Openbare orde, veiligheid en langdurig verblijvende Unieburgers

Prof. mr. P. Boeles*

Hoeveel gevaar voor de openbare orde moet een gastlidstaat tolereren van een langdurig gevestigde Unieburger en zijn familie? Artikel 28 Richtlijn 2004/38/EG beoogt aan gevestigden een hogere bescherming tegen uitzetting te geven. Volgens de considerans (overweging 24) moet bescherming tegen verwijdering sterker zijn naarmate de Unieburger en zijn familieleden beter in het gastland geïntegreerd zijn. Als zij vele jaren op het grondgebied van het gastland hebben verbleven, zeker wanneer zij daar geboren zijn en er hun hele leven hebben gewoond, mogen verwijderingsmaatregelen slechts onder uitzonderlijke omstandigheden worden genomen. Artikel 28 heeft geleid tot nogal wat jurisprudentiële verwarring. Van extra bescherming blijkt nauwelijks sprake te zijn.

HvJ 17 april 2018, gevoegde zaken C-316/16, B., en C-424/16, Vomero, ECLI:EU:C:2018:256.

Inleiding

Hoeveel gevaar voor de openbare orde moet een gastlidstaat tolereren van een langdurig gevestigde Unieburger en zijn familie? Artikel 28 Richtlijn 2004/38 beoogt aan gevestigden een hogere bescherming tegen uitzetting te geven. Volgens de considerans (overweging 24) moet bescherming tegen verwijdering sterker zijn naarmate de Unieburger en zijn familieleden beter in het gastland geïntegreerd zijn. Als zij vele jaren op het grondgebied van het gastland hebben verbleven, zeker wanneer zij daar geboren zijn en er hun hele leven hebben gewoond, mogen verwijderingsmaatregelen slechts onder uitzonderlijke omstandigheden worden genomen. Verhoogde bescherming tegen uitzetting in geval van inbreuken op de openbare orde is het klaarblijkelijke

doel van artikel 28 van Richtlijn 2004/38/EG. In dit artikel zal ik onderzoeken in hoeverre daarvan sprake is. Ik zal de relevante Unierechtelijke regelgeving en jurisprudentie analyseren aan de hand van verschillende conceptuele benaderingen van de wijze waarop bescherming tegen uitzetting moet worden geboden. Zoals zal blijken heeft artikel 28 geleid tot nogal wat jurisprudentiële verwarring. Van *extra* bescherming is nauwelijks sprake.

Concepten van bescherming tegen uitzetting, voorspelbaarheid

141

Ik onderscheid twee conceptuele benaderingen van bescherming tegen uitzetting, die ik afzet tegen wat ik oneerbiedig aanduid als de ‘roerpot’-methode. De roerpot-methode is die waarin de uitzetting wordt getoetst aan een groot aantal criteria die onderling geen enkele rangorde vertonen, zoals de tien criteria genoemd in het *Üner*-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).¹ Het is mijn ervaring dat de voorspelbaarheid van de uitkomst van de toetsing door die veelheid van criteria tot vrijwel nul is gereduceerd. De twee benaderingen, die ik geschematiseerd weergeef, hebben beide als kenmerk dat uit de veelheid van denkbare criteria er één als het beslissende wordt aangemerkt. Benadering één geeft prioriteit aan de beoordeling of de betrokkene een actueel en werkelijk gevaar voor de samenleving oplevert. Benadering twee verleent beslissende betekenis aan de tijdsduur van het legale verblijf.

Beide benaderingen leiden tot een grotere voorspelbaarheid van de uitkomst van de toetsing en dus tot een duidelijker bescherming tegen uitzetting.

* Prof. mr. P. (Pieter) Boeles is emeritus hoogleraar immigratierecht aan de Universiteit Leiden, thans gasthoogleraar migratierecht VU Amsterdam.

1. EHRM 18 oktober 2006, nr. 46410/99, *Üner tegen Nederland*, punt 57-60.

Benadering één

De eerste aanpak is te vinden in de klassieke lijn van het *Bouchereau*-arrest, in 1977 gewezen in het kader van het vrij verkeer van Europese werknemers.² Het bestaan van een strafrechtelijke veroordeling doet volgens dat arrest slechts ter zake voor zover uit de omstandigheden die tot deze veroordeling hebben geleid, blijkt van het bestaan van een persoonlijk gedrag dat een actuele bedreiging van de openbare orde vormt. Het moet gaan om een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast. Deze benadering is nog steeds duidelijk herkenbaar in het Unierecht.

In het huidige artikel 27 Richtlijn 2004/38/EG, die betrekking heeft op een bredere categorie van migrerende Unieburgers dan alleen de werknemers, is deze formulering integraal terug te vinden. Inmiddels is deze benadering door het Hof van Justitie ook toegepast op de positie van Turken die een beroep kunnen doen op het Associatierecht,³ en op een aantal richtlijnen en verordeningen die betrekking hebben op immigratie van derdelanders.⁴

De wijsheid van de *Bouchereau*-aanpak is evident: het belang van de migrant wordt gediend doordat maatregelen tegen hem of haar slechts kunnen worden genomen na een zorgvuldige beoordeling van het werkelijke en voldoende ernstige gevaar dat hij of zij voor de gastlidstaat vormt; de lidstaat op zijn beurt kan erop rekenen dat de openbare orde en veiligheid, wanneer die reëel worden bedreigd, daadwerkelijk mogen worden beschermd door uitzetting van de betrokkene.

Benadering twee

De tweede aanpak gaat uit van de duur van het verblijf als maatstaf. De betekenis van de duur van het wettig verblijf van de migrant in de gaststaat is in de *Bouchereau*-formule geen zichtbare factor. Immers: hoe lang of hoe kort de betrokkene ook in een staat was gevestigd, steeds kan het verblijf in de *Bouchereau*-visie worden beëindigd zodra zijn gedrag een voldoende ernstige actuele bedreiging vormt. Weliswaar kan de duur van het legale verblijf een rol spelen om te bepalen wanneer een bedreiging ‘voldoende’ ernstig is, maar welke rol precies blijft duister.

