

201006726/1/V1.

Datum uitspraak: 10 december 2010

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

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

de minister van Justitie,
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats
Groningen, van 10 juni 2010 in zaak nr. 09/48167 in het geding tussen:

en

de staatssecretaris van Justitie.

1. Procesverloop

Bij besluit van 10 september 2009 heeft de staatssecretaris een aanvraag van de vreemdeling om hem een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd te verlenen afgewezen.

Bij besluit van 11 december 2009 heeft de staatssecretaris het daartegen door de vreemdeling gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 10 juni 2010, verzonden op 15 juni 2010, heeft de rechtbank het daartegen door de vreemdeling ingestelde beroep gegrond verklaard en dat besluit vernietigd. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de minister bij brief, bij de Raad van State binnengekomen op 13 juli 2010, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.

De vreemdeling heeft een verweerschrift ingediend.

Vervolgens is het onderzoek gesloten.

2. Overwegingen

2.1. In de grieven 1, 2 en 3 klaagt de minister dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de staatssecretaris zijn standpunt dat op hem op grond van artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) geen positieve verplichting rust om de vreemdeling verblijf hier te lande toe te staan, ondeugdelijk heeft gemotiveerd.

2.1.1. In grief 1 betoogt de minister in het bijzonder dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de staatssecretaris bij de afweging van belangen niet kenbaar heeft betrokken de omstandigheid dat de vreemdeling tijdens zijn asielprocedure, die ruim zeven jaar heeft geduurd, en gedurende welke het gezinsleven is ontstaan, rechtmatig verblijf in Nederland had. Volgens de minister is in het kader van de belangenafweging relevant of op het moment dat het familie- of gezinsleven is aangegaan al dan niet zekerheid bestond over de verblijfsaanspraken van de desbetreffende vreemdeling. In dit geval is het familie- en gezinsleven aangegaan op een moment dat onzekerheid bestond over de verblijfsaanspraken van de vreemdeling. De staatssecretaris heeft die omstandigheid in het nadeel van de vreemdeling kunnen laten meewegen. Naar het oordeel van de minister heeft de rechtbank dit niet onderkend.

2.1.2. De minister voert in de grieven 2 en 3, in onderlinge samenhang gelezen, aan dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de staatssecretaris ten onrechte heeft aangenomen dat geen sprake is van objectieve belemmeringen om het gezinsleven uit te oefenen in het land van herkomst (Sierra Leone), dan wel in het land waar de vreemdeling voor zijn vertrek naar Nederland bestendig verblijf heeft gehad (Guinee). In dit verband

heeft de rechtbank volgens hem ten onrechte overwogen dat uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) volgt dat de vraag of objectieve belemmeringen bestaan om het gezinsleven in een derde land uit te oefenen, geen factor is die in de belangenafweging dient te worden betrokken. Verder heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat de staatssecretaris niet heeft onderkend dat de vreemdeling niet naar Sierra Leone of Guinee kan terugkeren, nu hij niet als staatsburger van Sierra Leone is erkend en hij niet in het bezit wordt gesteld van een reis- of identiteitsdocument. Ten slotte heeft de rechtbank volgens hem ten onrechte overwogen dat de staatssecretaris in het negatieve reisadvies voor Guinee ten onrechte onvoldoende grond heeft gezien om een objectieve belemmering voor het uitoefenen van gezinsleven in Guinee aan te nemen. De minister betoogt dat de rechtbank bij haar toetsing onvoldoende terughoudendheid heeft betracht. Verder voert hij aan dat bij de belangenafweging wel degelijk een rol speelt of sprake is van objectieve belemmeringen om het gezinsleven in een derde land, zoals in dit geval Zwitserland of Guinee, uit te oefenen. Voorts stelt hij zich op het standpunt dat het op de weg van een vreemdeling ligt aannemelijk te maken dat sprake is van objectieve belemmeringen om het gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen. Volgens hem heeft de staatssecretaris zich in het onderhavige geval op het standpunt kunnen stellen dat dit niet aannemelijk is gemaakt. De rechtbank heeft het vorenstaande niet onderkend, aldus de minister.

2.2. Ingevolge artikel 8, eerste lid, van het EVRM, voor zover thans van belang, heeft een ieder recht op respect voor zijn familie- en gezinsleven.

Ingevolge het tweede lid van dit artikel is geen inmenging van enig openbaar gezag toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

2.3. Tussen partijen is niet in geschil dat sprake is van familie- en gezinsleven in de zin van voormeld artikel 8 van het EVRM tussen de vreemdeling en zijn partner en hun minderjarige kind, die beiden de Nederlandse nationaliteit bezitten.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de staatssecretaris op goede gronden heeft overwogen dat geen sprake is van inmenging in het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven, nu de vreemdeling met de weigering hem een verblijfsvergunning regulier te verlenen geen verblijfstitel wordt ontnomen die hem tot verblijf in Nederland in staat stelde. De vreemdeling is tegen dit oordeel niet in hoger beroep gekomen.

2.4. Niettemin kunnen zich zodanige feiten en omstandigheden voordoen dat uit het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven op de Nederlandse staat een positieve verplichting rust om de vreemdeling verblijf hier te lande toe te staan. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM (onder meer het arrest in de zaak T.I. en W.S. Ebrahim tegen Nederland van 18 maart 2003, JV 2003/203) en van de Afdeling (onder meer de uitspraak van 1 september 2009 in zaak nr. 200901415/1/V1, www.raadvanstate.nl)

dient bij de beoordeling van de vraag of artikel 8 van het EVRM in een bepaald geval de positieve verplichting met zich brengt een vreemdeling in staat te stellen tot familie- en gezinsleven in een bepaalde lidstaat, een "fair balance" te worden gevonden tussen enerzijds de belangen van het betrokken individu en anderzijds het betrokken algemeen belang van de lidstaat. Bij deze afweging komt het desbetreffende lidstaat een zekere beoordelingsruimte toe.

2.5. In het besluit van 11 december 2009 heeft de staatssecretaris zich op het standpunt gesteld dat op hem geen positieve verplichting rust om de vreemdeling verblijf in Nederland toe te staan, nu bij voormelde belangenafweging een groter gewicht moet worden toegekend aan de belangen van de Nederlandse samenleving dan aan de belangen van de vreemdeling en zijn gezin. Hij heeft in dit verband, samengevat weergegeven, het volgende overwogen.

De vreemdeling is het familie- en gezinsleven aangegaan en heeft dit geïntensiveerd gedurende een periode dat hij niet in het bezit was van een geldige verblijfsvergunning. Daarmee heeft hij willens en wetens het risico aanvaard dat hij op enig moment, eventueel met achterlating van zijn gezin, Nederland zou moeten verlaten.

Niet aannemelijk is geworden dat sprake is van objectieve belemmeringen om het familie- en gezinsleven in het land van herkomst dan wel een derde land, zoals Guinee, uit te oefenen. Niet gebleken is van aspecten die tot het oordeel zouden moeten leiden dat van de partner en het kind van de vreemdeling in redelijkheid niet kan worden verwacht dat zij met de vreemdeling naar het land van herkomst of het genoemde derde land afreizen om aldaar het familie- en gezinsleven uit te oefenen.

