

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

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

de minister van Buitenlandse Zaken,
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 22 september 2010
in zaak nr. 10/13718 in het geding tussen:

en

de minister.

1. Procesverloop

Bij besluit van 21 oktober 2009 heeft de minister een aanvraag van de vreemdeling om haar een machtiging tot voorlopig verblijf (hierna: mvv) te verlenen afgewezen.

Bij besluit van 26 maart 2010 heeft de minister het daartegen door de vreemdeling gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 22 september 2010, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het daartegen door de vreemdeling ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en bepaald dat de minister een nieuw besluit op het gemaakte bezwaar neemt met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de minister bij brief, bij de Raad van State binnengekomen op 19 oktober 2010, hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.

De vreemdeling heeft een verweerschrift ingediend.

Vervolgens is het onderzoek gesloten.

2. Overwegingen

2.1. In zijn grief klaagt de minister dat, samengevat weergegeven, de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat hij de belangenafweging in het kader van het door artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) beschermde recht op - voor zover thans van belang - eerbiediging van het gezinsleven van de vreemdeling op onjuiste wijze heeft verricht. Door op basis van haar constatering dat de minister de aard en ernst van het door de vreemdeling gepleegde misdrijf niet uitdrukkelijk bij zijn belangenafweging heeft betrokken deze belangenafweging onjuist te achten, is de rechtbank eraan voorbij gegaan dat zij zijn belangenafweging en het resultaat daarvan, waarbij hij alle door de vreemdeling aangevoerde feiten en omstandigheden heeft betrokken, als geheel diende te toetsen.

2.1.1. Niet in geschil is dat sprake is van gezinsleven tussen de vreemdeling, de echtgenoot en hun kind. Evenmin is in geschil dat de weigering de vreemdeling een mvv te verlenen geen inmenging vormt in haar door artikel 8 van het EVRM beschermde recht op gezinsleven.

Niettemin kunnen zich zodanige feiten en omstandigheden voordoen dat uit het recht op eerbiediging van het gezinsleven voor de Nederlandse staat een positieve verplichting voortvloeit de vreemdeling verblijf hier te lande toe te staan. Volgens de vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van Mens (hierna het EHRM; onder meer T.I. en W.S. Ebrahim, arrest van 18 maart 2003, nr. 59186/00, 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 uitoefening van het 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 de betreffende lidstaat een zekere beoordelingsruimte toe.

Volgens het door de minister gevoerde beleid, neergelegd in onderdeel B2/10.2.3.1 van de Vreemdelingencirculaire 2000, betreft de minister bij zijn belangenafweging in het kader van artikel 8 van het EVRM, ook in een zaak als deze, de "guiding principles" en criteria die het EHRM heeft geformuleerd in zijn arresten Boultif tegen Zwitserland, van 2 augustus 2001, nr. 54273/00 (AB 2001, 341) en Üner tegen Nederland, van 18 oktober 2006, nr. 46410/99 (JV 2006/417) (hierna: de Boultif- en Üner-criteria).

2.1.2. De minister klaagt terecht dat de rechtbank de door de minister gemaakte belangenafweging ten onrechte als onjuist heeft aangemerkt op basis van haar enkele constatering dat de minister één van voormelde Boultif- en Üner-criteria niet uitdrukkelijk bij zijn belangenafweging heeft betrokken. De rechtbank heeft dusdoende niet onderkend dat uit hetgeen de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van de Afdeling van 20 oktober 2009 in zaak nr. 200900194/1/V3, www.raadvanstate.nl) volgt dat het EHRM niet als vereiste stelt dat het besluit over alle "guiding principles" en criteria afzonderlijk vermeldt of deze het besluit kunnen dragen; de Boultif- en Üner-criteria dienen in hun onderlinge samenhang te worden gehanteerd. De rechtbank had dan ook dienen te toetsen of de gemaakte belangenafweging van de minister als geheel in rechte houdbaar is.

De grief slaagt.

2.2. Het hoger beroep is kennelijk gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het besluit van 26 maart 2010 toetsen in het licht van de daartegen aangevoerde beroepsgronden, voor zover daarop nog moet worden beslist.

2.3. De vreemdeling heeft in beroep, samengevat weergegeven, aangevoerd dat de uitkomst van de belangenafweging van de minister onjuist is. Volgens de vreemdeling heeft de minister onvoldoende gewicht toegekend aan de banden die zij, haar echtgenoot - mede gelet op diens andere kinderen - en hun kind met Nederland hebben, alsmede het moment dat hun gezinsleven is begonnen. Hij heeft teveel gewicht toegekend aan het door haar gepleegde strafbare feit.

