



Datum van inontvangstneming : 27/02/2014

**Zaak C-38/14**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

27 januari 2014

**Verwijzende rechter:**

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Spanje)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

17 december 2013

**Appellante:**

Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa - Extranjería

**Geïntimeerde:**

Samir Zaizoune

---

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO[,] SALA DE LO  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO [OMISSIS]**

**[OMISSIS]**

**Procedure [OMISSIS]: Hoger beroep [OMISSIS] 195/2013 - Derde kamer  
[OMISSIS]**

Oorspronkelijke rechter [OMISSIS]: Juzgado de lo Contencioso-administrativo  
nº 2 de Donostia [OMISSIS]

[OMISSIS]

Oorspronkelijke procedure [OMISSIS]: Verkorte procedure [OMISSIS] 549/2011

Appellante [OMISSIS]: SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN GIPUZKOA  
– EXTRANJERIA

Vertegenwoordigd door [OMISSIS]: ABOGADO DEL ESTADO (landsadvocaat)

Geïntimeerde: [OMISSIS]: SAMIR ZAIZOUNE

Vertegenwoordigd door [OMISSIS]: SAMIR ZAIZOUNE

MAATREGEL WAARTEGEN WORDT OPGEKOMEN [OMISSIS]: BESLUIT  
VAN 19 OKTOBER 2011 VAN DE SUBDELEGACION DEL GOBIERNO IN  
GIPUZKOA WAARBIJ VERWIJDERING VAN HET NATIONALE  
GRONDGEBIED WORDT GELAST.

[OMISSIS]

**BESLISSING**

[OMISSIS]

Bilbao, 17 december 2003.

**FEITEN**

EERSTE EN ENIG FEIT.- Bij beschikking van 26 november 2013 werd besloten de procedure te schorsen en partijen te horen over de mogelijke indiening van een verzoek om een prejudiciële beslissing bij het Hof van Justitie van de Europese Unie ingevolge artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Die hoorzitting heeft plaatsgevonden en het resultaat daarvan is in de processtukken vastgelegd. **[Or 1]**

**RECHTSGRONDEN**

## ÉÉN - PROCESVERLOOP VOOR HET TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

### A.1. Voorwerp van het hoger beroep

De Administración General del Estado (de Spaanse centrale overheid, hierna: „overheid”) heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak [OMISSIS] van de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Donostia-San Sebastián van 16 november 2012 in de verkorte procedure nr. [OMISSIS].

De bestreden uitspraak heeft het beroep dat namens S. Zaizoune was ingesteld [OMISSIS] tegen het besluit van de Subdelegación del Gobierno in Guipuzkoa (subdelegatie van de regering) van 19 oktober 2011, toegewezen. Bij dat besluit werd de verwijdering van Zaizoune van het Spaanse grondgebied gelast en werd hem uitdrukkelijk verboden dit grondgebied gedurende de eerstvolgende vijf jaar opnieuw binnen te komen. Bij de bestreden uitspraak is de aan rechterlijke toetsing onderworpen bestuurshandeling bijgevolg nietig verklaard en is de aanvankelijk gelaste verwijdering vervangen door een geldboete van de laagste categorie.

### A.2. Verloop van de administratieve procedure

Op 15 juli 2011 werd Zaizoune, die de Marokkaanse nationaliteit heeft, in de omgeving van de wijk Behovia in de gemeente Irún bij een vreemdelingencontrole aangehouden door ambtenaren van de Unidad de Extranjería y Fronteras (eenheid vreemdelingen- en grenspolitie) van het politiebureau van de Cuerpo Nacional de Policía (nationale politie) in Irún. Toen Zaizoune gevraagd werd om bewijs van zijn identiteit en zijn rechtmatige verblijf op het Spaanse grondgebied, kon hij dit niet tonen. Zaizoune werd gearresteerd en dezelfde dag nog werd een administratieve uitzettingsprocedure tegen hem ingeleid.

