

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

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

appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats
Zwolle, van 4 november 2011 in zaak nr. 11/4503 in het geding tussen:

de vreemdeling

en

de minister voor Immigratie en Asiel.

Procesverloop

Bij besluit van 9 september 2010 heeft de minister van Justitie de vreemdeling ongewenst verklaard.

Bij besluit van 18 januari 2011 heeft de minister voor Immigratie en Asiel het daartegen door de vreemdeling gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 4 november 2011 heeft de rechtbank het daartegen door de vreemdeling ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de vreemdeling hoger beroep ingesteld. Deze brief is aangehecht.

De minister (thans: de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie) heeft een verweerschrift ingediend.

Vervolgens is het onderzoek gesloten.

Overwegingen

1. Op 1 januari 2013 is de Wet aanpassing bestuursprocesrecht in werking getreden. Uit het daarbij behorende overgangsrecht volgt dat het recht zoals dat gold vóór de inwerkingtreding van deze wet op dit geding van toepassing blijft.

2. Onder de staatssecretaris wordt tevens verstaan: diens rechtsvoorgangers.

3. Bij besluit van 9 september 2010 heeft de staatssecretaris de vreemdeling krachtens artikel 67, eerste lid, aanhef en onder c, van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: de Vw 2000) ongewenst verklaard. In dit besluit staat ook dat de vreemdeling na bekendmaking daarvan geen rechtmatig verblijf in Nederland kan hebben, dat hij Nederland onmiddellijk of na zijn invrijheidstelling dient te verlaten en dat hij daartoe kan worden uitgezet.

Bij besluit van 18 januari 2011 heeft de staatssecretaris het daartegen door de vreemdeling gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Daarbij is meegedeeld dat het besluit mede wordt aangemerkt als een terugkeerbesluit in de zin van Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (PB 2008 L 348; hierna: de Terugkeerrichtlijn).

4. In grief 1 klaagt de vreemdeling dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de staatssecretaris tot de conclusie mocht komen dat de inmenging in het recht op gezinsleven van de vreemdeling proportioneel is in relatie tot de openbare orde, waarbij onder meer van belang is geacht dat

de vreemdeling voor meerdere misdrijven is veroordeeld, te weten op 21 juni 2004 en op 13 juli 2010. Voorts is overwogen dat van strijd met artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) geen sprake is.

De vreemdeling betoogt dat het gestelde gevaar voor de openbare orde niet op voormelde veroordelingen kon worden gebaseerd: de veroordeling uit 2004 niet in verband met de aard en de ernst van het gepleegde feit en het tijdsverloop, de veroordeling uit 2010 niet omdat het desbetreffende vonnis nog niet onherroepelijk is. Voorts betoogt hij dat, gelet op de 'guiding principles' bedoeld in de arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) van 2 augustus 2001 in de zaak Boultif tegen Zwitserland (nr. 54273/00, JV 2001/254) en van 18 oktober 2006 in de zaak Üner tegen Nederland (nr. 46410/99, JV 2006/417), de in zijn zaak aangevoerde feiten en omstandigheden niet dan wel op onjuiste wijze in de belangenafweging zijn betrokken. De ongewenstverklaring is naar zijn mening in strijd met artikel 8 van het EVRM en de artikelen 3, 5 en 9 van het Verdrag inzake de rechten van het kind (hierna: het IVRK). Daartoe heeft hij onder meer gewezen op de omstandigheid dat hij een relatie heeft met een in Nederland wonende vrouw met wie hij twee kinderen in de leeftijd van 2 en 4 jaar heeft, dat zijn partner en hun beide kinderen de Nederlandse nationaliteit hebben, dat hij vóór zijn vertrek binnen het gezin de huishoudelijke taken verrichtte en een groot deel van de zorg voor hun zoon had omdat zijn partner kostwinner is, dat zijn partner thans alleen voor de verzorging van de kinderen staat, dat zij in moeilijk werk zal kunnen vinden, dat haar familie en vrienden in Nederland wonen en dat zij geen banden met heeft.

4.1. Ingevolge artikel 67, eerste lid, aanhef en onder c, van de Vw 2000 kan de vreemdeling door de minister ongewenst worden verklaard indien hij een gevaar vormt voor de openbare orde of nationale veiligheid en geen rechtmatig verblijf heeft als bedoeld in artikel 8, aanhef en onder a tot en met e dan wel l.

