beoordeling van de hoger beroepen, en overigens ook in zijn prejudiciële verwijzing.

22. Volgens de verwijzende rechter leiden onregelmatigheden bij de totstandkoming van het besluit tot inbewaringstelling of verlenging daarvan echter niet zonder meer tot het oordeel dat de maatregel van bewaring onrechtmatig is en derhalve ook niet zonder meer tot opheffing van die maatregel. In die gevallen vindt immers een belangenafweging plaats tussen, enerzijds, de met de bewaring gediende belangen en, anderzijds, de mate waarin de personen in bewaring door de onregelmatigheid zijn benadeeld. Anders gezegd, dergelijke onregelmatigheden leiden, indien aan alle inhoudelijke voorwaarden in de Vw 2000 is voldaan, pas tot de onrechtmatigheid van de bewaring of de verlenging ervan, wanneer de met de maatregelen gediende belangen niet redelijkerwijs in verhouding staan tot de ernst van de onregelmatigheid en de daardoor geschonden belangen.

23. Tot slot heeft het bestuursorgaan volgens de verwijzende rechter na een vernietiging van een besluit wegens geconstateerde onregelmatigheden bij de voorbereiding en totstandkoming ervan, in de regel nog de gelegenheid deze gebreken te herstellen door alsnog tot een deugdelijk besluit in dezelfde kwestie te komen. De verwijzende rechter benadrukt echter dat het Nederlandse recht de Staatssecretaris deze mogelijkheid niet biedt in bewaringszaken als de onderhavige.

24. Onder de vermelding dat hij het Hof slechts vraagt naar de rechtsgevolgen die volgens het Unierecht aan schending van de rechten van de verdediging moeten worden verbonden, heeft de Raad van State de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„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], bij (de totstandkoming van) een verlengingsbesluit als bedoeld in artikel 15, zesde lid, van [de terugkeer]richtlijn [...], zonder meer en in alle gevallen met zich dat de bewaring moet worden opgeheven?

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?”

IV – Spoedprocedure

25. In zijn verwijzingsuitspraak van 5 juli 2013 heeft de Raad van State verzocht om de onderhavige prejudiciële verwijzing volgens de prejudiciële spoedprocedure in artikel 107 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof te behandelen.

26. De verwijzende rechter heeft ter motivering van dit verzoek aangegeven dat G. en R. nog in bewaring zitten en dat indien het antwoord op het eerste deel van de vraag bevestigend is, de bewaringen aanstonds dienen te worden opgeheven. Indien het antwoord op het eerste deel van de vraag daarentegen ontkennend is, betekent dit dat er wel ruimte is voor een belangenafweging en dient de Raad van State hieraan invulling te geven en met voortvarendheid te beoordelen of dit al dan niet tot de opheffing van de bewaringen dient te leiden. De verwijzende rechter heeft ook opgemerkt dat in Nederland een aantal vergelijkbare zaken bij verschillende rechters voorligt.

27. De Tweede kamer van het Hof heeft op 11 juli 2013 op voorstel van de rechter-rapporteur beslist, de advocaat-generaal gehoord, het verzoek van de verwijzende rechter om de onderhavige prejudiciële verwijzing volgens de spoedprocedure te behandelen, in te willigen.

V – Bij het Hof ingediende opmerkingen

28. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door G. en R., door de Nederlandse regering en door de Europese Commissie. Alle van hen, en ook de Poolse regering, hebben mondelinge opmerkingen gemaakt ter terechtzitting van 8 augustus 2013.

29. G. merkt op dat het Hof in het arrest Dokter e.a.³ heeft geoordeeld dat de bescherming van de volksgezondheid een rechtvaardiging zou kunnen vormen voor de bevoegde autoriteit om passende maatregelen te nemen zonder de belanghebbende vooraf naar zijn standpunt te vragen. In de zaak die tot dit arrest heeft geleid ging het om het nemen van maatregelen ter voorkoming van een (verdere) uitbraak van mond-en-klauwzeer. Hij merkt ook op dat het Hof in het arrest Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie⁴ een vergelijkbare redenering heeft gevolgd. G. meent evenwel dat de zwaarwegende belangen gelegen in de bescherming van de volksgezondheid of de veiligheid van de Unie geen rol spelen in de beoordeling van de vraag of een maatregel die is opgelegd ter fine van verwijdering wegens illegaal verblijf moet worden gecontinueerd. Van een uitzonderlijke situatie, die een structurele inbreuk op het recht van de verdediging van alle illegaal verblijvende

3 — Arrest van 15 juni 2006 (C-28/05, Jurispr. blz. I-5431).

4 — Arrest van 3 september 2008 (C-402/05 P en C-415/05 P, Jurispr. blz. I-6351; hierna: „arrest Kadi I”).

onderdanen van derde landen die in bewaring zitten legitimeert, is in casu geen sprake. Hij merkt op dat het recht op vrijheid een van de meest fundamentele mensenrechten is en de nodige bescherming moet krijgen. G. voegt hieraan toe dat personen die in vreemdelingenbewaring worden gesteld in de regel kwetsbaar zijn. Volgens G. zien de betrokken autoriteiten reeds lang van tevoren aankomen of zij voornemens zijn de maatregel van bewaring in weerwil van de in beginsel maximale termijn van zes maanden te verlengen. Tot slot meent hij dat het een kleine moeite is om de verplichting na te komen om de procedure zo in te richten dat de betrokken onderdaan van een derde land en zijn gemachtigde de gelegenheid wordt geboden adequaat te reageren op de elementen van het voorgenomen besluit.