Als resultaat van deze administratieve procedure legde de Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa hem de sanctie van verwijdering op, op grond dat hij zich schuldig had gemaakt aan de overtreding als bedoeld in artikel 53, lid 1, sub a, van Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Spaanse organieke wet 4/2000 op de rechten en vrijheden en de sociale integratie van vreemdelingen in Spanje) van 11 januari 2000 (Boletín Oficial del Estado, hierna: „BOE”, nr. 10 van 12 januari 2000; beschikbaar op: <http://www.boe.es>) (hierna: „vreemdelingenwet”). Daarin wordt de volgende gedraging als een „ernstige overtreding” aangemerkt: „*Het zich illegaal ophouden op Spaans grondgebied doordat de betrokkene geen verlenging van zijn verblijf heeft verkregen, niet in het bezit is van een verblijfsvergunning of deze reeds meer dan drie maanden is afgelopen en hij niet binnen de voorgeschreven termijn een aanvraag tot verlenging daarvan heeft ingediend*”.

Het administratieve besluit tot oplegging van de sanctie was gebaseerd op de [Or 2] volgende constatering: „[...] Zaizoune hield zich illegaal op in Spanje, aangezien hij niet in het bezit was van enige titel (zoals verlenging van het verblijf of een verblijfsvergunning) die zijn rechtmatige verblijf rechtvaardigde. Bovendien heeft hij een strafblad in Spanje (bij vonnis van 1 februari 2005 van de Juzgado de lo Penal N° 27 de Madrid (strafrechtbank nr. 27 te Madrid) werd hij veroordeeld tot een gevangenisstraf van twee jaar en zes maanden wegens pleging van een strafbaar feit inzake voor de gezondheid schadelijke middelen). Verwijdering is in dit geval van illegaal verblijf in Spanje, waarbij onbekend is wanneer en waar hij Spanje is binnengekomen, een passende maatregel”.

Krachtens artikel 96 van de Overeenkomst ter uitvoering van het akkoord van Schengen strekte de weigering van toegang tot het Spaanse grondgebied zich eveneens uit tot het grondgebied van Frankrijk, Duitsland, België, Nederland, Luxemburg, Portugal, Italië, Griekenland, Oostenrijk, Denemarken, Zweden, Finland, Noorwegen, IJsland, Slowakije, Slovenië, Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Malta, Polen en de Tsjechische Republiek.

In de procedure is niet vastgesteld dat Zaizoune zich in een van de omstandigheden bevindt als bedoeld in artikel 6, leden 2 tot en met 5, 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, waarnaar verwezen wordt in de derde rechtsgrond, C.1., van deze beslissing.

### **A.3. Uitspraak in eerste aanleg**

De Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 2 de Donostia-San Sebastián heeft het beroep toegewezen op grond dat de aan de vreemdeling opgelegde straf, namelijk verwijdering, onevenredig is.

[OMISSIS] Deze rechtspraak wordt samengevat in de tweede rechtsgrond, B.2., van deze beslissing.

In zijn uitspraak heeft de Juzgado deze rechtspraak op het onderhavige geval toegepast op basis van de volgende redenering:

*„In het onderhavige geval dient uitsluitend rekening te worden gehouden met het illegale verblijf in Spanje. Er zijn geen negatieve feiten omtrent het gedrag van de [Or 3]betrokkene bekend die de sanctie van verwijdering rechtvaardigen. Het bestreden besluit baseert de motivering van de opgelegde sanctie op het eigenlijke feit, namelijk het niet in het bezit hebben van voldoende documentatie. Hieraan wordt als negatieve factor toegevoegd het feit dat verzoeker eerder strafrechtelijk is veroordeeld wegens een strafbaar feit inzake voor de gezondheid schadelijke middelen. Deze negatieve factor mag in de onderhavige procedure echter niet worden meegewogen, aangezien uit het dossier van de administratieve procedure,*