Volgens paragraaf A5/2 van de Vreemdelingen circulaire 2000, zoals deze luidde ten tijde van belang, ziet artikel 67, eerste lid, aanhef en onder c, van de Vw 2000 onder meer op de volgende gevallen:

- vreemdelingen die ter zake van een misdrijf zijn veroordeeld tot een gevangenisstraf of die een taakstraf dan wel een vrijheidsontnemende maatregel opgelegd hebben gekregen en waarbij het (totale) onvoorwaardelijk ten uitvoer te leggen gedeelte van de straf of maatregel ten minste een maand bedraagt, en
- vreemdelingen die bij herhaling ter zake van een misdrijf zijn veroordeeld tot een (korte) gevangenisstraf, tot een taakstraf of een onvoorwaardelijke geldboete dan wel een vrijheidsontnemende maatregel opgelegd hebben gekregen, dan wel een transactieaanbod hebben aanvaard of een strafbeschikking opgelegd hebben gekregen.

Daarbij is niet vereist dat de betreffende uitspraak onherroepelijk is geworden.

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.

4.2. De vreemdeling is bij onherroepelijk geworden vonnis van de politierechter van 21 juni 2004 wegens overtreding van artikel 225, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht veroordeeld tot een gevangenisstraf, waarvan het onvoorwaardelijke deel één maand bedraagt. Bij vonnis van de politierechter van 13 juli 2010 is de vreemdeling (onder andere personalia) veroordeeld tot een gevangenisstraf van drie maanden, waarvan één maand voorwaardelijk, wegens overtreding van artikel 10, vierde lid, van de Opiumwet, artikel 2, onder b, van de Opiumwet en artikel 180 van het Wetboek van Strafrecht.

Voor het oordeel dat deze veroordelingen niet bij de besluitvorming mochten worden betrokken bestaat geen grond. Het standpunt van de vreemdeling dat het strafbare feit uit 2004 gezien de hoogte van de opgelegde straf door de strafrechter niet als ernstig is gekwalificeerd en sedert de pleegdatum acht jaren zijn verstreken, betekent niet dat daaraan geen betekenis mocht worden gehecht. De staatssecretaris mocht hierbij in aanmerking nemen dat sprake is van recidive, nu de vreemdeling op 13 juli 2010 opnieuw is veroordeeld. Dat het desbetreffende vonnis ten tijde van het besluit van 18 januari 2011 nog niet onherroepelijk was, leidt niet tot een ander oordeel.

4.3. De staatssecretaris heeft in het besluit van 18 januari 2011 het algemeen belang dat is gediend met de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, afgewogen tegen het persoonlijk belang van de vreemdeling bij de uitoefening van familie- of gezinsleven hier te lande met zijn partner en hun twee kinderen en aan het belang van de openbare orde doorslaggevend gewicht toegekend. Daarbij is onder meer van belang geacht dat de vreemdeling zich schuldig heeft gemaakt aan meer dan één misdrijf, waaronder een drugsdelict, en dat de voor het eerste misdrijf opgelegde gevangenisstraf eerst in 2010 ten uitvoer kon worden gelegd, omdat de vreemdeling op 14 juli 2004 het detentiecentrum was ontvlucht. Voorts is meegewogen dat de vreemdeling zijn verblijf nimmer heeft laten legaliseren, dat hij in Nederland geen arbeidsverleden heeft opgebouwd en dat hij niet exclusief met Nederland is verbonden nu hij op 26- of 27-jarige leeftijd is binnengekomen. Gelet hierop heeft de staatssecretaris de omstandigheid dat de vreemdeling al tien jaar in Nederland verblijft en een gezinsleven uitoefent niet van doorslaggevend belang geacht. Dat door de ongewenstverklaring sprake is van een inmenging in het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven van de vreemdeling is gelet op voormelde misdrijven gerechtvaardigd geacht. Van een objectieve belemmering om het familie- en gezinsleven buiten Nederland uit te oefenen, is naar het oordeel van de staatssecretaris niet gebleken, waarbij in

aanmerking is genomen dat de kinderen, die nog relatief jong zijn, zich in het land van herkomst van de vreemdeling zullen kunnen aanpassen.

4.4. De rechtbank heeft, anders dan de vreemdeling stelt, bij de toetsing van het besluit van 18 januari 2011 voldoende acht geslagen op de in voormelde arresten van het EHRM genoemde criteria. Voor het oordeel dat deze niet dan wel op onjuiste wijze bij de belangenafweging zijn betrokken bestaat geen grond. Het geheel van de bij de besluitvorming betrokken feiten en omstandigheden geeft geen aanleiding voor het oordeel dat de staatssecretaris bij de fair balance, die moet worden gevonden tussen het belang van de vreemdeling en de zijnen enerzijds en het Nederlands algemeen belang anderzijds, zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de ongewenstverklaring van de vreemdeling niet in strijd is met artikel 8 van het EVRM.

4.5. Met betrekking tot het betoog dat de rechtbank heeft miskend dat de ongewenstverklaring in strijd is met de artikelen 3, 5 en 9 van het IVRK wordt het volgende overwogen.