30. Voor R. brengt schending door het nationale bestuursorgaan van de rechten van de verdediging zonder meer en in alle gevallen met zich dat het verlengingsbesluit nietig verklaard dient te worden en dat de bewaring deswege dient te worden opgeheven nu deze – zonder rechtmatig verlengingsbesluit – niet langer kan voortduren na zes maanden. Volgens hem staat er niets aan in de weg om een specifiek gehoor af te nemen, gericht op het verlengingsbesluit, waarin voornemen, doel, strekking en rechtsgevolgen worden uitgelegd en waarin de betrokkene wordt uitgenodigd om zijn zienswijze te geven. R. meent bovendien dat het verdedigingsbeginsel zo principieel van aard is en de schending ervan zo onherstelbaar, dat schending van dit beginsel geen belangenafweging rechtvaardigt. R. geeft te kennen dat een belangenafweging waarbij de belangen van de lidstaat bij verlenging van de bewaring een rol spelen, het verdedigingsbeginsel illusoir zou maken.

31. Volgens R. zou, zo er al ruimte is voor een belangenafweging, deze in het voordeel van de illegaal verblijvende onderdaan van een derde land dienen uit te vallen gelet op de schending van het verdedigingsbeginsel, het feit dat deze onderdaan in een zwakke en afhankelijke positie verkeert en het feit dat de lidstaten reeds lange tijd bekend zijn met de in acht te nemen regels en procedures ten aanzien van het verdedigingsbeginsel, terwijl het in acht nemen daarvan vrij eenvoudig te verwezenlijken is.

32. De Nederlandse regering betoogt dat het nationale bestuursrecht de mogelijkheid erkent om zich via een gemachtigde te laten vertegenwoordigen in de administratieve voorfase bij de totstandkoming van het besluit dat in het kader van de terugkeerrichtlijn worden genomen, maar dat deze mogelijkheid geen verplichting is die uit deze richtlijn of enige andere Unierechtelijke bepaling voortvloeit. Zij meent dat uit schending van het nationale bestuursrecht niet automatisch volgt dat ook schending van het Unierechtelijke verdedigingsbeginsel moet worden aangenomen.

33. De Nederlandse regering merkt op dat er gedurende hun inbewaringstelling herhaaldelijk gesprekken hebben plaatsgevonden met G. en R. De redenen van de bewaring en de verlenging ervan waren hen daarom bekend. Volgens deze regering worden de gebreken bij de totstandkoming van de verlengingsbesluiten ondervangen dan wel „gerepareerd”, omdat betrokkenen niet zodanig zijn benadeeld dat sprake is van een schending van het verdedigingsbeginsel.

34. Zij stelt dat de rechtsgevolgen van schending van het verdedigingsbeginsel in casu door het nationale recht worden bepaald. Een dergelijke schending leidt niet zonder meer en altijd tot het opheffen van de inbewaringstelling. In dat verband merkt de Nederlandse regering op dat het vaste rechtspraak is dat schending van een procedurereguleer slechts tot nietigverklaring van een besluit kan leiden wanneer het besluit zonder die onregelmatigheid een andere inhoud had kunnen hebben.⁵

5 — Arresten van 10 juli 1980, *Distillers Company/Commissie* (30/78, Jurispr. blz. 2229, punt 26) (mededingingszaak); 21 maart 1990, *België/Commissie* (C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punt 48) (staatssteunzaak), en 2 oktober 2003, *Thyssen Stahl/Commissie* (C-194/99 P, Jurispr. blz. I-10821, punt 31) (mededingingszaak).

35. Indien ieder gebrek dat de rechten van de verdediging betreft bij de totstandkoming van een verlengingsbesluit – hoe marginaal dan ook – tot opheffing van de inbewaringstelling zou leiden, ondermijnt dit volgens de Nederlandse regering de effectiviteit van de terugkeerrichtlijn en daarmee het doel van een doeltreffend terugkeerbeleid.

36. Zij meent dat er bij het bepalen van de gevolgen van schending van het verdedigingsbeginsel ruimte is voor een belangenafweging, in het bijzonder als het nuttig effect van de maatregel tot verlenging van de bewaring daardoor onomkeerbaar verloren lijkt te gaan. Ten aanzien van de ernst van de schending merkt de Nederlandse regering op dat moet worden gekeken naar de aard van de schending alsmede de gevolgen van deze schending voor de betrokkene. Zij is van oordeel dat in de hoofdzaken sprake is van een beperkte schending van het verdedigingsbeginsel en dat noch G. noch R. benadeeld zijn in hun positie, aangezien in beide gevallen in rechte vaststaat dat voldaan is aan de materiële vereisten voor de inbewaringstelling. Voorts moeten volgens de Nederlandse regering het algemeen belang, meer bepaald de noodzaak om illegale immigratie te bestrijden, en de doelstelling van de terugkeerrichtlijn om een „doeltreffend terugkeerbeleid” te ontwikkelen in de beschouwing worden betrokken.

37. De Poolse regering heeft ter terechtzitting betoogd dat de gevolgen die moeten worden verbonden aan schending van het recht om te worden gehoord in artikel 41, lid 2, sub a, van het Handvest bij de vaststelling van maatregelen tot verlenging van de bewaring krachtens artikel 15, lid 6, van de terugkeerrichtlijn, niet in deze bepalingen worden geregeld, maar in het nationale recht, krachtens het beginsel van de procedurele autonomie. Een andere oplossing zou in strijd zijn met het subsidiariteitsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Volgens deze regering zijn in artikel 15, lid 6, van de terugkeerrichtlijn uitsluitend de vereisten voor de verlenging van de bewaring en de maximumduur ervan vastgelegd, en verwijst het voor het overige rechtstreeks naar het nationale recht, met dien verstande dat het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming in acht moeten worden genomen. Wat de gevolgen van schending van procedurele waarborgen betreft, staat het volgens de Poolse regering aan de nationale rechter om deze met inachtneming van alle omstandigheden van het bij hem aanhangige geval te beoordelen. Hij is dus niet verplicht om automatisch een in strijd met de rechten van de verdediging genomen besluit te vernietigen en hij kan rekening houden met andere factoren als de invloed van deze schending op de uitkomst van de procedure.

