



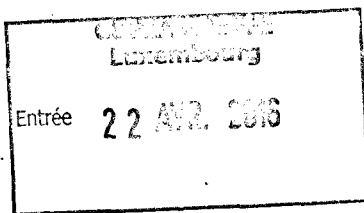
Datum van : 06/06/2016
inontvangstneming

C-225/16 - ①

29 maart 2016
Strafkamer
nr. S 14/00826
ES

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>1019 165</u>	
Luxemburg	22. 04. 2016 De Griffier, voor deze
Fax/E-mail: _____	<u>Maria Ferreira</u> Maria Manuela Ferreira
Neergelegd op: <u>22. 04. 16</u>	Hoofdadministrateur

Hoge Raad der Nederlanden



Arrest

op het beroep in cassatie
tegen een arrest van het
Gerechtshof Amsterdam van
22 november 2013, nummer
23/005397-12, in de strafzaak
tegen:

Mossa OUHRAMI, geboren te Soukhrasse (Algerije) op 1 juli
1979.

1. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. S.J. van der Woude, advocaat te Amsterdam, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal T.N.B.M. Spronken heeft geconcludeerd dat de Hoge Raad de behandeling van het cassatieberoep zal schorsen en vragen van uitleg zal stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

De raadsman heeft daarop schriftelijk gereageerd.



2. Waar het in deze zaak om gaat

2.1. De verdachte is bij beschikking van de Minister voor Vreemdelingenzaken en Immigratie van 22 oktober 2002 ongewenst verklaard. Die beschikking houdt als vaststelling in dat de verdachte in de jaren 2000-2002 vijfmaal door de strafrechter is veroordeeld, tot in totaal ruim dertien maanden gevangenisstraf, wegens diefstal onder strafverzwarende omstandigheden, heling en het bezit van harddrugs. Op grond daarvan heeft de Minister geoordeeld dat de verdachte een gevaar vormde voor de openbare orde en werd hij om die reden ongewenst verklaard. Het rechtsgevolg daarvan was dat hij Nederland diende te verlaten en dat hij, nu hij mede naar aanleiding van een Opiumwetdelict ongewenst was verklaard, tien achtereenvolgende jaren buiten Nederland diende te verblijven. Die termijn ving volgens de beschikking aan op het moment dat hij Nederland daadwerkelijk zou hebben verlaten.

2.2. Vaststaat dat de verdachte in strijd met die beschikking in de jaren 2011 en 2012 (meer in het bijzonder op 28 mei 2011, 11 november 2011, 18 november 2011, 21 februari 2012, 25 februari 2012, 31 augustus 2012 en 19 oktober 2012) in Amsterdam heeft verbleven terwijl hij wist dat hij tot ongewenst vreemdeling was verklaard. Dat feit is in artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht als misdrijf strafbaar gesteld. Het Hof heeft de verdachte ter zake van deze feiten veroordeeld tot een gevangenisstraf van twee maanden.

2.3.1. Bij de behandeling van de zaak in hoger beroep door het Gerechtshof Amsterdam heeft de raadsman van de verdachte aangevoerd dat de terugkeerprocedure zoals voorgeschreven in Richtlijn nr. 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 (PbEG L 348/98; hierna ook: de Terugkeerrichtlijn), niet geheel is doorlopen.

2.3.2. Bij de beoordeling van dat verweer heeft het Hof vooropgesteld dat het opleggen van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf aan een ongewenst verklaarde onderdaan van een derde land in de zin van artikel 3, lid 1, van de Terugkeerrichtlijn die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal in Nederland verblijft, strijdig is met de Terugkeerrichtlijn indien de stappen van de in die richtlijn vastgelegde terugkeerprocedure nog niet zijn doorlopen, nu die strafoplegging de verwezenlijking van de met deze richtlijn nagestreefde doelstelling, te weten de invoering van een doeltreffend beleid van verwijdering en terugkeer van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, in gevaar kan brengen.

2.3.3. Het Hof heeft vervolgens vastgesteld dat in de onderhavige zaak de gehele terugkeerprocedure is doorlopen.

In dat verband heeft het Hof erop gewezen

- dat de Dienst Terugkeer en Vertrek (hierna: DT&V) 26 vertrekgesprekken heeft gevoerd met de verdachte,
- dat de verdachte meermalen is gepresenteerd bij de autoriteiten van Algerije, Marokko en Tunesië, maar dat geen van deze landen positief heeft bericht,
- dat via Interpol verschillende onderzoeken, in het bijzonder naar vingerafdrukken, zijn uitgezet,
- dat is gepoogd een taalanalyse bij de verdachte af te nemen,

- dat de procedures van de DT&V betreffende de uitzetting geheel zijn doorlopen,

maar dat dit alles niet heeft geleid tot uitzetting van de verdachte omdat hij op geen enkele wijze zijn medewerking heeft verleend.