2.3.1. In het besluit van 26 maart 2010, waarbij hij het besluit van 21 oktober 2009 heeft gehandhaafd, heeft de minister zich op het standpunt gesteld dat de weigering de vreemdeling een mvv te verlenen geen schending oplevert van haar door artikel 8 van het EVRM beschermde recht op gezinsleven. De minister heeft daarbij betrokken dat de vreemdeling is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke geldboete voor het op

24 november 2008 plegen van een misdrijf - diefstal gepleegd door twee of meer verenigde personen - terwijl zij op dat moment twee jaar illegaal in Nederland verbleef. De vreemdeling is op 7 augustus 2006 op basis van een zogeheten visum kort verblijf Nederland ingereisd, maar is, nadat de geldigheidsduur daarvan is verlopen, niet teruggekeerd naar haar land van herkomst. Volgens de minister heeft de vreemdeling gezinsleven met haar echtgenoot en hun kind, maar is dit gezinsleven begonnen op het moment dat de vreemdeling illegaal in Nederland verbleef.

Omdat de vreemdeling het strafbare feit heeft gepleegd tijdens deze periode van illegaal verblijf en omdat zij ten tijde van het plegen van het misdrijf pas een jaar was gehuwd en hun kind pas anderhalf jaar oud was, konden de vreemdeling en haar echtgenoot redelijkerwijs voorzien dat het plegen van het misdrijf gevolgen zou hebben voor een beoogd recht op verblijf in Nederland. Volgens de minister is de vreemdeling een week na het plegen van het strafbare feit met hun kind teruggekeerd naar India, zodat niet valt in te zien dat haar echtgenoot hen niet naar India kan volgen. De echtgenoot heeft immers net als de vreemdeling en hun kind de Indiase nationaliteit en heeft tot zijn 26^e levensjaar in India gewoond. Er bestaat derhalve geen objectieve belemmering om het gezinsleven in India uit te oefenen. Weliswaar heeft de echtgenoot in Nederland drie kinderen uit een eerder huwelijk, maar volgens de minister is niet gebleken dat hij het gezinsleven met deze kinderen op zodanige manier uitoefent dat zijn belang om - samen met de vreemdeling - in Nederland te verblijven zwaarder weegt dan het belang van de Nederlandse staat om de vreemdeling dat verblijf wegens openbare orde aspecten niet toe te staan.

2.3.2. Gezien het geheel van de voor de belangenafweging in deze zaak van betekenis zijnde feiten en omstandigheden die de minister kenbaar aan de hand van de Boultif- en Üner-criteria bij zijn besluitvorming heeft betrokken, heeft de minister zich, gelet op de "fair balance" die dient te worden gevonden tussen het belang van de vreemdeling bij gezinsleven hier te lande enerzijds en het belang van de bescherming van de openbare orde anderzijds niet ten onrechte op het standpunt gesteld dat de weigering de vreemdeling een mvv te verlenen geen schending vormt van het door artikel 8 van het EVRM beschermde recht op het gezinsleven van de vreemdeling met haar echtgenoot en hun minderjarig kind.

De beroepsgronden falen.

2.4. Het beroep is ongegrond.

2.5. 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 van 22 september 2010 in zaak nr. 10/13718;
- III. verklaart het in die zaak ingestelde beroep ongegrond.

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

De voorzitter
is verhinderd de uitspraak
te ondertekenen.

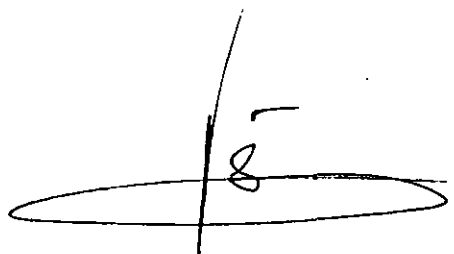
w.g. Bosma
ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 25 maart 2011

572.

Verzonden: 25 maart 2011

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.

mr. H.H.C. Visser

F1

uitspraak

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector bestuursrecht

Afdeling 3, enkelvoudige kamer

Regnr.: AWB 10/13718 MVV

UITSPRAAK ingevolge artikel 8:77 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb)

in het geding tussen

, eiseres, V-nummer , woonplaats kiezende ten kantore van haar gemachtigde, mr. J. Singh, advocaat te Hoofddorp,

en

de minister van Buitenlandse Zaken, verweerder.