38. De Commissie betoogt om te beginnen dat de vrijheidsberoving in het kader van bewaringsmaatregelen krachtens de terugkeerrichtlijn, hoe ingrijpend deze maatregel ook kan zijn voor de betrokkene, geen strafrechtelijk karakter heeft. Vervolgens is zij van oordeel dat de lidstaten gehouden zijn bij de toepassing van de terugkeerprocedure, en met name bij de verlenging van een bewaringsmaatregel, de betrokkenen vooraf te horen, maar zij meent dat uit artikel 15, lid 2, van de terugkeerrichtlijn niet volgt dat schending van het recht om vooraf te worden gehoord betekent dat de betrokkene onmiddellijk moet worden vrijgelaten. In geval van schending van de rechten van de verdediging moet dus ruimte zijn voor een belangenafweging. De rechten van de verdediging zijn niet absoluut, en er kunnen bepaalde beperkingen gelden. Bijgevolg meent de Commissie dat de nationale rechter, wanneer hij de gevolgen moet bepalen van een inbreuk op de rechten van de verdediging, meer bepaald op het recht vooraf te worden gehoord, in staat moet zijn rekening te houden met alle elementen van de zaak.

39. Daarbij moet de rechter zowel met de ernst van de inbreuk op de rechten van de verdediging en de mogelijkheid de inbreuk eventueel alsnog te herstellen door een nieuwe beslissing rekening kunnen houden, als met het algemeen belang om het illegaal verblijf te beëindigen en een doeltreffend terugkeerbeleid te verzekeren zoals punten 4 en 6 van de considerans van de terugkeerrichtlijn aangeven. Volgens de Commissie zou een ongenueanceerd bevestigend antwoord op het eerste deel van de prejudiciële vraag dan ook betekenen dat een betrokkene, die nog steeds voldoet aan de voorwaarden voor voortdurende bewaring van artikel 15, leden 1 en 4, van de terugkeerrichtlijn automatisch in vrijheid zou moeten worden gesteld, ook in geval van een mogelijk vrij beperkte

inbreuk op zijn rechten van verdediging. Gezien de aard van de grondvoorwaarden voor de bewaring zoals omschreven in artikel 15, lid 1, van de terugkeerrichtlijn, is het waarschijnlijk dat een herstelling van de inbreuk door een nieuwe, ditmaal correcte bewaringsbeslissing niet zeer effectief zou zijn, daar de betrokkene meteen kan zijn ondergedoken en zo de terugkeer hebben belemmerd.

40. Een ontkennend antwoord op dit deel van de vraag daarentegen laat aan de nationale rechter nog steeds een marge om de ernst van de inbreuk op de rechten van de verdediging ten volle mee te laten wegen. Hij kan dan ook in aanmerking nemen of de inbreuk eventueel alsnog hersteld kan worden door een nieuwe beslissing of rekening houden met het algemeen belang om het illegaal verblijf te beëindigen en een doeltreffend terugkeerbeleid te verzekeren.

41. Volgens de Commissie kan het niet zo zijn dat bij de belangenafweging, het openbaar belang bij de bewaring en de terugkeer steeds het overwicht heeft. Alle belangen dienen in concreto globaal tegen elkaar te worden afgewogen door de nationale rechter. Bij deze concrete beoordeling van de ernst van de inbreuk, zou de nationale rechter naast de ernst van de inbreuk zelf, ook speciaal rekening dienen te houden met de relevante elementen die de betrokkene had kunnen aanbrengen tijdens de administratieve procedure en de kans dat deze elementen invloed zouden hebben gehad op de uitkomst van de administratieve procedure. Een dergelijke benadering kan mutatis mutandis steunen op de door het Hof gevolgde benadering in het reeds aangehaalde arrest *Distillers Company/Commissie op het gebied van het mededingingsrecht*. In omstandigheden zoals in voorliggende zaak, waarbij de betrokkenen wel degelijk werden gehoord, doch dit op een onjuiste wijze is gebeurd, en er op het eerste gezicht geen elementen lijken voor te liggen die een invloed zouden kunnen hebben gehad op de uitkomst van de administratieve procedure, lijkt het dan ook mogelijk dat de nationale rechter het openbaar belang in concreto meer gewicht toekent.

VI – Analyse

A – *Of sprake is van schending van het recht om te worden gehoord*

42. Opgemerkt moet meteen al worden dat de verwijzende rechter het Hof alleen heeft verzocht om zich uit te spreken over de rechtsgevolgen die krachtens het Unierecht moeten worden verbonden aan de schending van de rechten van verdediging van G. en R. die hij heeft vastgesteld.

43. Met de twijfels die de Nederlandse regering dienaangaande in haar schriftelijke opmerkingen heeft geuit⁶, kan dus geen rekening worden gehouden, aangezien het Hof op de vragen naar de uitlegging van het Unierecht antwoordt op basis van het feitelijke en wettelijke kader dat onder zijn verantwoordelijkheid door de verwijzende rechter is geschetst.⁷

B – *Het recht om te worden gehoord in het Unierecht*

44. De eerbiediging van de rechten van de verdediging is een fundamenteel beginsel van het recht van de Unie en het recht om te worden gehoord is daarvan een vast onderdeel. Het recht om te worden gehoord is niet alleen verankerd in de artikelen 47 en 48 van het Handvest, die garanderen dat de rechten van de verdediging en het recht op een eerlijk proces in het kader van elke gerechtelijke

6 — Hoewel deze regering ter terechtzitting heeft toegegeven dat het bestuursorgaan bij de totstandkoming van de litigieuze besluiten enkele fouten heeft begaan.

