

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak met toepassing van artikel 8:54, eerste lid, van de Algemene wet
bestuursrecht op het hoger beroep van:

appellante,

tegen de uitspraak in zaak no. AWB 06/37412 van de rechtbank
's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Roermond, van 12 maart 2007 in het
geding tussen:

appellante

en

de Staatssecretaris van Justitie (kennelijk bedoeld: de Minister van
Buitenlandse Zaken).

1. Procesverloop

Bij besluit van 2 februari 2006 heeft de Minister van Buitenlandse Zaken (hierna: de minister) een aanvraag van appellante om haar een machtiging tot voorlopig verblijf te verlenen afgewezen.

Bij besluit van 6 juli 2006 heeft de minister het daartegen door appellante gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 12 maart 2007, verzonden op 14 maart 2007, heeft de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Roermond, het daartegen door appellante ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft appellante bij brief, bij de Raad van State binnengekomen op 11 april 2007, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.

Bij brief van 19 april 2007 heeft de minister een reactie ingediend.

Vervolgens is het onderzoek gesloten.

2. Overwegingen

2.1. Hetgeen in het hoger-beroepschrift is aangevoerd en voldoet aan het bepaalde in artikel 85, eerste en tweede lid, van de Vreemdelingenwet 2000, kan niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak leiden. Omdat het aangevoerde geen vragen opwerpt die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven, wordt, gelet op artikel 91, tweede lid, van deze wet, met dat oordeel volstaan.

2.2. Het hoger beroep is kennelijk ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

2.3. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin: .

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Aldus vastgesteld door mr. S.J.E. Horstink-von Meyenfeldt, Lid van de enkelvoudige kamer, in tegenwoordigheid van mr. M.L.M. van Loo, ambtenaar van Staat.

w.g. Horstink-von Meyenfeldt
Lid van de enkelvoudige kamer

w.g. Van Loo
ambtenaar van Staat

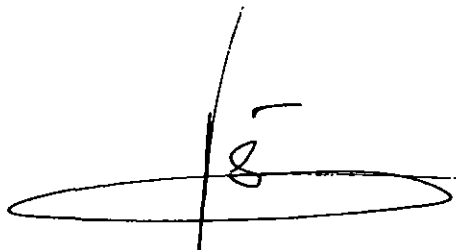
Uitgesproken in het openbaar op 6 juli 2007

361

Verzonden:

06 JULI 2007

Voor eensluidend afschrift,
de Secretaris van de Raad van State,
voor deze,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'V' and 'S' intertwined, with a horizontal line extending to the right.

mr. H.H.C. Visser,
directeur Bestuursrechtspraak

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE
ZITTINGHOUDENDE TE ROERMOND

Enkelvoudige kamer voor bestuursrechtelijke zaken
Vreemdelingenkamer

Uitspraak van de rechtbank als bedoeld in artikel 8:70 van de Algemene wet
bestuursrecht (Awb).

Proc.nr. : AWB 06/37412

Inzake : eiseres,
gemachtigde mr. Z.M.K.J. Berger, advocaat te Venlo;

tegen : de Staatssecretaris van Justitie te 's-Gravenhage,
verweerder.

I. PROCESVERLOOP

In deze uitspraak wordt onder verweerder tevens verstaan de rechtsvoorgangers van
de Staatssecretaris van Justitie, als het bevoegde bestuursorgaan in procedures als
de onderhavige.

Bij fax van 2 augustus 2006 heeft eiseres beroep ingesteld tegen het besluit van
verweerder van 6 juli 2006. Bij dit besluit heeft verweerder het bezwaar van eiseres
van 24 februari 2006, gericht tegen het besluit van 2 februari 2006, ongegrond
verklaard. Bij laatstgenoemd besluit heeft verweerder geweigerd eiseres een
machtiging tot voorlopig verblijf (mvv), zijnde een visum in de zin van het Soeverein
Besluit van 1813, te verlenen. Bij schrijven van 1 september 2006 heeft eiseres de
gronden van het beroep ingediend.

Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken en een verweerschrift
ingezonden. De ingezonden stukken en het verweerschrift zijn in afschrift aan
eiseres gezonden.

De openbare behandeling van het beroep heeft plaatsgevonden op 7 november
2006, alwaar referent in persoon is verschenen, bijgestaan door de gemachtigde mr.
Z.M.K.J. Berger. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn
gemachtigde mr. L. Verheijen.

II. OVERWEGINGEN

Eiseres, geboren op [] en burger van Servië en Montenegro, heeft op

Procedurenummer: AWB 06/37412

2

5 september 2005, bij de Nederlandse vertegenwoordiging in Belgrado verzocht om afgifte van een mvv in het kader van gezinshereniging. Eiseres beoogt verblijf bij haar echtgenoot de heer , die de Nederlandse nationaliteit bezit.