I PROCESVERLOOP

Eiseres is geboren op en bezit de Indiase nationaliteit.

Bij brief van 10 september 2009 heeft eiseres een aanvraag ingediend tot het verlenen van een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) met als doel 'gezinsvorming bij echtgenoot'. Op deze aanvraag om afgifte van een mvv, zijnde een visum in de zin van het Soeverein Besluit van 12 december 1813, is door verweerder op 21 oktober 2009 afwijzend beslist. Eiseres heeft tegen dit besluit een bezwaarschrift ingediend. Verweerder heeft op 26 maart 2010 het bezwaar (bestreden besluit) ongegrond verklaard.

Bij brief van 12 april 2010 heeft eiseres tegen dit besluit beroep ingesteld bij de rechtbank.

Verweerder heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken ingezonden en een verweerschrift ingediend.

De openbare behandeling van het beroep heeft plaatsgevonden op 7 september 2010. Eiseres heeft zich ter zitting laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde. Verweerder heeft zich doen vertegenwoordigen door zijn gemachtigde mr. P. Bosch.

II OVERWEGINGEN

1 Ingevolge artikel 72, tweede lid, van de Vreemdelingenwet (Vw) 2000, wordt een beschikking omtrent de afgifte van een visum, waaronder begrepen een mvv, voor de toepassing van hoofdstuk 7 van de Vw 2000 (betreffende rechtsmiddelen), gelijkgesteld met een beschikking omtrent een verblijfsvergunning regulier gegeven krachtens de Vw 2000.

2 Eiseres stelt dat zij in aanmerking komt voor de gevraagde mvv. De aanvraag is ten onrechte afgewezen wegens gevaar voor de openbare orde, daar eiseres niet onherroepelijk is veroordeeld. De weigering een mvv te verlenen levert voorts een schending van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) op.

Regnr.: AWB 10/13718 MVV

2

3 Verweerder stelt dat eiseres niet in aanmerking komt voor de gevraagde mvv. Eiseres is veroordeeld voor diefstal tot een geldboete. Eiseres vormt derhalve een gevaar voor de openbare orde. Dat eiseres niet onherroepelijk is veroordeeld maakt dit niet anders. Verweerder ziet geen aanleiding om van zijn beleid af te wijken. Eiseres is met een visum voor kort verblijf ingereisd, zodat het voor rekening en risico van eiseres dient te komen dat haar geen verblijf wordt toegestaan. Er is volgens verweerder geen sprake van schending van artikel 8 van het EVRM.

4 De aanvraag om afgifte van een mvv wordt getoetst aan de voorwaarden die worden gesteld met het oog op het verlenen van een verblijfsvergunning (regulier) in Nederland (zie hoofdstuk B1/1.1 van de Vreemdelingencirculaire (Vo) 2000).

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

Ingevolge artikel 3.77, eerste lid, aanhef en onder c, van het Vreemdelingenbesluit (Vb) 2000 kan de aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, bedoeld in artikel 14 van de Vw 2000, op grond van artikel 16, eerste lid, onder d, van de Vw 2000 worden afgewezen wegens gevaar voor de openbare orde, indien de vreemdeling ter zake van een misdrijf is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf of vrijheidsontnemende maatregel, tot een taakstraf of tot een onvoorwaardelijke geldboete, dan wel indien hij ter zake van misdrijf een transactieaanbod heeft aanvaard.

Het beleid met betrekking tot de openbare orde en nationale veiligheid is neergelegd in hoofdstuk B1/4.4 van de Vo 2000.

6 De rechtbank overweegt voorts het volgende. Uit de gedingstukken blijkt dat eiseres door de enkelvoudige strafkamer van het gerechtshof te 's-Gravenhage is veroordeeld voor diefstal gepleegd door twee of meer verenigde personen op 24 november 2008 tot een geldboete van € 300,00, waarvan € 150,00 voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaren. Gelet hierop was verweerder bevoegd de aanvraag op grond van artikel 3.77, eerste lid, aanhef en onder c, van het Vb 2000 en voormeld beleid af te wijzen wegens gevaar voor de openbare orde. De omstandigheden die hebben geleid tot de veroordeling liggen in de onderhavige procedure niet ter beoordeling voor. Dat de veroordeling nog niet onherroepelijk is geworden, leidt niet tot een ander oordeel.