Het Hof heeft op grond van een en ander geoordeeld dat de Staat zich voldoende heeft ingespannen om de identiteit van de verdachte te (doen) achterhalen en hem te doen terugkeren naar het land van herkomst. Daarom kan naar het oordeel van het Hof de terugkeerprocedure als doorlopen worden beschouwd waardoor het opleggen van een gevangenisstraf voor de bewezenverklaarde feiten niet in strijd is met de Terugkeerrichtlijn.

2.4. Het Hof heeft het gevoerde verweer daarom verworpen en de verdachte, zoals reeds is vermeld, veroordeeld tot een gevangenisstraf van twee maanden.

2.5. Het oordeel van het Hof dat in deze zaak de terugkeerprocedure zoals voorgeschreven in de Terugkeerrichtlijn geheel is doorlopen, staat in cassatie niet ter discussie.

3. Het besluit tot ongewenstverklaring

De hierboven genoemde beschikking van de Minister voor Vreemdelingenzaken en Immigratie van 22 oktober 2002 luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

"Gebleken is dat betrokkene bij vonnis van 4 mei 2000, welk op 19 mei 2000 onherroepelijk is geworden, door de Politierechter Amsterdam is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van 3 maanden, ter zake van handelen in strijd met artikel 311 (Diefstal onder verzwarende omstandigheden) Wetboek van Strafrecht.

Gebleken is dat betrokkene bij vonnis van 19 april 2001, welk op 4 mei 2001 onherroepelijk is geworden, door de Politierechter Amsterdam is veroordeeld tot 5 maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf, ter zake van handelen in strijd met artikelen 47 lid 1 aanhef/sub 1°, 310 (Diefstal) en 311 Wetboek van Strafrecht en artikel 2, lid 1 aanhef en onder C Opiumwet.

Gebleken is dat betrokkene bij vonnis van 26 november 2001, welk vonnis op 11 december 2001 onherroepelijk is geworden, door de Politierechter Amsterdam is veroordeeld tot 4 maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf, ter zake van handelen in strijd met artikel 2, eerste lid onder C van de Opiumwet.

Gebleken is dat betrokkene bij vonnis van 19 maart 2002, welk op 3 april 2002 onherroepelijk is geworden, door de Politierechter Utrecht is veroordeeld tot 2 weken onvoorwaardelijke gevangenisstraf, ter zake van handelen in strijd met artikelen 310 en 311, lid 1 aanhef/sub 4 Wetboek van Strafrecht.

Gebleken is dat betrokkene bij vonnis van 2 juli 2002, welk op 17 juli 2002 onherroepelijk is geworden, door de Politierechter Amsterdam is veroordeeld tot 1 maand onvoorwaardelijke gevangenisstraf, ter zake van handelen in strijd met artikel 416 (Heling) Wetboek van Strafrecht.

Betrokkene is in totaal veroordeeld tot meer dan 6 maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf. Gelet hierop wordt aangenomen dat betrokkene een gevaar vormt voor de openbare orde, terwijl betrokkene geen rechtmatig verblijf in Nederland heeft als bedoeld in artikel 8, onder a tot en met e, dan wel 1, van de Vreemdelingenwet.

(...)

Rechtsgevolgen van deze beschikking

(...)

Gelet op het bepaalde in artikel 6.6, eerste lid, van het Vreemdelingenbesluit dient betrokkene omdat hij naar aanleiding van onder andere een opiumdelict op grond van artikel 67 van de Vreemdelingenwet ongewenst is verklaard, sinds de ongewenstverklaring en het vertrek uit Nederland tien achtereenvolgende jaren buiten Nederland te verblijven."

4. Juridisch kader

4.1.1. Terugkeerrichtlijn

De overwegingen 2, 4, 6, 8, 10, 11, 14 en 24 van de preambule van de Terugkeerrichtlijn luiden als volgt:

"(2) De Europese Raad van Brussel van 4 en 5 november 2004 heeft erop aangedrongen, op basis van gemeenschappelijke normen een doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid te ontwikkelen, zodat mensen op een humane manier, met volledige eerbiediging van hun grondrechten en waardigheid, teruggezonden kunnen worden.

(...)

(4) Om in het kader van een gedegen migratiebeleid een doeltreffend terugkeerbeleid te kunnen voeren, moeten duidelijke, transparante en billijke regels worden vastgesteld.

(...)

(6) De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat het beëindigen van illegaal verblijf van onderdanen van derde landen volgens een billijke en transparante procedure geschiedt. Overeenkomstig de algemene rechtsbeginselen van de EU moeten beslissingen die op grond van deze richtlijn worden genomen per geval vastgesteld worden en op objectieve criteria berusten, die zich niet beperken tot het loutere feit van illegaal verblijf. De lidstaten dienen bij het gebruik van standaardformulieren voor besluiten in het kader van terugkeer, te weten terugkeerbesluiten, en, in voorkomend geval, besluiten met betrekking tot een inreisverbod of verwijdering, dat beginsel te eerbiedigen en alle toepasselijke bepalingen van deze richtlijn na te leven.

(...)

(8) Het wordt als legitiem erkend dat de lidstaten onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, verplichten terug te keren, mits er billijke en efficiënte asielstelsels zijn, die het beginsel van non-refoulement volledig respecteren.

(...)

