

Sinds enige tijd is een veroordeling tot zestig uur werkstraf vaak al voldoende om een legale vreemdeling ongewenst te verklaren. Maar EU-burgers kunnen zich beroepen op gemeenschapsrecht en dat roept bij toetreding van nieuwe lidstaten bijvoorbeeld de vraag op of ongewenstverklaringen van vóór de toetreding nog wel geldig zijn. De advocaat moet blijven wijzen op de rechten van zijn cliënt als Euroburger, want die worden nogal eens veronachtzaamd.

# Ongewenste Euroburgers

S.J. van der Woude, J. Kuijper  
advocaten te Amsterdam

**E**en paar maanden geleden is Nederland door het Hof van Justitie veroordeeld vanwege de ruime mate waarin burgers van de Europese Unie uit Nederland zijn verwijderd (HvJ EG 7 juni 2007, C-50/06, *JV* 2007, 369). De verwijderingen gingen veelal gepaard met de ongewenstverklaring van die burgers. Uitgelokt door een klacht van de Europese Commissie viel het Hof erover dat Nederland op burgers van de Unie een nationale vreemdelingenwetgeving had toegepast, waarin stelselmatig en automatisch een verband werd gelegd tussen een strafrechtelijke veroordeling en een verwijderingsmaatregel.

Op 1 mei 2004 zijn tien landen, waaronder Polen, tot de Europese Unie toegetreten en op 1 januari 2007 zijn Roemenië en Bulgarije daar nog bijgekomen. Hierdoor heeft de Unie ruim honderd miljoen nieuwe burgers gekregen, met

alle rechten die daarmee gepaard gaan. Alleen het recht op het verrichten van arbeid in loondienst is daarvan tijdelijk uitgezonderd (geweest). Wat betekent dit voor de positie van de onderdanen van deze nieuwe lidstaten, die vóór toetreding tot de Europese Unie door Nederland tot ongewenst vreemdeling waren verklaard? Blijven Nederlandse ongewenstverklaringen die dateren van vóór de toetreding ook daarna nog geldig en zo nee, wat is dan de juridische status van dit soort besluiten zo lang zij niet zijn ingetrokken? Kunnen dergelijke besluiten bijvoorbeeld nog steeds dienen als basis voor een strafrechtelijke veroordeling op grond van art. 197 Sr: het als vreemdeling in Nederland verblijven terwijl men weet – of redelijkerwijs moet vermoeden – dat men ongewenst is verklaard?

## Onhoudbare positie

Uit cijfers van de Immigratie- en Naturalisatiedienst blijkt dat het ongewenst verklaren van vreemdelingen een hoge vlucht heeft genomen (zie tabel I). Werden in 1995 nog 157 vreemdelingen, van wie 40 EU-burgers, ongewenst verklaard, in 2000 waren het er al 875,

waarvan 195 EU-burgers, en in 2003 1518, van wie maar liefst 369 EU-burgers. Het jaar 2006 was het voorlopige topjaar met 1776 ongewenst verklaarden; het aantal EU-burgers daarvan is dan teruggelopen tot 178. In 2007 ging het tot en met de maand juli om 832 ongewenst verklaarden, van wie 31 EU-burgers.

Tabel I: Ongewenstverklaringen in Nederland (bron: IND)

	totaal	van wie EU-burgers
1995	157	40
1996	632	160
1997	984	222
1998	888	193
1999	964	238
2000	875	195
2001	926	232
2002	1269	322
2003	1518	369
2004	1278	210
2005	1810	375
2006	1776	178
2007 t/m juli	832	31

Het gaat niet om de regeltjes van Europa, of om die van het kabinet, het gaat om gewenst en niet gewenst, het spijt me, Frau von Amsberg... Auf wiedersehen!