7 In hoofdstuk B2/10.2.3 van de Vo 2000 is bepaald dat zowel bij eerste toelating als bij inmenging altijd een volledige belangenafweging dient plaats te vinden tussen het belang van verweerder bij bescherming van de openbare orde en de nationale veiligheid en het belang van eiseres bij uitoefening van haar gezinsleven. Niet in geschil is dat in onderhavig geval sprake is van een aanvraag tot eerste toelating, nu het bestreden besluit er niet toe strekt eiseres een verblijfstitel te ontnemen die haar tot uitoefening van het gezinsleven hier te lande in staat stelde. Voorts is niet in geschil dat tussen eiseres, referent en hun kind sprake is van gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM.

Regnr.: AWB 10/13718 MVV

3

8 In hoofdstuk B2/10.2.3.1 van de Vc 2000 is bepaald dat indien openbare orde inspecten een rol spelen in de weigering verblijf toe te staan, de uit het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) van 2 augustus 2001 inzake Boultif (LJN AD3516) genoemde 'guiding principles' in ieder geval bij de belangenafweging betrokken dienen te worden;

- de aard en de ernst van het (de) gepleegde strafbare feit(en);
- de duur van het verblijf in het gastland;
- de tijd die is verstreken sinds het strafbare feit werd gepleegd en het gedrag van de betrokkene in die periode;
- de nationaliteiten van de betrokken personen;
- de gezinssituatie van de betrokkene, zoals de duur van de relatie;
- de vraag of de partner op de hoogte was van het strafbare feit op het moment dat het gezinsleven werd aangevangen;
- de vraag of er kinderen uit de relatie zijn geboren en, als dat het geval is, hun leeftijd;
- de ernst van de moeilijkheden die zijn te verwachten voor de partner in het land van herkomst;
- de ernst van de problemen die de kinderen zullen ondervinden in het land van herkomst van de vreemdeling;

Daarbij moet in elk geval worden vastgesteld of sprake is van een objectieve belemmering om het familie- en gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen.

In de uitspraak van het EHRM van 5 juli 2005 inzake Üner (LJN AZ2407) heeft het EHRM aan voornoemde uitgangspunten nog toegevoegd:

- de belangen en het welzijn van de kinderen, met name de ernst van de moeilijkheden die de kinderen in het land van herkomst tegemoet gaan,
- de hechtheid van de sociale, culturele en familiebanden van de vreemdeling met het gastland en het land van herkomst.

9 De rechtbank is van oordeel dat verweerder bij de beoordeling van het misdrijf onvoldoende rekening heeft gehouden met de aard en de geringe ernst van het misdrijf en de omstandigheden waaronder het gepleegd is. Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt immers dat de aard en de ernst van het misdrijf een grote rol spelen bij de belangenafweging welke gemaakt dient te worden in het kader van artikel 8 van het EVRM (vergelijk onder andere het arrest inzake Maslov van 23 juni 2008 (LJN: BD8475) en het arrest inzake Oinojudi van 24 november 2009 (LJN: BL1770)). Verweerder heeft slechts overwogen dat sprake is van een misdrijf, maar heeft bij de beoordeling niet de omstandigheden waaronder het misdrijf is gepleegd betrokken. De rechtbank acht in dat verband ook van belang dat aan eiseres een boete van € 300,-, waarvan € 150,- is opgelegd, waar de maximumstraf op het door eiseres gepleegde misdrijf een gevangenisstraf van vier jaren bedraagt of een geldboete van de vierde categorie (€ 16.750,-). In het arrest van het Gerechtshof ontbreekt een nadere motivering van de op te leggen straf. Naar het oordeel van de rechtbank kan enkel uit de hoogte van de op te leggen straf worden afgeleid dat het om een licht vergrijp gaat. Uit het vorenstaande volgt dat verweerder het bestreden besluit ondeugdelijk heeft gemotiveerd.

10 Het beroep is dan ook gegrond. De rechtbank zal het besluit vernietigen wegens strijd met het in artikel 7:12, eerste lid, van de Awb neergelegde motiveringsbeginsel.