*blad 24 daarvan, blijkt dat verzoeker bij vonnis van de Juzgado de lo Penal n° 27 de Madrid van 1 februari 2005 werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van twee jaar, zes maanden en één dag. De datum waarop de straf definitief afliep was 29 augustus 2008. Gelet op artikel 136 van de Código Penal (Spaans wetboek van strafrecht) en gezien het feit dat er sinds de het aflopen van de straf meer dan drie jaar zijn verstreken, moet worden vastgesteld dat verzoeker zijn strafvorderlijke gegevens nu mag laten verwijderen. Bijgevolg kan de rechtbank niet concluderen dat er verzwarende omstandigheden bestaan ten aanzien van het illegale verblijf, dat overigens op zichzelf niet ontkend is, die de sanctie van verwijdering rechtvaardigen. Nu de redenen en bezwarende bewijsmiddelen die de overheid ertoe kunnen brengen verwijdering te gelasten, volledig ontbreken, wordt het beroep toegewezen onder verwijzing naar de voornoemde rechtspraak. Het besluit tot verwijdering dient dan ook nietig te worden verklaard en er wordt een geldboete opgelegd die, aangezien er geen sprake is van verzwarende omstandigheden, op het laagste niveau moet worden vastgesteld.”*

#### **A.4. Hoger beroep en verweerschrift in hoger beroep**

In hoger beroep verzoekt de overheid deze Sala de lo Contencioso-Administrativo van het Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (afdeling bestuursrechtspraak van het hoger gerechtshof van País Vasco; hierna: „Sala”) om de uitspraak van de Juzgado te vernietigen.

De uitspraak van de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo waarbij de verwijderingsmaatregel die op 19 oktober 2011 door de Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa is gelast, wordt ingetrokken en vervangen door een geldboete, is naar het oordeel van de overheid wederrechtelijk.

Het in het kader van het hoger beroep geformuleerde verzoek om vernietiging van de bestreden uitspraak is gebaseerd op de aanwezigheid van een bijkomende, bijzonder verzwarende omstandigheid in de situatie van de vreemdeling, in combinatie met zijn illegale verblijf op Spaans grondgebied. De overheid leidt het bestaan van deze verzwarende omstandigheid in de eerste plaats af uit het feit dat Zaizoune bij zijn aanhouding door ambtenaren die waren belast met surveillance- en controletaken in het kader van het vreemdelingenrecht, niet over de nodige documenten beschikte, aangezien hij, toen hem om legitimatie werd gevraagd, geen documenten kon tonen. In het dossier van de administratieve procedure is alleen een fotokopie opgenomen van de eerste bladzijde van een paspoort die naar het oordeel van de overheid geen afdoende bewijs vormt van de herkomst van de betrokkene. In de tweede plaats is niet bekend wanneer en waar Zaizoune Spanje is binnengekomen. In de derde en laatste plaats is Zaizoune bij definitief vonnis van 1 februari 2005 veroordeeld wegens pleging van een strafbaar feit inzake voor de gezondheid schadelijke middelen [Or 4] overeenkomstig artikel 359 van de Código Penal.

Zaizoune heeft de Sala in zijn verweerschrift verzocht om bekrachtiging van de uitspraak in eerste aanleg.

Hij voert in dit verband aan dat hij in het bezit is van de nodige documenten en zich heeft gelegitimeerd, aangezien hij in de loop van de procedure een kopie van zijn paspoort heeft overgelegd. Hij is van mening dat er in het onderhavige geval onvoldoende redenen bestaan die de sanctie van verwijdering rechtvaardigen, aangezien hij zich gelegitimeerd heeft en is geworteld in het Spaanse grondgebied. Hij stelt dat hij in 2001 reeds in het register van de burgerlijke stand van Irún was ingeschreven en dat hij sindsdien om werkgerelateerde redenen in verschillende steden binnen het nationale grondgebied heeft gewoond. Hij voegt hieraan toe dat hij opleidingen heeft gevolgd en dat hij zijn verblijfsstatus in Spanje niet heeft kunnen regulariseren omdat hij geen aanbod van werk heeft ontvangen dat voldeed aan alle wettelijke vereisten. Bovendien voert hij aan dat hij bij zijn broer en moeder woont en dat laatstgenoemde legaal in Spanje resideert. Met betrekking tot zijn strafrechtelijke veroordeling bevestigt Zaizoune dat hij zijn straf heeft uitgezeten en dat zijn strafblad schoon was toen de uitzettingsprocedure tegen hem werd ingeleid.

## **TWEE.- NATIONAAL RECHT**

### **B.1. Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social („vreemdelingenwet”)**

Het sanctieregime inzake overtredingen van de vreemdelingenwetgeving wordt geregeld in titel III van de vreemdelingenwet.

