

ANNOTATIE

## Terugkeerrichtlijn.

**mr. J.H.J. Verbaan**

*Annotatie bij Hoge Raad, 14-11-2017, ECLI:NL:HR:2017:2862 (SR-2017-0461)*

De verdediging klaagt namens verdachte, ten aanzien van wie het als vreemdeling in Nederland verblijven, terwijl hij weet, dat hij op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenste vreemdeling is verklaard, is bewezenverklaard, over het oordeel van het hof dat het opleggen van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf niet in strijd is met de Terugkeerrichtlijn (*PbEG* L 348/98) en dat het hof heeft miskend dat de ongewenstverklaring van de verdachte ten tijde van de bewezenverklarde feiten niet langer van kracht was, omdat de duur daarvan de in artikel 11 lid 2 Terugkeerrichtlijn bedoelde maximale duur heeft overschreden. De Hoge Raad heeft alvorens verder te beslissen bij ECLI:NL:HR:2016:515 het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) verzocht uitspraak te doen over de in dat arrest omschreven vragen. Het HvJ EU heeft in ECLI:EU:C:2017:590 overwogen dat:

‘33 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn in die zin moet worden uitgelegd dat de in deze bepaling vastgelegde duur van het inreisverbod, die in principe niet meer dan vijf jaar bedraagt, moet worden berekend vanaf de datum waarop dat inreisverbod is uitgevaardigd dan wel vanaf de datum waarop de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten dan wel vanaf enig ander tijdstip.

34 Deze vraag rijst in het kader van het hoofdgeding met betrekking tot een beschikking die is vastgesteld vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van de Terugkeerrichtlijn en waarbij de verdachte ongewenst is verklaard, met als rechtsgevolg de verplichting voor de betrokkene, ten eerste, om Nederland te verlaten en, ten tweede, om tien achtereenvolgende jaren buiten deze lidstaat te verblijven. Vast staat dat de verdachte Nederland na de vaststelling van die beschikking nooit heeft verlaten en dat hij na het verstrijken van die

termijn voor omzetting in eerste aanleg en in hoger beroep is veroordeeld tot een gevangenisstraf wegens de niet-naleving van die beschikking.

35 In dit verband dient in herinnering te worden gebracht dat het Hof heeft geoordeeld dat de Terugkeerrichtlijn van toepassing is op de gevolgen van besluiten houdende een inreisverbod die zijn vastgesteld op grond, van nationale regels die van kracht waren vóór de datum waarop de richtlijn in de betrokken lidstaat van toepassing is geworden, voor zover deze gevolgen zich na deze datum voordoen. Hoewel deze richtlijn geen overgangsregeling bevat voor besluiten houdende een inreisverbod die zijn vastgesteld voordat de richtlijn van toepassing is geworden, volgt immers uit vaste rechtspraak dat een nieuwe regeling, voor zover niet anders is bepaald, onmiddellijk van toepassing is op de toekomstige gevolgen van een onder de oude regeling ontstane situatie (zie in die zin EU:C:2013:569, punten 39-41).

36 Daaruit volgt dat de bepalingen van de Terugkeerrichtlijn van toepassing zijn op het in het hoofdgeding aan de orde zijnde inreisverbod.

37 Volgens artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn wordt de duur van het inreisverbod volgens alle relevante omstandigheden van het individuele geval bepaald en bedraagt de duur in principe niet meer dan vijf jaar. De duur kan meer dan vijf jaar bedragen indien de derdelander een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid.

38 Voor de uitlegging van deze bepaling dient allereerst in herinnering te worden gebracht dat, met het oog op de eenvormige toepassing van het Unierecht en het beginsel van gelijke behandeling, als algemene regel dient te gelden dat de begrippen van een Unierechtelijke bepaling die voor de vaststelling van haar betekenis en draagwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Unie autonoom en op eenvormige wijze worden uitgelegd, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de context van de bepaling en met het doel van de betrokken regeling (zie naar analogie EU:C:2008:437, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39 Blijkens overweging 14 van de Terugkeerrichtlijn strekt een inreisverbod, dat de betrokkene de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van alle lidstaten ontzegt, ertoe een Europese dimensie te geven aan het effect van nationale terugkeermaatregelen.