Regnr.: AWB 10/13718 MVV

4

11 Eiseres heeft ter zitting de rechtbank verzocht, met toepassing van artikel 8:72 van de Awb, zelf in de zaak te voorzien. De rechtbank ziet daartoe geen aanleiding, nu onvoldoende duidelijk is of eiseres aan de overige vereisten voor afgifte van een mvv voldoet. Verweerder zal een nieuw besluit moeten nemen met inachtneming van deze uitspraak. De rechtbank zal verweerder opdragen binnen vier weken na de datum van verzending van deze uitspraak aan partijen een nieuw besluit te nemen op het bezwaarschrift. Gezien het voorgaande behoeft hetgeen eiseres verder heeft aangevoerd thans geen bespreking.

12 De rechtbank ziet in dit geval aanleiding verweerder met toepassing van artikel 8:75, eerste lid, van de Awb te veroordelen in de kosten die eiseres in verband met de behandeling van het beroep redelijkerwijs heeft moeten maken. Deze kosten zijn op voet van het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht vastgesteld op € 874,- (1 punt voor het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van € 437,- en een wegingsfactor 1).

Regnr.: AWB 10/13718 MVV

5

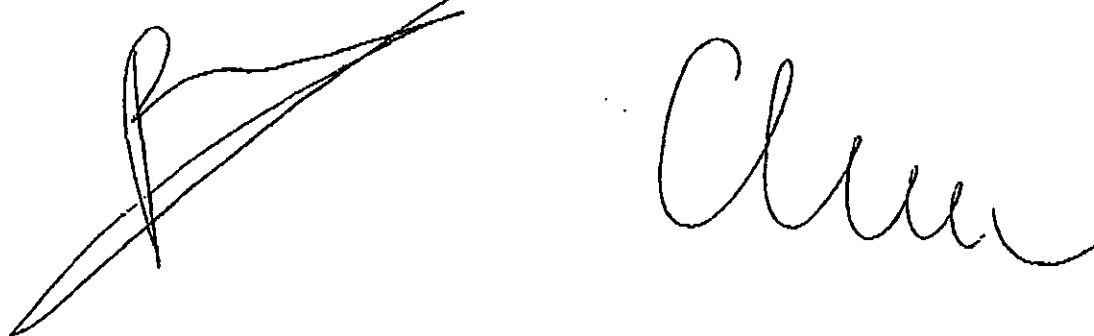
III BESLISSING

De rechtbank 's-Gravenhage,

RECHT DOENDE:

- 1 verklaart het beroep gegrond;
- 2 vernietigt het bestreden besluit;
- 3 bepaalt dat verweerder met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen binnen vier weken na de datum van verzending van deze uitspraak aan partijen een nieuw besluit neemt op het bezwaarschrift;
- 4 veroordeelt verweerder in de proceskosten ad € 874,-, die deze kosten aan eiseres dient te betalen;
- 5 gelast dat verweerder het door eiseres betaalde griffierecht ad € 150,- vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. E. Kouwenhoven, in tegenwoordigheid van de griffier
mr. B.J. Dekker.



Uitgesproken in het openbaar op 22 september 2010.

RECHTSMIDDEL

Partijen kunnen tegen deze uitspraak hoger beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

De termijn voor het indienen van een beroepschrift bedraagt vier weken na de verzending van de uitspraak door de griffier.

Bij het beroepschrift dient een kopie van deze uitspraak te worden overgelegd. Het beroepschrift dient een of meer grieven tegen de uitspraak van de rechtbank te bevatten en moet worden geadresseerd aan de Raad van State, Afdeling bestuursrechtspraak, Hoger beroep vreemdelingenzaken, Postbus 16113, 2500 BC Den Haag (nadere informatie www.raadvanstate.nl).

Afschrift verzonden op:

22 SEP 2010



Ministerie van Buitenlandse Zaken

Visadienst

Postadres Postbus 30120, 2500 GC Den Haag

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State
Postbus 20019
2500 EA 'S-GRAVENHAGE

Bezoekadres
Bordewijkdean 62
2591 XR Den Haag
Telefoon 070 779 7105
Fax 070 779 6508

Onderdeel
Contactpersoon
Doorkiesnummer(s)
Datum
Dossiernummer
Uw kenmerk
Bijlage(n)
Onderwerp

Procesvertegenwoordiging
mr. J.M. Agtersloot
070-7797105
19 oktober 2010
0301-11-8001

2

Hoger beroep van de Minister van Buitenlandse Zaken
en verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening

RAAD VAN STATE INGEKOMEN	
19 OKT 2010	
ZAANKR.	201010014/1102
AAN:	V2
BEHANDELD DD:	PAR:

Hierbij ontvangt u het hoger beroepschrift tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage van 22 september 2010, verzonden op 22 september 2010, met kenmerk AWB 10/13718.