Het valt op dat het aantal ongewenstverklaringen stijgt, maar dat het aandeel EU-burgers, in weerwil van de recente uitbreidingen van de EU, drastisch is afgenomen. Het is niet al te gewaagd om te veronderstellen dat Nederland – mede onder invloed van de eerdergenoemde procedure in Luxemburg – het onhoudbare van zijn positie is gaan inzien en daarom vanaf 2003 steeds terughoudender is geworden met het ongewenst verklaren van EU-onderdanen. Dit lijkt echter een tijdelijk fenomeen: onlangs is bekend geworden dat staatssecretaris van Justitie Albayrak laat onderzoeken hoe EU-burgers zouden kunnen worden uitgezet die veelvuldig overlast veroorzaken en bij herhaling geweldsmisdrijven plegen.<sup>1</sup>

#### Hardere regels in Nederland

De toename van het aantal ongewenstverklaringen kan in verband worden gebracht met ontwikkelingen in de Nederlandse regelgeving en uitvoeringspraktijk.

In art. 67 Vreemdelingenwet 2000 is geregeld dat vreemdelingen om verschillende redenen ongewenst kunnen worden verklaard, waaronder het gepleegd hebben van strafbare feiten, herhaalde overtreding van de vreemdelingenwet, de nationale veiligheid en het belang van de internationale betrekkingen van Nederland. Verreweg de belangrijkste reden is het gepleegd hebben van strafbare feiten. Daarbij kunnen twee gevallen worden onderscheiden.

- De vreemdeling beschikt niet over een geldige verblijfstitel (verblijfsvergunning, verblijf als burger van de EU, of verblijf op grond van Besluit 1/80 Asso-

ciatieraad EG-Turkije). In dit geval stelt art. 67 Vw geen enkele beperking aan de mogelijkheid om op grond van de openbare orde over te gaan tot ongewenstverklaring. Tot een paar jaar geleden werd in het algemeen echter als ondergrens een onvoorwaardelijke gevangenisstraf van ten minste zes maanden aangehouden en die grens werd ook genoemd in de Vreemdelingencirculaire (Vc), waarin het op grond van de wet gevoerde beleid is vastgelegd.

Maar het beleid is veranderd: sinds kort kan al tot ongewenstverklaring worden overgegaan, wanneer een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf van ten minste *één maand* is opgelegd wegens misdrijf (Vc hoofdstuk A5). Bij *herhaalde* veroordelingen wegens misdrijf mag de straf nog lager zijn: dan volstaan al een paar veroordelingen tot geldboete wegens winkeldiefstal. De lat is dus nogal laag komen te liggen en dat begint door te dringen tot de mensen die deze regels in de praktijk moeten uitvoeren.

- De vreemdeling beschikt wél over een verblijfstitel. In dit geval eist art. 67 Vw een onherroepelijke veroordeling wegens een misdrijf dat wordt bedreigd

.....  
**Een veroordeling tot 60 uur  
 werkstraf kan een vreemde-  
 ling die nog geen jaar een  
 verblijfsvergunning had, ko-  
 men te staan op ten minste  
 10 jaar gedwongen verblijf  
 buiten Nederland**  
 .....

<sup>1</sup> Brief van 13 augustus 2007 van de staatssecretaris van Justitie aan de Tweede Kamer (Kamerstuk 2006-2007, 19 637, nr. 1168).

met een gevangenisstraf van drie jaar of meer. Dat laatste geldt voor bijna alle veelvoorkomende misdrijven, sinds met ingang van 1 februari 2006 het strafmaximum voor eenvoudige mishandeling is opgehoogd naar drie jaar. Belangrijkste uitzonderingen zijn thans nog: vernieling (twee jaar, art. 350 Sr), schuldheiling (één jaar, art. 417 bis Sr), schuldwitwassen (één jaar, art. 420 quater Sr), en veelvoorkomende verkeersmisdrijven (drie maanden, art. 176 VVW). Voor deze strafbare feiten kan een vreemdeling met een geldige verblijfsvergunning dus nooit ongewenst worden verklaard.