Een voorbeeld van een systeem dat duidelijk rekening houdt met de duur van het legale verblijf, is de Nederlandse ‘glijdende schaal’, vooral in de vorm zoals die in 1990 door staatssecretaris van Justitie Kosto was ont-

worpen en tot 2002 heeft gegolden.⁵ Bij zeer lang legaal verblijf moest sprake zijn van zeer ernstige bestraffing alvorens tot uitzetting kon worden overgegaan en na twintig jaar verblijf was geen uitzetting meer toegestaan.⁶

10-15 jaar	60 maanden (alleen ernstig geweld of drugshandel)
15-20 jaar	96 maanden (alleen drugs-handel)
Meer dan 20 jaar	Niet mogelijk

Ook dit systeem geeft blijk van een zekere wijsheid: naarmate migranten langer in een samenleving verblijven, verdienen zij in toenemende mate te worden behandeld als de eigen burgers, die immers niet worden uitgezet en die hoofdzakelijk via het strafrecht op hun gedrag worden gecorrigeerd. Het geeft in die gedachtegang op een bepaald moment geen pas meer dat problemen die deze mensen voor het gastland vormen, ook als het problematische karakters betreft en om een reële bedreiging gaat, worden doorgeschoven naar hun land van herkomst waar zij al zo lang niet meer hebben gewoond.

Deze tweede benadering betekent onontkoombaar dat van migranten naarmate zij langer legaal in het gastland verblijven meer gevaarzetting moet worden getolereerd, in die zin dat geen uitzetting meer volgt en alleen via het strafrecht wordt gereageerd. Binnen het bovenstaande schema van de oude glijdende schaal zou immers heel wel sprake kunnen zijn van bescherming van migranten wier gedrag een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging oplevert, welke ook nog eens een fundamenteel belang van de samenleving aantast, en die toch – puur wegens de duur van hun legale verblijf in relatie tot de strafmaat en de aard van het misdrijf – niet mogen worden uitgezet. In de huidige vorm van de Nederlandse glijdende schaal is de onderliggende gedachte nog steeds te herkennen, al is het systeem inmiddels extreem ingewikkeld gemaakt.⁷ De effectiviteit en voorspelbaarheid van de uitzettingsbescherming geboden door een glijdende-schaalbenadering is in hoge mate afhankelijk van de eenduidigheid en praktische toepasbaarheid van de tijdsriteria, zoals het geval is in het hierboven afgedrukte schemaatje.

2. HvJ 27 oktober 1977, zaak C-30/77, *Bouchereau*, ECLI:EU:C:1977:172.
3. HvJ 10 februari 2000, zaak C-340/97, *Nazli*, ECLI:EU:C:2000:77.
4. HvJ 11 juni 2015, zaak C-554/13, *Zh. en O.*, ECLI:EU:C:2015:377; HvJ 25 juni 2015, zaak C-373/13, *H.T.*, ECLI:EU:C:2015:413; HvJ 15 februari 2016, zaak C-601/15 PPU, *J.N.*, ECLI:EU:C:2016:84; HvJ 16 januari 2018, zaak C-240/17, *E.*, ECLI:EU:C:2018:8; HvJ 8 mei 2018, zaak C-82/16, *K.A. e.a.*, ECLI:EU:C:2018:308.

5. Th.L. Badoux, ‘De verbanning terug in het strafrecht’, *NJB* 1990, p. 1003-1005.
6. Schema ontleend aan M.C. Stronks, ‘Een bijna ongebreidelde beteugeling van de tijd. Een analyse van aanscherpingen van de glijdende schaal’, *NJB* 2013 afl. 34, p. 2306-2314.
7. Zie voor een analyse van de huidige glijdende schaal het ACVZ-advies ‘Gewogen gevaar’, https://acvz.org/wp-content/uploads/2018/02/20180205-WEB_110157_Gewogen-gevaar.pdf.

Combinatie van benaderingen één en twee

Gecombineerd met de bescherming die vanaf het begin van het verblijf in de gastlidstaat wordt geboden door de actuele-bedreigingstoets van *Bouchereau*, is de glijdende-schaalbenadering bij uitstek geschikt om extra bescherming te bieden naarmate het legale verblijf langer heeft geduurd.

Enerzijds staat dan vast dat een migrant niet wordt verwijderd als zijn gedrag geen actuele bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van het gastland. Anderzijds wordt bij een oplopend aantal jaren van legaal verblijf een sterkere bescherming tegen uitzetting geboden, die meebrengt dat het gastland steeds minder ‘gastland’ wordt en steeds meer gelijk gaat staan aan het ‘eigen’ land van de migrant. Dit impliceert een steeds meer gelijke behandeling aan eigen burgers. Daarbij zal dan in steeds hogere mate gelden dat óók een actuele bedreiging van de openbare orde die een fundamenteel belang raakt niet wordt beantwoord met uitzetting naar een ander land maar uitsluitend met dezelfde middelen (strafrecht) die tegen eigen burgers worden ingezet.

Het Unierecht en de twee benaderingen

De *Bouchereau*-lijn is zoals gezegd duidelijk en consistent in het Unierecht te herkennen. Het Hof van Justitie gebruikt stevast dezelfde formuleringen ongeacht de juridische context waarin de openbare orde ter sprake komt.

Ook de gedachte van een hogere drempel naar gelang van de duur van het legale verblijf is te herkennen. Het duidelijkste, en voor zover ik kan zien enige, voorbeeld is artikel 28 Richtlijn 2004/38/EG, waarin aan langer verblijvende Unieburgers een sterkere bescherming wordt geboden.