Verweerder heeft de mvv-aanvraag van eiseres afgewezen wegens gevaar voor de openbare orde als bedoeld in artikel 3.77 van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000), juncto B1/2.2.4.1 van de Vreemdelingencirculaire 2000 (Vc 2000). Verweerder is gebleken dat eiseres op 6 september 2000 onherroepelijk is veroordeeld tot een geldboete van f. 290,00 wegens winkeldiefstal en op 26 februari 2002, eveneens wegens winkeldiefstal, een transactie-aanbod van € 240,00 heeft aanvaard. Verweerder heeft geen grond gevonden om eiseres in afwijking van het ter zake gevoerde beleid in het bezit te stellen van de gevraagde mvv. De weigering van bedoelde mvv levert in de visie van verweerder evenmin strijd op met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

Op 19 juni 2006 is eiseres op haar bezwaar gehoord.

Bij het thans bestreden besluit heeft verweerder het bezwaar van eiseres ongegrond verklaard. Volgens verweerder is het door eiseres ingeroepen beleid, zoals neergelegd in onderdeel B1/2.2.4.1 van de Vc 2000, waarbij een eens gepleegd misdrijf niet blijvend wordt tegengeworpen, in het geval van eiseres niet van toepassing. In het onderhavige geval is immers sprake van het meermalen plegen van een strafbaar feit. De omstandigheden waaronder eiseres in haar land van herkomst verblijft, hebben verweerder niet tot de conclusie geleid dat haar positie aldaar onhoudbaar is en vormen derhalve geen reden om eiseres verblijf toe te staan. Volgens verweerder kan eiseres evenmin aanspraken op verblijf in Nederland ontlenen aan artikel 8 van het EVRM.

De rechtbank overweegt als volgt.

De aanvraag van eiseres strekt tot verlening van een mvv voor gezinsherenigings-/vormingsdoeleinden. Daarvoor geldt het volgende. Voor een verblijf in Nederland van langer dan drie maanden behoeft een vreemdeling in beginsel een verblijfstitel als genoemd in artikel 8 van de Vw 2000. Met het oog hierop pleegt een aanvraag om een mvv te worden getoetst aan dezelfde criteria als die welke strekken tot het verkrijgen van een verblijfsvergunning.

Verlening van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, als bedoeld in artikel 14 van de Vw 2000, is een discretionaire bevoegdheid van verweerder, zodat de rechtbank ter zake slechts een beperkte toetsing toekomt. Dat brengt mee, dat de rechtbank het besluit van verweerder heeft te respecteren, tenzij gezegd moet worden, dat verweerder bij de uitoefening van die bevoegdheid in strijd heeft gehandeld met een geschreven of ongeschreven rechtsregel dan wel met enig algemeen rechtsbeginzel.

Op grond van artikel 14, tweede lid, van de Vw 2000 wordt een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd verleend onder beperkingen, verband houdende met het doel waarvoor het verblijf is toegestaan.

Ingevolge artikel 16, eerste lid, aanhef en onder d, van de Vw 2000 kan een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 14 worden afgewezen indien de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde of nationale veiligheid.

Artikel 3.77 van het Vb 2000 luidt, voor zover thans van belang, als volgt.

"1. De aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, bedoeld in artikel 14 van de Wet, kan op grond van artikel 16, onder d, van de Wet worden afgewezen wegens gevaar voor de openbare orde, indien:

a. (...);
b. (...);
c. de vreemdeling terzake van een misdrijf is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf of vrijheidsontnemende maatregel, tot een taakstraf of tot een onvoorwaardelijke geldboete, dan wel indien hij terzake van misdrijf een transactieaanbod heeft aanvaard.

2. Bij de toepassing van het eerste lid, onder c, wordt mede betrokken de buiten Nederland gepleegde inbreuk op de openbare orde, voorzover die naar Nederlands recht een misdrijf oplevert.

Eiseres heeft aangevoerd dat de strafrechter slechts één strafbaar feit heeft vastgesteld. Het andere strafbare feit dat verweerder haar heeft tegengeworpen is afgedaan met een transactie. Volgens eiseres kan dan ook niet gezegd worden dat recidive is komen vast te staan.

De rechtbank ziet, gelet op het bepaalde in artikel 3.77, eerste lid, aanhef en onder c, van het Vb 2000 geen reden om het betoog van eiseres op dit punt te volgen. Dat een transactie naar zijn aard een ander karakter heeft dan een veroordeling doet niet af aan de regelgeving die op dit punt helder is. Aangezien onweersproken vaststaat dat eiseres niet alleen (op 6 september 2000) onherroepelijk is veroordeeld tot een geldboete van f 290,00 wegens winkeldiefstal, zijnde een misdrijf, maar (eveneens wegens winkeldiefstal) op 26 februari 2002 een transactie-aanbod heeft aanvaard, heeft verweerder zich op goede gronden op het standpunt gesteld dat de aanvraag van eiseres kan worden afgewezen wegens gevaar voor openbare orde.

Voor zover eiseres heeft aangevoerd dat verweerder ten onrechte geen rekening heeft gehouden met het tijdsverloop verstreken na haar eerste veroordeling, overweegt de rechtbank als volgt.

In het ter zake gevoerde beleid, neergelegd in onderdeel B1/2.2.4.1 van de Vc 2000, is onder meer het volgende vermeld.