Evenmin is gebleken van dusdanig bijzondere feiten en omstandigheden dat uit het recht op respect voor het familie- en gezinsleven van de vreemdeling de verplichting voortvloeit hem hier te lande verblijf toe te staan. De omstandigheid dat voor Guinee een negatief reisadvies geldt op grond van de instabiele veiligheidssituatie aldaar, biedt onvoldoende grond voor het oordeel dat voor de vreemdeling en zijn gezin objectieve belemmeringen bestaan om het familie- en gezinsleven in Guinee uit te oefenen. Dit geldt temeer nu de vreemdeling ter onderbouwing van zijn stelling dat sprake is van een dergelijke objectieve belemmering uitsluitend heeft gewezen op de algemene situatie in Guinee en geen bijzondere omstandigheden heeft aangevoerd die betrekking hebben op zijn specifieke situatie. Dat de sociaal-economische situatie voor de vreemdeling dan wel zijn partner en hun kind in Guinee minder gunstig is dan in Nederland, vormt evenmin een belemmering om het familie- en gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen. De vreemdeling verschilt in dit opzicht niet van andere vreemdelingen aan wie om die reden evenmin verblijf in Nederland wordt toegestaan.

2.6. De rechter dient te beoordelen of de staatssecretaris alle relevante feiten en omstandigheden in zijn belangenafweging heeft betrokken en, indien dit het geval is, of de staatssecretaris zich, gelet op de "fair balance" die dient te worden gevonden tussen enerzijds het belang van de vreemdeling bij de uitoefening van het familie- en gezinsleven hier te lande

en anderzijds het algemeen belang van de Nederlandse samenleving bij het voeren van een restrictief toelatingsbeleid, zich op het standpunt heeft kunnen stellen dat op hem geen positieve verplichting rust om de vreemdeling verblijf in Nederland toe te staan. De Afdeling ziet geen grond voor het oordeel dat de rechtbank bij haar toetsing buiten dit toetsingskader is getreden.

Grief 2 faalt in zoverre.

2.7. De minister heeft terecht betoogd dat bij de belangenafweging in het kader van artikel 8 van het EVRM meeweegt of op het moment dat het familie- en gezinsleven is aangegaan, al dan niet zekerheid bestond over de verblijfsaanspraken van de desbetreffende vreemdeling hier te lande. Aan de omstandigheid dat het familie- en gezinsleven is gecreëerd tijdens een periode van rechtmatig verblijf hangende een aanvraagprocedure om een verblijfsvergunning, komt, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, in beginsel geen betekenis toe.

Voor deze opvatting vindt de Afdeling steun in het arrest van het EHRM in de zaak Rodrigues da Silva en Hoogkamer tegen Nederland van 31 januari 2006, nr. 50435/99, JV 2006/90, waarin, voor zover thans van belang, omtrent de belangenafweging in het kader van artikel 8 van het EVRM het volgende is overwogen:

"Another important consideration will also be whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host state would from the outset be precarious. The Court has previously held that where this is the case it is likely only to be in the most exceptional circumstances that the removal of the non-national family member will constitute a violation of Article 8 (...)."

Voorts vindt de Afdeling daarvoor steun in het arrest van het EHRM in de zaak Narenji Haghighi tegen Nederland van 14 april 2009, nr. 38165/07, JV 2009/342, waarin ter zake van de belangenafweging, voor zover thans van belang, als volgt is overwogen:

"The Court further observes that, when his presence in the Netherlands was tolerated while he was awaiting decisions on his applications for asylum, the applicant took part in Dutch society, formed a relationship and created a family there. However, (...) confronting the Dutch authorities with that family life as a *fait accompli* does not entail that those authorities are, as a result, under an obligation pursuant to Article 8 of the Convention to allow the applicant to settle in their country. The Court has previously held that, in general, persons in that situation have no entitlement to expect that a right of residence will be conferred upon them (...). It is, moreover, to be noted that the relationship relied on by the applicant was created at a time and developed during a period when the persons involved were aware that his immigration status was uncertain and that the persistence of that family life within the Netherlands was thus precarious."

De staatssecretaris heeft in het kader van de belangenafweging

derhalve gewicht kunnen toekennen aan de omstandigheid dat de vreemdeling het familie- en gezinsleven is aangegaan en heeft geïntensiveerd gedurende een periode dat onzekerheid bestond over zijn verblijfsaanspraken in Nederland en heeft zich verder op het standpunt kunnen stellen dat die omstandigheid voor rekening en risico van de vreemdeling dient te komen.

Grief 1 slaagt derhalve.

2.8. *In paragraaf B2/10.2.3.2 van de Vreemdelingencirculaire 2000 is, voor zover thans van belang, vermeld dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van objectieve belemmeringen om het gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen, in het zich daartoe lenende geval ook zal moeten worden beoordeeld of het gezinsleven in een derde land kan worden uitgeoefend. Er is geen grond voor het oordeel dat dit onderdeel van het beleid, waarop de staatssecretaris mede zijn standpunt heeft gebaseerd, in strijd is met artikel 8 van het EVRM.*

De vreemdeling dient aannemelijk te maken dat sprake is van objectieve belemmeringen om het familie- en gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen. De staatssecretaris heeft zich op het standpunt kunnen stellen dat de vreemdeling dit niet aannemelijk heeft gemaakt voor het door hem genoemde derde land Guinee. De vreemdeling heeft, voor zijn vertrek naar Nederland, langdurig in Guinee verbleven en heeft niet aannemelijk gemaakt dat hem niet opnieuw verblijf zal worden toegestaan. Weliswaar hebben de partner en het kind van de vreemdeling de Nederlandse nationaliteit, maar zoals de staatssecretaris in het besluit van 11 december 2009 heeft uiteengezet, bestaat hierin geen objectieve belemmering voor hen om met de vreemdeling in Guinee het familie- en gezinsleven uit te oefenen. Verder is niet gebleken van zodanig bijzondere *individuele belangen van de partner en het kind dat van hen niet kan worden* gevergd de vreemdeling te volgen naar Guinee. Voorts heeft de staatssecretaris zich op het standpunt kunnen stellen dat in de omstandigheid dat voor Guinee een negatief reisadvies geldt, op zichzelf onvoldoende grond wordt gezien om te oordelen dat sprake is van een objectieve belemmering voor het uitoefenen van het familie- en gezinsleven in Guinee. Reeds hierom heeft de staatssecretaris bij de belangenafweging terecht van betekenis geacht dat niet aannemelijk is gemaakt dat sprake is van een objectieve belemmering om het familie- en gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen.

De grieven 2 en 3 slagen in zoverre.

2.9. Het geheel van de voor de te verrichten belangenafweging van betekenis zijnde feiten en omstandigheden, hiervoor vermeld onder 2.5., geeft geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris, bij de fair balance die moet worden gevonden tussen het belang van de vreemdeling enerzijds en het Nederlands algemeen belang anderzijds, zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat op hem geen positieve verplichting rust om de vreemdeling verblijf in Nederland toe te staan.

2.10. *Reeds hierom is het hoger beroep kennelijk gegrond. De grieven 2 en 3 behoeven voor het overige geen bespreking meer. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep van de vreemdeling tegen het*

besluit van 11 december 2009, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, alsnog ongegrond verklaren.

2.11. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Groningen, van 10 juni 2010 in zaak nr. 09/48167;
- III. verklaart het in die zaak ingestelde beroep ongegrond.

Aldus vastgesteld door mr. H.G. Lubberdink, voorzitter, en mr. B. van Wagendonk en mr. R. van der Spoel, leden, in tegenwoordigheid van mr. F.S.N. Nasrullah-Oemar, ambtenaar van staat.

w.g. Lubberdink
voorzitter

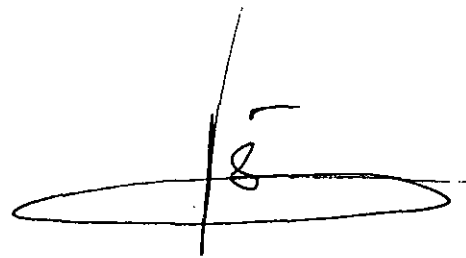
w.g. Nasrullah-Oemar
ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 10 december 2010

404.