Is deze horde genomen, dan moet worden bezien of de nog geldige verblijfstitel kan worden beëindigd. Daarvoor moet zijn voldaan aan de zogenoemde ‘glijdende schaal’ van art. 3:86 Vreemdelingenbesluit. In de glijdende schaal (zie tabel II) wordt een relatie gelegd tussen de verblijfsduur enerzijds en de voor verblijfsbeëindiging vereiste onvoorwaardelijke vrijheidsstraf anderzijds. Ook in deze schaal is de lat steeds lager komen te liggen. Was bij de inwerkingtreding van de nieuwe vreemdelingenwet op 1 april 2001 nog een vrijheidsstraf van ten minste *negen maanden* nodig, sinds 17 juli 2002 is die teruggebracht tot een vrijheidsstraf van *slechts één maand* (30 dagen). Daarbij moet ook nog worden bedacht dat ook de vervangende hechtenis die bij oplegging van een taakstraf wordt opgelegd gewoon als vrijheidsstraf meetelt (art. 36 lid 5 Vb): een werkstraf van 60 uur, te vervangen door 30 dagen hechtenis, kan voor ongewenstverklaring van een legale vreemdeling dus al volstaan. Er zijn weinig advocaten en rechters die zich bewust zijn van de enorme gevolgen die een dergelijk schijnbaar onbeduidende veroordeling kan hebben.

Het is tegenwoordig vast beleid van de Immigratie- en Naturalisatiedienst om *altijd* over te gaan tot verblijfsbeëindiging en ongewenstverklaring wanneer de glijdende schaal dit toestaat.

De gevolgen van ongewenstverklaring zijn groot: ingevolge art 67 lid 3 Vw kan een vreemdeling geen rechtmatig verblijf hebben zolang hij ongewenst verklaard is. Ingevolgde art. 197 Sr is zijn verblijf in Nederland zelfs strafbaar. Ingevolg wordt deze pas vijf jaren na

vertrek uit Nederland ingetrokken en in het geval van geweld of drugs zelfs pas na tien jaren. Hoewel dit op zichzelf niet uitsluit dat een intrekking eerder geschiedt, komt dit in de praktijk onder normale omstandigheden bijna niet voor. De juist genoemde veroordeling tot 60 uur werkstraf komt een vreemdeling dus te staan op ten minste 10 jaar gedwongen verblijf buiten Nederland, als hij minder dan één jaar over een verblijfsvergunning beschikte toen hij de klap uitdeelde waarvoor hij die werkstraf kreeg.

## Tabel II: Glijdende schaal

Art. 3:86 vreemdelingenbesluit (vereenvoudigde weergave): **Verblijfsbeëindiging kan plaatsvinden indien de verblijfstitel ten tijde van het begaan van het misdrijf de volgende duur heeft, en daarvoor ten minste de volgende vrijheidsbenemende straf of maatregel is onherroepelijk is opgelegd:**

bij duur verblijfstitel	duur straf/maatregel ten minste
minder dan 1 jaar	1 maand (30 dagen)
1 tot 2 jaar	3 maanden
2 tot 3 jaar	9 maanden
3 tot 4 jaar	12 maanden
4 tot 5 jaar	24 maanden
6 tot 7 jaar	30 maanden
7 tot 8 jaar	
8 tot 9 jaar	45 maanden
9 tot 10 jaar	54 maanden
10 tot 15 jaar	60 maanden
15 tot 20 jaar	96 maanden

## Europese waarborgen

Het Europese recht luidt vanouds heel anders. Gemeenschapsonderdanen ontlenuen hun verblijfsaanspraken rechtstreeks aan het gemeenschapsrecht (HvJ EG 8 april 1976, Royer). Het nationale recht van de lidstaten kan aan die aanspraken geen afbreuk doen. Een verblijfsvergunning heeft in dit systeem slechts declaratoire werking ten aanzien van het bestaan van het verblijfsrecht. Voorts is al in 1964 bepaald dat een maatregel tot beëindiging van het verblijf moet berusten op het persoonlijk gedrag van de betrokkene en dat een strafrechtelijke veroordeling op zichzelf onvoldoende is (art. 3 Richtlijn 64/221 EEG).