Voor zover met het oog op de artikelen 5 en 9 is betoogd dat de ongewenstverklaring een ongerechtvaardigde inbreuk op het gezinsleven van de vreemdeling en zijn kinderen maakt, omdat hij jegens zijn kinderen een zorgplicht heeft en zij zeer aan hem zijn gehecht, faalt dit betoog reeds omdat, zoals hiervoor overwogen, het gezinsleven ook buiten Nederland kan worden uitgeoefend.

Voor zover het betoog ziet op artikel 3 van het IVRK wordt overwogen dat het besluit van 18 januari 2011 er geen blijk van geeft dat de staatssecretaris zich onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van de kinderen.

4.6. Voor zover is beoogd te betogen dat is miskend dat de belangen van de kinderen zich tegen het vertrek van de vreemdeling uit de Europese Unie verzetten omdat zij op zijn zorg zijn aangewezen nu de partner kostwinner is en de kinderen door de ongewenstverklaring, in weerwil van artikel 20 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 8 maart 2011, C-34/09, Ruiz Zambrano (www.curia.europa.eu), feitelijk worden verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten, slaagt het betoog niet. De vreemdeling heeft niet gestaafd dat zijn partner, al dan niet met behulp van derden, feitelijk niet in staat is de zorg voor de kinderen te dragen en de kinderen niet bij haar kunnen verblijven.

4.7. Gelet op het vorenstaande is van een onjuiste belangenafweging in zoverre niet gebleken. Grief 1 faalt derhalve.

5. In grief 2 klaagt de vreemdeling dat de rechtbank zijn verzoek om de behandeling van het beroep aan te houden in verband met het voornemen van de meervoudige strafkamer van de rechtbank Amsterdam om in een prejudiciële procedure aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de vraag te stellen of de ongewenstverklaring moet worden gelijkgesteld met een inreisverbod als bedoeld in artikel 11 van de Terugkeerrichtlijn, ten onrechte heeft afgewezen. Daartoe betoogt de vreemdeling dat de

ongewenstverklaring als een terugkeerbesluit moet worden aangemerkt, dat mede een inreisverbod bevat. Een zodanig verbod kan, gelet op artikel 11, tweede lid, van de Terugkeerrichtlijn, echter niet voor onbepaalde tijd worden opgelegd. Dat na vijf of tien jaar krachtens artikel 68 van de Vw 2000 om opheffing van de ongewenstverklaring kan worden verzocht maakt dit niet anders, aldus de vreemdeling.

5.1. De Afdeling is, anders dan de rechtbank heeft overwogen, van oordeel dat het antwoord op de door de vreemdeling opgeworpen vraag over de gelijkstelling van de ongewenstverklaring met het inreisverbod bedoeld in de Terugkeerrichtlijn niet in het midden kan blijven en overweegt daarover het volgende.

5.2. De Terugkeerrichtlijn is op 13 januari 2009 in werking getreden. Deze diende uiterlijk op 24 december 2010 in het nationale recht te zijn geïmplementeerd. Op 31 december 2011 is de wet van 15 december 2011 tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 ter implementatie van de Terugkeerrichtlijn (Stb. 2011, 663, 30 december 2011; hierna: de implementatiewet) in werking getreden.

Volgens artikel 3, zesde lid, van de Terugkeerrichtlijn wordt voor de toepassing van die richtlijn onder een "inreisverbod" verstaan: een administratieve of rechterlijke beslissing of handeling waarbij de betrokkene de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor een bepaalde termijn wordt verboden, samen met een terugkeerbesluit.

Volgens artikel 11, eerste lid, gaat het terugkeerbesluit gepaard met een inreisverbod:

- a. indien er geen termijn voor vrijwillig vertrek is toegekend, of
- b. indien niet aan de terugkeerverplichting is voldaan.

In de overige gevallen kan het terugkeerbesluit een inreisverbod omvatten.

Volgens het tweede lid wordt de duur van het inreisverbod bepaald volgens alle relevante omstandigheden van het individuele geval en bedraagt deze in principe niet meer dan vijf jaar. De duur kan meer dan vijf jaar bedragen indien de onderdaan van een derde land een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid.

5.3. Vast staat dat de vreemdeling ten tijde van belang onder de werkingssfeer van de Terugkeerrichtlijn viel.

Ten tijde van belang in deze zaak was de implementatiewet nog niet in werking getreden en kwam de staatssecretaris nog niet de bevoegdheid toe jegens de vreemdeling een inreisverbod uit te vaardigen.