40 Hoewel de Terugkeerrichtlijn niet uitdrukkelijk bepaalt vanaf welk tijdstip de duur van het inreisverbod moet worden berekend, volgt evenwel uit die doelstelling, en meer in het algemeen uit het doel van deze richtlijn, dat erin bestaat gemeenschappelijke normen en procedures vast te stellen teneinde de doeltreffende terugkeer van illegaal verblijvende derdelanders te verzekeren met volledige eerbiediging van hun grondrechten, alsmede uit feit

dat daarbij nergens naar het nationale recht wordt verwezen, dat, anders dan de Deense regering betoogt, de vaststelling van dat tijdstip niet aan de beoordeling van elke lidstaat kan worden gelaten.

41 Zoals de advocaat-generaal immers in wezen heeft opgemerkt in punt 49 van haar conclusie, zou, indien wordt aanvaard dat inreisverboden, waarvan de rechtsgrondslag een reeks op Europees niveau geharmoniseerde regels is, op verschillende tijdstippen beginnen en ophouden rechtsgevolgen teweeg te brengen, naargelang van de verschillende keuzen van de lidstaten in het kader van hun nationale wetgeving, het met de Terugkeerrichtlijn en met dergelijke inreisverboden nagestreefde doel in gevaar worden gebracht.

42 De vraag wat uiteindelijk het tijdstip is waarop een inreisverbod begint rechtsgevolgen teweeg te brengen, en op basis waarvan de duur van dat verbod moet worden berekend, dient te worden beantwoord gelet op de bewoordingen, de opzet en het doel van de Terugkeerrichtlijn.

43 Artikel 3, punt 6, van de Terugkeerrichtlijn omschrijft “inreisverbod” als “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”. Laatstbedoeld besluit is in artikel 3, punt 4, van deze richtlijn gedefinieerd als “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”.

44 Ingevolge artikel 11, lid 1, van de Terugkeerrichtlijn gaat het terugkeerbesluit gepaard met een inreisverbod indien er geen termijn voor vrijwillig vertrek is toegekend, of indien niet aan de terugkeerverplichting is voldaan. In de overige gevallen kan het terugkeerbesluit een inreisverbod omvatten.

45 Uit de bewoordingen van deze bepalingen alsmede uit het gebruik van de uitdrukking “inreisverbod” vloeit voort dat een dergelijk verbod wordt geacht een terugkeerbesluit aan te vullen door het de betrokkene te verbieden gedurende een bepaalde tijd na zijn “terugkeer”, zoals deze term is gedefinieerd in artikel 3, punt 3, van de Terugkeerrichtlijn, en dus na zijn vertrek van het grondgebied van de lidstaten, dat grondgebied opnieuw te betreden en er vervolgens te verblijven. Voor het ingaan van een dergelijk verbod is dus verondersteld dat de betrokkene dat grondgebied eerst heeft verlaten.

46 Voor deze vaststelling is steun te vinden in de opzet van de Terugkeerrichtlijn.

47 In dit verband moet erop worden gewezen dat in deze richtlijn – blijkens de in de punten

43 en 44 van dit arrest aangehaalde bepalingen, alsmede blijkens met name overweging 6, artikel 6, leden 1 en 6, artikel 8, leden 1 en 3, artikel 11, lid 3, eerste alinea, en artikel 12, lid 1, ervan – een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds het terugkeerbesluit en het eventuele verwijderingsbesluit en anderzijds het inreisverbod.

48 Uit hoofde van artikel 3, punt 4, en artikel 6, lid 1, van de Terugkeerrichtlijn wordt aldus bij het terugkeerbesluit het oorspronkelijke onregelmatige verblijf van de betrokkenen illegaal verklaard en wordt hem daarbij een terugkeerverplichting opgelegd. Dat besluit stelt op grond van artikel 7, lid 1, van deze richtlijn en onder voorbehoud van de uitzonderingen in artikel 7, lid 4, ervan, een passende termijn vast voor vrijwillig vertrek van de betrokkene. In het geval waarin een dergelijke termijn niet is toegekend of indien binnen de toegekende termijn niet aan de terugkeerverplichting is voldaan, nemen de lidstaten overeenkomstig artikel 8, leden 1 en 3, van die richtlijn de nodige maatregelen om het terugkeerbesluit uit te voeren en stellen zij in voorkomend geval een verwijderingsbesluit vast, te weten een afzonderlijk administratief of rechterlijk besluit of administratieve handeling waarbij de tenuitvoerlegging van de terugkeerverplichting wordt gelast.