7 — Zie naar analogie arrest van 20 mei 2010, *Ioannis Katsivardas – Nikolaos Tsitsikas* (C-160/09, Jurispr. blz. I-4591, punt 27).

procedure worden geëerbiedigd, maar ook in artikel 41 daarvan, dat het recht op behoorlijk bestuur waarborgt.⁸ Het 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 alvorens een besluit wordt genomen dat zijn belangen aanmerkelijk kan beïnvloeden.⁹

45. Ter terechtzitting heeft de Nederlandse regering aangegeven dat het Nederlandse recht voorziet in spoedige rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van bewaringsmaatregelen¹⁰, maar dat het recht op toegang tot een rechter in casu feitelijk niet in geding is. Ik merk daarnaast op dat wanneer door rechterlijke instanties bewaringsmaatregelen worden gelast, of de verlenging ervan, artikel 41, lid 2, sub a, van het Handvest niet van toepassing is. In de hoofdzaken zijn de maatregelen tot verlenging van de bewaring evenwel gelast door de Staatssecretaris, een bestuursorgaan.

46. Ondanks het feit dat de algemene uitdrukking „rechten van de verdediging” de in de artikelen 41 en 47 van het Handvest verankerde rechten kan omvatten (doch niet noodzakelijkerwijs), meen ik dat de in die bepalingen verankerde rechten duidelijk van elkaar te onderscheiden zijn en in verschillende contexten van toepassing zijn, te weten het eerste in de context van een administratieve precontentieuze fase en het tweede in de context van een gerechtelijke procedure. Hieruit volgt dat de betrokken rechten niet met elkaar kunnen worden vereenzelvigd, omdat dan het gevaar dreigt dat het recht van een particulier om te worden gehoord wordt „weggevaagd” wanneer het bestuursorgaan een voor hem bezwarende handeling wil vaststellen.

47. De wil van de Uniewetgever om de burgers gedurende de gehele procedure te beschermen, volgt duidelijk uit de plaats die de artikelen 41 en 47 in het Handvest hebben gekregen. Deze twee duidelijk gescheiden artikelen mogen geenszins worden vermengd, omdat anders de continuïteit van het stelsel van de door het Handvest gewaarborgde rechten van de verdediging dreigt te worden doorbroken.

48. Mijns inziens kan het feit dat de nationale rechter krachtens artikel 15, lid 2, van de terugkeerrichtlijn uitspraak doet over de rechtmatigheid van de door de bestuursorganen gelaste bewaring, niet met terugwerkende kracht de niet-naleving door laatstgenoemde van artikel 41 van het Handvest sauveren. Wanneer de bestuursorganen bij de vaststelling van het besluit tot verlenging van de bewaring artikel 41 van het Handvest schenden, kan dit niet worden geregulariseerd door het loutere feit dat daarna nog rechterlijke controle mogelijk is.

49. Hoewel het reeds lang vaste rechtspraak van het Hof is dat de nationale autoriteiten verplicht zijn om het recht om te worden gehoord te eerbiedigen voordat een besluit wordt vastgesteld dat de belangen van een persoon kan aantasten¹¹, is deze verplichting nu in artikel 41, lid 2, sub a, van het Handvest bevestigd¹² en tot constitutionele waarde verheven.

50. Artikel 41, lid 2, sub a, van het Handvest garandeert aan „eenieder”, dus ook aan illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, het recht te worden gehoord voordat een voor hem nadelige individuele maatregel wordt genomen.

51. Uit de bewoordingen van die bepaling volgt dat zij van algemene toepassing is en dat zij geldt in elke procedure die tot een bezwarende handeling kan leiden. Deze bepaling is bovendien zelfs van toepassing wanneer de toepasselijke regelgeving niet in een dergelijk vormvereiste voorziet.¹³

8 — Arrest van 22 november 2012, M. (C-277/11, punt 82).

9 — Ibidem (punt 87).

10 — In de hoofdzaken hebben G. en R. zich tot de Rechtbank Den Haag gewend, die binnen een termijn van ongeveer een maand uitspraak heeft gedaan over de rechtmatigheid van de verlenging van hun bewaring. Zie punten 16 en 17 van de onderhavige standpuntbepaling.

11 — Zie met name arresten van 24 oktober 1996, Commissie/Lisrestal e.a. (C-32/95 P, Jurispr. blz. I-5373, punt 21); 28 maart 2000, Krombach (C-7/98, Jurispr. blz. I-1935, punt 42); 21 september 2000, Mediocurso/Commissie (C-462/98 P, Jurispr. blz. I-7183, punt 36); 9 juni 2005, Spanje/Commissie (C-287/02, Jurispr. blz. I-5093, punt 37), en 18 december 2008, Sopropé (C-349/07, Jurispr. blz. I-10369, punt 37).

12 — Zie arrest van 18 juli 2013, Commissie e.a./Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P en C-595/10 P, punt 99).

13 — Zie in die zin arrest M., reeds aangehaald (punten 84 en 86).

52. Het is evident dat de bevoegde nationale autoriteiten krachtens artikel 51 van het Handvest aan artikel 41, lid 2, sub a, daarvan zijn gebonden wanneer zij uitvoering geven aan de terugkeerrichtlijn.¹⁴ Met name uit de hiervoor aangehaalde arresten Dokter e.a. en M. en uit het arrest Honeywell Aerospace¹⁵ volgt mijns inziens niet alleen dat de nationale bestuursorganen verplicht zijn om de rechten van de verdediging te eerbiedigen wanneer zij het Unierecht ten uitvoer brengen, maar ook dat de belanghebbenden deze rechtstreeks kunnen inroepen voor de nationale rechter, om te voorkomen dat deze rechten een dode letter blijven of er louter voor de vorm zijn.