Artikel 28, lid 3, sub c, van de vreemdelingenwet luidt in de redactie van het enige artikel, lid 28, van Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre (Spaanse organieke wet 2/2009 van 11 december 2009), die sinds 13 december 2009 van kracht is:

*„Het vertrek is verplicht in de volgende gevallen: [...] c) wanneer het bevoegde orgaan de door de vreemdeling ingediende aanvragen om op Spaans grondgebied te blijven, heeft afgewezen of wanneer de vreemdeling niet in het bezit is van een verblijfsvergunning voor Spanje.”*

Artikel 51, lid 2, van de vreemdelingenwet, hernummerd door artikel 1, lid 44, van Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (Spaanse organieke wet 8/2000 van 22 december 2000), die sinds 23 januari 2001 van kracht is, bepaalt het volgende:

*„De in deze organieke wet vastgelegde overtredingen worden ingedeeld als ‚licht’, ‚ernstig’ en ‚zeer ernstig’.”*

Artikel 53, lid 1, sub a, van de vreemdelingenwet, in de versie van enig artikel, lid 56, van organieke wet 2/2009 van 11 december 2009, die sinds 13 december [Or 5] 2009 van kracht is, bepaalt het volgende:

*„Onder ernstige overtredingen wordt verstaan: a) Het zich illegaal ophouden op Spaans grondgebied doordat de betrokkene geen verlenging van zijn verblijf heeft verkregen, niet in het bezit is van een verblijfsvergunning of deze reeds meer dan drie maanden is afgelopen en hij niet binnen de voorgeschreven termijn een aanvraag tot verlenging daarvan heeft ingediend.”*

Artikel 55, lid 1, sub b, van de vreemdelingenwet luidt in de redactie van enig artikel, lid 58, van organieke wet 2/2009 van 11 december 2009), die sinds 13 december 2009 van kracht is:

*„De in de voorgaande artikelen omschreven overtredingen worden als volgt bestraft: b) met een geldboete van 501 EUR tot 10 000 EUR in het geval van ernstige overtredingen. In het geval waarin artikel 53, lid 2, sub a, van deze wet voorziet, is de ondernemer naast de opgelegde sanctie tevens verplicht de kosten van de reis te dragen.”*

Artikel 55, lid 3, van de vreemdelingenwet bepaalt in de versie van enig artikel, lid 58, van organieke wet 2/2009 van 11 december 2009, die sinds 13 december 2009 van kracht is:

*„Ter bepaling van de hoogte van de sancties neemt de bevoegde autoriteit evenredigheidscriteria in acht, waarbij zij rekening houdt met de graad van schuld en in voorkomend geval de veroorzaakte schade of het uit de overtreding voortvloeiende risico en de gevolgen van deze overtreding.”*

Artikel 57, lid 1, van de vreemdelingenwet luidt in de redactie van artikel 59 van organieke wet 2/2009 van 11 december 2009, die sinds 13 december 2009 van kracht is:

*„Wanneer de overtreders vreemdelingen zijn en hun gedrag zeer ernstige of ernstige overtredingen oplevert in de zin van artikel 53, lid 1, sub a, b, c, d en f, van de onderhavige Ley Orgánica, kan, met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, de geldboete als straf worden vervangen door verwijdering van het Spaanse grondgebied, na afloop van de daartoe bedoelde administratieve procedure en bij een gemotiveerd besluit waarin de feiten waaruit de overtreding bestaat worden beoordeeld.”*

Artikel 57, lid 3, van de vreemdelingenwet, zoals gewijzigd bij enig artikel, lid 58, van organieke wet 2/2009 van 11 december 2009, die sinds 13 december 2009 van kracht is, stelt de volgende regel:

*„De verwijdering en de geldboete kunnen in geen geval samen als straf worden opgelegd.”*



Real Decreto 557/2011 de 20 de abril (koninklijk besluit 557/2011 van 20 april 2011) tot[Or 6] vaststelling van de uitvoeringsbepalingen van de vreemdelingenwet, zoals gewijzigd bij organieke wet 2/2009 (BOE nr. 103 van 30 april 2011), dat van kracht is geworden op 30 juni 2011, bepaalt in de eerste drie leden van artikel 24:

*„1. In gevallen waarin een vergunning om zich in Spanje op te houden, ontbreekt, met name omdat de toegangs- of verblijfsvoorwaarden niet of niet langer zijn vervuld, of bij afwijzing door het bevoegde orgaan van aanvragen voor verlenging van het verblijf, van verblijfsvergunningen of van enig ander document dat noodzakelijk is voor het verblijf van vreemdelingen op Spaans grondgebied, of van verlenging van de vergunningen of documenten zelf, dient de betrokkene in het administratieve besluit te worden meegedeeld dat hij verplicht is het land te verlaten, onverminderd de mogelijkheid om deze verwittiging ook te vermelden op het paspoort of een soortgelijk document of op een apart document indien de betrokkene zich in Spanje ophoudt met een identiteitsdocument waarop de ad-hocvermelding niet kan worden aangebracht.*

*Besluiten waarbij aanvragen niet-ontvankelijk worden verklaard overeenkomstig de vierde aanvullende bepaling van de vreemdelingenwet bevatten geen bevel tot verplicht vertrek.*

*2. Het verplichte vertrek moet plaatsvinden binnen de in het besluit tot afwijzing van de aanvraag gestelde termijn of in voorkomend geval uiterlijk binnen 15 dagen vanaf de kennisgeving van de afwijzing, behoudens in uitzonderlijke omstandigheden en indien de betrokkene kan aantonen dat hij over voldoende bestaansmiddelen beschikt; in dat geval kan de termijn met maximaal 90 dagen worden verlengd. Indien de termijn verstrijkt zonder dat het vertrek heeft plaatsgevonden, dienen de voorschriften te worden toegepast die in de onderhavige uitvoeringsbepalingen zijn vastgelegd voor de gevallen waarop artikel 53, lid 1, sub a, van de vreemdelingenwet betrekking heeft.*

*3. Indien de in het onderhavige artikel bedoelde vreemdelingen het Spaanse grondgebied daadwerkelijk verlaten overeenkomstig het bepaalde in de voorgaande leden, zal hun de toegang tot het land niet worden verboden en zij zullen in voorkomend geval naar Spanje kunnen terugkeren, mits zij de regels inzake de toegang tot het Spaanse grondgebied naleven.”*

## **B.2. Rechtspraak van het Tribunal Supremo**

Aangaande de vraag of het illegale verblijf van vreemdelingen in Spanje moet worden bestraft met een geldboete of met verwijdering van het grondgebied, neemt het Tribunal Supremo (hooggerechtshof) sinds 2005 het standpunt in dat volgens de systematiek van de wet de geldboete de primaire straf is, terwijl verwijdering, als zwaardere en secundaire straf, specifiek gemotiveerd dient te worden door redenen die anders zijn dan, of een aanvulling vormen op, die van

illegaal verblijf alleen, aangezien dit gewoon met een geldboete wordt bestraft. **[Or 7]**

Het Tribunal Supremo heeft tevens vastgesteld dat de overheid, in het geval dat zij verwijdering gelast, dit besluit moet omkleden met specifieke redenen inzake evenredigheid, mate van subjectiviteit, de geleden schade of mogelijke risico's die uit de overtreding voortvloeien en, in het algemeen, de juridische of feitelijke omstandigheden omtrent de verwijdering en de weigering van toegang, aangezien verwijdering een zwaardere straf is dan een geldboete.

Het Tribunal Supremo heeft echter ook geoordeeld dat, indien het dossier van de administratieve procedure, behalve het illegale verblijf ook andere negatieve feiten omtrent het gedrag van de betrokkene of zijn omstandigheden vermeldt, en deze feiten van dien aard zijn dat zij, in combinatie met het illegale verblijf, verwijdering rechtvaardigen, het besluit tot verwijdering niet ontoereikend is gemotiveerd, wanneer deze feiten daar niet in worden vermeld.

Deze rechtspraak is, onder vele andere uitspraken, vervat in de arresten van het Tribunal Supremo van 9 december 2009 [OMISSIS] en 31 januari 2008 (cassatieberoep nr. 1743/2004, ROJ STS 267/2008).