5.4. Zoals de Afdeling bij uitspraak van 21 december 2012 in zaak nr. 201200487/1/V3 (www.raadvanstate.nl) heeft overwogen, stemt een ongewenstverklaring naar doel en strekking grotendeels met een inreisverbod overeen. Die overeenkomst is van dien aard, dat een ongewenstverklaring onder de in artikel 3, zesde lid, van de Terugkeerrichtlijn gegeven definitie van het begrip inreisverbod valt. Gelet hierop zijn op een ongewenstverklaring die in de periode tussen het verstrijken van de implementatietermijn en het in werking treden van de implementatiewet is uitgevaardigd jegens een vreemdeling die op dat moment onder de

werkingssfeer van de Terugkeerrichtlijn viel, tevens de in die richtlijn gestelde rechtswaarborgen van toepassing. Dit geldt ook voor artikel 11, tweede lid, van de Terugkeerrichtlijn, ingevolge welke bepaling de duur volgens alle relevante omstandigheden van het individuele geval dient te worden bepaald. Aldus wordt de volle werking van de Terugkeerrichtlijn verzekerd.

Het voorgaande geldt evenzeer in een geval als het onderhavige, waarin het primaire besluit is genomen in de periode tussen de inwerkingtreding van de Terugkeerrichtlijn en het verstrijken van de implementatietermijn, maar het besluit op bezwaar in de periode tussen het verstrijken van de implementatietermijn en de inwerkingtreding van de implementatiewet. Voor het oordeel dat moet worden afgeweken van het uitgangspunt dat bij het nemen van een besluit op bezwaar het recht dient te worden toegepast zoals dat op dat moment geldt, bestaat geen aanleiding.

5.5. Nu de in bezwaar gehandhaafde ongewenstverklaring voor onbepaalde duur is opgelegd en derhalve niet blijkt dat de staatssecretaris de duur ervan volgens alle relevante omstandigheden van het individuele geval heeft bepaald, heeft de staatssecretaris gehandeld in strijd met artikel 11, tweede lid, van de Terugkeerrichtlijn.

5.6. Grief 2 slaagt reeds hierom. Hetgeen de vreemdeling overigens in deze grief heeft aangevoerd, behoeft geen bespreking.

6. In grief 3 klaagt de vreemdeling dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat geen grond bestaat voor veroordeling van een partij in de kosten die de andere partij in verband met de behandeling van het beroep redelijkerwijs heeft moeten maken. Nu grief 2 slaagt, slaagt deze grief evenzeer.

7. Het hoger beroep is kennelijk gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling, gelet op het voorgaande, het beroep tegen het besluit van 18 januari 2011 gegrond verklaren en dat besluit vernietigen wegens strijd met artikel 11, tweede lid, van de Terugkeerrichtlijn. De staatssecretaris dient een nieuw besluit op het door de vreemdeling gemaakte bezwaar te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen. Daartoe zal de Afdeling met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid, van de Awb na te melden termijn stellen.

8. De staatssecretaris dient op na te melden wijze in de proceskosten te worden veroordeeld.

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 Zwolle, van 4 november 2011 in zaak nr. 11/4503;
- III. verklaart het door de vreemdeling bij de rechtbank in die zaak ingestelde beroep gegrond;
- IV. vernietigt het besluit van de minister voor Immigratie en Asiel van 18 januari 2011, kenmerk 0403-19-0304;
- V. draagt de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie op om binnen zes weken na de verzending van deze uitspraak een nieuw besluit op bezwaar te nemen met inachtneming van hetgeen in deze uitspraak is overwogen;
- VI. veroordeelt de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie tot vergoeding van bij de vreemdeling in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.652,00 (zegge: zestienhonderdtweënvijftig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VII. gelast dat de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de vreemdeling het door hem betaalde griffierecht ten bedrage van € 379,00 (zegge: driehonderdnegenenzeventig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. H.G. Lubberdink, voorzitter, en mr. A.B.M. Hent en mr. N. Verheij, leden, in tegenwoordigheid van mr. R.C.S. Bakker, ambtenaar van staat.

w.g. Lubberdink
voorzitter

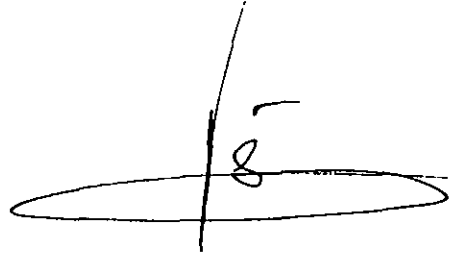
w.g. Bakker
ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 19 februari 2013

393.

Verzonden: 19 februari 2013

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

A handwritten signature in black ink. It features a large, horizontal oval loop. A vertical line crosses the middle of the oval. To the right of the vertical line, there is a small, stylized mark that resembles a lowercase 'e' or a similar character.

mr. H.H.C. Visser