"Een eens gepleegd misdrijf wordt niet blijvend tegengeworpen. Indien de vreemdeling wegens misdrijf is veroordeeld of een transactievoorstel heeft aanvaard, betekent dat niet dat zijn aanvraag nimmer meer kan worden ingewilligd. Indien er geen sprake is van het meermalen plegen van strafbare feiten en de vreemdeling ook niet ongewenst is verklaard, wordt de veroordeling of transactie na verloop van tijd niet meer gebruikt om de aanvraag af te wijzen. Bij de termijn gedurende welke een gesanctioneerd misdrijf reden blijft vormen om de aanvraag tot het verlenen van een reguliere verblijfsvergunning af te wijzen, wordt onderscheid gemaakt tussen enerzijds drugs- en geweldsmisdrijven en anderzijds andere misdrijven. Daarbij is

Procedurenummer: AWB 06/37412

4

aangesloten bij de termijnen die worden gehanteerd bij de beoordeling van aanvragen om opheffing van de maatregel van ongewenstverklaring. Zie 2.2.4.4.

Ingeval van een veroordeling of transactie wegens drugs- dan wel geweldsmisdrijven bedraagt die termijn tien jaren. Ingeval van een veroordeling of transactie wegens een ander misdrijf bedraagt die termijn vijf jaren.

(...)

De termijn van vijf, onderscheidenlijk tien jaren, is niet van toepassing, indien sprake is van het bij herhaling plegen van strafbare feiten of van ernstige redenen om te veronderstellen dat de vreemdeling (of diens gezinslid) zich schuldig heeft gemaakt aan gedragingen als bedoeld in artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag.

Gelet op de aan eiseres tegengeworpen veroordeling en aanvaarding van een transactievoorstel moet het ervoor gehouden worden dat in haar geval sprake is van het bij herhaling plegen van strafbare feiten, in welk geval volgens vorenstaand beleid de termijn van vijf, respectievelijk tien jaren niet van toepassing is. Verweerder heeft eiseres de veroordeling en de transactie dan ook nog steeds kunnen tegenwerpen.

In artikel 4:84 van de Awb is bepaald dat het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

Eiseres heeft beloofd dat verweerder de door haar aangevoerde bijzondere feiten en omstandigheden met betrekking tot de samenleving in gezinsverband met daar man en kinderen niet heeft willen toetsen aan artikel 4:84 van de Awb, dan wel dat het bestreden besluit geen blijk geeft van een evenwichtige belangenafweging. In dit verband is een uitspraak van de rechtbank, zittingsplaats Maastricht, overgelegd van 4 april 2005. Volgens eiseres zijn in die procedure identieke belangen relevant geacht, namelijk de afwezigheid van recidive en het feit dat echtgenote en kinderen in het bezit zijn van een verblijfsvergunning.

De rechtbank stelt allereerst vast dat in het voorgaande reeds is overwogen dat er in het geval van eiseres, anders dan in de aangehaalde rechtbankuitspraak, wel sprake is van het bij herhaling plegen van strafbare feiten. De genoemde uitspraak heeft verder - anders dan het onderhavige beroep - betrekking op contra-indicaties die worden tegengeworpen in het kader van het driejarenbeleid (C2/9 van de Vc 2000). De situatie waarop de betreffende uitspraak betrekking heeft kan reeds hierom niet zonder meer als een vergelijkbare situatie worden aangemerkt.

Nog afgezien daarvan ziet de rechtbank, mede gelet op hetgeen verweerder in het primaire besluit van 2 februari 2006 heeft overwogen, geen reden om aan te nemen dat de door eiseres aangevoerde feiten en omstandigheden waaronder die betreffende haar gezinsleven in Nederland niet in verweerders besluitvorming zijn meegewogen. Evenmin ziet de rechtbank reden om aan te nemen dat verweerder gelet op die omstandigheden en op het bepaalde in artikel 4:84 van de Awb tot een ander besluit had moeten komen.

Procedurenummer: AWB 06/37412

5

Ten aanzien van het beroep op artikel 8 van het EVRM overweegt de rechtbank als volgt.

Eiseres heeft zich in dit kader beroepen op het gezinsleven met haar echtgenoot en haar drie kinderen. Volgens eiseres kan redelijkerwijs van deze vier personen niet worden gevergd dat zij naar Joegoslavië verhuizen om daar het gezinsleven voort te zetten. Dit geldt in het bijzonder de Nederlandse echtgenoot van eiseres, die in Nederland zijn werkkring heeft. Eiseres heeft ter zake een werkgeversverklaring overgelegd. Daarnaast is een uittreksel overgelegd uit de geboorteakte van het kind dat op uit het huwelijk van eiseres en referent geboren is. Volgens eiseres heeft dit kind de Nederlandse nationaliteit en heeft het in ieder geval binding met zijn vader en derhalve met Nederland. Verder heeft eiseres erop gewezen dat de omstandigheid dat de twee andere kinderen van eiseres onder voogdij van de Stichting Nidos staan, niet afdoet aan het bestaan van gezinsleven in vorenbedoelde zin.