(10) Zolang er geen reden is om aan te nemen dat dit de terugkeerprocedure ondermijnt, verdient vrijwillige terugkeer de voorkeur boven gedwongen terugkeer en dient een termijn voor vrijwillige terugkeer te worden toegekend. Wanneer dit, gezien de specifieke

omstandigheden van een individueel geval, noodzakelijk wordt geacht, dient in een verlenging van de periode voor vrijwillige terugkeer te worden voorzien. (...)

(11) Er dienen gemeenschappelijke wettelijke minimumwaarborgen te worden vastgesteld voor besluiten in het kader van terugkeer, teneinde de belangen van de betrokkenen te beschermen. (...)

(14) Het effect van nationale terugkeermaatregelen moet een Europese dimensie krijgen, door middel van een inreisverbod dat de betrokkene de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van alle lidstaten ontzegt. De duur van het inreisverbod dient per geval volgens de omstandigheden te worden bepaald en mag normaliter niet langer zijn dan vijf jaar. In deze context dient, voor zover hier van belang, in het bijzonder rekening te worden gehouden met het feit dat de betrokken onderdaan van een derde land zich op het grondgebied van een lidstaat heeft begeven terwijl een inreisverbod van kracht was.

(...)

(24) In deze richtlijn worden de grondrechten en de beginselen in acht genomen die met name in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie worden erkend."

De Terugkeerrichtlijn bevat, voor zover hier van belang, de volgende bepalingen.

- Artikel 1, met het opschrift "Toepassingsgebied":

"In deze richtlijn worden de gemeenschappelijke normen en procedures vastgesteld die door de lidstaten moeten worden toegepast bij de terugkeer van illegaal op hun grondgebied verblijvende onderdanen van derde landen, overeenkomstig de grondrechten die de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht en het internationaal recht vormen, met inbegrip van de verplichting om vluchtelingen te beschermen en de mensenrechten te eerbiedigen."

- Artikel 2, met het opschrift "Werkingssfeer", lid 1:

"Deze richtlijn is van toepassing op illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijvende onderdanen van derde landen."

- Artikel 3, met het opschrift "Definities":

"Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

1. 'onderdaan van een derde land': eenieder die geen burger van de Unie is in de zin van artikel 17, eerste lid, van het Verdrag en die geen persoon is, die onder het Unierecht inzake vrij verkeer valt, als bepaald in artikel 2, punt 5, van de Schengengrenscodex;
2. 'illegaal verblijf': de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat, van een onderdaan van een derde land die niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden voor toegang die zijn vastgesteld in artikel 5 van de Schengengrenscodex, of aan andere voorwaarden voor toegang tot, verblijf of vestiging in die lidstaat;
3. 'terugkeer': het proces waarbij een onderdaan van een derde land, vrijwillig gevolg gevend aan een terugkeerverplichting of gedwongen, terugkeert naar:
 - zijn land van herkomst, of
 - een land van doorreis overeenkomstig communautaire of bilaterale overnameovereenkomsten of andere regelingen, of
 - een ander derde land waarnaar de betrokken onderdaan van een derde land besluit vrijwillig terug te keren en waar deze wordt toegelaten;
4. 'terugkeerbesluit': de administratieve of rechterlijke beslissing of handeling waarbij wordt vastgesteld dat het verblijf van een onderdaan van een derde land illegaal is of dit illegaal wordt verklaard en een terugkeerverplichting wordt opgelegd of vastgesteld;
(...)
6. 'inreisverbod': 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;
8. 'vrijwillig vertrek': het nakomen van de verplichting om binnen de in het terugkeerbesluit gestelde termijn terug te keren;
(...)"

- Artikel 4, met het opschrift "Gunstiger bepalingen", lid 3:

"Deze richtlijn laat onverlet dat de lidstaten bepalingen kunnen aannemen of handhaven die gunstiger zijn voor de personen op wie de richtlijn van toepassing is, mits deze bepalingen verenigbaar zijn met de richtlijn."

- Artikel 5, met het opschrift "Non-refoulement, belang van het kind, familie- en gezinsleven en gezondheidstoestand":

"Bij de tenuitvoerlegging van deze richtlijn houden de lidstaten rekening met:
a) het belang van het kind;
b) het familie- en gezinsleven;
c) de gezondheidstoestand van de betrokken onderdaan van een derde land,
en eerbiedigen zij het beginsel van non-refoulement."

- Artikel 6, met het opschrift "Terugkeerbesluit", leden 1 en 6:

"1. Onverminderd de in de leden 2 tot en met 5 vermelde uitzonderingen, vaardigen de lidstaten een terugkeerbesluit uit tegen de onderdaan van een derde land die illegaal op hun grondgebied verblijft.
(...)

6. Deze richtlijn belet niet dat in de lidstaten het besluit inzake de beëindiging van het legaal verblijf tezamen met een terugkeerbesluit en/of een verwijderingsbesluit en/of een inreisverbod overeenkomstig de nationale wetgeving met één administratieve of rechterlijke besluit of handeling kan worden genomen (...)"