De machtiging tot het instellen van het hoger beroep is bijgevoegd.

Blijkens de bestreden uitspraak is de Minister gehouden binnen vier weken na de datum waarop de uitspraak is verzonden - 22 september 2010 - een nieuw besluit te nemen met inachtneming van de uitspraak. Nu de Minister zich niet met deze uitspraak kan verenigen verzoek ik u bij wijze van voorlopige voorziening te bepalen dat de Minister geen nieuwe beslissing hoeft te nemen voordat uw Afdeling op het hoger beroep heeft beslist. Het belang van de Minister bij de gevraagde voorziening is, ongeacht de uitkomst van de procedure, gelegen in de vaststelling dat de Minister geen dwangsom verschuldigd zal worden over de periode van de behandeling van het hoger beroep. Daarnaast is het belang gelegen in het voorkomen van de situatie dat de Minister het beslisproces voortzet en met inachtneming van de uitspraak mogelijk inwilligt, indien met de gegrondverklaring van het hoger beroep de inwilliging weer teniet wordt gedaan.

Voor zover griffiegeden verschuldigd zijn machtig ik u deze van de bij u lopende rekening-courant van de Immigratie- en Naturalisatiedienst af te schrijven.

Hoogachtend,

mr. E. Nardelli, senior procesvertegenwoordiger

Justitie



Immigratie- en Naturalisatiedienst

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Vreemdelingenzaken
Postbus 20019
2500 BA 'S-GRAVENHAGE

RAAD VAN STATE
INGEKOMEN

19 OKT 2010

ZAAKNR.

AAN:

BEHANDELD DO:

PAR:

Hoger beroepschrift vreemdelingenzaken

Van:
de Minister van Buitenlandse Zaken
te 's-Gravenhage,
appellant
Gemachtigde: mr. E. Nardelli,
ambtenaar ten departemente

Tegen:
de uitspraak van de rechtbank te 's-Gravenhage
van 22 september 2010
met kenmerk AWB 10/13718

Inzake:

met IND-kenmerk 9611-19-6001
aan te duiden als verweerder
Gemachtigde: mr. J. Singh
advocaat te (2132 DA) Hoofddorp, Marktplaats 23

Procesvertegenwoordiging
Den Haag
Bordewijklaan 62
2581 XR Den Haag

Postbus 30120
2500 GC Den Haag

mr. J.M. Agtersloot
tel 070-779 7105
fax 070-779 5506

1. Inleiding

- 1.1. Appellant (verder: de Minister) komt hierbij in hoger beroep van de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage (verder: de rechtbank) van 22 september 2010, verzonden op 22 september 2010, met kenmerk AWB 10/13718 (verder: bestreden uitspraak) in welke zaak de rechtbank te 's-Gravenhage het beroep tegen de beschikking van 26 maart 2010 gegrond heeft verklaard, deze beschikking heeft vernietigd, de Minister heeft opgedragen om met inachtneming van de uitspraak een nieuwe besluit op het bezwaar te nemen en de Minister in de proceskosten heeft veroordeeld (productie 1).

2. Achtergronden

- 2.1. Bij beschikking van 21 oktober 2009 is de aanvraag tot het verlenen van een machtiging voorlopig verblijf (verder: mvv) met als doel "gezinsvorming bij echtgenoot" van Rajwinder Kaur (verder: verweerster) afgewezen.
- 2.2. Bij beschikking van 26 maart 2010 is het hiertegen ingestelde bezwaar ongegrond verklaard.
- 2.3. In de bestreden uitspraak heeft de rechtbank het daartegen door verweerster ingestelde beroep gegrond verklaard.
- 2.4. De Minister kan zich met (onderdelen van) deze uitspraak niet verenigen en komt daartegen hierbij tijdig in hoger beroep. De Minister zal zijn grieven in het navolgende verwoorden en nader toelichten.