De rechtbank stelt vast dat tussen partijen niet in geschil is dat er sprake is van gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM tussen eiseres en haar echtgenoot en tussen eiseres en haar drie kinderen. Voorts wordt overwogen dat volgens vaste jurisprudentie geen sprake is van inmenging in de uitoefening van het recht op familie- en gezinsleven indien de bestreden beslissing er niet toe strekt de vreemdeling een verblijfstitel te ontnemen die hem tot uitoefening van het familie- en gezinsleven in staat stelde. In het onderhavige geval heeft verweerder in dit verband betekenis kunnen hechten aan de omstandigheid dat eiseres, in weerwil van meerdere afwijzende beslissingen op haar verblijfsrechtelijke aanvragen, toch in Nederland is gebleven en met haar huidige echtgenoot een gezin heeft gevormd.

Ten aanzien van de vraag of hetgeen is aangevoerd leidt tot een positieve verplichting om eiseres verblijf hier te lande toe te staan, dient een op de individuele zaak toegesneden belangenafweging te worden gemaakt. Daarbij moet in elk geval worden vastgesteld of sprake is van een objectieve belemmering om het familie- en gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen. Verweerder is bij de bedoelde belangenafweging tot de conclusie gekomen dat deze in het voordeel van de Nederlandse staat dient uit te vallen. Aan de criminele antecedenten van eiseres wordt door verweerder meer gewicht toegekend dan aan samenleving in gezinsverband met haar echtgenoot en jongste kind. Daarbij heeft verweerder in aanmerking genomen dat niet gebleken is van een objectieve belemmering om het gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen. Ten aanzien van het gezinsleven met de twee oudste in Nederland verblijvende kinderen heeft verweerder evenmin aangenomen dat er sprake is van inmenging, noch van een positieve verplichting. Ook hier dient het gevaar voor de openbare orde in de visie van verweerder te prevaleren boven het belang van eiseres. Daarbij is in aanmerking genomen dat eiseres ook vóór haar vertrek uit Nederland slechts op marginale wijze invulling gaf aan het gezinsleven met die twee oudste kinderen.

In beroep heeft eiseres weersproken dat er geen objectieve belemmering zou zijn om het gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen. Zij heeft daartoe gewezen op hetgeen referent tijdens de hoorzitting naar voren heeft gebracht. Volgens eiseres is daarmee aangetoond dat het voor referent volstrekt onmogelijk is zijn huis en werk in Nederland op te geven omdat hij in Servië geen werk kan krijgen. Volgens eiseres

kan referent in Servië geen werk krijgen omdat hij de taal niet spreekt en zal hij derhalve zijn gezin aldaar niet kunnen onderhouden. Verder is volgens eiseres – anders dan verweerder heeft gesteld – wel degelijk van belang dat de echtgenoot en het jongste kind van eiseres de Nederlandse nationaliteit bezitten. Eiseres heeft daarbij gewezen op de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 2 december 2004 (JV 2005/221), in een zaak waarin het volgens eiseres gaat om een feit en een veroordeling van een aanmerkelijk ernstiger karakter. Voorts heeft eiseres betoogd dat verweerder volstrekt heeft miskend dat eiseres nog twee andere kinderen heeft die in Nederland wonen. Ten aanzien van het gezinsleven met de twee oudste kinderen is aangevoerd dat eiseres destijds vanwege psychische problemen niet in staat was om voor deze kinderen te zorgen, maar dat er zeer regelmatig contact met hen is, te weten minimaal een keer per maand. Daarbij is betoogd dat de bezoeksregeling inmiddels is versoepeld, hetgeen betekent dat eiseres en haar man de kinderen zo vaak kunnen bezoeken als zij willen, zonder tussenkomst van de voogdij-instelling Nidos.

De rechtbank is van oordeel dat hetgeen eiseres heeft aangevoerd onvoldoende objectieve aanknopingspunten bevat om aan te nemen dat in haar geval sprake is van een objectieve belemmering om het gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen. De omstandigheid dat de man van eiseres de taal van haar herkomstland niet spreekt, er geen werk zal kunnen krijgen en derhalve zijn gezin niet zal kunnen onderhouden zijn daartoe onvoldoende en zijn onvoldoende geconcretiseerd. Aan de omstandigheid dat referent en het kind van eiseres de Nederlandse nationaliteit bezitten komt op zichzelf in dit verband geen doorslaggevende betekenis toe. Anders dan eiseres heeft gesteld, kan uit het bestreden besluit ook niet worden afgeleid dat verweerder die omstandigheid niet bij de beoordeling betrokken heeft.

De rechtbank is verder van oordeel dat verweerder zich gelet op hetgeen eiseres heeft aangevoerd in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat in dit geval de inmenging gerechtvaardigd is ter bescherming van het door de overheid te behartigen belang van het voeren van een restrictief-toelatingsbeleid. Naar dezerzijds oordeel kan onder de gegeven omstandigheden niet gezegd worden dat verweerder aan de belangen van eiseres doorslaggevende betekenis had moeten toekennen. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat eiseres, die ten tijde van het plegen van de haar tegengeworpen feiten niet in het bezit was van een geldige verblijfsvergunning en die nadien zonder dat haar alsnog een verblijfsvergunning is verleend, in Nederland is gehuwd en een kind heeft gekregen, zich de verblijfsrechtelijke risico's verbonden aan een dergelijke handelwijze bewust moet zijn geweest.