53. Het in artikel 41, lid 2, sub a, van het Handvest verankerde recht om te worden gehoord is noodzakelijkerwijs van toepassing op maatregelen tot verlenging van de bewaring van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen die krachtens de nationale bepalingen ter omzetting van artikel 15, lid 6, van de terugkeerrichtlijn door de nationale autoriteiten worden genomen.¹⁶ Dergelijke maatregelen, die de illegaal verblijvende onderdanen van derde landen hun vrijheid ontnemen, zijn voor hen zonder enige twijfel bezwarend.

54. Hoewel de Commissie juist heeft aangegeven dat de bewaringsmaatregelen krachtens artikel 15 van de terugkeerrichtlijn niet strafrechtelijk van aard zijn¹⁷ en geen gevangenisstraffen zijn, moet eraan worden herinnerd dat het Hof in dit arrest El Dridi heeft verklaard dat het gebruik van een bewaringsmaatregel de zwaarste vrijheidsbeperkende maatregel is die deze richtlijn in het kader van de procedure tot gedwongen verwijdering toestaat.¹⁸ Dit is de reden waarom een bewaringsmaatregel, die dan wel niet strafrechtelijk van aard is maar net zo goed tot volledige vrijheidsontneming leidt, is opgezet als een maatregel die als laatste middel moet worden ingezet, uitsluitend wanneer de tenuitvoerlegging van een terugkeerbesluit in de vorm van verwijdering in het gedrang kan komen door de houding van de betrokkene. Voor deze maatregel is een strikt kader opgenomen in de artikelen 15 en 16 van genoemde richtlijn, met name om ervoor te zorgen dat de grondrechten van de betrokken onderdanen van derde landen worden geëerbiedigd.¹⁹ De terugkeerrichtlijn, die streeft naar een doeltreffend verwijderingsbeleid en repatriëring op basis van gemeenschappelijke normen, waakt erover dat de betrokkenen op humane wijze en met volledige inachtneming van hun grondrechten en hun waardigheid worden gerepatriëerd.²⁰

55. In dit stadium zou ik met klem willen benadrukken dat, anders dan de Nederlandse regering²¹ en de Commissie²² betogen, geconstateerde schending van het recht om te worden gehoord bij de totstandkoming van een maatregel tot verlenging van de bewaring krachtens artikel 15, lid 6, van de terugkeerrichtlijn, in geen geval als een „marginale” of een „beperkte” schending van dit recht kan worden beschouwd. Ik ben het met de opmerkingen van G.²³ eens dat het recht op vrijheid een van

14 — Zie artikel 1 en punt 24 van de considerans van de terugkeerrichtlijn.

15 — Arrest van 20 januari 2005 (C-300/03, Jurispr. blz. I-689).

16 — Ik meen dat de woorden „overeenkomstig de nationale wetgeving” in artikel 15, lid 6, van de terugkeerrichtlijn slechts slaan op de mogelijkheid voor de lidstaten om de duur van een eventuele verlenging van de bewaring binnen het maximum van twaalf maanden te bepalen.

17 — Zie punt 38 van de onderhavige standpuntbepaling. Zie in die zin de standpuntbepaling van advocaat-generaal Mázak in de zaak El Dridi (arrest van 28 april 2011, C-61/11 PPU, Jurispr. blz. I-3015, punt 35).

18 — Punt 42 van genoemd arrest. In beginsel wordt namelijk voorrang gegeven aan de vrijwillige uitvoering van een terugkeerbesluit krachtens artikel 6, lid 1, van de terugkeerrichtlijn. Artikel 7, lid 1, van de terugkeerrichtlijn bepaalt dat in dit besluit een passende termijn voor vrijwillig vertrek van zeven tot dertig dagen wordt vastgesteld. In een situatie waarin niet binnen de termijn voor vrijwillig vertrek aan de terugkeerverplichting is voldaan, volgt uit artikel 8, leden 1 en 4, van de terugkeerrichtlijn dat deze bepalingen de lidstaat die een terugkeerbesluit jegens een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land heeft genomen, ter verzekering van de doeltreffendheid van de terugkeerprocedures verplichten om tot verwijdering over te gaan en daartoe op proportionele wijze en met inachtneming van onder meer de grondrechten alle noodzakelijke maatregelen te treffen, waaronder in voorkomend geval dwangmaatregelen. Zie in die zin arrest El Dridi, reeds aangehaald (punten 36-38).

19 — Zie in die zin arrest El Dridi, reeds aangehaald (punt 42).

20 — Zie arrest El Dridi, reeds aangehaald (punt 31), en punt 2 van de considerans van de terugkeerrichtlijn.

21 — Zie punten 35 en 36 van de onderhavige standpuntbepaling.

22 — Zie punt 39 van de onderhavige standpuntbepaling.

23 — Zie punt 29 van de onderhavige standpuntbepaling.

de meest fundamentele mensenrechten is.²⁴ Ook al is dat recht niet absoluut en kan het worden beperkt, onder meer op het gebied van illegale immigratie, zoals in casu, moet elk overheidsbesluit dat op deze beperkingen is gebaseerd, strikt met de wettelijke voorwaarden rond deze beperkingen in overeenstemming zijn.

56. Bovendien meen ik, anders dan de Nederlandse regering²⁵ en de Commissie²⁶ aanvoeren, dat de redenering van het Hof in punt 26 van het reeds aangehaalde arrest *Distillers Company/Commissie*, dat een procedurele onregelmatigheid slechts tot de gehele of gedeeltelijke nietigverklaring van een besluit leidt wanneer vaststaat dat het bestreden besluit een andere inhoud zou hebben gehad zonder deze onregelmatigheid, niet naar analogie kan worden toegepast op maatregelen die voor de vrijheid van personen zo beperkend zijn als de bewaring.

57. De stelling dat het horen van de betrokkenen geen invloed had kunnen hebben op de uitkomst van de betrokken procedure, kan uit principe niet worden aanvaard, omdat anders het gevaar dreigt dat de rechten van de verdediging in de kern worden aangetast, temeer wanneer een dergelijke stelling geenszins is onderbouwd.