Volgens vaste rechtspraak moet daarbij door de overheid worden aangetoond dat de vreemdeling een actuele bedreiging voor de openbare orde vormt (HvJ EG 27 oktober 1977, Bouchereau).

Uit de uitspraak van het Hof van Justitie EG van 7 juni 2007 blijkt dat Nederland deze gemeenschapsregels jarenlang is ontgaan door zich ten aanzien van onderdanen van lidstaten van de EU eenvoudig op het standpunt te stellen dat hun verblijf niet berustte op een specifieke regel van gemeenschapsrecht, zodat het Nederlandse recht van toepassing was. Het Hof stelt hier tegenover dat voor onderdanen van de lidstaten hun primaire status het burgerschap van de Unie is en dat hun op grond van art. 18 lid 1 van het EG-Verdrag zonder meer een verblijfsrecht in een andere lidstaat toekomt. Dat recht kan worden beperkt, zoals blijkt uit Richtlijn 64/221 EEG, maar aan de daarbij verschaft waarborgen moet ruime toepassing worden gegeven. En dat heeft Nederland in onvoldoende mate gedaan.

Het arrest van het Hof was bij het wijzen ervan al in zoverre achterhaald, dat op 30 april 2006 een nieuwe Richtlijn inzake het verblijfsrecht met nummer 2004/38 EG in werking was getreden. Het zal niet verbazen dat deze Richtlijn in overeenstemming is met de rechtspraak van het Hof. De Richtlijn kent burgers van de Unie en hun gezinsleden zonder meer het recht toe op binnenkomst (art. 5) en het recht op kort verblijf voor de duur van drie maanden (art. 6). Het verblijfsrecht voor meer dan drie maanden is aan bepaalde voorwaarden gebonden (art. 7). Er kunnen verwijderingsmaatregelen worden genomen, maar daaraan mag geen inreisverbod worden verbonden, tenzij die verwijderingsmaatregelen zijn getroffen op grond van de openbare orde, openbare veiligheid en de volksgezondheid (art. 15 jo. 27).

Maatregelen die om redenen van openbare orde zijn gegeven, moeten berusten op een ‘actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving’. Zij moeten ‘in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel en uitsluitend gebaseerd zijn op het gedrag van betrokkene. Strafrechtelijke veroordelingen vormen als zodanig geen



reden voor deze maatregelen' (art. 27). Tegen een verwijderingsmaatregel moet beroep openstaan en aan een verzoek om een voorlopige voorziening komt schorsende werking toe (art. 31). Personen die op grond van de openbare orde zijn verwijderd, kunnen na hun verwijdering binnen een redelijke termijn, die ten hoogste drie jaar mag zijn, een verzoek tot opheffing daarvan doen (art. 32).

Het is duidelijk dat de bevoegdheid van Nederland om onderdanen van andere lidstaten uit te zetten en hun de toegang tot het land enige tijd te weigeren, door dit alles aan zware motiveringseisen wordt gebonden en ten zeerste wordt beperkt.

Nederland heeft de Richtlijn intussen geïmplementeerd in het Vreemdelingenbesluit (art. 8.7 en volgende). Ongewenstverklaring van burgers van de Unie komt hierdoor thans nog maar sporadisch voor en na bezwaar wordt een dergelijk besluit ook nogal eens herroepen. Maar dit neemt niet weg dat Nederland inmiddels heel wat vreemdelingen ongewenst heeft verklaard die op het moment van ongewenstverklaring Unieburger waren of dat inmiddels zijn geworden, zonder dat is voldaan aan de voorwaarden van het gemeenschaps-

recht. Wat is de positie van deze mensen? Wij moeten onderscheiden.