Eerst ter zitting heeft de gemachtigde van eiseres een gemotiveerd beroep gedaan op de uitspraak van het EHRM van 2 augustus 2001 (AB 2001/341) inzake Boultif. Daarnaast is nog betoogd dat verweerder ten onrechte niet heeft getoetst aan de EG Richtlijn Gezinshereniging.

Voor zover het beroep op het Boultif-arrest moet worden aangemerkt als nadere onderbouwing van eerder ingenomen stellingen overweegt de rechtbank dat het in het geval van eiseres – anders dan in de zaak Boultif waarin het een vreemdeling betrof die in het bezit was van een verblijfsvergunning – gaat om een eerste toelating. Daarnaast is in het voorgaande reeds vastgesteld dat in het geval van

Procedurenummer: AWB 06/37412

7

eiseres geen sprake is van inmenging. De rechtbank is niet gebleken dat ook in een dergelijk geval de in het Boultif-arrest gegeven 'guiding principles' van toepassing zijn.

Gelet op het vorenstaande kan niet gezegd worden dat de weigering om eiseres in Nederland verblijf toe te staan een schending oplevert van artikel 8 van het EVRM.

Het eerst ter zitting gedane beroep op de EG-richtlijn gezinshereniging wordt wegens strijd met de goede procesorde niet bij de beoordeling betrokken, aangezien niet is gebleken dat eiseres de betreffende richtlijn niet eerder had kunnen inroepen. Het betoog van de gemachtigde van eiseres, dat de rechtbank ambtshalve gehouden zou zijn om deze EG-richtlijn bij de beoordeling te betrekken, gaat niet op.

Hetgeen overigens is aangevoerd kan niet tot een ander oordeel leiden.

Op grond van voorgaande overwegingen wordt het beroep van eiseres ongegrond verklaard.

Van omstandigheden op grond waarvan één van de partijen zou moeten worden veroordeeld in de door de andere partij gemaakte proceskosten, is de rechtbank niet gebleken.

Mitsdien wordt beslist als volgt.

III. BESLISSING

De rechtbank:

verklaart het beroep ongegrond.

Aldus gedaan door mr. drs. E.J. Govaers in tegenwoordigheid van mr. E.M.J. Clermonts als griffier en in het openbaar uitgesproken op 12 maart 2007.

Voor eensluidend afschrift:
de wnd. griffier,

L. Clermonts

verzonden op: 4 MRT 2007

Tegen deze uitspraak kunnen partijen binnen vier weken na de datum van verzending van deze uitspraak hoger beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, onder vermelding van "hoger beroep vreemdelingenzaken", Postbus 16113, 2500 BC te 's-Gravenhage. Ingevolge artikel 85 van de Vw 2000 bevat het beroepschrift een of meer grieven tegen de uitspraak. Artikel 6:5 van de Awb bepaalt onder meer dat bij het beroepschrift een afschrift moet worden overgelegd van de uitspraak.

LAWYERS OFFICE
Mr. Z.M.K.J. Berger *
Mw. Mr. M.M. Senjman * *
Mr. M.F.M. Geeratz
Mr. A.J.T.M. Oudenhoven
Mr. Z.M. Alaca
Advocaten en procureurs

BERGER ADVOCATEN



✉ Postbus 347
5900 AH Venlo
Goltziusstraat 39
5911 AT Venlo
☎ 077-3510331
☎ 077-3510051
info@bergeradvocaten.nl
www.bergeradvocaten.nl

Datum: 11 april 2007

Uw kenmerk:

Ons kenmerk:/IND
nik061113_hb

Typecode: GC

☎ direct:

PER TELEFAX: 070-365 13 80

Aan de Afdeling Bestuursrechtspraak
van de Raad van State
Hoger beroep vreemdelingenzaken
te Den Haag

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
11 APR 2007	
ZAAKNR.	2572
AAN:	V2
BEHANDELD: DD:	PAR:

HOGER BEROEPSCHRIFT

Hoogedelgestreng College,

Op grond van bijgaande machtiging stel ik bij deze hoger beroep in tegen de daarin vermelde uitspraak van de rechtbank, welke hierbij in afschrift wordt overgelegd.
Daartegen worden de volgende grieven aangevoerd.

Grief 1

Deze grief is gericht tegen de vermelding op pagina 1 waarin de rechtbank "de Staatsecretaris van Justitie" als verweerder aanmerkt als het bevoegde bestuursorgaan in procedures als de onderhavige.

Toelichting:

Voornoemde vermelding is in strijd met de omschrijving van het besluit welke immers betrekking heeft op een machtiging tot voorlopig verblijf, ten aanzien waarvan de Minister van Buitenlandse Zaken een exclusieve bevoegdheid heeft. Door geen uitspraak te doen op het beroep tegen een beschikking van de Minister van Buitenlandse Zaken heeft de rechtbank derhalve reeds om deze reden een nietige uitspraak gedaan.