C – Gevolgen van de schending van het recht om te worden gehoord

1. Primair

58. Dit zo zijnde, en nu niet mag worden gesproken van een marginale schending, stelt de Nederlandse regering dat de rechtsgevolgen van de schending van het verdedigingsbeginsel door het nationale recht worden beheerst.²⁷ Volgens deze regering bevat de terugkeerrichtlijn geen bepaling waarin is uitgewerkt welke rechtsgevolgen de nationale rechter moet verbinden aan de schending van het verdedigingsbeginsel bij de totstandkoming van een verlengingsmaatregel in de zin van artikel 15, lid 6, van die richtlijn. Zij is van oordeel dat uit punt 38 van het reeds aangehaalde arrest *Sopropé* volgt dat wanneer het Unierecht niet in regels voorziet, het aan de nationale rechter staat om te bepalen welke rechtsgevolgen moeten worden verbonden aan de schending van het verdedigingsbeginsel, zulks met inachtneming van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel.

59. Ik ben het met die analyse niet eens.

24 — Zie artikel 6 van het Handvest. Daarnaast bepaalt artikel 5 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dat op 4 november 1950 te Rome is ondertekend, onder het opschrift „Recht op vrijheid en veiligheid” het volgende:

„1.

Eenieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon. Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve in de navolgende gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure:

[...]

f) in het geval van rechtmatige arrestatie of detentie van een persoon teneinde hem te beletten op onrechtmatige wijze het land binnen te komen, of van een persoon waartegen een uitwijzings- of uitleveringsprocedure hangende is.

[...]

25 — Zie punt 34 van de onderhavige standpuntbepaling.

26 — Zie punt 41 van de onderhavige standpuntbepaling.

27 — Zie punt 34 van de onderhavige standpuntbepaling.

60. Zoals uit punt 38 van het reeds aangehaalde arrest Sopropé ondubbelzinnig blijkt, is het beginsel van procedurele autonomie slechts van toepassing wanneer in het Unierecht geen toepassingsvoorschriften voor een regeling zijn vastgesteld, die dan dus door de interne rechtsorde van de lidstaten worden beheerst.²⁸

61. Het mag dan een van de zeldzame gevallen zijn waarin het Unierecht zelf de sanctie op een onrechtmatigheid regelt²⁹, maar het lijkt mij dat in de onderhavige zaak de rechtsgevolgen die de nationale rechter moet verbinden aan schending van het in artikel 41, lid 2, sub a, van het Handvest verankerde recht om te worden gehoord bij de verlenging van de bewaring van een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land, zijn vastgelegd in artikel 15, lid 2, van de terugkeerrichtlijn.

62. In artikel 15, lid 2, van de terugkeerrichtlijn is immers uitdrukkelijk en duidelijk bepaald: „[d]e betrokken onderdaan van een derde land wordt, als zijn bewaring niet rechtmatig is, onmiddellijk vrijgelaten”.

63. Deze dwingende bepaling laat de lidstaten geen enkele bewegingsvrijheid en zij brengt de uitdrukkelijke wil van de Uniewetgever tot uiting dat geen enkele illegaal verblijvende onderdaan van een derde land zonder enige eerbiediging van het recht van zijn vrijheid kan worden beroofd.

64. Volgens de Commissie kan in artikel 15, lid 2, van de terugkeerrichtlijn niet zijn bepaald welke rechtsgevolgen moeten worden verbonden aan schending van het recht om te worden gehoord bij de vaststelling van een verlengingsmaatregel, omdat deze bepaling slechts betrekking heeft op de basisvoorwaarden³⁰ waaraan moet zijn voldaan om de bewaring of de verlenging ervan te gelasten, „eerder dan op de beslissing daartoe”. Ik kan mij niet achter een dergelijke uitlegging van artikel 15, lid 2, van de terugkeerrichtlijn scharen, omdat die de eerbiediging van de grondrechten loskoppelt van de vraag of het om een „rechtmatige bewaring” gaat of niet. Bovendien begrijp ik het door de Commissie ter terechtzitting gemaakte onderscheid tussen de rechtmatigheid van de bewaring en de rechtmatigheid van het besluit de bewaring te gelasten niet. Ik kan niet bevatten dat een bewaring nog rechtmatig kan zijn, wanneer het besluit waarbij die is gelast dat niet is.

65. Ik geef het Hof dus in overweging om op de prejudiciële vraag te antwoorden dat schending door het nationale bestuursorgaan van het algemene beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging (in casu het recht om te worden gehoord zoals opgenomen in artikel 41, lid 2, sub a, van het Handvest) bij de totstandkoming van een verlengingsbesluit als bedoeld in artikel 15, lid 6, van de terugkeerrichtlijn, de nietigverklaring van die maatregel en de onmiddellijke vrijlating van de betrokkene krachtens artikel 15, lid 2, van de terugkeerrichtlijn met zich brengt.

28 — In punt 38 van genoemd arrest Sopropé heeft het Hof immers voor recht verklaard dat „[w]at de tenuitvoerlegging van [het beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging] en meer bepaald de termijnen voor de uitoefening van de rechten van de verdediging betreft, dient te worden gepreciseerd dat deze, wanneer zij – zoals in het hoofdgeding – niet door het gemeenschapsrecht zijn vastgesteld, door het nationale recht worden bepaald, met dien verstande dat zij even lang moeten zijn als die waarover particulieren of ondernemingen in vergelijkbare nationaalrechtelijke situaties beschikken en de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten van de verdediging in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken”.

29 — In punt 47 van het reeds aangehaalde arrest El Dridi, heeft het Hof voor recht verklaard dat „de artikelen 15 en 16 van [de terugkeer]richtlijn [...] onvoorwaardelijk zijn en dermate nauwkeurig dat voor de uitvoering ervan door de lidstaten geen andere bijzondere elementen benodigd zijn”.