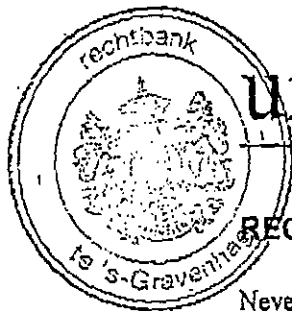
Verzonden: 10 december 2010

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

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'V' and 'S' intertwined, with a horizontal line across the middle and a vertical line extending upwards from the top of the 'V'.

mr. H.H.C. Visser

AFSCHRIFT



uitspraak

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Nevenzittingsplaats Groningen
Sector Bestuursrecht
Vreemdelingenkamer

Zaaknummer: Awb 09/48167

Uitspraak in het geschil tussen:

geboren op
van gestelde Sierra Leone nationaliteit,
V-nummer:
eiser,
gemachtigde: mr. A.C. de Klerk, advocaat te Amsterdam,

en

DE STAATSECRETARIS VAN JUSTITIE

(Immigratie- en Naturalisatiedienst),
te 's-Gravenhage,

verweerder,

vertegenwoordigd door mr. L.M. Kloetstra, ambtenaar ten departemente.

IND lokatie:	Zwolle		
Dossiernr.:			
UAD ontvangstdatum:			
Briefnr.:			
IND ontvangst datum:	16 JUN 2010		
Registratie in naam m.d.w.:	16-06		
INDIS datum:	16-06 unit:		
Invoer- controle naam m.d.w.:			
datum:	unit:		

1. Ontstaan en loop van het geschil

1.1. Op 8 juli 2009 heeft eiser een aanvraag ingediend om verlening van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd, onder een beperking verband houdende met het verblijfsdoel 'uitoefenen gezinsleven conform artikel 8 EVRM'. Verweerder heeft bij besluit van 10 september 2009 afwijzend op de aanvraag beslist. Op 11 september 2009 heeft eiser hiertegen bezwaar gemaakt. Bij besluit van 11 december 2009 is dit bezwaar ongegrond verklaard.

1.2. Op 27 december 2009 heeft eiser hiertegen beroep ingesteld. Op 2 februari 2010 zijn de gronden van het beroep ingediend.

1.3. Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechtbank toegezonden. De griffier heeft de van verweerder ontvangen stukken aan eiser toegezonden en eiser in de gelegenheid gesteld om nadere gegevens te verstrekken. Eiser heeft op 16 april 2010 nog nadere stukken ingediend. Verweerder heeft een verweerschrift ingediend, gedateerd 21 april 2010.

1.4. Het beroep is behandeld ter openbare zitting van 6 mei 2010. Eiser is aldaar in persoon verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. Verweerder heeft zich doen vertegenwoordigen. De rechtbank heeft het onderzoek ter zitting gesloten.

2. Rechtsoverwegingen

Standpunten van partijen

2.1. Verweerder heeft de aanvraag afgewezen omdat eiser niet in het bezit is van een geldige machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) en hij van dit zogenoemde mvv-vereiste evenmin is vrijgesteld. Verweerder stelt zich op het standpunt dat er geen sprake is van een onbillijkheid van overwegende aard door het stellen van een mvv-vereiste. Er bestaat geen samenspel van zeer bijzondere individuele (schrijnende) feiten en omstandigheden op grond waarvan een onbillijkheid van overwegende aard ontstaat. Verweerder stelt zich op het standpunt dat eiser niet dan wel onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij buiten zijn schuld Nederland niet kan verlaten. Hierbij is mede in aanmerking genomen dat de resultaten van de presentatie van eiser bij de vertegenwoordiging van Guinee in Brussel op 30 juli 2009 nog niet bekend zijn, zodat tot op heden niet is gebleken dat de betrokken autoriteiten van Guinee geen toestemming zullen verlenen voor terugkeer van eiser. Verweerder heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat eiser niet terug zou kunnen keren naar het land van herkomst of het land van bestendig verblijf, niet kan worden meegewogen aangezien dit asielgerelateerde gronden zijn.

Ten aanzien van het beroep op artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) stelt verweerder zich op het standpunt dat niet in geschil is dat er sprake is van een familie- en gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM tussen eiser en zijn partner en hun minderjarige kind. Van een inmenging in dit recht is geen sprake, nu eiser met de weigering om hem een verblijfsvergunning regulier te verlenen geen verblijfstitel wordt ontnomen die hem tot verblijf in Nederland in staat stelde. In het algemeen geldt dat, in het geval het gaat om het onderhouden van familie- of gezinsleven dat is aangegaan en wordt uitgeoefend tijdens verblijf zonder in het bezit te zijn van een verblijfsvergunning, zwaarder gewicht kan worden toegekend aan de belangen van de staat dan aan de belangen van de betrokken vreemdeling. Eiser heeft een gezinsleven in Nederland opgebouwd terwijl niet duidelijk was of hij in Nederland zou mogen blijven. Dit dient dan ook voor zijn eigen rekening en risico te blijven.

Verweerder is niet gebleken van een objectieve belemmering om het familie- en gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen. Weliswaar bezitten de partner en de zoon van eiser de Nederlandse nationaliteit, maar Nederlanders kunnen zich over het algemeen in andere landen vestigen. Dat aan eiser geen verblijf wordt toegestaan, betekent niet dat de overheid de partner en het kind het recht ontzegt op verblijf in Nederland. De bescherming die artikel 8 EVRM biedt, strekt er volgens verweerder niet toe dat het artikel het recht geeft aan hen tot domiciliekeuze. Verweerder heeft een groter gewicht toegekend aan de belangen van de Nederlandse staat. Daarbij wordt met name een doorslaggevend gewicht toegekend aan de omstandigheid dat eiser ruim acht jaar zonder verblijfsvergunning in Nederland heeft verbleven, zonder een verblijfsvergunning het gezinsleven heeft geïntensiveerd en dat niet is gebleken van een onmogelijkheid om het gezinsleven in het land van herkomst van eiser dan wel een derde land voort te zetten. De gevolgen voor de door eiser in het verleden gemaakte keuzes dienen volgens verweerder dan ook voor zijn rekening en risico te blijven.

2.2. Eiser heeft het volgende aangevoerd. Verweerder heeft ten onrechte geoordeeld dat eiser naar Guinee kan reizen om daar te gaan wonen samen met zijn partner en kind. Eiser is al enkele jaren bezig om bij de Guinese autoriteiten een schriftelijke bevestiging te verkrijgen over de mogelijkheden tot verblijf aldaar. De bemiddeling van de DT&V heeft evenmin daarbij geholpen. De situatie in Guinee is zorgelijk, er geldt onder andere een negatief reisadvies. Eiser heeft sinds zijn presentatie bij het consulaat van Guinee op 30 juli

2009 nog geen reactie ontvangen. Deze kan ook niet worden verwacht, vanwege de omstandigheden in het land. Daarbij wordt door eiser opgemerkt dat bij het vertrek van eiser uit Guinee de autoriteiten daar hebben aangegeven dat hij niet mag terugkeren naar het land. Indien het vertrek uit Nederland onmogelijk is, mag er volgens eiser niet worden vastgehouden aan de mvv-eis. Eiser heeft een verklaring gekregen van zijn eigen autoriteiten dat hij geen burger van Siërra Leone is. Daarnaast heeft het Rode Kruis geprobeerd namens eiser de geboorteakte van eiser in het land te achterhalen, maar zonder succes.