Grief 2

Deze grief is gericht tegen de rechtsoverweging op pagina 4 waarin de rechtbank onder verwijzing naar de daaraan voorafgaande tekst uit de Vreemdelingencirculaire, B1/2.2.4.1 overweegt: "gelet op de aan eiseres tegengeworpen veroordeling en aanvaarding van een transactievoorstel moet het ervoor gehouden worden dat in haar geval sprake is van het bij herhaling plegen van strafbare feiten, in welk geval volgens vorenstaand beleid de termijn van 5, respectievelijk 10 jaren niet van toepassing is. Verweerder heeft eiseres de veroordeling en de transactie dan ook nog steeds kunnen tegenwerpen."

Toelichting:

Met deze rechtsoverweging is de rechtbank ten onrechte niet ingegaan op de eerste beroepsgrond in het aanvullend beroepschrift van 1 september 2006, waarin appellante gemotiveerd heeft aangevoerd dat het aanvaarden van een transactieaanbod van de Officier van Justitie niet kan leiden tot de conclusie dat er sprake is van een vastgesteld strafbaar feit.



Het beleid is in zoverre in strijd met het Wetboek van Strafrecht alsmede het rechtsbeginsel dat men ten aanzien van een strafbaar feit voor onschuldig dient te worden gehouden zolang dit niet strafrechtelijk is vastgesteld. Dit uitgangspunt dient over de hele linie te gelden, ook en met name in het bestuursrecht, omdat anders via een juridische omweg op een niet-veroordeelde burger alsnog - ten onrechte - het stigma van crimineel zou worden gedrukt met alle daaraan verbonden nadelige gevolgen, zoals in casu.

Voornoemd in de Vreemdelingencirculaire neergelegd beleid is bovendien volstrekt onredelijk in de toepaste uitwerking ervan, op grond van de volgende twee argumenten.

- a. In de opsomming van artikel 3:77 lid 1 Vreemdelingenbesluit, komt niet voor de "voorwaardelijke" veroordeling. Als gevolg hiervan zijn volgens het beleid uit de Vreemdelingencirculaire niet relevant die strafbare feiten, met name misdrijven, waarbij slechts een *voorwaardelijke* gevangenisstraf of *voorwaardelijke* geldboete is opgelegd. Ook het meermalen plegen van deze strafbare feiten, gevolgd door slechts voorwaardelijke veroordelingen wordt volgens voornoemd beleid niet tegengeworpen en zelfs niet als recidive aangemerkt. Voor dit soort veroordelingen is dus de rehabilitatietermijn van 5 of 10 jaar in het geheel niet aan de orde. Dit is onbegrijpelijk.
- b. Een transactie is geen veroordeling en in rangorde derhalve van een veel lichter gewicht, omdat de Officier van Justitie anders wel tot vervolging zou zij overgegaan. Gelet hierop en het hierboven sub a aangevoerde is de regeling van de rehabilitatietermijnen onevenwichtig en onredelijk wegens de buitenproportionele gevolgen ervan.

In het onderhavige geval heeft het meetellen van de transactie tot gevolg dat het gewicht daarvan zwaarder wordt geteld dan een veroordeling wegens drugs- danwel geweldsmisdrijven waarbij een rehabilitatietermijn van 10 jaren geldt, alsmede dat het gewicht daarvan op één lijn wordt gesteld met gedragingen als bedoeld in artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag, waarvoor in het geheel geen rehabilitatietermijn geldt.

Door niet in te gaan op voornoemde - hierboven breder uitgewerkte - beroepsgrond is de rechtbank dan ook ten onrechte hieraan voorbij gegaan, zonder nadere motivering. De rechtbank heeft slechts volstaan met het overschrijven van de toepasselijke beleidsregels en het op grond daarvan in het gelijk stellen van verweerder. Op dit punt ontbeert de uitspraak derhalve een voldoende draagkrachtige motivering.

Grief 3

Deze grief is gericht tegen de rechtsoverweging op pagina 4 onderaan, waarin de rechtbank overweegt: *"evenmin ziet de rechtbank reden om aan te nemen dat verweerder gelet op die omstandigheden en op het bepaalde in artikel 4:84 van de Awb tot een ander besluit had moeten komen."*

Toelichting:

Met deze overweging is de rechtbank ten onrechte niet ingegaan op de vierde beroepsgrond in het aanvullend beroepsschrift van 1 september 2006 waarin gemotiveerd is aangevoerd waarom verweerder gebruik had moeten maken van de inherente afwijkingsbevoegdheid in de zin van artikel 4:84 Awb. De rechtbank heeft voornoemde rechtsoverweging slechts vooraf laten gaan door de vaststelling dat de door appellante aangevoerde feiten en omstandigheden waaronder die betreffende haar gezinsleven in Nederland in verweerders besluitvorming zijn meegewogen. De rechtbank had hier niet mee mogen volstaan, omdat de rechtbank deze weging uiteraard had behoren te toetsen. De rechtbank heeft niet inzichtelijk gemaakt welke belangen zijn afgewogen, laat staan welk gewicht aan de diverse aspecten is toegekend. De herhaling van de vaststelling dat strafbare feiten zijn gepleegd bevat uiteraard niet zo'n beoordeling, zelfs geen marginale.