- Artikel 8, met het opschrift "Verwijdering", leden 1, 3 en 4:

"1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om het terugkeerbesluit uit te voeren indien (...) de betrokkene niet binnen de volgens artikel 7 toegestane termijn voor vrijwillig vertrek aan de terugkeerverplichting heeft voldaan.
(...)

3. De lidstaten kunnen een afzonderlijk administratief of rechterlijk besluit of administratieve handeling aannemen waarbij de verwijdering wordt gelast.

4. De dwangmaatregelen waarvan een lidstaat als laatste middel gebruik maakt bij de verwijdering van een onderdaan van een derde land die zich hiertegen verzet, zijn proportioneel zijn en blijven binnen redelijke grenzen. Zij worden toegepast zoals voorgeschreven in de nationale wetgeving, met inachtneming van de grondrechten en met eerbiediging van de waardigheid en fysieke integriteit van de betrokken onderdaan van een derde land."

- Artikel 11, met het opschrift "Inreisverbod", leden 1, 2 en 3:

"1. Het terugkeerbesluit gaat 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.

2. De duur van het inreisverbod wordt volgens alle relevante omstandigheden van het individuele geval bepaald, en bedraagt 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.

3. De lidstaten overwegen de intrekking of schorsing van het inreisverbod dat overeenkomstig lid 1, tweede alinea, is uitgevaardigd tegen een onderdaan van een derde land, mits deze kan aantonen het grondgebied van een lidstaat geheel in overeenstemming met het terugkeerbesluit te hebben verlaten. (...)"

4.1.2. Rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de Terugkeerrichtlijn

Volgens de uitspraak van het Hof van Justitie van 19 september 2013, Filev en Osmani, C-297/12, ECLI:EU:C:2013:569 moet, voor zover hier van belang, artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een inbreuk op een verbod om het grondgebied van een lidstaat binnen te komen en aldaar te verblijven, welk verbod is opgelegd meer dan vijf jaar vóór ofwel de datum waarop de betrokken onderdaan van een derde land opnieuw die lidstaat is binnengekomen, ofwel de datum waarop de nationale regeling tot omzetting van deze richtlijn in werking is getreden, tot een strafrechtelijke sanctie leidt, tenzij deze onderdaan een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid.

4.2.1. Relevante Nederlandse regelgeving, zoals die gold ten tijde van de ongewenstverklaring in 2002

- Ingevolge artikel 12, lid 1 aanhef en onder d, van de Vreemdelingenwet 2000, zoals die wet in 2002 luidde (hierna: Vw), is het aan de vreemdeling die bij binnenkomst heeft voldaan aan de verplichtingen waaraan een persoon bij grensoverschrijding is onderworpen, gedurende een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen termijn toegestaan in Nederland te verblijven, zolang hij geen gevaar oplevert voor de openbare orde of de nationale veiligheid.

Deze bepaling is ingevoerd bij Wet van 23 november 2000, Staatsblad (Stb.) 2000, 495, in werking getreden op 1 april 2001 (Stb. 2001, 144).

- Ingevolge artikel 67, eerste lid, Vw (oud) kan een vreemdeling ongewenst worden verklaard, voor zover hier van belang:

- a. indien hij niet rechtmatig in Nederland verblijft en bij herhaling een bij deze wet strafbaar gesteld feit heeft begaan;
- b. indien hij bij onherroepelijk geworden rechterlijk vonnis is veroordeeld wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd;
- c. indien hij een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid,
- d. ingevolge een verdrag; of
- e. in het belang van de internationale betrekkingen van Nederland.

- Ingevolge artikel 68 Vw wordt op aanvraag van de vreemdeling de ongewenstverklaring opgeheven indien de vreemdeling tien jaren onafgebroken buiten Nederland verblijf

heeft gehad en zich in die periode geen van de gronden, bedoeld in artikel 67, eerste lid, hebben voorgedaan.

- Ingevolge het eerste lid van artikel 6.6 van het Vreemdelingenbesluit 2000 (hierna: Vb), in de versie die in 2002 gold, wordt de aanvraag om opheffing van de ongewenstverklaring in ieder geval ingewilligd, indien de vreemdeling niet aan strafvervolgning ter zake van misdrijf is onderworpen en ongewenst verklaard is:

a. naar aanleiding van geweldsdelicten of opiumdelicten en sinds de ongewenstverklaring en het vertrek uit Nederland tien achtereenvolgende jaren buiten Nederland heeft verbleven;

b. naar aanleiding van andere misdrijven en sinds de ongewenstverklaring en het vertrek uit Nederland vijf achtereenvolgende jaren buiten Nederland heeft verbleven, of

c. op grond van artikel 67, eerste lid, onder a, van de Wet en sinds de ongewenstverklaring één jaar buiten Nederland heeft verbleven.

Deze bepaling is ingevoerd bij Besluit van 23 november 2000, tot uitvoering van de Vreemdelingenwet 2000, Stb. 2000, 497, in werking getreden op 1 april 2001 (Stb. 2001, 144).