Het systeem van artikel 28 Richtlijn 2004/38/EG

Of het enkele verloop van tijd bij artikel 28 van Richtlijn 2004/38/EG inderdaad een beslissend criterium is, op vergelijkbare wijze als bij een glijdende schaal, is onzeker. Blijkens overweging 24 van de considerans van de richtlijn gaat het om integratie *en* tijdsduur. De bescherming van de Burger van de Unie en zijn familieleden zou volgens de eerste zin van overweging 24 sterker moeten zijn naarmate zij beter in het gastland zijn geïntegreerd. Dit criterium biedt ruimte om, ongeacht de duur van het verblijf, steeds opnieuw te beoordelen of de integratie wel geslaagd was. Maar ook zou de betrokken passage zo kunnen worden gelezen, dat de mate van

integratie impliciet wordt afgeleid van de duur van het legale verblijf. Steun daarvoor biedt het vervolg van overweging 24: Verwijderingsmaatregelen tegen personen die vele jaren op het grondgebied van het gastland hebben verbleven, in het bijzonder wanneer zij daar geboren zijn en er hun hele leven hebben gewoond, zouden slechts onder uitzonderlijke omstandigheden mogen worden genomen, namelijk indien er dwingende redenen van openbare veiligheid in het spel zijn.

De relevantie van de duur van het verblijf krijgt in artikel 28 Richtlijn 2004/38/EG op twee manieren gestalte. Allereerst wordt in het eerste lid van artikel 28 een algemene belangenafweging voorgeschreven die kennelijk is ontleend aan de roerpot-toetsing van het EHRM over artikel 8 EVRM:

‘Alvorens een besluit tot verwijdering van het grondgebied om redenen van openbare orde of openbare veiligheid te nemen, neemt een gastland de duur van het verblijf van de betrokkene op zijn grondgebied, diens leeftijd, gezondheidstoestand, gezins- en economische situatie, sociale en culturele integratie in het gastland en de mate waarin hij bindingen heeft met zijn land van oorsprong, in overweging.’

Deze bepaling geeft de migrant geen zekerheid dat de duur van het legale verblijf daadwerkelijk in diens voordeel zal tellen, nu bijvoorbeeld de bindingen met zijn land van oorsprong kunnen worden ingeroepen om ook na lang verblijf nog uitzetting te rechtvaardigen. Wie kijkt naar de jurisprudentie van het EHRM zal in de casuïstische afweging van (o.a.) de hier bedoelde aspecten geen consistente regel ontdekken volgens welke langer legaal verblijf steeds leidt tot een sterkere garantie tegen uitzetting.⁸ In zoverre is het systeem van artikel 28 lid 1 niet te vergelijken met het basissysteem van een glijdende schaal, waar het enkele feit van langer legaal verblijf juist wel een hogere bescherming afdwingt.

Een *algemene* norm van belangenafweging is derhalve de vorm waarin het eerste lid van artikel 28 de betekenis van de duur van het verblijf zichtbaar maakt als een van de relevante factoren. Maar in het tweede en derde lid worden daarnaast nog min of meer concrete drempels opgeworpen tegen uitzetbaarheid, die zichtbaar worden gelieerd aan de duur van het verblijf.

Het tweede lid van artikel 28 luidt:

‘Behalve om ernstige redenen van openbare orde of openbare veiligheid kan een gastland geen besluit tot verwijdering van het grondgebied nemen ten aanzien van burgers van de Unie of familieleden, ongeacht hun nationaliteit, die een duurzaam verblijfsrecht op zijn grondgebied hebben verworven.’

De rol van de tijdsduur komt tot uitdrukking in de omstandigheid dat het moet gaan om houders van een

8. Vergelijk bijvoorbeeld de uitkomst in de zaken EHRM 23 september 2010, 25672/07, *Bousarra tegen Frankrijk* en EHRM 25 maart 2010, 40601/05, *Mutlag tegen Duitsland*, over in het gastland geboren migranten.

duurzaam verblijfsrecht, die dus al minstens vijf jaar legaal in de gastlidstaat moeten hebben verbleven. De verhoogde drempel tegen uitzetting van houders van een duurzaam verblijfsrecht moet worden gevonden in het woord ‘*ernstige redenen*’. Het moet blijkbaar gaan om redenen die ernstiger zijn dan die welke reeds voldoende grond voor uitzetting zouden zijn geweest onder het actuele-bedreigingscriterium. De drempel is evenwel semantisch gezien tamelijk elastisch, nu de opvattingen over wat ‘ernstig’ is zeer kunnen uiteenlopen. Bij gebrek aan een aan de strafmaat gerelateerde glijdende schaal zoals in het Nederlandse systeem, blijven de ‘ernstige redenen’ aldus een open en onvast criterium. Het enige houvast lijkt vooralsnog te zijn, dat een simpele toepassing van de ‘actuele-bedreigingstoets’ niet meer volstaat. Meer garanties lijkt het derde lid van artikel 28 te bieden:

‘Behalve om dwingende redenen van openbare veiligheid zoals door de lidstaten gedefinieerd, kan ten aanzien van burgers van de Unie of hun familieleden, ongeacht hun nationaliteit, geen besluit tot verwijdering worden genomen, indien zij:

- a. de laatste tien jaar in het gastland hebben verbleven, of
- b. minderjarig zijn, tenzij de verwijdering noodzakelijk is in het belang van de minderjarige, zoals bepaald in het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind van 20 november 1989.’