BERGER



ADVOCATEN

Grief 4

Deze grief is gericht tegen de rechtsoverweging op pagina 6 waarin de rechtbank overweegt: *"De rechtbank is van oordeel dat hetgeen eiseres heeft aangevoerd onvoldoende objectieve aanknopingspunten bevat om aan te nemen dat in haar geval sprake is van een objectieve belemmering om het gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen. De omstandigheid dat de man van eiseres de taal van haar herkomstland niet spreekt, er geen werk zal kunnen krijgen en derhalve zijn gezin niet zal kunnen onderhouden zijn daartoe onvoldoende en zijn onvoldoende geconcretiseerd. Aan de omstandigheid dat referent en het kind van eiseres de Nederlandse nationaliteit bezitten komt op zichzelf in dit verband geen doorslaggevende betekenis toe. Anders dan eiseres heeft gesteld, kan het uit het bestreden besluit ook niet worden afgeleid dat verweerder die omstandigheid niet bij de beoordeling betrokken heeft".*

Toelichting:

Met name de overweging: *".....zijn daartoe onvoldoende en zijn onvoldoende geconcretiseerd"* is feitelijk onjuist en dus onbegrijpelijk in het licht van hetgeen zowel in bezwaar, in de hoorzitting als in de tweede beroepsgrond gemotiveerd naar voren is gebracht. Het is evident dat de gemotiveerde en door verweerder niet weersproken argumenten dat de referent de Servische taal niet beheerst, in Servië geen werk noch inkomen kan verkrijgen en gebonden is aan Nederland, een objectieve belemmering vormt om het gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen.

Ook aan de Nederlandse nationaliteit van het op geboren kind heeft de rechtbank ten onrechte op zichzelf geen betekenis toegekend. De rechtbank had de betekenis ervan echter in samenhang met de andere aspecten dienen te toetsen.

Grief 5

Deze grief is gericht tegen de rechtsoverweging op pagina 6 waarin de rechtbank overweegt: *"de rechtbank is verder van oordeel dat verweerder zich gelet op hetgeen eiseres heeft aangevoerd in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat in dit geval de inmenging gerechtvaardigd is ter bescherming van het door de overheid te behartigen belang van het voeren van een restrictief toelatingsbeleid. Naar dezerzijds oordeel kan onder de gegeven omstandigheden niet gezegd worden dat verweerder aan de belangen van eiseres doorslaggevende betekenis had moeten toekennen."*

Toelichting:

Deze rechtsoverweging is in strijd met de rechtsoverweging op pagina 6 onderaan, pagina 7 bovenaan: *"daarnaast is in het voorgaande reeds vastgesteld dat in het geval van eiseres geen sprake is van inmenging."* Deze tegenstrijdige rechtsoverwegingen wekken verwarring zodat moet worden geconcludeerd dat de rechtbank ten onrechte een onjuist en wisselend toetsingskader heeft gehanteerd. Ook hier maakt de rechtbank niet inzichtelijk op welke wijze de belangen van appellante zijn getoetst, zodat een gebrek in de motivering moet worden vastgesteld. Met name blijkt dit uit de weergave van het betoog van appellante op pagina 6 bovenaan *"dat verweerder volstrekt heeft miskend dat eiseres nog twee andere kinderen heeft die in Nederland wonen."* Deze weergave heeft betrekking op de derde beroepsgrond in het aanvullend beroepsschrift van 1 september 2006.

In de daaropvolgende alinea gaat de rechtbank op dit belangrijk onderdeel echter ten onrechte in het geheel niet in. De rechtbank gaat in die overweging slechts in op de tweede beroepsgrond betreffende de objectieve belemmering (voor de referent) om het gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen. Door niet te beslissen op de grondslag van deze belangrijke beroepsgrond heeft de rechtbank artikel 8:69 lid 1 Awb geschonden.

BERGER ADVOCATEN

**Grief 6**

Deze grief is gericht tegen de rechtsoverweging op pagina 6 onderaan en pagina 7 bovenaan waarin de rechtbank overweegt: *"Voor zover het beroep op het Boultif-arrest moet worden aangemerkt als nadere onderbouwing van eerder ingenomen stellingen overweegt de rechtbank dat het in het geval van eiseres – anders dan in de zaak Boultif waarin het een vreemdeling betrof die in het bezit was van een verblijfsvergunning – gaat om een eerste toelating. Daarnaast is in het voorgaande reeds vastgesteld dat in het geval van eiseres geen sprake is van inmenging. De rechtbank is niet gebleken dat ook in een dergelijk geval de in het Boultif-arrest gegeven guiding principles' van toepassing zijn"*.

Toelichting:

In bezwaar en beroep heeft appellante een beroep gedaan op eerbiediging van het recht op gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM. Met een beschrijving van de individuele omstandigheden heeft zij gewezen op de daarop toepasselijke wet (artikel 4:84 Awb) en jurisprudentie. In het kader van deze beide rechtsbronnen dient een belangenafweging te worden gemaakt.

In het aangehaalde Boultif-arrest zijn criteria opgesteld welke - anders dan de rechtbank veronderstelt - in het onderhavig geval van eerste toelating wel degelijk relevant zijn. De rechtbank heeft deze 'guiding principles' derhalve ten onrechte buiten toepassing gelaten.