- Ingevolge het tweede lid van artikel 6.6 Vb (oud) vangen de in het eerste lid genoemde termijnen onder meer opnieuw aan, indien de vreemdeling tijdens de ongewenstverklaring een als misdrijf strafbaar gestelde inbreuk op de openbare orde heeft gepleegd die tot ongewenstverklaring zou kunnen leiden.

- Ingevolge het in deze zaak toepasselijke artikel 197 (oud) van het Wetboek van Strafrecht kan een vreemdeling die in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat hij op grond van een wettelijk voorschrift

tot ongewenste vreemdeling is verklaard, onder meer worden gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden (Wet van 3 maart 1881, Stb. 1881, 35, in werking getreden op 1 september 1886, Stb. 1886, 64, zoals gewijzigd bij Wet van 10 maart 1984, Stb. 1984, 91, in werking getreden op 1 mei 1984, Stb. 1984, 129).

4.2.2. Relevante Nederlandse regelgeving, zoals die thans geldt

- Ingevolge artikel 12, lid 1 aanhef en onder d, Vw, zoals die wet sinds 1 november 2014 luidt, is het aan de vreemdeling die bij binnenkomst heeft voldaan aan de verplichtingen waaraan een persoon bij grensoverschrijding is onderworpen, gedurende een bij algemene maatregel van bestuur te bepalen termijn toegestaan in Nederland te verblijven, zolang hij geen gevaar oplevert voor de openbare orde of de nationale veiligheid. Deze bepaling is gewijzigd bij Wet van 1 oktober 2014, welke wijziging in werking is getreden op 1 november 2014 (Stb. 2014, 400).

- Volgens artikel 61, lid 1, Vw dient de vreemdeling die niet of niet langer rechtmatig verblijf heeft, Nederland uit eigen beweging te verlaten binnen de in artikel 62 of artikel 62c van deze wet bepaalde termijn.

- Artikel 62, lid 1, Vw bepaalt dat de vreemdeling, nadat tegen hem een terugkeerbesluit is uitgevaardigd, Nederland uit eigen beweging binnen vier weken dient te verlaten.

Deze bepaling strekt ertoe artikel 7, lid 1, van de Terugkeerrichtlijn in nationaal recht om te zetten.

- Ingevolge artikel 62, lid 2, Vw kan de Staatssecretaris de voor een vreemdeling geldende termijn bedoeld in lid 1 van dit artikel verkorten, dan wel, in afwijking van lid 1, bepalen dat een vreemdeling Nederland onmiddellijk moet verlaten indien:

- a. er een risico bestaat dat de vreemdeling zich aan het toezicht zal onttrekken;
- b. de aanvraag van de vreemdeling tot het verlenen van een verblijfsvergunning of tot het verlengen van de geldigheidsduur van een verblijfsvergunning is afgewezen als kennelijk ongegrond of wegens het verstrekken van onjuiste of onvolledige gegevens;
- c. de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde, openbare veiligheid of de nationale veiligheid.

Deze bepaling is vastgesteld teneinde artikel 7, lid 4, van de Terugkeerrichtlijn om te zetten in Nederlands recht.

- Volgens artikel 62a, lid 1, Vw stelt de Staatssecretaris de vreemdeling, niet zijnde een burger van de Unie, die niet langer rechtmatig verblijf heeft, schriftelijk in kennis van de verplichting Nederland uit eigen beweging te verlaten en van de termijn waarbinnen hij aan die verplichting moet voldoen.

- Ingevolge artikel 66a, lid 1, Vw wordt, voor zover hier van belang, een inreisverbod uitgevaardigd tegen de vreemdeling die Nederland niet uit eigen beweging binnen de daarvoor geldende termijn heeft verlaten.

- Ingevolge artikel 66a, lid 4, Vw wordt het inreisverbod gegeven voor een bepaalde duur, die ten hoogste vijf jaren bedraagt, tenzij de vreemdeling een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale

veiligheid. De duur wordt berekend met ingang van de datum waarop de vreemdeling Nederland daadwerkelijk heeft verlaten.

- Ingevolge artikel 66a, lid 7, Vw kan, voor zover hier van belang, de vreemdeling jegens wie een inreisverbod geldt, geen rechtmatig verblijf hebben, in geval hij:

- a. bij onherroepelijk geworden rechtelijk vonnis is veroordeeld wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd;
- b. een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid;
- c. een ernstige bedreiging vormt als bedoeld in het vierde lid, dan wel
- d. ingevolge een verdrag of in het belang van de internationale betrekkingen van Nederland ieder verblijf dient te worden ontzegd.

- Volgens artikel 6.5a, lid 5, Vb bedraagt de duur van het inreisverbod ten hoogste tien jaren, indien het betreft een vreemdeling die een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde of de openbare veiligheid. Deze ernstige bedreiging kan blijken uit onder meer:

- a. een veroordeling naar aanleiding van een geweldsdelict of opiumdelict;
- b. een veroordeling tot een vrijheidsstraf wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van meer dan zes jaren is bedreigd.

- Met artikel 66a Vw en artikel 6.5a Vb is bedoeld artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn in nationaal recht om te zetten (Kamerstukken II 2009/10, 32420, nr. 3, p. 17, 18 en 19).