30 — Namelijk de materiële vereisten van artikel 15, lid 1, van de terugkeerrichtlijn, zoals het risico op onderduiking of de belemmering van de terugkeer of de verwijderingsprocedure.

2. Subsidiair

66. Voor het geval dat het Hof deze uitlegging van artikel 15, lid 2, van de terugkeerrichtlijn en artikel 41, lid 2, sub a, van het Handvest niet zou volgen, moet ik mij nu wijden aan een analyse van de rechtspraak van het Hof over de gevolgen van geconstateerde schending van de rechten van de verdediging, en meer bepaald het recht om te worden gehoord in een nationale administratieve procedure waarin het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht, zulks om te bepalen welke rechten een slachtoffer van een dergelijke schending daaraan kan ontleen.

67. Ik zal het niet hebben over een belangenafweging, zoals de verwijzende rechter voorstelt. Zoals immers de bespiegelingen van de rechter-rapporteur ter terechtzitting hebben laten uitschijnen, werkt dat begrip enigszins bevreemdend, met name wat de af te wegen factoren of belangen betreft, een punt dat ter terechtzitting niet duidelijk is geworden.

68. Ofschoon het juist is dat de hoofdregel volgens het Hof is dat de litigieuze besluiten zonder meer nietig moeten worden verklaard³¹, is het ook vaste rechtspraak dat de eerbiediging van het recht om te worden gehoord geen absolute gelding heeft, maar beperkingen kan bevatten, mits deze werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd, en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduidbare ingreep, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast.³²

69. In zeer spoedeisende gevallen en wanneer dwingende redenen dit vereisen, mogen zowel de nationale autoriteiten als die van de Unie individuele maatregelen vaststellen die voor de betrokkenen nadelig zijn, zonder hen vooraf om hun standpunt te vragen.

70. Zo heeft het Hof geoordeeld dat een beperking van het recht om te worden gehoord gerechtvaardigd kan zijn en dus getolereerd kan worden wanneer de volksgezondheid door mond-en-klauwzeer of de openbare veiligheid door het terrorisme wordt bedreigd.

71. In het reeds aangehaalde arrest *Dokter e.a.* heeft het Hof beslist dat, gelet op het hoge besmettingsrisico bij mond-en-klauwzeer en de noodzaak om deze ziekte snel en doeltreffend te bestrijden ter bescherming van de volksgezondheid, de bevoegde autoriteit passende maatregelen daartegen mocht treffen zonder dat alle potentieel betrokkenen eerst kennis hadden genomen van de feiten en stukken die aan die maatregelen ten grondslag lagen of te dien aanzien een standpunt hadden ingenomen. Volgens het Hof zou een dergelijke beperking pas een onevenredige ingreep zijn, wanneer de belanghebbenden niet nadien in een procedure tegen die maatregelen hadden kunnen opkomen, en in het kader daarvan naar behoren hun standpunt kenbaar maken.³³

72. Bovendien heeft het Hof er in zijn arrest *Frankrijk/People's Mojahedin Organization of Iran*³⁴ aan herinnerd dat een uitzondering op het grondrecht dat de rechten van de verdediging geëerbiedigd worden, toelaatbaar is voor het aanvankelijke besluit om de tegoeden van aan terroristennetwerken verbonden personen en entiteiten te bevriezen.

31 — Zie reeds aangehaalde arresten *Commissie/Lisrestal* (punt 45) en *Mediourso/Commissie* (punt 50) en arrest van 29 juni 1994, *Fiskano/Commissie* (C-135/92, Jurispr. blz. I-2885, punt 44).

32 — Zie in die zin arrest *Dokter e.a.*, reeds aangehaald (punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 — *Ibidem* (punt 76).

34 — Arrest van 21 december 2011 (C-27/09 P, Jurispr. blz. I-13427, punten 61-67).

73. Deze maatregelen, die worden genomen zonder de betrokkenen vooraf te horen, zijn immers gerechtvaardigd door de noodzaak om de doeltreffendheid van de bevrozingsmaatregelen te waarborgen en uiteindelijk door dwingende overwegingen in verband met de veiligheid of de internationale betrekkingen van de Unie en haar lidstaten.³⁵ Het Hof heeft evenwel voor recht verklaard dat deze autoriteiten de betrokkenen de redenen moeten meedelen en hun het recht verlenen om bij de vaststelling van het besluit, of onmiddellijk erna, te worden gehoord.³⁶

74. Hoewel ik het argument aanvaard dat, zoals de Nederlandse regering betoogt, rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het onderhavige geval, ben ik met G.³⁷ van mening dat van uitzonderlijke omstandigheden, gekenmerkt door ernstige en buitengewone spoedeisendheid, zoals het geval was in de reeds aangehaalde arresten Kadi I en Frankrijk/People's Mojahedin Organization of Iran, over maatregelen tot bevrozing van tegoeden, of in het reeds aangehaalde arrest Dokter e.a., over mond-en-klauwzeer, die beperkingen van het recht om te worden gehoord hebben gerechtvaardigd, in de hoofdzaken in het geheel geen sprake is.

75. In de eerste plaats zijn de wereldwijde dreiging van het terrorisme, die vereist dat spoedmaatregelen tot bevrozing van tegoeden worden genomen, en de ernstige bedreiging van de volksgezondheid door mond-en-klauwzeer, van een heel andere zwaarwegendheid of ander openbaar belang dan het risico dat een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land onderduikt.