De vijfde rechtsoverweging van dit laatstgenoemde arrest van 31 januari 2008 verwoordt de bedoelde rechtspraak als volgt:

„Uit deze regelgeving kan het volgende worden afgeleid:

*1.- Illegaal verblijf in Spanje (dat wil zeggen, na afloop van de termijn van 90 dagen overeenkomstig artikel 30, leden 1 en 2, van wet 4/2000, zoals gewijzigd door wet 8/200, aangezien in de eerste 90 dagen alleen terugleiding kan worden gelast en geen verwijdering), kan volgens artikel 53, sub a, worden bestraft met een geldboete of met verwijdering. Dit volgt niet alleen uit artikel 53, sub a, maar ook uit artikel 63, leden 2 en 3, waarin uitdrukkelijk wordt erkend dat de maatregel van verwijdering mogelijk niet altijd passend (artikel 63, lid 2) of gegrond (63, lid 3) is, ook al betreft het de in artikel 53, sub a, bedoelde situatie van illegaal verblijf.*

*Reglamento 864/2001 de 20 de Julio (reglement 864/2001 van 20 juli 2001) spreekt uitdrukkelijk van de keuze tussen geldboete of verwijdering, aangezien artikel 115 daarvan bepaalt dat ‚besloten kan worden tot verwijdering van het nationale grondgebied, tenzij de beslissingsbevoegde instantie bepaalt dat een geldboete passend is’. (Wij gaan hier niet in op de vraag of het reglement mogelijk te streng is omdat het, in strijd met de bepalingen van de wet, de verwijdering als hoofdregel en de geldboete als uitzondering lijkt te beschouwen.) Het belangrijkste punt nú is dat de overheid illegaal verblijf ofwel kan straffen met een geldboete ofwel met verwijdering. **[Or 8]***

2.- *Volgens de systematiek van de wet is de geldboete de hoofdstraf. Dit volgt uit artikel 55, lid 1, en de bewoordingen van artikel 57, lid 1, volgens welke in het geval van (onder meer) illegaal verblijf, in plaats van een geldboete de straf bestaande in verwijdering van het nationale grondgebied kan worden opgelegd'.*

3. *Als zwaardere en secundaire straf vergt verwijdering een specifieke motivering door redenen die anders zijn dan, of een aanvulling vormen op, die van illegaal verblijf alleen, aangezien dit gewoon met een geldboete wordt bestraft, zoals eerder uiteengezet. Volgens artikel 55, lid 3 (dat verwijst naar de bepaling van de hoogte van de straf, maar dat ook van toepassing geacht moet worden op de keuze tussen een geldboete en verwijdering), moet de overheid, in het geval zij verwijdering gelast, dat besluit met specifieke redenen omkleden inzake evenredigheid, mate van subjectiviteit, de geleden schade of mogelijke risico's die uit de overtreding voortvloeien en, in het algemeen, de juridische of feitelijke omstandigheden omtrent de verwijdering en de weigering van toegang, aangezien verwijdering een zwaardere straf is dan een geldboete.*

4.- *Het zou echter getuigen van een te formalistische benadering om aan te nemen dat de motivering ontbreekt, omdat deze niet is opgenomen in het besluit zelf, mits zij in het dossier van de administratieve procedure is opgenomen.*

*Conclusie:*

*A) Indien zuiver en alleen het illegale verblijf de reden is voor de verwijdering, zonder dat sprake is van andere negatieve omstandigheden, dan is het duidelijk dat de overheid uitdrukkelijk moet motiveren waarom zij de straf van verwijdering oplegt, aangezien illegaal verblijf in principe wordt bestraft met een geldboete, zoals reeds is uiteengezet.*

*B) Indien het dossier van de administratieve procedure, behalve het illegale verblijf, ook andere negatieve feiten omtrent het gedrag van de betrokkene of zijn omstandigheden vermeldt, en deze feiten van dien aard zijn dat zij, in combinatie met het illegale verblijf, verwijdering rechtvaardigen, is het besluit tot verwijdering echter niet ontoereikend gemotiveerd, wanneer deze feiten daar niet in worden vermeld.”*