- Met ingang van 9 februari 2012 is in de Vreemdelingencirculaire 2000, waarin beleidsregels zijn vervat voor de overheidsinstanties die de Vreemdelingenwetgeving moeten uitvoeren, vermeld dat de vertrektermijn op grond van artikel 62, lid 2, Vw kan worden verkort of onthouden indien de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid. Volgens de circulaire wordt als gevaar voor de openbare orde aangemerkt iedere verdenking en veroordeling ter zake van een naar nationaal recht als misdrijf strafbaar gesteld feit (Staatscourant 2012, 2570, paragraaf A4/3.3, p. 12 en 13, Staatscourant 2015, 20854, paragraaf A3/3, p. 8).

Ook het aanvaarden van een transactie ter zake van een misdrijf wordt aangemerkt als een gevaar voor de openbare orde. Een verdenking moet kunnen worden bevestigd door de korpschef van de politie (Staatscourant 2015, 20854, paragraaf A3/3, p. 8).

- Ingevolge het huidige artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht kan een vreemdeling die in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden, dat hij op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenste vreemdeling is verklaard of tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, lid 7, Vw, onder meer worden gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden (Wet van 15 december 2011, Stb. 2011, 663, in werking getreden op 31 december 2011, Stb. 2011, 663).

5. Aanleiding voor het stellen van prejudiciële vragen

5.1. Het middel klaagt dat het Hof de verdachte ten onrechte tot straf heeft veroordeeld. De steller van het middel grondt die klacht op de stelling dat de ongewenstverklaring van de verdachte in 2002 ten tijde van zijn - met die ongewenstverklaring strijdige - verblijf in Amsterdam in 2011-2012 geen rechtskracht meer had. Hij voert daartoe aan

- (i) dat het in 2002 genomen besluit tot ongewenstverklaring moet worden aangemerkt als een inreisverbod,
- (ii) dat dit inreisverbod van kracht is geworden met de uitvaardiging ervan, althans met de bekendwording van de verdachte daarmee, en
- (iii) dat de geldigheidsduur van dat inreisverbod in het onderhavige geval op grond van artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn niet meer dan vijf jaren kon bedragen, zodat het in 2011-2012 niet meer van kracht was.

Hierop is noch bij de behandeling van de zaak in eerste aanleg noch in appel beroep gedaan. De Advocaat-Generaal stelt zich in haar conclusie op het standpunt dat dit voor de Hoge Raad geen beletsel is om onderzoek te doen naar de juiste toepassing van de Terugkeerrichtlijn. De Hoge Raad laat met het oog op het belang van de beantwoording van de vraag naar de toepasselijkheid van de Terugkeerrichtlijn op de gevolgen van de ongewenstverklaring, de juistheid van het standpunt van de Advocaat-Generaal in het midden.

5.2.1. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 4 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3093, aan het arrest van het Hof van Justitie van 19 september 2013, Filev en Osmani, C-297/12 ontleend dat een ongewenstverklaring die is opgelegd voor de datum van de inwerkingtreding van de Terugkeerrichtlijn of voor het verstrijken van de uiterste implementatietermijn, moet worden

gelijkgesteld aan een inreisverbod als bedoeld in artikel 3, onder 6, van de Terugkeerrichtlijn en ook dat die ongewenstverklaring vanaf het verstrijken van die datum in beginsel is gebonden aan de in artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn bedoelde maximale duur van vijf jaar. Daarbij verdient opmerking dat in artikel 197 (oud) Sr de niet-naleving van een terugkeerbesluit als zodanig niet strafbaar is gesteld, maar wel het verblijf in Nederland terwijl de betrokken vreemdeling weet of ernstige reden heeft te vermoeden dat hij tot ongewenste vreemdeling is verklaard.

5.2.2. Die in 5.2.1 bedoelde gelijkstelling roept de vraag op wanneer de termijn waarvoor het inreisverbod van toepassing is, een aanvang heeft genomen.

Het middel stelt zich op het standpunt dat dit het geval is met de inwerkingtreding van het besluit in 2002 waarbij de verdachte ongewenst is verklaard. Volgens het middel was de onderhavige ongewenstverklaring, die volgens het middel ingevolge artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn niet meer dan vijf jaren kan duren, daarom niet meer van kracht ten tijde van de constatering in 2011 en 2012 dat de verdachte in Nederland verbleef, zodat deze bepaling eraan in de weg staat dat het handelen van de verdachte in strijd met de ongewenstverklaring tot strafrechtelijke sancties leidt.

5.2.3. Artikel 66a, lid 4, Vw brengt mee dat de duur waarvoor een inreisverbod geldt, wordt berekend met ingang van de datum waarop de vreemdeling Nederland daadwerkelijk heeft verlaten. De Hoge Raad heeft in gelijke zin geoordeeld met betrekking tot de aanvang van de duur waarvoor de ongewenstverklaring geldt (HR 21 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3928, NJ 2014/218 en HR 21 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3930). Anders dan het geval was in de zaken die in de

hiervoor genoemde arresten door de Hoge Raad zijn behandeld en beslist, stelt het middel in de onderhavige zaak expliciet de vraag aan de orde of een uit de toepasselijkheid van de Terugkeerrichtlijn voortvloeiende maximale duur van een inreisverbod is overschreden.