144

Hier is de verhoging van de drempel voor mensen met een verblijf van langer dan tien jaar of voor minderjarigen tot uitdrukking gebracht in twee elementen, enerzijds het woord ‘*dwingende*’ en anderzijds de beperking van de toets tot redenen van ‘openbare veiligheid’. Gevaar voor de openbare orde doet dus niet meer ter zake, wat op het eerste gezicht zou impliceren dat elk gedrag dat *uitsluitend* de openbare orde bedreigt buiten het criterium zou vallen. Gezien de systematiek van artikel 28 kan het niet anders dan dat die ‘dwingende redenen van openbare veiligheid’ zijn bedoeld om een (aanmerkelijk) hogere drempel op te werpen dan de gewone toets. Het gaat blijkbaar alleen om openbare veiligheid, en bovendien is niet voldoende dat het gedrag van de betrokkene een actuele bedreiging van die openbare veiligheid oplevert: het moet daarenboven gaan om dwingende redenen.

Het is de vraag of artikel 28 van Richtlijn 2004/38/EG, gezien de gekozen formuleringen, in de praktijk de beoogde sterkere bescherming effectief kan garanderen. Voor individuen die zich erop willen beroepen vormen de open normen een lastig probleem. Waar ligt de ondergrens voor een ‘ernstige’ reden van openbare orde en nationale veiligheid? En wat is de ondergrens voor een ‘dwingende reden van openbare veiligheid’?

Uitleg van artikel 28 lid 2 door het Hof van Justitie

Van de twee constituerende elementen van deze bepaling, (a) het duurzaam verblijfsrecht en (b) de ernstige redenen van openbare orde of openbare veiligheid, heeft het Hof van Justitie alleen iets over het eerste element gezegd. Of het duurzaam verblijfsrecht tot stand komt, blijkt mede af te hangen van de vraag of de betrokkene in de gevangenis verbleef.

In het *Onuekwere*-arrest⁹ bepaalde het Hof van Justitie dat perioden die in het gastland in een gevangenis zijn doorgebracht door een derdelander die *familielid* is van een burger van de Unie die gedurende die perioden een duurzaam verblijfsrecht heeft verworven in die lidstaat, niet kunnen worden meegeteld voor de verwerving, door die derdelander, van een duurzaam verblijfsrecht. De oplegging van een onvoorwaardelijke gevangenisstraf toont volgens het Hof van Justitie aan dat de betrokkene de door de samenleving van het gastland in diens strafrecht tot uiting gebrachte waarden niet eerbiedigt. Meetellen van de tijd die is doorgebracht in de gevangenis zou daarom volgens het Hof van Justitie ‘klaarblijkelijk’ indruisen tegen het doel dat door deze richtlijn met de instelling van dat verblijfsrecht wordt nagestreefd. Of het Hof van Justitie de opbouw van legaal verblijf ook door gevangenschap onderbroken acht ten aanzien van een Unieburger zelf, is onduidelijk gebleven. Ik ga er, gezien de wijze waarop het Hof van Justitie in latere arresten met *Onuekwere* omgaat, van uit dat ook de Unieburger erdoor wordt geraakt.¹⁰

Het gevolg van verblijf in de gevangenis is volgens het *Onuekwere*-arrest ‘dat het ononderbroken karakter van het verblijf wordt doorbroken’ (punt 32). Er ontstaat dus een periode waarin de betrokkene geacht wordt niet in de lidstaat te verblijven, laat staan legaal te verblijven. Het Hof van Justitie acht het voor het intreden van dit effect niet eens nodig dat wordt beoordeeld of *Onuekwere* een actuele bedreiging van de openbare orde vormt, zoals het *Bouchereau*-criterium vergt. Puur verblijf in de gevangenis volstaat. Zo komt de gastlidstaat niet meer toe aan de vraag of er sprake is van ‘ernstige redenen’ in de zin van artikel 28 lid 2.

Verrassend genoeg lijkt het Hof van Justitie zich in de *Onuekwere*-zaak geen rekenschap te hebben gegeven van zijn diametraal tegengestelde benadering in de toepassing van het Associatierecht EEG-Turkije. In de zaak *Doğan*¹¹ stelde het Hof van Justitie dat een Turkse werknemer zijn recht op toegang tot de arbeidsmarkt

9. HvJ 16 januari 2014, zaak C-378/12, *Onuekwere*, ECLI:EU:C:2014:13.

10. Zie bijvoorbeeld HvJ 16 januari 2014, zaak C-400/12, *M.G.*, ECLI:EU:C:2014:9, punt 33, en HvJ 17 april 2018, gevoegde zaken C-316/16, *B.* en C-424/16, *Vomero*, ECLI:EU:C:2018:256, punt 80. *M.G.* was een Portugees en *Vomero* een Italiaan. In beide arresten lijkt het Hof van Justitie ervan uit te gaan dat er een regel is volgens welke gevangenschap de opbouw van legaal verblijf in beginsel doorbreekt, ongeacht de vraag of het gaat om de Unieburger of zijn derdelandse familielid.

11. HvJ 7 juli 2005, zaak C-383/03, *Doğan*, ECLI:EU:C:2005:436. Zie ook HvJ 7 juli 2005, zaak C-373/03, *Aydinli*, ECLI:EU:C:2005:434.

(en dus zijn verblijfsrecht) niet verliest door een lange afwezigheid van de arbeidsmarkt ten gevolge van een hechtenis, ook gedurende verscheidene jaren, gevolgd door een langdurige ontwenningsskuur. Er is volgens het *Doğan*-arrest maar één manier waarop het verblijfsrecht van deze Turkse werknemer kan worden beëindigd in verband met de redenen die tot de gevangenschap leidden, en dat is een inhoudelijke beoordeling van het gevaar dat van de betrokkene voor de openbare orde uitgaat.