Met name heeft de rechtbank verzuimd de '*positieve verplichting*' waarop appellante zich onder verwijzing naar de desbetreffende omstandigheden heeft beroepen, te toetsen aan die criteria. Een samenvatting daarvan heeft verweerder zelf geformuleerd in het kader van de belangenafweging waarbij openbare orde aspecten een rol spelen. Zie de tekst in bijgevoegde bijlage waarin de tien Boultif-criteria zijn opgesomd. De aspecten 2, 3 en 4 zijn niet in de beoordeling betrokken. Het vijfde aspect (nationaliteit) is niet relevant geacht. De aspecten 6, 7 en 8 zijn evenmin gewogen, terwijl aspect nummer 9 (tijdens huwelijk geboren kind van Nederlandse nationaliteit) zelfs als verwijtbaar wordt afgedaan.

Ten aanzien van de beide oudste in Nederland verblijvende kinderen heeft de rechtbank zelfs in het geheel geen oordeel gegeven. Daarmee heeft de rechtbank ten onrechte miskend dat deze kinderen onweersproken omgang met appellante hadden, aanvankelijk eenmaal per maand tijdens het gestructureerd bezoek via de Nidos, daarna 'zo vaak als zij zelf maar wilde'. Zie het verslag van de hoorzitting. Onbetwist is overigens de legale verblijfsstatus van beide kinderen. Ten overvloede worden hierbij twee beschikkingen d.d. 29 augustus 2006 overgelegd waaruit blijkt dat zij in het bezit zijn gesteld van een verblijfsvergunning regulier. Verweerder heeft een eigen onderzoeksplicht, maar in het kader van de zorgvuldige voorbereiding van de beschikking ten onrechte nagelaten de informatie over de omgang en verblijfsstatus van beide kinderen nader te onderzoeken of na te trekken. Het gaat ten aanzien van hen niet om gezinsvorming maar om *gezinshereniging*. De rechtbank heeft zich dit niet gerealiseerd, ja zelfs de belangrijkste derde beroepsgrond betreffende de beide kinderen in het geheel niet besproken (zie grief 5). Door niet te beslissen op de grondslag van deze belangrijke beroepsgrond heeft de rechtbank artikel 8:69 lid 1 Awb geschonden.

Grief 7

Deze grief is gericht tegen de rechtsoverweging op pagina 7 waarin de rechtbank overweegt: *"Het eerst ter zitting gedane beroep op de EG-richtlijn gezinshereniging wordt wegens strijd met de goede procesorde niet bij de beoordeling betrokken, aangezien niet is gebleken dat eiseres de betreffende richtlijn niet eerder had kunnen inroepen. Het betoog van de gemachtigde van eiseres, dat de rechtbank ambtshalve gehouden zou zijn om deze EG-richtlijn bij de beoordeling te betrekken, gaat niet op."*

BERGER



ADVOCATEN

Toelichting:

De goede procesorde kan geen beletsel vormen om ter zitting te wijzen op het recht en de jurisprudentie welke van toepassing zijn op de weergegeven feiten. Ter zitting heeft appellante genoemde Richtlijn expliciet als rechtsgrond ingeroepen. De rechtbank heeft echter ten onrechte geen uitspraak gedaan op de grondslag van "het onderzoek ter zitting" zoals is voorgeschreven in artikel 8:69 lid 1 Awb. De rechter is overigens ingevolge artikel 8:69 lid 2 Awb zelfs verplicht ambtshalve de (eventueel niet ingeroepen) rechtsgronden aan te vullen. Zodoende heeft de rechtbank in verband met de twee kinderen van appellante, die beide de Servische nationaliteit hebben en in Nederland verblijven met een verblijfsvergunning, ten onrechte geen rekening gehouden met de in deze toepasselijke Richtlijn gezinshereniging 2003/86/EG. Zie met name artikel 5 lid 5 en artikel 17 van de Richtlijn, jo. artikel 3, 9 en 10 IVRK. Deze artikelen moeten thans wel als rechtstreeks werkend worden aangemerkt. Dit blijkt uit het arrest van het Hof van Justitie EG d.d. 27 juni 2006, nr. C-540/03, JV 2006, 313. Met name is van belang de overweging nr. 14 in de Preambule van de Richtlijn waarin als definitie van openbare orde wordt verwezen naar een "veroordeling" alsmede naar een "ernstig misdrijf". Hieruit volgt dat de tegengeworpen *transactie* niet onder dat begrip valt. Verder is van belang artikel 6, tweede lid, tweede volzin van de Richtlijn waarin wordt verwezen naar de plicht "de ernst van de inbreuk of het soort van inbreuk en het risico dat van die persoon uitgaat" te beoordelen. Ook deze beoordeling heeft verweerder niet gemaakt, hetgeen de rechtbank heeft miskend.

Op grond van het bovenstaande verzoek ik u dit hoger beroep gegrond te verklaren en de bestreden uitspraak van de rechtbank te vernietigen, met veroordeling van de Minister in de kosten van deze procedure.

In afwachting.

Met de meeste hoogachting,

Mr. Z.M.K.J. Berger