## **DRIE.- GEMEENSCHAPSRECHT**

### **C.1. 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**

Volgens artikel 1 van richtlijn 2008/115/EG heeft deze richtlijn het volgende doel:

*„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, [Or 9] 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 4 van deze richtlijn, met de titel „Gunstiger bepalingen”, bepaalt:

*„2. Deze richtlijn laat onverlet de bepalingen van het communautaire acquis op het gebied van immigratie en asiel die gunstiger zijn voor de onderdanen van derde landen.*

*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 6, lid 1, van richtlijn 2008/115/EG luidt:

*„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.”*

Artikel 20, lid 1, van deze richtlijn voorziet in de volgende termijnen voor omzetting van de richtlijn in nationaal recht:

*„De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk 24 december 2010 aan deze richtlijn te voldoen. Wat artikel 13, lid 4, betreft, doen de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk 24 december 2011 aan deze richtlijn te voldoen. Zij delen de Commissie de tekst van die bepalingen onverwijld mede.*

*Wanneer de lidstaten die bepalingen aannemen, wordt in die bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking daarvan naar deze richtlijn verwezen. De regels voor deze verwijzing worden vastgesteld door de lidstaten.”*

## **C.2. Rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie**

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft zich over de uitlegging van [Or 10] richtlijn 2008/115/EG uitgesproken in de arresten van 28 april 2011 (Hassen El Dridi, C-61/11), 6 december 2011 ( Alexandre Achughbajian, C-329/11) en 6 december 2012 ( Md Sagor, C-430/11).

In al deze zaken is de nationale regelgeving echter anders en voorziet deze in andere oplossingen dan de oplossing die wordt overwogen in de onderhavige procedure en die uiteengezet is in de tweede rechtsgrond van deze beslissing.

Evenzo heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie zich in het arrest van 22 oktober 2009 (María Julia Zurita García en Aurelio Choque Cabrera, gevoegde zaken C-261/08 en C-348/08) uitgesproken over de verenigbaarheid van het nationale sanctieregime dat is beschreven in de tweede rechtsgrond van deze beslissing, met het gemeenschapsrecht.

De prejudiciële vragen die aanleiding gaven tot het bovengenoemde arrest hadden echter betrekking op de uitlegging van de communautaire normen vervat in de artikelen 6 ter en 23 van de Overeenkomst ter uitvoering van het tussen de regeringen van de staten van de Benelux Economische Unie, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek op 14 juni 1985 te Schengen gesloten akkoord betreffende de geleidelijke afschaffing van de controles aan de gemeenschappelijke grenzen, ondertekend op 19 juni 1990 in Schengen, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 2133/2004 van de Raad van 13 december 2004 waarbij voor de bevoegde autoriteiten van de lidstaten de verplichting wordt ingevoerd om in de reisdocumenten van onderdanen van derde landen bij het overschrijden van de buitengrenzen van de lidstaten systematisch een stempel aan te brengen, en waarbij de bepalingen van de Overeenkomst ter uitvoering van het Akkoord van Schengen en het gemeenschappelijk handboek daartoe worden gewijzigd, en in artikel 11 van verordening (EG) nr. 562/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscodel).

Bovendien is het volgens de verwijzende rechter relevant dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest van 22 oktober 2009 verklaarde dat „[...] de werkelijke bedoeling van de wetgever niet [was] om de betrokken lidstaten de verplichting op te leggen om een onderdaan van een derde land van hun grondgebied te verwijderen wanneer deze het in artikel 11, lid 1, bedoelde vermoeden niet kan weerleggen, maar [dat hij] de lidstaten de mogelijkheid [heeft] gelaten om dit te doen” (punt 56). Bij de uitlegging van richtlijn 2008/115/EG heeft het Hof echter het volgende bevestigd: „Zodra is vastgesteld dat het verblijf illegaal is, moeten die autoriteiten krachtens artikel 6, lid 1, van die richtlijn, en onverminderd de daarin voorziene uitzonderingen, een terugkeerbesluit uitvaardigen” (arrest van 6 december 2011, **[Or 11]**, Alexandre Achughbabian en Préfet du Val-de-Marne, C-329/11, punt 31).