Uitleg van artikel 28 lid 3 sub a door het Hof van Justitie

Vooraf artikel 28 lid 3 sub a van de richtlijn is voorwerp van beschouwing geweest van het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie is er tot dusverre niet in geslaagd deze bepaling dusdanig uit te leggen dat de daarin vervatte verhoogde drempel tegen uitzetting duidelijk zichtbaar wordt. In een reeks van uitspraken, in de zaken *Onuekwere*,¹² *Tsakouridis*,¹³ *P.I.*,¹⁴ *M.G.*,¹⁵ *E*¹⁶ en *Vomero*,¹⁷ heeft het Hof van Justitie de bescherming van artikel 28 lid 3 eerder afgezwakt dan versterkt, aan extra voorwaarden verbonden en minder eenduidig gemaakt. In die arresten valt het Hof van Justitie regelmatig terug op een *Bouchereau*-benadering die nu juist niet langer doorslaggevend zou moeten zijn, omdat de extra bescherming kennelijk was bedoeld om daarbovenuit te stijgen. Hieronder zal ik bespreken hoe het Hof van Justitie de constituerende elementen van artikel 28 lid 3 sub a Richtlijn 2004/38/EG heeft uitgelegd. Het gaat om:

- a. tien jaar verblijf in het gastland;
- b. openbare veiligheid;
- c. dwingende redenen.

Tien jaar verblijf

De notie dat de bescherming tegen uitzetting toeneemt naarmate de betrokkene langer in het gastland heeft gewoond, komt niet ten volle tot uiting in de tekst van artikel 28 lid 3 sub a, nu alleen gesproken wordt over de verblijf gedurende de 'laatste' tien jaar, ongeacht of de betrokkene al tien, dertig of vijftig jaar of zijn hele leven in de lidstaat woonde. Het is gezien die tekst op zich begrijpelijk dat het Hof van Justitie in het *M.G.*-arrest bepaalde dat die periode door achteruittelling moet worden berekend vanaf de datum van het besluit tot verwijdering van de betrokkene. Die periode dient in beginsel ononderbroken te zijn, hoewel perioden van afwezigheid niet steeds fataal hoeven te zijn.¹⁸ Door de focus op de

laatste tien jaar dreigt de aandacht voor de totale verblijfs geschiedenis¹⁹ van de Unieburger of het gezinslid onderbelicht te blijven, die blijkens overweging 24 van de considerans wel degelijk relevant is: het gaat immers om 'personen die vele jaren op het grondgebied van het gastland hebben verbleven, in het bijzonder wanneer zij daar geboren zijn en er hun hele leven hebben gewoond'. De tekst van artikel 28 biedt, ondanks de wat onduidelijke redactie, voldoende ruimte voor een uitleg waarbij die laatste tien jaar als onderdeel van de totale verblijfs geschiedenis zouden moeten worden beoordeeld. Die ruimte heeft het Hof van Justitie niet benut. In *M.G.*, punt 23 benoemt het Hof van Justitie het wonen in de lidstaat gedurende de laatste tien jaar als het 'beslissende criterium'.

Een probleem bij de (achteruittellende) vaststelling van tien jaar verblijf kan ontstaan als de tijd van het verblijf in de gevangenis niet mag worden meegerekend. Dat uitgangspunt hanteerde het Hof van Justitie al in het genoemde *Onuekwere*-arrest, weliswaar niet ten aanzien van artikel 28 lid 3 sub a maar ten aanzien van de opbouw van rechtmatig verblijf voor het permanent verblijfsrecht van artikel 16 van de richtlijn. De *Onuekwere*-gedachte is in latere arresten niet gecorrigeerd. Wel is een verzwakte toepassing ervan te zien bij de uitleg van artikel 28 lid 3.

In *M.G.* oordeelde het Hof van Justitie dat een door de betrokkene in de gevangenis doorgebrachte periode *in beginsel* het ononderbroken karakter van het verblijf in de zin van deze bepaling kan doorbreken en een negatieve invloed kan hebben op de toekenning van de verhoogde bescherming waarin deze bepaling voorziet, zelfs indien deze persoon gedurende de tien jaar voorafgaand aan zijn gevangenisstraf in het gastland heeft verbleven. Dat eerdere verblijf kan echter worden meegewogen bij de algehele beoordeling die vereist is om te bepalen of de eerder met het gastland opgebouwde banden van integratie al dan niet zijn verbroken, en dus (zie punt 36 van het arrest) of de in die bepaling bedoelde verhoogde bescherming al dan niet wordt toegekend.

Het effect van de *M.G.*-uitspraak is dat de *feitelijke* vraag óf de in artikel 28 lid 3 bedoelde periode van tien jaar is gehaald, in geval van gevangenschap afhankelijk wordt gemaakt van een algehele *inhoudelijke* beoordeling van de mate waarin de betrokkene geacht kan worden te zijn geïntegreerd. Als dat onderzoek negatief uitvalt, wordt de verhoogde bescherming niet toegekend ondanks de duur van het legale verblijf. Ook als iemand dan al over een duurzaam verblijfsrecht beschikte, kan de verhoogde bescherming van artikel 28 lid 3 sub a hem worden onthouden. Wel kan hij dan nog een beroep doen op artikel 28 lid 2, volgens welk er sprake moet zijn van 'ernstige redenen van openbare orde' alvorens hij kan worden verwijderd.

Nu ligt het meestal voor de hand dat iemand die de laatste tien jaar rechtmatig op basis van Richtlijn 2004/38/EG in een lidstaat verbleef, tevens beschikt

12. HvJ 16 januari 2014, zaak C-378/12, *Onuekwere*, ECLI:EU:C:2014:13.

13. HvJ 23 november 2010, zaak C-145/09, *Tsakouridis*, ECLI:EU:C:2010:708.

14. HvJ 22 mei 2012, zaak C-348/09, *P.I.*, ECLI:EU:C:2012:300.

15. HvJ 16 januari 2014, zaak C-400/12, *M.G.*, ECLI:EU:C:2014:9.

16. HvJ 13 juli 2017, zaak C-193/16, *E.*, ECLI:EU:C:2017:542.

17. HvJ 17 april 2018, gevoegde zaken C-316/16, *B.* en C-424/16, *Vomero*, ECLI:EU:C:2018:256.

18. *Tsakouridis*, punt 38.