Eiser doet vervolgens een beroep op artikel 8 van het EVRM. Zijn eigen land, Siërra Leone accepteert eiser niet als burger, dus zijn partner en zoon hebben geen enkele reden om aan te nemen dat zij wel welkom zijn. Guinee is onveilig en men kan niet van een vrouw en kind verwachten dat zij naar Guinee afreizen, omdat Nederland hun partner en vader geen ontheffing van het mvv-vereiste wil geven en daarom geen verblijfsvergunning verstrekt. Zij hebben het recht om hun familieleden uit te oefenen in Nederland. Verweerder gaat ten onrechte voorbij aan de rechten van eiser en zijn partner. Eiser voert daarbij aan dat hij geen banden heeft met Guinee dan wel Siërra Leone. Wanneer hij terugkeert naar Siërra Leone zal hij daardoor problemen ondervinden. Eiser is Franstalig, terwijl in Siërra Leone Engels wordt gesproken. Dit zal tegen hem worden gebruikt. De banden in Nederland zijn door zijn lange verblijf en zijn familieleden inmiddels sterker. Eiser is verliefd geworden toen hij in de procedure, betreffende de aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel, was. Aangezien hij de procedure bij de rechtbank had gewonnen, was er geen verwachting dat hij nog steeds illegaal zou zijn. Verweerder heeft ten onrechte het langdurige illegale verblijf doorslaggevend geacht.

De belangenafweging dient in het voordeel van eiser uit te vallen. Er is sprake van een objectieve belemmering om het familieleden buiten Nederland uit te oefenen, nu eiser niet in het bezit is van reisdocumenten en dus feitelijk niet in staat is Nederland te verlaten.

Daarnaast dient het uitoefenen van het gezinsleven praktisch mogelijk te zijn. Door het oordeel van verweerder dat er geen objectieve belemmering bestaat, heeft verweerder in strijd met artikel 6, 19, 24, eerste lid, 33 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind besloten.

Beoordeling van het beroep

2.3. De verblijfsvergunning regulier, zoals bedoeld in artikel 14 van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000), kan worden afgewezen op de gronden genoemd in artikel 16, eerste lid Vw 2000. Op grond van artikel 16, eerste lid, aanhef en onder a, Vw 2000 kan een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning op grond van artikel 14 Vw 2000 worden afgewezen indien de vreemdeling niet beschikt over een geldige mvv die overeenkomt met het verblijfsdoel waarvoor de verblijfsvergunning is aangevraagd.

2.4. Ingevolge artikel 17 van de Vw 2000 wordt de aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 14 Vw 2000 niet afgewezen wegens het ontbreken van een geldige mvv indien de vreemdeling onder één van de in het artikel genoemde categorieën valt.

2.5. Ingevolge artikel 3.71, eerste lid, Vb 2000 wordt de aanvraag tot het verlenen van de verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, bedoeld in artikel 14 Vw 2000, afgewezen indien de vreemdeling niet beschikt over een geldige mvv.

2.6. Ingevolge artikel 3.71, tweede lid, aanhef en onder l, Vb 2000 is van het vereiste van een geldige mvv, op grond van artikel 17, eerste lid, onder g, van de Vw 2000, vrijgesteld de

Zaaknummer: Awb 09/48167

blad 4

vreemdeling van wie uitzetting in strijd met artikel 8 EVRM zou zijn.

2.7. Ingevolge artikel 8, eerste lid, van het EVRM heeft een ieder recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

2.8. Ingevolge het tweede lid van artikel 8 EVRM is geen inmenging van enig openbaar gezag toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

2.9. Niet in geschil is dat er sprake is van familie- en gezinsleven als bedoeld in artikel 8 EVRM tussen eiser en zijn partner en hun minderjarige zoon, die beiden de Nederlandse nationaliteit hebben.

2.10. Verweerder heeft op goede gronden overwogen dat geen sprake is van inmenging in de zin van artikel 8, tweede lid, EVRM, nu in het onderhavige geval geen sprake is van beëindiging van rechtmatig verblijf van eiser in Nederland. Volgens vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM), onder meer het arrest Gül tegen Zwitserland van 19 februari 1996, nr. 53/1995/559/645, (AB, 1998, 53), Benamar tegen Nederland van 5 april 2005, nr. 43786/04 (JV 2005/198) en Narenji Haghighi tegen Nederland van 14 april 2009, nr. 38165/07 (JV 2009/342) houdt artikel 8 van het EVRM bovendien geen algemene verplichting in voor een staat de keuze van domicilie van de leden van een gezin te eerbiedigen. Niettemin kan onder omstandigheden op grond van artikel 8 EVRM op verweerder een positieve verplichting rusten om een vreemdeling verblijf hier te lande toe te staan. Zoals volgt uit de jurisprudentie van het EHRM, onder meer het arrest Rodriguez da Silva en Hoogkamer tegen Nederland van 31 januari 2006, nr. 50435/99 («JV» 2006/90), en de jurisprudentie van de Afdeling (onder andere de uitspraak van 30 maart 2010 in zaak nr. 200809182/1/V2, www.raadvanstate.nl), moet bij de belangenafweging in het kader van het door artikel 8 van het EVRM beschermde recht op eerbiediging van gezinsleven een "fair balance" worden gevonden tussen het belang van de vreemdeling en zijn gezin enerzijds en het Nederlands algemeen belang dat is gediend bij het voeren van een restrictief toelatingsbeleid anderzijds. Daarbij moeten alle voor die belangenafweging van betekenis zijnde feiten en omstandigheden kenbaar worden betrokken. Bij die afweging zal moeten worden betrokken of er objectieve belemmeringen zijn om het gezinsleven uit te oefenen in het land van herkomst en of het gezinsleven is aangevangen op een moment waarop de betrokken personen wisten dat eiser illegaal was. Waar dat laatste het geval is, zal slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen worden gezegd dat verblijfsweigering een schending van artikel 8 EVRM oplevert. Zoals volgt uit de arresten van het EHRM in de zaken Sen tegen Nederland van 21 december 2001, nr. 31465/96 (JV 2002/30), Tuquabo-Tekle tegen Nederland van 1 december 2005, nr. 60665/00 (JV 2006/34) en Maslov tegen Oostenrijk van 23 juni 2008, nr. 1638/03 (JV 2008/267), alsmede uit hetgeen in het door de minister-gevoerde betoel, neergelegd in B2/10 van de Vreemdelingen-circulaire 2000 over artikel 8 EVRM en kinderen van Nederlandse nationaliteit is vermeld, komt bij de belangenafweging als hier bedoeld, een belangrijke plaats toe aan de belangen van in Nederland verblijvende kinderen van Nederlandse nationaliteit van de desbetreffende vreemdeling.

Zaaknummer: Awb 09/48167

blad 5

2.11. Hoewel aan verweerder moet worden toegegeven dat het gezinsleven van eiser met zijn partner is ontstaan terwijl eiser niet over een verblijfsvergunning beschikte, kan er niet aan worden voorbijgegaan dat eiser op dat moment niet illegaal was. Verweerder heeft in de afweging niet kenbaar betrokken dat eiser tijdens de asielprocedure, die ruim zeven jaar heeft geduurd, en gedurende welke het gezinsleven is ontstaan, rechtmatig verblijf in Nederland had.

2.12. Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder ten onrechte aangenomen dat er geen sprake is van objectieve belemmeringen om het gezinsleven uit te oefenen in het land van herkomst (Sierra Leone), dan wel het land waar eiser voor zijn vertrek naar Nederland bestendig verblijf heeft gehad (Guinee). De rechtbank overweegt daartoe het volgende.