5.3.1. Een en ander roept de vraag op of artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn niet slechts een voorschrift bevat ten aanzien van de duur waarvoor een inreisverbod geldt maar ook betrekking heeft op de aanvang van deze periode. Indien artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn ook voorschrijft wanneer de termijn waarvoor een inreisverbod een aanvang neemt, komt aan de orde de vraag naar de betekenis van dit voorschrift voor beslissingen tot ongewenstverklaring die zijn genomen voordat de Terugkeerrichtlijn in werking is getreden of voor 24 december 2010, het moment waarop de lidstaten de wettelijke en bestuursrechtelijk bepalingen in werking dienden te doen treden om aan deze richtlijn te voldoen (artikel 20, lid 1, van de Terugkeerrichtlijn).

5.3.2. Artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn bevat geen uitdrukkelijk voorschrift met betrekking tot de aanvang van de duur van het inreisverbod. Naar zijn aard kan een inreisverbod pas daadwerkelijk betekenis hebben nadat de vreemdeling het land heeft verlaten. Een inreisverbod is ingevolge artikel 11, lid 1, van de Terugkeerrichtlijn onlosmakelijk verbonden met een terugkeerbesluit dat wordt uitgevaardigd tegen de onderdaan van een derde staat die illegaal op het grondgebied van de lidstaat verblijft. Het nuttig effect van een inreisverbod met betrekking tot een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land die zich feitelijk aan de maatregelen tot verwijdering weet te onttrekken, zou dan beperkt zijn. De in het arrest Filev en

Osmani gebruikte bewoordingen ("opnieuw die lidstaat is binnengekomen", punt 45) suggereren dat ook het Hof van Justitie ervan uitgaat dat uitgangspunt van de regeling van artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn is dat de betrokken onderdaan van een derde land die lidstaat daadwerkelijk heeft verlaten.

De Hoge Raad zal een prejudiciële beslissing dienaangaande verzoeken.

5.4.1. Indien het antwoord op de vorige vraag meebrengt dat de duur van het inreisverbod ingevolge artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn niet moet worden berekend met ingang van de dag waarop daadwerkelijk aan de terugkeerverplichting is voldaan, komt aan de orde welke betekenis dit heeft voor de ongewenstverklaring van de betrokkene. Wat betreft de betekenis van de Terugkeerrichtlijn voor een ongewenstverklaring waartoe is besloten voordat deze richtlijn door het Europees Parlement en de Raad werd vastgesteld, is in de rechtspraak van het Hof van Justitie reeds vastgesteld dat deze richtlijn geen overgangsregeling bevat voor besluiten houdende een inreisverbod die zijn vastgesteld voordat de richtlijn van toepassing is geworden (arrest Filev en Osmani, punt 39). Op basis van het uitgangspunt van onmiddellijke werking (arrest Filev en Osmani, punt 40) heeft het Hof van Justitie vervolgens geoordeeld dat een richtlijn van toepassing is op de (rechts)gevolgen van besluiten die zijn genomen voordat deze richtlijn van toepassing is geworden (arrest Filev en Osmani, punt 41). Op basis hiervan heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat wat betreft de duur van het inreisverbod dus ook rekening moet worden gehouden met het tijdvak dat is verstreken voordat de Terugkeerrichtlijn van toepassing is geworden (arrest Filev en Osmani, punt 42).

5.4.2. Het onderhavige besluit tot ongewenstverklaring, dat meebrengt dat sprake is van overtreding van artikel 197 Sr, verschilt van de verwijderingsmaatregel die aan de orde was in het hoofdgeding dat aanleiding vormde tot het arrest Filev en Osmani doordat het besluit niet geldt voor onbepaalde tijd maar meebrengt dat de verdachte gedurende bepaalde tijd, te weten tien jaar, buiten Nederland dient te verblijven. Door het tijdig aanwenden van rechtsmiddelen overeenkomstig het nationale recht kan de inhoud van dit besluit, daaronder begrepen de duur van de ongewenstverklaring, door de rechter worden getoetst.

In de tweede plaats verschilt de onderhavige zaak van het hoofdgeding in Filev en Osmani doordat de Minister voor Vreemdelingenzaken en Immigratie in het besluit heeft vastgesteld dat verdachte een gevaar vormde voor de openbare orde. Deze vaststelling is onaantastbaar. Indien de Terugkeerrichtlijn van toepassing zou zijn geweest ten tijde van het besluit tot ongewenstverklaring, had de Minister voor Vreemdelingenzaken en Immigratie kunnen besluiten gebruik te maken van de bevoegdheid als bedoeld in artikel 11, lid 2, tweede volzin, van de Terugkeerrichtlijn.