76. Zoals bovendien R. aangeeft, belette niets de Nederlandse autoriteiten om de betrokkenen doeltreffend en vooraf te horen met het oog op de vaststelling van de maatregelen tot verlenging van de bewaring, een procedurele waarborg die niet moeilijk te verlenen is, temeer daar er geen enkele spoedeisendheid was, aangezien de betrokkenen reeds in bewaring zaten en er geen gevaar voor onderduiking was.³⁸

77. Uit het aan het Hof overgelegde dossier blijkt geenszins dat G. en R. zouden hebben getracht om de procedures die bij de terugkeerrichtlijn zijn ingevoerd, daaronder begrepen de bepalingen over bewaringsmaatregelen, te misbruiken om zo schending van hun in de hoofdgedingen aan de orde zijnde rechten uit te lokken.

78. In de tweede plaats zijn de eigendomsrechten die in de reeds aangehaalde arresten Dokter e.a., Kadi I en Frankrijk/People's Mojahedin Organization of Iran aan de orde waren, niet te vergelijken met een zo extreme, of volgens de Commissie „ingrijpende”³⁹, maatregel als de verlenging van de vrijheidsbeneming van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen met twaalf maanden.

79. In de derde plaats moet het bestaan van omstandigheden ter rechtvaardiging van de maatregelen die in strijd met het recht om te worden gehoord zijn vastgesteld, worden nagegaan voordat zij worden vastgesteld en niet daarna.

80. Ik ben namelijk van mening dat een schakering van de gevolgen van schending van een grondrecht niet ertoe mag dienen om een dergelijke schending achteraf te repareren, wanneer er ten tijde van de vaststelling van de litigieuze maatregelen geen dwingende vereisten aanwezig waren.

35 — Arresten Kadi I (punt 342) en Frankrijk/People's Mojahedin Organization of Iran (punt 67).

36 — Arresten Kadi I (punt 345) en Frankrijk/People's Mojahedin Organization of Iran (punt 61).

37 — Zie punt 29 van de onderhavige standpuntbepaling.

38 — Bij wijze van analogie merk ik in dat verband op dat het Hof in geval van een daaropvolgend besluit tot bevrozing van tegoeden waarbij de jegens een persoon of entiteit genomen maatregelen worden gehandhaafd (een besluit dat vergelijkbaar is met een besluit tot verlenging van de bewaring, zoals die aan de orde in de hoofdzaken), heeft geoordeeld dat dan geen verrassingseffect meer nodig is om de doeltreffendheid van de maatregelen te verzekeren, zodat aan de vaststelling van dergelijke maatregelen in beginsel mededeling van de bezwarende elementen moet voorafgaan en de betrokken persoon of entiteit tevens in de gelegenheid moet worden gesteld, te worden gehoord (arrest Frankrijk/People's Mojahedin Organization of Iran, reeds aangehaald, punt 62).

39 — Zie punt 38 van de onderhavige standpuntbepaling.

81. Gezien de rechtspraak van het Hof en de omstandigheden in de hoofdzaken, kan de schending van het recht om te worden gehoord slechts leiden tot de nietigverklaring van de litigieuze besluiten en de vrijlating van de betrokkenen.

D – Een alternatief?

82. Los van de gevolgen die de verwijzende rechter voor ogen staan, namelijk vernietiging van de litigieuze besluiten gevolgd door de vrijlating van de betrokkenen of het in stand laten van die besluiten en dus de bewaring, is ter terechtzitting nog een derde spoor verkend, namelijk de nietigverklaring van de litigieuze besluiten en de gelijktijdige vaststelling van nieuwe, rechtmatige besluiten (of de vaststelling van nieuwe, rechtmatige bestuursbesluiten vóór de nietigverklaring van de litigieuze besluiten).

83. Het Hof heeft in het reeds aangehaalde arrest Kadi I reeds zelf erkend dat de rechtsgevolgen van een besluit dat in strijd is met het recht om te worden gehoord is genomen, kunnen worden afgezwakt.

84. In de punten 373 tot en met 376 van het arrest Kadi I heeft het Hof immers, gelet op de ernstige en onherstelbare gevolgen die de nietigverklaring van de bevrozingsmaatregelen voor de doeltreffendheid van die beperkende maatregelen zou hebben, de gevolgen van de maatregelen die in strijd met het recht om te worden gehoord waren vastgesteld, gedurende korte tijd in stand gelaten, om de autoriteiten in staat te stellen om de geconstateerde schendingen te verhelpen.

85. Ik merk allereerst op dat die oplossing gold voor aanvankelijke besluiten tot bevrozing van tegoeden, waar er een verrassingseffect moest zijn, hetgeen in de onderhavige zaak niet het geval is. Ik merk echter vooral op dat, zoals terechtzitting is bevestigd en door de verwijzende rechter is aangegeven, zowel bij het besluit tot inbewaringstelling als bij het besluit tot verlenging daarvan, de Staatssecretaris naar nationaal recht niet over die mogelijkheid beschikt.⁴⁰

VII – Conclusie

86. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om op de door de Raad van State prejudicieel gestelde vraag te antwoorden als volgt:

„Primair brengt schending door het nationale bestuursorgaan van het recht van eenieder om te worden gehoord voordat jegens hem een voor hem nadelige maatregel wordt genomen, zoals verankerd in artikel 41, lid 2, sub a, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, bij de totstandkoming van een besluit tot verlenging van de bewaring als bedoeld in artikel 15, lid 6, 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, de nietigverklaring van die maatregel en de onmiddellijke vrijlating van de betrokkene krachtens artikel 15, lid 2, van deze richtlijn met zich.

Subsidiair brengt de rechtspraak van het Hof over de gevolgen die naar het recht van de Unie moeten worden verbonden aan schending van het recht om te worden gehoord, in gevallen als die welke in de hoofdzaken aan de orde zijn de nietigverklaring van de litigieuze besluiten tot verlenging van de bewaring en de vrijlating van de zich in bewaring bevindende onderdanen van derde landen met zich.”

40 — Zie punt 23 van de onderhavige standpuntbepaling.