- **Als Unieburger ongewenst verklaard**

Als een burger van de Unie ongewenst is verklaard terwijl het gemeenschapsrecht, in het bijzonder art. 3 Richtlijn 64/221 EEG (strafrechtelijke veroordeling op zichzelf niet voldoende), destijds níét is toegepast en de ongewenstverklaring inmiddels formele rechtskracht heeft verkregen, ontstaat een wat onduidelijke situatie. Brengt de formele rechtskracht van het besluit tot ongewenstverklaring dan mee dat van de juistheid

.....  
**Formele rechtskracht van een besluit kan niet worden tegengeworpen aan de vreemdeling wiens verblijfsaanspraken rechtstreeks voortvloeien uit gemeenschapsrecht**  
 .....

van dat besluit zal moeten worden uitgegaan, bij de beoordeling van de vreemdelingenrechtelijke positie van de vreemdeling?

Dat lijkt niet het geval. Aan de beslissing van de Afdeling bestuursrechtspraak van 8 augustus 2006, AB 2006, 414 kan een argument worden ontleend voor een geheel nieuwe beoordeling van die positie. In die uitspraak heeft de Afdeling ten aanzien van herhaalde aanvragen (art. 4:6 Awb) immers geoordeeld 'dat het algemene rechtsbeginsel volgens hetwelk niet meermalen wordt geoordeeld over eenzelfde zaak (ne bis in idem) niet aan de orde is ingeval een vreemdeling zich, zoals appellant, bij een opvolgende aanvraag om een verblijfsvergunning beroept op een verblijfsrecht dat niet afhankelijk is van enig genomen besluit maar rechtstreeks voortvloeit uit het gemeenschapsrecht'. Hetzelfde moet gelden voor die gevallen waarin een besluit dat naar Nederlands recht *formele rechtskracht* heeft gekregen in de weg zou staan aan verblijfsaanspraken die rechtstreeks voortvloeien uit het gemeenschapsrecht. Dan kan de formele rechtskracht niet worden tegengeworpen aan de vreemdeling.

Nu voor het geldend maken van een aanspraak op verblijfsrecht op grond van gemeenschapsrecht in het algemeen geen aanvraag nodig is, zou dit principe ook moeten gelden wanneer het verblijfsrecht elders en op andere wijze wordt ingeroepen: in dat geval zal de rechter een dergelijke aanspraak op het gemeenschapsrecht moeten beoordelen, zonder te zijn gebonden aan de formele rechtskracht van een eerder besluit tot ongewenstverklaring. Een volledige toetsing aan gemeenschapsrecht is dan aanwezig, waarbij het niet uitmaakt of die beoordeling wordt gemaakt door de bestuursrechter of de strafrechter. In de gevallen waarin het gemeenschapsrecht destijds ten onrechte niet is toegepast, omdat de vreemdeling niet als (begunstigd) EU-onderdaan werd beschouwd, maar slechts als onderdaan van een andere lidstaat zonder bijzondere verblijfsrechten, zal de beoordeling vervolgens dienen in te houden dat de ongewenstverklaring niet af kan doen aan de verblijfsrechten die de vreemdeling als burger van de Unie toekomen. In die gevallen zal aan die ongewenstverklaring derhalve iedere werking moeten worden ontzegd.

### • **Ongewenst verklaarde wordt Unieburger**

Bij ongewenst verklaarden die naderhand (gezinlid van een) burger van de Unie zijn geworden, gaat het meestal om onderdanen van de nieuwe lidstaten die ongewenst zijn verklaard als 'gewone' vreemdeling en zich nu als burger van de Unie geconfronteerd zien met een verwijderingsmaatregel in de vorm van een ongewenstverklaring, die niet voldoet aan de regels van gemeenschapsrecht, maar die hen wel verhindert om Nederland binnen te komen. De nieuwe Unieburger heeft op grond van gemeenschapsrecht zonder meer aanspraak op toegang tot en verblijf in Nederland, wanneer ten aanzien van hem geen ongewenstverklaring aan te wijzen is die voldoet aan de maatstaven van art. 27 van de Richtlijn. Ook in dit geval kan geen rol spelen dat de defecte ongewenstverklaring naar Nederlands recht wellicht formele rechtskracht heeft verkregen.