49 Daaruit volgt dat het onrechtmatige verblijf van de betrokkene tot het tijdstip van de vrijwillige of gedwongen uitvoering van de terugkeerverplichting en bijgevolg van de daadwerkelijke terugkeer naar zijn land van herkomst, een land van doorreis of een ander derde land, in de zin van artikel 3, punt 3, van de Terugkeerrichtlijn, wordt beheerst door het terugkeerbesluit en niet door het inreisverbod, dat pas vanaf dat tijdstip rechtsgevolgen teweegbrengt door het de betrokkene te verbieden om gedurende een bepaalde periode na zijn terugkeer het grondgebied van de lidstaten weer te betreden en er opnieuw te verblijven.

50 Dus hoewel de Terugkeerrichtlijn de lidstaten op grond van artikel 6, lid 6, de mogelijkheid biedt om het terugkeerbesluit en het inreisverbod tegelijkertijd vast te stellen, volgt uit de opzet van deze richtlijn duidelijk dat deze twee besluiten los van elkaar staan: het eerste verbindt consequenties aan de onrechtmatigheid van het oorspronkelijke verblijf terwijl het tweede een eventueel later verblijf betreft en dit onrechtmatig maakt.

51 Een eventueel inreisverbod vormt aldus een middel om de doeltreffendheid van het terugkeerbeleid van de Unie te vergroten, door te waarborgen dat gedurende een bepaalde periode na de verwijdering van een illegaal verblijvende derdelander, deze persoon niet legaal zal kunnen terugkomen op het grondgebied van de lidstaten.

52 Aan deze doelstelling van artikel 11 van de Terugkeerrichtlijn en aan het algemene doel dat met deze richtlijn wordt nagestreefd, zoals in herinnering gebracht in punt 40 van dit arrest, zou afbreuk worden gedaan indien de weigering van een dergelijke derdelander om gevolg te

geven aan de terugkeerverplichting en mee te werken in het kader van een verwijderingsprocedure hem in staat zou stellen zich geheel of ten dele te onttrekken aan de rechtsgevolgen van een inreisverbod, wat het geval zou zijn indien het tijdvak waarin een dergelijk inreisverbod geldt, gedurende deze procedure zou kunnen ingaan of verstrijken.

53 Uit de bewoordingen, de opzet en het doel van de Terugkeerrichtlijn vloeit dus voort dat het tijdvak van het inreisverbod pas ingaat vanaf de datum waarop de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten.

54 Wat de vraag betreft of de Terugkeerrichtlijn zich er in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding tegen verzet dat een gevangenisstraf wordt opgelegd wegens overtreding van een beschikking waarbij de betrokkene ongewenst is verklaard, waarvan de gevolgen in punt 34 van dit arrest zijn genoemd, dient in herinnering te worden gebracht dat het Hof heeft geoordeeld dat een lidstaat een inbreuk op een onder deze richtlijn vallend inreisverbod enkel strafrechtelijk kan bestraffen op voorwaarde dat de handhaving van de gevolgen van dat verbod strookt met artikel 11 van deze richtlijn (zie in die zin EU:C:2013:569, punt 37, en EU:C:2015:640, punt 31).

55 Voor zover de verdachte Nederland echter niet heeft verlaten na de ongewenstverklaring en aan de daarbij opgelegde terugkeerverplichting bijgevolg nooit is voldaan, bevindt de betrokkene zich in een illegale situatie die voortvloeit uit een oorspronkelijk illegaal verblijf en niet uit een later illegaal verblijf dat het gevolg is van een overtreding van een inreisverbod in de zin van artikel 11 van de Terugkeerrichtlijn.

56 In dit verband dient in herinnering te worden gebracht dat volgens vaste rechtspraak de Terugkeerrichtlijn zich verzet tegen een regeling van een lidstaat waarbij het oorspronkelijke illegale verblijf wordt tegengegaan met strafrechtelijke sancties, voor zover op grond van deze regeling een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een derdelander die weliswaar illegaal op het grondgebied van die lidstaat verblijft en niet bereid is dit grondgebied vrijwillig te verlaten, doch op wie niet de in artikel 8 van deze richtlijn bedoelde dwangmaatregelen zijn toegepast. Het Hof heeft evenwel gepreciseerd dat die richtlijn zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een derdelander op wie de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal op dat grondgebied verblijft (zie in die zin EU:C:2011:807, punt 50, en EU:C:2016:408, punten 52 en 54).