3. Grief

- 3.1. De Minister heeft één grief tegen de bestreden uitspraak.
- 3.2. Ten onrechte overweegt de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 9 (pagina 3) van de aangevallen uitspraak:

"De rechtbank is van oordeel dat verweerder bij de beoordeling van het misdrijf onvoldoende rekening heeft gehouden met de aard en de geringe ernst van het misdrijf en de omstandigheden waaronder het gepleegd is. Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt immers dat de aard en de ernst van het misdrijf een grote rol spelen bij de belangenafweging welke gemaakt dient te worden in het kader van artikel 8 van het EVRM (vergelijk onder andere het arrest inzake Maslov van 23 juni 2008 (LJN: BD8475) en het arrest inzake Ormoudi van 24 november 2009 (LJN: BL1770)). Verweerder heeft slechts overwogen dat sprake is van een misdrijf, maar heeft bij de beoordeling niet de omstandigheden waaronder het misdrijf is gepleegd betrokken. De rechtbank acht in dat verband ook van belang dat aan eiseres een boete van € 300,-, waarvan € 150,- is opgelegd, waar de maximumstraf op het door eiseres gepleegde misdrijf een gevangenisstraf van vier jaren bedraagt of een geldboete van de vierde categorie (€18.750,-). In het arrest van het Gerechtshof ontbreekt een nadere motivering van de op te leggen straf. Naar het oordeel van de rechtbank kan enkel uit de hoogte van de op te leggen straf worden afgeleid dat het om een licht vergrijp gaat. Uit het vorenstaande volgt dat verweerder het bestreden besluit ondeugdelijk heeft gemotiveerd."

Ten onrechte overweegt de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 10 (pagina 3) van de aangevallen uitspraak:

"Het beroep is dan ook gegrond. De rechtbank zal het besluit vernietigen wegens strijd met het in artikel 7:12, eerste lid, van de Awb neergelegde motiveringsbeginsel."

- 3.3. Op de hiervoor genoemde en bestreden rechtsoverwegingen berusten ook de rechtsoverwegingen 11 en 12 op pagina 4 van de aangevallen uitspraak. Gegrondverklaring van de hiervoor geformuleerde grief tast ook de geldigheid van deze rechtsoverwegingen aan.
4. Toelichting op de grief
- 4.1. In rechtsoverweging 9 van de bestreden uitspraak overweegt de rechtbank ten onrechte dat de Minister het bestreden besluit ondeugdelijk heeft gemotiveerd. De Minister wijst hiertoe op het navolgende,
- 4.2. In rechtsoverweging 8 van de bestreden uitspraak heeft de rechtbank op goede gronden overwogen dat indien openbare ordeaspecten een rol spelen in de welgering verblijf toe te staan, de uit het arrest van het EHRM van 2 augustus 2001 inzake Boulif genoemde 'guiding principles' in ieder geval bij de belangenafweging betrokken dienen te worden. Voorts heeft de rechtbank terecht gewezen op de uitgangspunten welke in het arrest van het EHRM van 5 juli 2005 inzake Üner aan deze 'guiding principles' zijn toegevoegd.
- 4.3. Door te overwegen zoals de rechtbank in rechtsoverweging 9 van de bestreden uitspraak doet, heeft de rechtbank miskend dat bij de belangenafweging welke gemaakt dient te worden in het kader van artikel 8 EVRM, naast de aard en ernst van het gepleegde strafbare feit, ook de overige uitgangspunten welke volgen uit het arrest van het EHRM van 2 augustus 2001 inzake Boulif en het arrest van 5 juli 2005 inzake Üner betrokken dienen te worden.
- 4.4. In rechtsoverweging 9 van de bestreden uitspraak is de rechtbank immers enkel ingegaan op de overwegingen van de Minister met betrekking tot de aard en de ernst van het gepleegde strafbare feit. De rechtbank is derhalve voorbij gegaan aan de overige punten welke deel uitmaken van de 'guiding principles'.
- 4.5. De Minister merkt op dat evident sprake is van een licht vergrijp. Echter, anders dan de rechtbank oordeelt, volgt hieruit niet dat het door verweerder bestreden besluit onvoldoende gemotiveerd is, noch dat deze veroordeling niet aan verweerder zou mogen worden tegengeworpen. Dat in het arrest van het Gerechtshof een nadere motivering ten aanzien van de op te leggen straf ontbreekt, maakt vorenstaande niet anders.
- 4.6. De enkele omstandigheid dat sprake is van een licht vergrijp, laat immers onverlet dat naast de aard en ernst van het gepleegde strafbare feit ook de overige 'guiding principles' bij de belangenafweging welke gemaakt dient te worden in het kader van artikel 8 EVRM betrokken dienen te worden.