2.13. Niet in geschil is dat eiser niet beschikt over een paspoort en zich heeft ingespannen om een identiteits- of reisdocument te verkrijgen. Hij heeft zich gewend tot de autoriteiten van Sierra Leone en Guinee. Tevens heeft hij contacten gehad met de Dienst Terugkeer & Vertrek en het Rode Kruis. Deze inspanningen hebben echter (nog) niet geleid tot het verkrijgen van een reis- of identiteitsdocument. Ter gelegenheid van een presentatie op 27 mei 2008 bij de autoriteiten van Sierra Leone is door de autoriteiten verklaard dat hij geen staatsburger is van Sierra Leone. Daargelaten of eiser al dan niet voldoet aan de voorwaarden voor vergunningverlening als vreemdeling die buiten schuld Nederland niet kan verlaten, kan eiser, zoals uitdrukkelijk is erkend door verweerder, niet naar zijn land van herkomst, Sierra Leone, terugkeren. Hij is immers niet in het bezit van een paspoort van dat land en is daar ook niet erkend als staatsburger.

Ten aanzien van Guinee, waar eiser vanaf zijn zesde jaar heeft verbleven, geldt een negatief reisadvies van de Nederlandse Minister van Buitenlandse Zaken. Volgens dit advies wordt alle in Guinee verblijvende Nederlanders aangeraden op eigen gelegenheid, en op een veilige wijze, het land te verlaten. Ten onrechte heeft verweerder in dit negatieve reisadvies onvoldoende grond gezien om een objectieve belemmering aan te nemen voor eiser en zijn gezin om het gezinsleven in Guinee uit te oefenen. Nu de Minister van Buitenlandse Zaken het verblijf in Guinee kennelijk te gevaarlijk vindt voor Nederlanders, is er voor eisers partner en hun zoon een objectieve belemmering voor verblijf in Guinee.

2.14. Verweerder heeft voorts ten onrechte in de afweging betrokken of van eiser en zijn gezin in redelijkheid kan worden gevergd dat zij naar een derde land afreizen om aldaar het gezinsleven uit te oefenen. Verweerder heeft niet onderkend dat volgens de jurisprudentie van het EHRM zoals hiervoor aangehaald, bij de vraag of er een positieve verplichting is op grond van artikel 8 EVRM om verblijf in Nederland toe te staan, onder meer in de afweging moet worden betrokken of er objectieve belemmeringen zijn om het gezinsleven in het *land van herkomst* uit te oefenen. Of er objectieve belemmeringen zijn om het gezinsleven in een niet nader genoemd derde land uit te oefenen, is niet een factor die door het EHRM wordt genoemd. Er is geen enkele aanwijzing dat er een derde land is, waar eiser zijn gezinsleven zou kunnen uitoefenen. Dit klemt te meer nu eiser niet beschikt over een paspoort. De stelling van verweerder, zoals verwoord in het besluit van 10 september 2009, dat van eiser kan worden verwacht dat hij inzicht geeft uit welk land hij afkomstig is, miskent de pogingen die eiser heeft ondernomen om aan identiteits- en reisdocumenten te komen en miskent bovendien dat in de asielprocedure zijn gestelde herkomst niet in twijfel is getrokken. Door verweerder is niet gemotiveerd aangegeven, zo er thans wel twijfel is over de gestelde herkomst, waarop deze twijfel is gebaseerd.

2.15. Nu verweerder niet kenbaar in de afweging heeft betrokken dat het gezinsleven

Zaaknummer: Awb 09/48167

blad 6

tijdens rechtmatig verblijf is ontstaan, ten onrechte heeft aangenomen dat geen sprake is van objectieve belemmeringen om het gezinsleven elders uit te oefenen en aldus ook de belangen van het minderjarig kind niet voldoende in de afweging heeft betrokken, is naar het oordeel van de rechtbank, in het bestreden besluit niet deugdelijk gemotiveerd waarom de uitzetting niet in strijd is met artikel 8 EVRM.

2.16. Het beroep is gegrond. Het bestreden besluit dient te worden vernietigd wegens strijd met artikel 7:12 Awb. Verweerder dient met inachtneming van deze uitspraak een nieuw besluit op het bezwaar van eiser te nemen. De overige beroepsgronden behoeven in het licht hiervan geen bespreking meer.

2.17. De rechtbank ziet aanleiding voor veroordeling van een partij in de kosten die de andere partij in verband met de behandeling van het beroep redelijkerwijs heeft moeten maken. Het bedrag van de te vergoeden proceskosten dient naar het oordeel van de rechtbank te worden bepaald op € 874,- (1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting).

3. Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit van 11 december 2009
- veroordeelt verweerder in de proceskosten ad € 874,- en bepaalt dat verweerder deze kosten aan eiser dient te vergoeden;
- bepaalt dat verweerder het griffierecht ad € 150,- aan eiser dient te vergoeden.

Aldus gegeven door mr. S.M. Schothorst, en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van H.E. Benjamins als griffier op 10 juni 2010.

de griffier

de rechter

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 Vw 2000 dient het beroepschrift, in aanvulling op de vereisten gesteld in artikel 6:5 Awb, één of meer grieven tegen de uitspraak te bevatten. Artikel 6:6 Awb is niet van toepassing.

Zaaknummer: Awb 09/48167

blad 7

Afschrift verzonden op:

15 JUN 2010

VOOR AFSCHRIFT CONFORM DE GRIFFIER
VAN DE RECHTBANK
TE 'S-GRAVENHAGE



Immigratie- en Naturalisatiedienst

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Vreemdelingenzaken
Postbus 20019
2500 EA 's-GRAVENHAGE

RAAD VAN STATE	
INGEKOMEN	
13 JUL 2010	
ZAAKNR.	
AAN:	
BEHANDELD: DD:	PAR:

Hoger beroepschrift vreemdelingenzaken

Van:
de Minister van Justitie
te 's-Gravenhage
appellant
gemachtigde: mr. N.A.P. Trommelen
ambtenaar ten departemente

Tegen:
de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Groningen
van 10 juni 2010
met kenmerk 09/48167

Inzake:

met IND-kenmerk 0107-12-2041
aan te duiden als verweerder
gemachtigde: mr. A.C. de Klerk
advocaat te Amsterdam (Postbus 16695, 1001 RD)

Procesvertegenwoordiging
Zwolle
Zuiderzeelaan 43-51
8017 JV Zwolle

Postbus 40052
8004 DB Zwolle

M.J. Hofstra
Tel. 038-888 6428
Fax. 038-888 6557/8

1 Inleiding

De Minister van Justitie - de ambtsopvolger van de Staatssecretaris van Justitie - (verder: de Minister) komt in hoger beroep van de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Groningen, van 10 juni 2010, verzonden op 15 juni 2010, met kenmerk Awb 09/48167 (*productie 1*), in welke zaak de rechtbank het beroep tegen de beschikking van 11 december 2009 gegrond heeft verklaard, deze beschikking heeft vernietigd, de Minister middels rechtsoverweging 2.16 heeft opgedragen om met inachtneming van de uitspraak een nieuw besluit te nemen en de Minister in de proceskosten heeft veroordeeld.

2 Achtergronden

- 2.1 Op 15 juli 2009 heeft verweerder een aanvraag tot het verlenen van verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 14, eerste lid, Vw ingediend, met als beperking 'gezinsleven conform artikel 8 EVRM'.
- 2.2 Bij besluit van 10 september 2009 heeft de Minister de aanvraag afgewezen.
- 2.3 Het bezwaarschrift van 11 september 2009, gericht tegen de afwijzing van 10 september 2009, is ongegrond verklaard bij beschikking van 11 december 2009.
- 2.4 Bij de thans bestreden uitspraak heeft de rechtbank het door verweerder tegen de beschikking van 11 december 2009 ingestelde beroep gegrond verklaard.