19. Duidelijker hierover is de bij de inleiding geciteerde overweging 24 van de Considerans van Richtlijn 2004/38/EG.

over een duurzaam verblijfsrecht. Dat wordt immers op basis van artikel 16 lid 1 door een Unieburger verkregen na vijf jaar ononderbroken legaal verblijf en op basis van artikel 16 lid 2 door een familielid door vijf jaar ononderbroken legaal verblijf bij de Unieburger. Maar voor wie één of meer keren in de gevangenis heeft verbleven is geenszins zeker dat hij na tien jaar al de duurzame verblijfstatus heeft bereikt. Het *Onuekwere*-criterium volgens welk gevangenschap zonder meer de opbouw van het duurzaam verblijf doorbreekt, geldt immers onverkort. Het kan dus voorkomen dat iemand na tien jaar legaal verblijf nog geen duurzaam verblijfsrecht heeft.

Valt zo iemand binnen de bescherming van artikel 28 lid 3? Nee. In het recente *Vomero*-arrest bepaalde het Hof van Justitie dat het vereiste van tien jaar verblijf in artikel 28 lid 3 sub a steeds veronderstelt dat de betrokkene een duurzaam verblijfsrecht in de zin van artikel 16 had verworven.

Het systeem zoals dat uit de Hof van Justitie-uitspraken voortvloeit, is dus als volgt. Allereerst kan een duurzaam verblijfsrecht alleen worden verkregen als de betrokkene gedurende vijf aaneengesloten jaren niet in de gevangenis had gezeten. Ook daarna kan gevangenschap ‘in beginsel’ nog steeds het ononderbroken verblijf gedurende de in artikel 28 lid 3 sub a bedoelde laatste tien jaar doorbreken.

Deze ontwikkeling is betreurenswaardig. Wanneer verblijf in gevangenschap de opbouw van de periode van rechtmatig verblijf doorbreekt, wordt het op de verblijfsduur gebaseerde systeem van oplopende bescherming essentieel ondermijnd. De bepaling van artikel 28 lid 3 Richtlijn 2004/38/EG is immers zinledig als zij alleen uitzettingsbescherming biedt aan mensen die niet in de gevangenis belanden. Die mensen hebben dat artikel helemaal niet nodig. De ‘doelgroep’ voor wie de bescherming van deze bepaling relevant is, bestaat nu juist grotendeels uit die Unieburgers en familieleden die wel de strafwet overtreden, en diensengevolge in de gevangenis belanden. De Duitse rechter, die vragen stelde voor het *Vomero*-arrest, wees erop dat de verhoogde bescherming van artikel 28 lid 3 nooit zou kunnen worden geboden wanneer het verwijderingsbesluit wordt genomen nadat de betrokkene al in de gevangenis is beland. Het legale verblijf van de laatste tien jaar (of meer) zou dan al zijn onderbroken voordat de betrokkene er een beroep op kan doen.²⁰ Ik zou daaraan willen toevoegen dat de lidstaat aldus zelf door de keuze van het moment van de verwijderingsbeslissing zou kunnen bepalen of hij artikel 28 lid 3 sub a van toepassing laat zijn.²¹

Verder is het feit dat een nationale rechter een gevangenisstraf oplegt, niet zonder meer een bewijs van de gerechtvaardigdheid ervan. Het kan zijn dat de gevangenisstraf in hoger beroep of in herziening wordt vernie-

tigd. In lidstaten zoals Polen en Hongarije, waar de rechterlijke macht van zijn onafhankelijkheid is beroofd, ligt dat nog problematischer. Belangrijker is evenwel dat het opleggen van gevangenisstraf door een strafrechter niet hetzelfde is als een beoordeling van de noodzaak tot uitzetting, die buiten het gezichtsveld van de strafrechter valt. Een principieel bezwaar tegen de *Onuekwere*-lijn is voorts dat de tekst van de wet er geen enkele steun aan biedt en duidelijke aanwijzingen bevat voor de onjuistheid ervan. De gronden voor het legale verblijf op basis van artikel 7 en 16 Richtlijn 2004/38/EG zijn door de wetgever op geen enkele wijze afhankelijk gesteld van de vraag of de betrokkene is gedetineerd. In tegendeel, artikel 27 lid 2 bepaalt uitdrukkelijk dat strafrechtelijke veroordelingen als zodanig geen reden voor verwijderingsmaatregelen vormen. Pas als er een rechtsgeldig ten uitvoer gelegd verwijderingsbesluit is, kan het verblijf volgens artikel 21, laatste zin, als onderbroken worden beschouwd.

Het Hof van Justitie heeft in het *Vomero*-arrest onvoldoende onderkend dat de beschermende rol van het tijdsverloop in artikel 28 lid 3 door het Hof in *Onuekwere* en *M.G.* is weggeredeneerd.²² De compensatie die het Hof van Justitie hiervoor biedt, voortbordurend op het *M.G.*-arrest, is een integrale belangenafweging waarbij alles in de roerpot wordt gegooid. Het Hof van Justitie acht, ongeacht de duur van het legale verblijf, steeds opnieuw een integratietest nodig. Om te bepalen of perioden doorgebracht in gevangenschap hebben geleid ‘tot een verbreking van de eerder met het gastland opgebouwde integratiebanden die tot gevolg heeft dat de betrokken persoon de door deze bepaling gewaarborgde hogere bescherming wordt ontzegd’, moet een algehele beoordeling worden gemaakt van de situatie van die persoon op het precieze moment waarop de vraag rijst of hij dient te worden verwijderd. In het kader van deze algehele beoordeling moet rekening worden gehouden met in de gevangenis doorgebrachte perioden, samen met alle andere factoren die in het individuele geval alle relevante aspecten vormen, met inbegrip, in voorkomend geval, van de omstandigheid dat de betrokken persoon in de tien jaar voorafgaand aan zijn gevangenisstraf in het gastland heeft verbleven.²³