## Aan ongewenstverklaringen in strijd met de waarborgen van het gemeenschapsrecht behoort iedere werking binnen de Nederlandse rechtsorde te worden ontzegd

### Reparatie

Het is natuurlijk denkbaar dat ten aanzien van deze oude en nieuwe Unieburgers alsnog een ongewenstverklaring plaatsvindt die wél aan de eisen van art. 27 voldoet. Maar zolang dit niet het geval is, zal de strafrechter de ongewenstverklaring voor ongeschreven (nietig) moeten houden, althans art. 197 Sr buiten toepassing moeten laten wegens de onverenigbaarheid met diverse artikelen van Richtlijn 2004/38.

Datzelfde geldt voor andere overheidsorganen zoals de politie en de Immigratie- en Naturalisatiedienst. De IND behoort dit soort achterhaalde ongewenstverklaringen en de daarop gebaseerde (inter)nationale signaleringen eigener beweging te herroepen. In de praktijk gebeurt dit echter pas wanneer door de vreemdeling een aanvraag tot intrekking wordt gedaan met een uitdrukkelijk beroep op de rechtstreekse werking van Richtlijn 2004/38. En ook dan wordt de ongewenstverklaring – volstrekt in strijd met gemeenschapsrecht – slechts ingetrokken met ingang van het moment waarop de aanvraag is gedaan en niet met terugwerkende kracht tot het moment waarop het burgerschap van de Unie werd verkregen.

Enigszins onduidelijk is intussen de positie van burgers van de Unie die reeds onherroepelijk strafrechtelijk zijn veroordeeld op grond van een ongewenstverklaring die niet strookt met het gemeenschapsrecht. Het is onzeker of zij met vrucht een herzieningsverzoek kunnen indienen bij de Hoge Raad, omdat dit mogelijk zal afstuiten op het leerstuk van het gesloten stelsel van rechtsmid-

delen. De Hoge Raad zal, gelet op recente uitspraken, echter wel bereid zijn om tot herziening over te gaan in die gevallen waarin de ongewenstverklaring – al dan niet uitdrukkelijk met terugwerkende kracht – is ingetrokken of opgeheven wegens strijd met gemeenschapsrecht (HR 20 november 2007, LJN BB4962, HR 25 september 2007, LJN BA7935, HR 17 oktober 2006, LJN AZ0248). Het verdient daarom aanbeveling om intrekking of opheffing van het besluit tot ongewenstverklaring te bewerkstelligen voordat een herzieningsverzoek wordt ingediend bij de Hoge Raad.

### Onvermoeibaar wijzen

Aan ongewenstverklaringen waarbij niet in overeenstemming is gehandeld met het gemeenschapsrecht, behoort iedere werking binnen de Nederlandse rechtsorde te worden ontzegd. De strafrechter behoort niet tot bewezenverklaring van het misdrijf van art. 197 Sr over te gaan. De bestuursrechter behoort bij de beoordeling van gemeenschapsrechtelijke verblijfsaanspraken elke met het gemeenschapsrecht strijdige ongewenstverklaring buiten beschouwing te laten.

De staatssecretaris van Justitie behoort ongewenstverklaringen eigener beweging in te trekken met ingang van de dag waarop zij niet (langer) in overeenstemming met het gemeenschapsrecht zijn te achten. Maar of deze staatssecretaris hiertoe over zal gaan, is de vraag, gelet op hetgeen doorklinkt in het door haar aangekondigde onderzoek naar de mogelijkheden om de EU-burger die frequent en veelvuldig overlast veroorzaakt en bij herhaling misdrijven pleegt, ongewenst te verklaren en uit te zetten.

Met name ten aanzien van de burgers van de recent toegetreden staten heeft Albayrak gesteld dat uit de praktijk blijkt dat 'ook onderdanen die afkomstig zijn uit (die) tot de EU toegetreden landen zich schuldig maken aan misdrijven' en 'dat de drempel voor het inzetten van vreemdelingrechtelijke maatregelen tegen EU-onderdanen hoog is'.

Het blijft zaak voor de advocaat om onvermoeibaar te wijzen op de rechten die zijn cliënt als burger van de Unie toekomen. En daarmee door te gaan. Want dat is hier nodig: frapper toujours!