3 Grieven

Grief 1

- 3.1 Ten onrechte overweegt de rechtbank op pagina 4, rechtsoverweging 2.10, onderste helft, van de bestreden uitspraak:

"(...) Bij die afweging zal moeten worden betrokken (...) of het gezinsleven is aangevangen op een moment waarop de betrokken personen wisten dat eiser illegaal was. Waar dat laatste het geval is, zal slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen worden gezegd dat verblijfsweigering een schending van artikel 8 EVRM oplevert. (...)"

En vervolgens op pagina 5 in rechtsoverweging 2.11:

"Hoewel aan verweerder moet worden toegegeven dat het gezinsleven van eiser met zijn partner is ontstaan terwijl eiser niet over een verblijfsvergunning beschikte, kan er niet aan worden voorbijgegaan dat eiser op dat moment niet illegaal was. Verweerder heeft in de afweging niet kenbaar betrokken dat eiser tijdens de asielpcedure, die ruim zeven jaar heeft geduurd, en gedurende welke het gezinsleven is ontstaan, rechtmatig verblijf in Nederland had."

Grief 2

- 3.2 Ten onrechte overweegt de rechtbank op pagina 5, rechtsoverweging 2.12 en 2.13, van de bestreden uitspraak:

"Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder ten onrechte aangenomen dat er geen sprake is van objectieve belemmeringen om het gezinsleven uit te oefenen in het land van herkomst (Sierra Leone), dan wel

het land waar eiser voor zijn vertrek naar Nederland bestendig verblijf heeft gehad (Guinee). De rechtbank overweegt daartoe het volgende.

Niet in geschil is dat eiser niet beschikt over een paspoort en zich heeft ingespannen om een identiteits- of reisdocument te verkrijgen. Hij heeft zich gewend tot de autoriteiten van Sierra Leone en Guinee. Tevens heeft hij contacten gehad met de Dienst Terugkeer & Vertrek en het Rode Kruis. Deze inspanningen hebben echter (nog) niet geleid tot het verkrijgen van een reis- of identiteitsdocument. Ter gelegenheid van een presentatie op 27 mei 2008 bij de autoriteiten van Sierra Leone is door de autoriteiten verklaard dat hij geen staatsburger is van Sierra Leone. Daargelaten of eiser al dan niet voldoet aan de voorwaarden voor vergunningverlening als vreemdeling die buiten schuld Nederland niet kan verlaten, kan eiser, zoals uitdrukkelijk is erkend door verweerder, niet naar zijn land van herkomst, Sierra Leone, terugkeren. Hij is immers niet in het bezit van een paspoort van dat land en is daar ook niet erkend als staatsburger.

Ten aanzien van Guinee, waar eiser vanaf zijn zesde jaar heeft verbleven, geldt een negatief reisadvies van de Nederlandse Minister van Buitenlandse Zaken. Volgens dit advies wordt alle in Guinee verblijvende Nederlanders aangeraden op eigen gelegenheid, en op een veilige wijze, het land te verlaten. Ten onrechte heeft verweerder in dit negatieve reisadvies onvoldoende grond gezien om een objectieve belemmering aan te nemen voor eiser en zijn gezin om het gezinsleven in Guinee uit te oefenen. Nu de Minister van Buitenlandse Zaken het verblijf in Guinee kennelijk te gevaarlijk vindt voor Nederlanders, is er voor eisers partner en hun zoon een objectieve belemmering voor verblijf in Guinee."

Grief 3

- 3.3 Vervolgens overweegt de rechtbank op pagina 5, rechtsoverweging 2.14, van de bestreden uitspraak ten onrechte:

"Verweerder heeft voorts ten onrechte in de afweging betrokken of van eiser en zijn gezin in redelijkheid kan worden gevergd dat zij naar een derde land afreizen om aldaar het gezinsleven uit te oefenen. Verweerder heeft niet onderkend dat volgens de jurisprudentie van het EHRM zoals hiervoor aangehaald, bij de vraag of er een positieve verplichting is op grond van artikel 8 EVRM om verblijf in Nederland toe te staan, onder meer in de afweging moet worden betrokken of er objectieve belemmeringen zijn om het gezinsleven in het land van herkomst uit te oefenen. Of er objectieve belemmeringen zijn om het gezinsleven in een niet nader genoemd derde land uit te oefenen, is niet een factor die door het EHRM wordt genoemd. Er is geen enkele aanwijzing dat er een derde land is, waar eiser zijn gezinsleven zou kunnen uitoefenen. Dit klemt te meer nu eiser niet beschikt over een paspoort. De stelling van verweerder, zoals verwoord in het besluit van 10 september 2009, dat van eiser kan worden verwacht dat hij inzicht geeft uit welk land hij afkomstig is, miskent de pogingen die eiser heeft ondernomen om aan identiteits- en reisdocumenten te komen en miskent bovendien dat in de asielprocedure zijn gestelde herkomst niet in twijfel is getrokken. Door verweerder is niet gemotiveerd aangegeven, zo er thans wel twijfel is over de gestelde herkomst, waarop deze twijfel is gebaseerd."

- 3.4 Op de hiervoor genoemde en bestreden overwegingen van de rechtbank berusten de rechtsoverwegingen 2.15 tot en met 2.17 op pagina 5 en 6. Gegrondbevinding van de hiervoor geformuleerde grieven tast ook de geldigheid van deze rechtsoverwegingen aan.
- 4 Toelichting op de grieven
- 4.1 Niet in geschil is dat verweerder niet beschikt over een geldige machtiging tot voorlopig verblijf (verder: mvv) die overeenkomt met het verblijfsdoel van de gevraagde verblijfsvergunning en de aanvraag kan worden afgewezen op grond van artikel 16, eerste lid, aanhef en onder a Vw. Onderhavige procedure beperkt zich tot de vraag of artikel 8 EVRM noopt tot vrijstelling van het mvv-vereiste op grond van artikel 3.71, tweede lid, aanhef en onder l, Vb.

- 4.2 Zoals verwoord in de bestreden uitspraak, rechtsoverweging 2.9, is niet in geschil dat sprake is van familie- en gezinsleven als bedoeld in artikel 8 EVRM tussen verweerder, zijn partner en hun minderjarige zoon.
- 4.3 Naar de mening van de Minister is in de bestreden uitspraak, rechtsoverweging 2.10, terecht geoordeeld dat geen sprake is van inmenging als bedoeld in artikel 8, tweede lid, EVRM.
- 4.4 Aangezien is geconcludeerd dat sprake is van familie- en gezinsleven en geen sprake is van inmenging als hiervoor bedoeld, dient een belangenafweging te worden gemaakt ter beoordeling van de vraag of een positieve verplichting bestaat verblijf hier te lande toe te staan. Bij deze belangenafweging moeten de belangen van de vreemdeling en zijn gezin worden beoordeeld in verhouding tot de belangen van de Nederlandse samenleving. In de bestreden uitspraak is ten onrechte geoordeeld dat de Minister ten onrechte heeft geconcludeerd dat deze belangenafweging in het voordeel van de Nederlandse samenleving resulteert.