De enige overweging met een ‘waarborg’-karakter die ik in het *Vomero*-arrest kan vinden is dat tienjarig verblijf (of langer) van een houder van de permanente verblijfsstatus vóórdat hij in de gevangenis belandde ‘niet automatisch’ mag leiden tot het ontnemen van de extra bescherming van artikel 28 lid 3 sub a. Zie punt 80, waarin het Hof van Justitie benadrukt dat:

‘(...) wanneer een Unieburger reeds kan aantonen dat hij een periode van tien jaar in het gastland heeft verbleven op het moment waarop hij zijn detentie aanvangt, de omstandigheid dat de verwijderingsmaatregel is vastgesteld tijdens of aan het einde van die detentieperiode en het feit dat die periode aldus deel

20. *Vomero*, punt 22.

21. In A.S., HvJ 12 april 2018, zaak C-550/16, ECLI:EU:C:2018:248, punt 56 heeft het Hof van Justitie juist scherpe kritiek op een situatie waarin de lidstaat zou kunnen bepalen of een persoon een door een richtlijn gegeven recht toekomt.

22. *Vomero*, punt 71, laatste zin.

23. *M.G.*, punt 36; *Vomero*, punt 70.

uitmaakt van de periode van tien jaar voorafgaand aan de vaststelling van die maatregel, niet automatisch tot gevolg kunnen hebben dat die periode van tien jaar wordt onderbroken waardoor de betrokkene verstoeken zou zijn van de in artikel 28, lid 3, onder a), van richtlijn 2004/38 geboden verhoogde bescherming.’

Maar als eenmaal met de ‘roerpot-weging’ is vastgesteld dat de betrokkene onvoldoende is geïntegreerd, mag de extra bescherming blijkbaar gewoon worden onthouden. Het moment waarop de beoordeling moet plaatsvinden is volgens *Tsakouridis* en *M.G.* ‘precies het moment waarop de vraag van verwijdering zich voordoet.’ In het *Vomero*-arrest wordt uitgelegd dat het kan gaan om twee momenten. Weliswaar is ten eerste de datum relevant waarop het verwijderingsbesluit aanvankelijk is vastgesteld (punt 88). Maar daarmee wordt niet vooruitgelopen op de – afzonderlijke – vraag op welke moment moet worden beoordeeld of er daadwerkelijk sprake is van ‘redenen van openbare orde of openbare veiligheid’ in de zin van artikel 28 lid 1 van Richtlijn 2004/38/EG, van ‘ernstige redenen van openbare orde of openbare veiligheid’ zoals bedoeld in artikel 28 lid 2 van deze richtlijn, of van ‘dwingende redenen van openbare veiligheid’ in de zin van artikel 28 lid 3 van die richtlijn, die grond kunnen opleveren voor verwijdering (punt 89). Het kan, wanneer de concrete tenuitvoerlegging van dat besluit voor bepaalde tijd wordt uitgesteld, noodzakelijk blijken te zijn over te gaan tot een nieuwe, geactualiseerde beoordeling (punt 91).

Samengevat: de betekenis van de duur van het legale verblijf als factor die op voorspelbare wijze kan leiden tot een verhoogde drempel tegen uitzetting is effectief gesloopt. Ten eerste doordat gevangenisstraf de opbouw van legaal verblijf in beginsel doorbreekt. Ten tweede doordat alleen de laatste tien ononderbroken jaren worden gezien. Ten derde doordat integratie van mensen die in de gevangenis belanden nooit op basis van langdurig verblijf wordt vermoed te bestaan. Steeds opnieuw moeten alle belangen integraal worden gewogen. Wat er ten gevolge van de besproken Hof van Justitie-jurisprudentie van artikel 28 lid 3 sub a overblijft, is een verzameling criteria die weliswaar soms in iets zwaarwegender termen is vervat, maar die niet tot een voorspelbare uitkomst leiden.

Openbare veiligheid

Dat het derde lid, zoals omschreven in overweging 24 van de considerans, slechts in uitzonderlijke gevallen uitzetting toestaat, zou onder meer moeten volgen uit het specifieke karakter van de ‘openbare veiligheid’. Openbare veiligheid is immers iets anders dan de openbare orde en de beoordeling van een bedreiging van de veiligheid vergt een eigen toetsing. Het Hof van Justitie heeft nog niet veel gelegenheid gehad zich specifiek over de openbare veiligheid uit te spreken. De recentste samenvatting van dit begrip is te vinden in het *H.T.*-

arrest waar het Hof van Justitie overwoog dat het begrip ‘openbare veiligheid’ in de zin van artikel 28 lid 3 van Richtlijn 2004/38/EG zowel de interne als de externe veiligheid van een lidstaat dekt²⁴ en dat bijgevolg de aantasting van het functioneren van instellingen en essentiële openbare diensten, alsook het overleven van de bevolking, het risico van een ernstige verstoring van de externe betrekkingen of van de vreedzame co-existentie van de volkeren, evenals de aantasting van militaire belangen, de openbare veiligheid in gevaar kunnen brengen.²⁵ Het gaat bij de openbare veiligheid dus om een bedreiging van de essentie van het functioneren van de staat en het overleven van de bevolking.