#### **VIER.- REDENEN VOOR HET VERZOEK OM EEN PREJUDICIELE BESLISSING**

Tegen de beslissing van de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco op hoger beroep nr. 195/2013 kan naar nationaal recht geen hogere voorziening worden ingesteld.

Bij de beoordeling van het bij haar ingestelde hoger beroep nr. 195/2013 is de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (hierna: „Sala”) gestuit op diverse vragen over de uitlegging van richtlijn 2008/115/EG.

Deze vragen betreffen in het bijzonder de verenigbaarheid van een nationale regeling die bij constatering van de illegale verblijfsstatus van een vreemdeling de mogelijkheid biedt om hem een andere straf op te leggen dan die van terugkeer overeenkomstig artikel 6, lid 1, van richtlijn 2008/115/EG, zoals het geval is wanneer hem uitsluitend een geldstraf wordt opgelegd die niet vergezeld gaat van een specifieke verplichting tot terugkeer en die bovendien onverenigbaar is met de staf van verwijdering. Volgens de Sala is het eveneens onduidelijk of deze nationale regeling in het algemeen valt onder bepalingen van het communautaire acquis op het gebied van immigratie die gunstiger zijn voor staatsburgers van een derde land (artikel 4, lid 2, van richtlijn 2008/115/EG). Ten slotte is het naar de mening van de Sala de vraag of een nationale regeling, zoals de regeling die is beschreven in de tweede rechtsgrond van deze beslissing, valt onder het recht van de lidstaten om bepalingen aan te nemen of te handhaven die gunstiger zijn voor de personen op wie de richtlijn van toepassing is, mits deze bepalingen verenigbaar zijn met de richtlijn (artikel 4, lid 3, richtlijn 2008/115/EG).

Bijgevolg oordeelt de Sala het passend om krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

**„Moeten de artikelen 4, leden 2 en 3, en 6, lid 1, van richtlijn 2008/115/EG, in het licht van de beginselen van loyale samenwerking en de nuttige werking van de richtlijnen, aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is en de rechtspraak waarin zij wordt uitgelegd, die de mogelijkheid biedt om het illegale verblijf van een vreemdeling uitsluitend te bestraffen met een geldstraf die bovendien onverenigbaar is met de straf van verwijdering?”**

Het antwoord van het Hof op de vragen om uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2008/115/EG die in de voorgaande paragrafen aan de orde zijn gesteld, is [Or 12] noodzakelijk voor de beslechting van het hoofdgeding dat bij deze rechtbank aanhangig is. Het antwoord op de vraag over de verenigbaarheid van de nationale regeling die het illegale verblijf van vreemdelingen bestraft met

verwijdering of met een geldboete, is namelijk van doorslaggevend belang bij de beoordeling, op basis van de door de centrale overheid aangevoerde argumenten in hoger beroep, van de geldigheid van de uitspraak waarbij de verwijdering die door de overheid was gelast ingevolge deze regeling is vervangen door een geldboete van de laagste categorie, die bovendien onverenigbaar is met de straf van verwijdering. Het staat immers, zoals het Hof heeft opgemerkt, „aan de verwijzende rechter, die in het kader van zijn bevoegdheid ermee belast is de bepalingen van het Unierecht toe te passen en zorg te dragen voor de volle werking ervan, om elke bepaling van decreto legislativo nr. 286/1998 die strijdig is met het resultaat van richtlijn 2008/115 [...] buiten toepassing te laten” (arrest van 28 april 2011, Hassen El Dridi, C-61/11, punt 61).

**DE SALA BESLIST:**

**TEN EERSTE.-** Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

**„Moeten de artikelen 4, leden 2 en 3, en 6, lid 1, van richtlijn 2008/115/EG, in het licht van de beginselen van loyale samenwerking en de nuttige werking van de richtlijnen, aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is en de rechtspraak waarin zij wordt uitgelegd, die de mogelijkheid biedt om het illegale verblijf van een vreemdeling uitsluitend te bestraffen met een geldstraf die bovendien onverenigbaar is met de straf van verwijdering?”**

**TEN TWEEDE.-** De behandeling van de zaak wordt geschorst totdat uitspraak is gedaan over het verzoek om een prejudiciële beslissing.

[OMISSIS]

(ondertekening)