Ad grief 1

- 4.5 In de bestreden uitspraak, rechtsoverweging 2.10, concludeert de rechtbank ten onrechte dat bij de belangenafweging moet worden betrokken de vraag of het gezinsleven is aangevangen op het moment waarop de betrokken personen wisten dat de vreemdeling *illegaal* in Nederland verbleef. In de bestreden uitspraak, rechtsoverweging 2.11, oordeelt de rechtbank aansluitend ten onrechte dat niet kan worden voorbijgegaan aan de omstandigheid dat verweerder ten tijde van het aangaan van het gezinsleven niet *illegaal* was aangezien gedurende de asielprocedure sprake was van rechtmatig verblijf.
- 4.6 In het kader van de belangenafweging is niet zozeer van belang of het familie- en gezinsleven is aangegaan op het moment dat sprake was van illegaal of rechtmatig verblijf. Van belang is of het familie- en gezinsleven is aangegaan op een moment dat (on)zekerheid bestond omtrent de verblijfsaanspraken van verweerder hier te lande. De Minister leest in onder andere de uitspraak van het EHRM van 14 april 2009, application nr. 38165/07 (www.echr.coe.int), een bevestiging van dit standpunt. Hierbij wordt met name verwezen naar pagina 8 van de uitspraak van het EHRM waarin is overwogen:

"(...) Another important consideration will also be whether family life was created at a time when the persons involved were aware that the immigration status of one of them was such that the persistence of that family life within the host state would from the outset be precarious.(...)"

en vervolgens op dezelfde pagina:

"(...)It is, moreover, to be noted that the relationship relied on by the applicant was created at a time and developed during a period when the persons involved were aware that his immigration status was uncertain and that the persistence of that family life within the Netherlands was thus precarious.(...)"

- 4.7 De rechtbank geeft in de in onderhavige grief bestreden rechtsoverwegingen dan ook blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Ten onrechte oordeelt de rechtbank dat het aangaan van familie- en gezinsleven hier te lande gedurende een toelatingsprocedure, waarvan de behandeling in Nederland mag worden afgewacht, bij de belangenafweging in het voordeel van verweerder weegt. De omstandigheid dat verweerder de

behandeling van zijn asielprocedure in Nederland heeft mogen afwachten, dan wel gedurende de asielprocedure rechtmatig verblijf heeft gehad als bedoeld in artikel 8 Vw en geen sprake was van illegaal verblijf, laat onverlet dat verweerder niet in het bezit was van een verblijfsvergunning en overigens ook - mede gelet op de afwijzingen van zijn asielaanvraag door de Minister - geenszins uitzicht bestond op een verblijfsvergunning. De asielprocedure en het toenmalige rechtmatig verblijf waren voorts slechts van tijdelijke aard. Verweerder is dan ook het familie- en gezinsleven aangegaan op een moment dat zijn verblijfsaanspraken hier te lande ter discussie stonden en hieromtrent geenszins zekerheid bestond. In het kader van de belangenafweging van artikel 8 EVRM komt het derhalve voor rekening en risico van verweerder en zijn gezin dat het familie- en gezinsleven is aangegaan gedurende een periode waarin geen zekerheid bestond omtrent de aanspraken van verweerder op een verblijfsvergunning voor Nederland.

- 4.8 Het oordeel in de bestreden uitspraak, rechtsoverweging 2.11, dat de Minister in de belangenafweging als bedoeld in artikel 8 EVRM niet kenbaar heeft betrokken de omstandigheid dat verweerder tijdens zijn asielprocedure rechtmatig verblijf in Nederland had is - mede gelet op hetgeen in de vorige alinea's uiteen is gezet - gebaseerd op een onjuiste feitenvaststelling. In de in beroep bestreden beschikking van 11 december 2009 is immers in dit verband bij herhaling aangegeven dat verweerder gezinsleven in Nederland heeft opgebouwd terwijl niet duidelijk was of hij in Nederland zou mogen verblijven, dan wel niet in het bezit was van een verblijfsvergunning. Hierbij wordt verwezen naar de beschikking van 11 december 2009, pagina 3, vijfde alinea, en pagina 4, onderste alinea. Het rechtmatig verblijf van verweerder hier te lande is in zoverre (afdoende) bij de belangenafweging betrokken.
- 4.9 De Minister is van mening dat de omstandigheid dat verweerder en zijn gezin het familie- en gezinsleven zijn aangegaan op het moment dat sprake was van onzekerheid over de vraag of verweerder in aanmerking zou kunnen komen voor een verblijfsvergunning, in het kader van de belangenafweging als bedoeld in artikel 8 EVRM in het nadeel van verweerder resulteert. Het belang van de Nederlandse samenleving om niet reeds door gevoerde vreemdelingrechtelijke procedures geconfronteerd te worden met verplichte verblijfsaanvaarding in het kader van artikel 8 EVRM weegt althans zwaarder dan het belang van verweerder.
- 4.10 *Gelet op het voorgaande moet reeds worden geconcludeerd dat de bestreden uitspraak in techte niet kan worden gehandhaafd.*

Ad grief 2

- 4.11 In de bestreden uitspraak, rechtsoverwegingen 2.12 en 2.13, oordeelt de rechtbank naar de mening van de Minister ten onrechte dat een objectieve belemmering is gelogen in de omstandigheid dat verweerder niet beschikt over een paspoort van Sierra Leone, zich heeft ingespannen om een Sierraleoons identiteits- of reisdocument te verkrijgen, niet is erkend als staatsburger van Sierra Leone en niet kan terugkeren naar Sierra Leone. De rechtbank oordeelt voorts ten onrechte dat het negatief reisadvies ten aanzien van Guinee eveneens leidt tot de conclusie dat sprake is van een objectieve belemmering om het gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen.

- 4.12 De Minister acht allereerst van belang dat uit de tekst van artikel 8 EVRM volgt dat bij de beoordeling inzake artikel 8 EVRM sprake is van een 'margin of appreciation' oftewel een beoordelingsvrijheid voor de contractsluitende staat. In het licht van deze beoordelingsvrijheid dient de rechtbank de belangenafweging als hiervoor bedoeld terughoudend te toetsen. De in onderhavige grief bestreden rechtsoverwegingen geeft geen blijk van een dergelijke terughoudende toetsing nu de rechtbank zijn oordeel inzake de objectieve belemmering in de plaats van dat van de Minister heeft gesteld. Reeds hierom dient naar de mening van de Minister onderhavige grief te leiden tot vernietiging van de bestreden uitspraak.

Vergelijk:

- AbRS, 7 december 2007, nr. 20070472711, r.o. 2.3.1 (productie 2).

- 4.13 De Minister is voorts van mening dat de rechtbank niet kan worden gevolgd in het oordeel dat sprake is van een objectieve belemmering om het gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen gelet op het ontbreken van een reis- of identiteitsdocument of het staatsburgerschap van Sierra Leone. Daartoe is van belang dat het op de weg van verweerder ligt om aan te tonen dat sprake is van een vermoeden van een objectieve belemmering om het familie- en gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen. Het ligt niet op de weg van de Minister om aan te tonen dat van een dergelijke objectieve belemmering geen sprake is.

- 4.14 In dit kader acht de Minister van belang dat blijkens het verslag van het eerste gehoor in de asielprocedure van 13 juli 2001, pagina 4, verweerder heeft verklaard dat hij en zijn oom bij de Sierraleonese ambassade in Guinee stonden geregistreerd en in het bezit waren van zogenoemde consulaire kaarten. Verweerder heeft in de asielprocedure voorts gesteld de Sierraleonese nationaliteit te bezitten. Documenten inzake de identiteit-, nationaliteit en het verblijf in Guinee zijn echter niet overgelegd. De door verweerder overgelegde documenten, te weten twee kaarten van de UNHCR en een kaart van het Rode Kruis, zijn alle vals bevonden. Hierbij wordt verwezen naar het proces-verbaal van bevindingen van de Koninklijke Marechaussee van 12 juli 2001 (productie 3). Naar aanleiding van een presentatie bij de Sierraleonese ambassade in Brussel op 27 mei 2008 moet voorts worden geconcludeerd dat verweerder niet is erkend als staatsburger van Sierra Leone. De omstandigheid dat verweerder geen documenten heeft overgelegd inzake zijn identiteit, nationaliteit en verblijf in Sierra Leone of Guinee, ook niet ten aanzien van zijn oom of andere familieleden, de documenten die verweerder wel heeft overgelegd nota bene vals zijn bevonden, alsmede de omstandigheid dat de verklaringen van verweerder omtrent zijn Sierraleonese nationaliteit worden tegengesproken door de Sierraleonese autoriteiten, kan naar de mening van de Minister bezwaarlijk in het voordeel van verweerder wegen en rechtvaardigt ook overigens niet de conclusie dat is aangetoond dat sprake is van een vermoeden van een objectieve belemmering om het familie- en gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen. De omstandigheid dat in de beschikking in primo van 10 september 2009 is aangegeven dat van verweerder niet wordt verwacht terug te keren naar Sierra Leone, laat mede gelezen in samenhang met hetgeen ten aanzien van Guinee en in grief 3 ten aanzien van Zwitserland uiteen is gezet, onverlet dat een objectieve belemmering om het familie- en gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen niet is aangetoond. In dit verband is tevens van belang de waarde die hier te lande onder andere in het kader van de openbare orde wordt gehecht aan de identificatie van de burgers en in het verlengde daarvan de

identificatieplicht; in vreemdelingrechtelijke zaken geïncorporeerd in het paspoortvereiste.