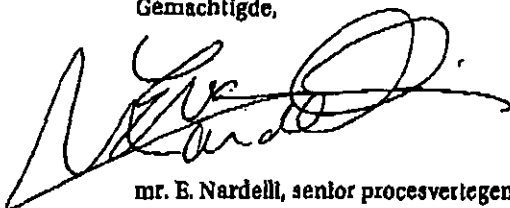
- 4.7. In rechtsoverweging 7 van de thans bestreden uitspraak heeft de rechtbank terecht opgemerkt dat niet in geschil is dat in onderhavig geval sprake is van een aanvraag om eerste toelating, nu het door verweerster bestreden besluit er niet toe strekt verweerster een verblijfstitel te ontnemen die haar tot de uitoefening van het gezinsleven hier te lande in staat stelde.
- 4.8. De Minister merkt op dat, anders dan in de door de rechtbank genoemde arresten inzake en aan verweerster nimmer een verblijfsvergunning is verleend. Deze omstandigheid is door de Minister in het door verweerster bestreden besluit in de belangenafweging betrokken. Verweerster heeft het misdrijf derhalve gedurende illegaal verblijf hier te lande gepleegd. De rechtbank heeft zulks miskend.
- 4.9. Voorts heeft de Minister in het bestreden besluit in de belangenafweging betrokken dat verweerster ten tijde van het misdrijf een jaar gehuwd was met haar echtgenoot, en dat hun kind anderhalf jaar oud was. Opgemerkt is dat verweerster had kunnen weten dat het plegen van het misdrijf negatieve consequenties met betrekking tot het gewenste verblijf hier te lande zou kunnen hebben. Tevens is betrokken de omstandigheid dat verweerster, haar echtgenoot en hun kind allen de Indiase nationaliteit hebben, dat het hoofdverblijf van het kind naar India is verplaatst, dat verweerster sterkere banden heeft met India dan met Nederland, alsmede dat de echtgenoot van verweerster tot zijn 26^e levensjaar in India gewoond heeft. Ten aanzien van de drie minderjarige kinderen uit een eerder huwelijk waarmee de echtgenoot gezinsleven uitoefent, is geconcludeerd dat niet is aangetoond dat de belangen van de echtgenoot bij het uitoefenen van dat gezinsleven dienen te prevaleren boven het belang van de staat gelegen in de bescherming van de openbare orde. Hierbij is onder meer betrokken dat de echtgenoot zijn kinderen pas sinds een jaar met regelmaat zou zien, alsmede dat niet is aangetoond dat de echtgenoot een wezenlijke bijdrage levert in de kosten van verzorging en opvoeding van zijn drie kinderen.
- 4.10. Door in rechtsoverweging 9 van de bestreden uitspraak enkel in te gaan op de aard en ernst van het gepleegde strafbare feit, en door te verwijzen naar de arresten en heeft de rechtbank derhalve miskend dat aan verweerster nimmer een verblijfsvergunning is verleend, dat sprake is van een aanvraag om eerste toelating, en dat het misdrijf derhalve gedurende illegaal verblijf hier te lande is gepleegd. Voorts is de rechtbank ten onrechte voorbij gegaan aan de overige omstandigheden die door de Minister bij de belangenafweging zijn betrokken. De rechtbank is voorts ten onrechte voorbij gegaan aan het oordeel van de Minister dat deze overige omstandigheden leiden tot de conclusie dat er geen reden is om aan het belang van verweerster en haar echtgenoot om hier te lande gezinsleven uit te oefenen meer gewicht toe te kennen dan aan het algemene belang, gediend met het door de Minister gevoerde restrictieve toelatingsbeleid en de bescherming van de openbare orde.
- 4.11. Naar het oordeel van de Minister is de rechtbank derhalve ten onrechte van oordeel dat het door verweerster bestreden besluit ondeugdelijk is gemotiveerd, zodat het beroep ten onrechte gegrond is verklaard.

5. Conclusie

- 5.1. De Minister concludeert tot gegrondverklaring van het hoger beroep, vernietiging van de bestreden uitspraak en ongegrondverklaring van het door verweerder tegen het besluit van 26 maart 2010 ingestelde beroep.**

Den Haag, 19 oktober 2010

Gemachtigde,



mr. E. Nardelli, senior procesvertegenwoordiger

*Ministerie van Buitenlandse Zaken
Immigratie- en Naturalisatiedienst
Proces Procesvertegenwoordiging
Vestiging Den Haag
Postbus 30120
2500 GC Den Haag
telefoon 070-7797105
telefax 070-7795506*