57 Uit de stukken waarover het Hof beschikt blijkt, ten eerste, dat in het kader van het hoofdgeding, het hof Amsterdam heeft geoordeeld dat in casu de terugkeerprocedure als doorlopen kon worden beschouwd, zodat het opleggen van een gevangenisstraf voor de

betrokken feiten niet in strijd was met de Terugkeerrichtlijn, en, ten tweede, dat deze vaststelling, waaruit lijkt te volgen dat in casu is voldaan aan de voorwaarden die zijn geformuleerd in de in het vorige punt in herinnering gebrachte rechtspraak, in het kader van het bij de verwijzende rechter ingestelde cassatieberoep niet was betwist, hetgeen de verwijzende rechter evenwel dient na te gaan.

58 Gelet op een en ander dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de duur van het inreisverbod als bedoeld in deze bepaling, die in principe niet meer dan vijf jaar bedraagt, moet worden berekend vanaf het tijdstip waarop de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten.

Tweede vraag

59 Zoals de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing heeft opgemerkt, is de tweede vraag enkel gesteld voor het geval het Hof op de eerste vraag zou antwoorden dat de duur van het inreisverbod als bedoeld in artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn niet dient te worden berekend vanaf het tijdstip waarop de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten, maar vanaf een eerder tijdstip, zoals dat van de uitvaardiging van dat verbod. Zoals de advocaat-generaal in punt 64 van haar conclusie heeft opgemerkt, is deze vraag immers alleen in dat geval relevant voor de beslechting van het hoofdgeding.

60 Gelet op het antwoord op de eerste vraag, hoeft de tweede vraag dus niet te worden beantwoord.

(...)

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

Artikel 11, lid 2, van de Terugkeerrichtlijn, moet aldus worden uitgelegd dat de duur van het inreisverbod als bedoeld in deze bepaling, die in principe niet meer dan vijf jaar bedraagt, moet worden berekend vanaf het tijdstip waarop de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten.'

De Hoge Raad overweegt ten aanzien van laatstgenoemde klacht dat het HvJ EU heeft geoordeeld dat de maximale duur van het inreisverbod als bedoeld in artikel 11 lid 2 Terugkeerrichtlijn moet worden berekend vanaf het tijdstip waarop de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten. De Hoge Raad oordeelt dat de klacht van een andere opvatting uitgaat en faalt.

Ten aanzien van eerstgenoemde klacht overweegt de Hoge Raad dat hij uit de rechtspraak van

het HvJ EU afleidt dat de Terugkeerrichtlijn zich niet ertegen verzet dat op grond van artikel 197 Sr een gevangenisstraf wordt opgelegd aan een tot ongewenst vreemdeling verklaarde onderdaan van een derde land in de zin van artikel 3 lid 1 Terugkeerrichtlijn op wie de bij die richtlijn voorziene terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal in Nederland verblijft, en geoordeeld dat de rechter die een onvoorwaardelijke gevangenisstraf oplegt wegens handelen in strijd met artikel 197 Sr, zich ervan dient te vergewissen dat de stappen van de in de Terugkeerrichtlijn vastgelegde terugkeerprocedure zijn doorlopen en daarvan in de motivering van zijn beslissing dient blijk te geven (vgl. ECLI:NL:HR:2013:BY3151).

De Hoge Raad oordeelt dat het oordeel van hof, dat inhoudt dat de stappen van de terugkeerprocedure zijn doorlopen en waarin voorts besloten ligt dat de verdachte illegaal in Nederland verbleef terwijl niet is gebleken van een geldige reden om niet terug te keren, zodat ter zake een gevangenisstraf kon worden opgelegd, mede gelet op hetgeen is overwogen, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en toereikend gemotiveerd is. De Hoge Raad overweegt dat voor zover in de toelichting op de klacht wordt betoogd dat uit (de rechtspraak van de Hoge Raad over) de Terugkeerrichtlijn voortvloeit dat in een geval als het onderhavige, waarin het hof heeft vastgesteld dat de stappen van de in de Terugkeerrichtlijn vastgelegde terugkeerprocedure op een eerder moment zijn doorlopen, de rechter – alvorens hij een onvoorwaardelijke gevangenisstraf oplegt wegens handelen in strijd met artikel 197 Sr – zich ervan dient te vergewissen dat die stappen niet nogmaals dienen te worden doorlopen, de klacht op een onjuiste rechtsopvatting steunt.