- 4.15 Ten aanzien van het negatief reisadvies inzake Guinee is voorts nog van belang dat hier sprake is van (slechts) een advies van de Minister van Buitenlandse Zaken. Dit advies is voorts algemeen van aard en ziet derhalve niet specifiek op verweerder of zijn gezin. Onder verwijzing naar het beleid in hoofdstuk B2/10.2.3.2 Vc en het landgebonden asielbeleid in C24/10a.5 Vc merkt de Minister nog op dat ten aanzien van Guinee geen sprake is van een categoriaal beschermingsbeleid. Het enkele bestaan van een negatief reisadvies als hiervoor bedoeld rechtvaardigt dan ook geenszins de conclusie dat een objectieve belemmering moet worden aangenomen, hetgeen de rechtbank heeft miskend. De in onderhavige grief bestreden rechtsoverweging kan derhalve ook reeds hierom in rechte geen stand houden.

Vergelijk:

- AbRS, 15 juli 2009, nr. 200800634/1, ro 2.5.2 (www.raadvanstate.nl).

- 4.16 Gelet op het voorgaande, alsmede gelet op de omstandigheid dat niet is gebleken van zeer uitzonderlijke omstandigheden die nopen tot de conclusie dat sprake is van een positieve verplichting, kan de bestreden uitspraak in rechte niet worden gehandhaafd.

Ad grief 3

- 4.17 In de bestreden uitspraak, rechtsoverweging 2.14, oordeelt de rechtbank dat de Minister de vraag of het familie- en gezinsleven in een derde land kan worden uitgeoefend ten onrechte bij de beoordeling heeft betrokken nu volgens de jurisprudentie van het EHRM moet worden beoordeeld of sprake is van een objectieve belemmering om het gezinsleven in het land van herkomst uit te oefenen.
- 4.18 Nog afgezien van de vraag of volgens de jurisprudentie van het EHRM (enkel) moet worden beoordeeld of sprake is van een objectieve belemmering om het gezinsleven in het land van herkomst uit te oefenen, acht de Minister het volgende van belang. De rechtbank heeft miskend dat niet enkel het land van herkomst van verweerder van belang is bij de belangenafweging, maar ook het land (de landen) van herkomst van zijn gezinsleden. Naar de mening van de Minister ontbreekt althans een rechtsgrond om ten aanzien van verweerder wel meerdere landen van herkomst bij de beoordeling te betrekken, te weten Sierra Leone en Guinee, maar ten aanzien van zijn partner enkel Nederland en niet ook Zwitserland. In het beleid in hoofdstuk B2/10.2.3.2 Vc wordt aangegeven dat in het zich daartoe lenende geval moet worden beoordeeld of het gezinsleven in een derde land kan worden uitgeoefend. Onder verwijzing naar de werkgeversverklaring van 10 augustus 2009 (productie 4) moet worden geconcludeerd dat de partner van verweerder in Zwitserland is geboren en mogelijk ook de Zwitserse nationaliteit bezit. Zwitserland kan derhalve worden aangemerkt, dan wel gelijk worden gesteld met het land van herkomst van de partner van verweerder. Voorts is niet in geschil dat de partner zich met hun zoon in Zwitserland kan vestigen. Hierbij wordt verwezen naar de aantekeningen van het verhandelde ter zitting, onder andere zevende pagina, eerste alinea (productie 5). Door verweerder is echter geen helderheid verschaft, noch onderbouwd dat sprake is van een objectieve belemmering ten aanzien van Zwitserland, zodat reeds hierom de belangenafweging als bedoeld in artikel 8 EVRM niet in het voordeel van

verweerder dient te resulteren. Hierbij wordt nog opgemerkt dat de omstandigheid dat Zwitserland niet expliciet wordt genoemd in de in beroep bestreden beschikking of de beschikking in primo, niet afdoet aan het voor de partijen bekende feit dat de partner afkomstig is uit Zwitserland (productie 4) en mogelijk de Zwitserse nationaliteit heeft. Voorts is in de in beroep bestreden beschikking gemotiveerd aangegeven dat de partner en haar kind zich in een derde land kunnen vestigen en is ter zitting bij de rechtbank nogmaals gewezen op Zwitserland (productie 5). In zoverre is niet onduidelijk gebleven in welk derde land verweerder en zijn gezin zich zouden kunnen vestigen, hetgeen door de rechtbank is miskend.

Vergelijk:

- ABRs, 24 maart 2010, nr. 200904998/1 (www.raadvanstate.nl).

- 4.19 De Minister merkt nog op dat de omstandigheid dat in de asielprocedure niet is getwijfeld aan de gestelde Sierra Leoneanse nationaliteit dan wel herkomst van verweerder, niet de conclusie rechtvaardigt dat in onderhavige reguliere procedure voorbij moet worden gegaan aan de omstandigheid dat het op de weg van verweerder ligt om aan te tonen dat aan de voorwaarden voor verlening van een verblijfsvergunning regulier als bedoeld in artikel 14 Vw wordt voldaan. Het toetsingskader in een asielprocedure is immers een andere dan het toetsingskader in onderhavige reguliere procedure. Daar komt bij dat de in onderhavige procedure voorliggende feiten en omstandigheden andere zijn dan die in de asielprocedure voorlagen en ook daarom een verwijzing naar de asielprocedure geen opgeld doet.
- 4.20 Mede gelet op hetgeen in de toelichting op grief 2 uiteen is gezet is de Minister voorts van mening dat de omstandigheid dat verweerder pogingen heeft ondernomen om aan identiteits- en reisdocumenten te komen niet de conclusie rechtvaardigt dat daarom de belangenafweging als bedoeld in artikel 8 EVRM in het voordeel van verweerder moet resulteren.
- 4.21 De Minister is van mening dat moet worden geconcludeerd dat ook gelet op het voorgaande de bestreden uitspraak in rechte niet kan worden gehandhaafd.
- 4.22 Gelet op dit alles had de rechtbank het beroep ongegrond dienen te verklaren.

5 Conclusie

De Minister concludeert tot gegrondverklaring van het hoger beroep, vernietiging van de bestreden uitspraak en ongegrondverklaring van de door verweerder tegen het besluit van 11 december 2009 ingestelde beroep.

Zwolle, 13 juli 2010

Gemachtigde

Mr. N.A.R. Trommele, *senior procesvertegenwoordiger*

Ministerie van Justitie
Immigratie- en Naturalisatiedienst
Proces Procesvertegenwoordiging
Vestiging Zwolle
Postbus 40052
8004 DB Zwolle
telefoon 038 888 6297
telefax 038 888 6557/6558