Anders dan het geval is in de in het arrest Filev en Osmani geciteerde arresten Kadzoev (HvJ 30 november 2009, C-357/09 PPU, ECLI:EU:C:2009:741) en Bruno (HvJ 10 juni 2010, C-395/08 en C-396/08, ECLI:EU:C:2010:329), gaat het in de onderhavige zaak niet om het verbinden van rechtsgevolgen aan feiten die zich hebben voorgedaan voor de datum waarop een richtlijn in een lidstaat ten uitvoer is gelegd maar om de rechtsgevolgen van een onaantastbare beslissing. Indien de administratie een beslissing neemt in strijd met de bepalingen van een richtlijn maar de geadresseerde nalaat van een beschikbare rechtsingang gebruik te maken, kan deze zich nadien niet beroepen op de onverenigbaarheid van deze

beslissing met het Europese recht (vergelijk HvJ 13 januari 2004, Kuhne & Heitz, C-453/00, ECLI:EU:C:2004:17; HvJ 14 september 1999, AssiDomän, C-310/97P, ECLI:EU:C:1999:78; HvJ 12 februari 2008, Kempter, C-2/06, ECLI:EU:C:2008:78). Ook het arrest Inter-Environnement Wallonie (HvJ 18 december 1997, C-126/96, ECLI:EU:C:1997:628) lijkt een andere benadering te hanteren waarbij geldt dat het arrest besluiten betrof die werden vastgesteld na de vaststelling van de betreffende richtlijn, terwijl het besluit met betrekking tot de verdachte in de onderhavige zaak is genomen enkele jaren voordat de Terugkeerrichtlijn werd vastgesteld.

Een vorm van onmiddellijke werking die niet slechts betreft het in aanmerking nemen van feiten die zich in het verleden hebben voorgedaan voor het nadien bepalen van de rechtsgevolgen die aan die feiten moeten worden verbonden, maar die ook ziet op de onverenigbaarheid van eerder, voor bepaalde tijd, vastgestelde rechtsgevolgen die op het moment van vaststelling niet onverenigbaar waren met het Europese recht, lijkt niet zonder meer met deze rechtspraak verenigbaar zodat ook niet buiten redelijke twijfel is of dit rechtsgevolg voortvloeit uit het arrest Filev en Omani. Een dergelijke vorm van onmiddellijke werking zou ook de bevoegdheid van artikel 11, lid 2, tweede volzin, van de Terugkeerrichtlijn voor gevallen waarin voor de vaststelling van deze richtlijn en niet in strijd met het toentertijd toepasselijke (Europese) recht is besloten een vreemdeling ongewenst te verklaren, mogelijk van zijn nuttig effect ontdoen.

6. Verzoek om een prejudiciële beslissing

Alvorens verder te beslissen verzoekt de Hoge Raad het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak te doen over 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 (PbEG L 348/98; hierna: de Terugkeerrichtlijn) met betrekking tot de volgende vragen.

1. Moet artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn aldus worden uitgelegd dat de daarin vermelde termijn van vijf jaren wordt berekend:

- a. vanaf het moment dat het inreisverbod (of met terugwerkende kracht: de daarmee gelijk te stellen ongewenstverklaring) is uitgevaardigd, dan wel
- b. met ingang van de datum waarop de betrokkene het grondgebied van - kort gezegd - de lidstaten van de EU daadwerkelijk heeft verlaten, dan wel
- c. enig ander moment?

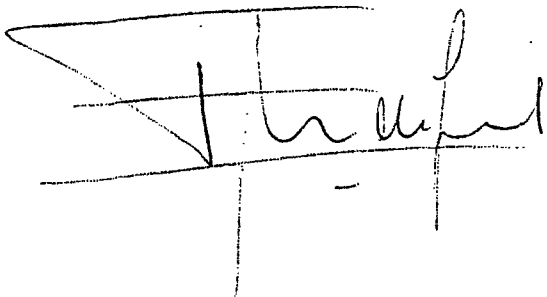
2. Moet artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn met het oog op de toepassing van het overgangsrecht aldus worden uitgelegd dat deze bepaling meebrengt dat besluiten die zijn genomen voordat deze richtlijn in werking trad, waarvan het rechtsgevolg is dat de geadresseerde gedurende tien achtereenvolgende jaren buiten Nederland moet verblijven en het inreisverbod volgens alle relevante omstandigheden van het individuele geval is bepaald waartegen een rechtsmiddel kon worden aangewend, geen rechtsgevolg meer hebben indien de duur van deze verplichting op het moment waarop deze richtlijn ten uitvoer diende te worden gelegd of op het

moment waarop is vastgesteld dat de geadresseerde van dit besluit in Nederland verbleef, de in deze bepaling bedoelde duur overschreed?

7. Beslissing

De Hoge Raad houdt iedere verdere beslissing aan totdat het Hof van Justitie van de Europese Unie naar aanleiding van het bovenomschreven verzoek uitspraak zal hebben gedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president A.J.A. van Dorst als voorzitter, en de raadsheren J. de Hullu, M.A. Fierstra, V. van den Brink en E.S.G.N.A.I. van de Griend, in bijzijn van de waarnemend griffier E. Schnetz, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 29 maart 2016.

E. Schnetz