Veiligheidskwesties overstijgen het kader van justitie en raken aan het beleid betreffende buitenlandse zaken en defensie. In arresten buiten het gebied van migratie was de openbare veiligheid aan de orde in gevallen van vergunningen ter controle van export van goederen naar ‘gevoelige landen’ die geschikt zijn voor militair gebruik,²⁶ vereisten van landsverdediging,²⁷ veiligheid van levering van olieproducten.²⁸ In het *Werner*-arrest overwoog het Hof van Justitie dat de scheidslijn tussen overwegingen van buitenlandse politiek en overwegingen van veiligheid vaak moeilijk is te trekken (punt 26) en dat het risico van een ernstige verstoring van de buitenlandse betrekkingen of van het vreedzaam samenleven der volkeren de externe veiligheid van een lidstaat ongunstig kan beïnvloeden (punt 27). Als we deze jurisprudentie proberen te verbinden met artikel 28 lid 2 Richtlijn 2004/38/EG, dan zou de kans dat het verblijf van een langdurig gevestigde Unieburger in een andere lidstaat werkelijk ‘dwingende redenen van openbare veiligheid’ oplevert niet zo groot moeten zijn. Naar analogie van het – niet op migratie betrekking hebbende – *Albore*-arrest, punt 22, zou een uitzondering op de verblijfsveiligheid van een langdurig verblijvende Unieburger of diens gezinslid slechts toegestaan zijn in een geval waarin sprake is van reële, concrete en ernstige risico’s voor de belangen van de lidstaat die niet zouden kunnen worden vermeden door minder vergaande beperkingen. Maar in het *Tsakouridis*-arrest van 23 november 2010 en het *P.I.*-arrest van 22 mei 2012 heeft het Hof van Justitie het domein van de ‘openbare veiligheid’ dusdanig uitgelegd, dat het gewone strafrecht onder bepaalde voorwaarden wel degelijk binnen het toepassingsbereik valt. Misdrijven met een grensoverschrijdende dimensie genoemd in artikel 83 lid 1 VWEU,²⁹ waaronder drugs-

24. Het Hof van Justitie verwijst met name naar het hieronder nog te behandelen arrest *Tsakouridis*, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie inmiddels ook HvJ 2 mei 2018, gevoegde zaken C-331/16 en C-336/16, *K. en H.F.*, punt 42.

25. *Tsakouridis*, punt 44.

26. HvJ 17 oktober 1995, zaak C-70/94, *Werner*, ECLI:EU:C:1995:328, punt 28.

27. HvJ 13 juli 2000, zaak C-423/98, *Albore*, ECLI:EU:C:2000:401, punt 22.

28. HvJ 10 juli 1984, zaak C-72/83, *Campus Oil e.a.*, ECLI:EU:C:1984:256, en HvJ 25 oktober 2001, zaak C-398/98, *Commissie/Griekenland*, ECLI:EU:C:2001:565.

29. Het betreft: terrorisme, mensenhandel en seksuele uitbuiting van vrouwen en kinderen, illegale drugshandel, illegale wapenhandel, het wit-

criminaliteit en seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen, kunnen een buitengewoon ernstige inbreuk vormen op een fundamenteel belang van de samenleving, die een rechtstreekse bedreiging kan vormen voor de gemoedsrust en de fysieke veiligheid van de bevolking, en dus vallen onder het begrip ‘openbare veiligheid’, op voorwaarde dat de wijze waarop dergelijke strafbare feiten zijn gepleegd, bijzonder ernstige kenmerken vertoont.³⁰

Het Hof van Justitie geeft geen ruim baan voor incorporatie van de openbare orde in het openbare-veiligheidsbegrip. Het moet gaan om bijzonder ernstige gevallen. Maar toch is daarmee de begrenzendende werking van het tot ‘openbare veiligheid’ beperkte criterium doorbroken. Dientengevolge is ook in dat opzicht de betekenis van artikel 28 lid 3 minder strikt geworden.

Dwingende redenen

In het *Tsakouridis*-arrest heeft het Hof van Justitie uit de tekst en de systematiek van artikel 28 afgeleid dat de wetgever van de Unie, door elke verwijderingsmaatregel in de in artikel 28 lid 3 van deze richtlijn genoemde gevallen afhankelijk te stellen van ‘dwingende redenen’ van openbare veiligheid – een aanzienlijk enger begrip dan de ‘ernstige redenen’ in de zin van lid 2 van dit artikel – de op dit lid 3 gebaseerde maatregelen duidelijk heeft willen beperken tot ‘uitzonderlijke omstandigheden’, zoals reeds wordt aangekondigd in overweging 24 van de considerans van deze richtlijn (punt 40). Het begrip ‘dwingende redenen van openbare veiligheid’ veronderstelt immers niet alleen een aantasting van de openbare veiligheid, maar ook dat deze aantasting bijzonder ernstig is, hetgeen tot uiting komt door het gebruik van de woorden ‘dwingende redenen’ (punt 41). De wijze waarop die uitzonderlijkheid moet worden vastgesteld verschilt echter weinig van de wijze waarop in het ‘gewone’ geval wordt bepaald of uitzetting van een Unieburger of diens gezinslid gerechtvaardigd is. In punt 50 van het *Tsakouridis*-arrest valt het Hof van Justitie in hoge mate terug op de *Bouchereau*-lijn:

‘Bij de toepassing van richtlijn 2004/38 moet meer in het bijzonder een afweging plaatsvinden tussen enerzijds het uitzonderlijk karakter van de dreiging van aantasting van de openbare veiligheid wegens het persoonlijke gedrag van de betrokkene, zo nodig beoordeeld ten tijde van het verwijderingsbesluit (zie met name arrest van 29 april 2004, Orfanopoulos en Oliveri, C-482/01 en C-493/01, Jurispr. blz. I-5257, punten 77-79), afgemeten aan met name de opgelegde en de ten uitvoer gelegde straffen, de mate van betrokkenheid bij de criminele activiteiten, de omvang van de schade en eventueel het recidivegevaar (zie in die zin met name arrest van 27 oktober

1977, Bouchereau, 30/77, Jurispr. blz. 1999, punt 29), en anderzijds het risico dat de sociale herintegratie van de burger van de Unie in de lidstaat waar hij daadwerkelijk is geïntegreerd in gevaar wordt gebracht, terwijl deze herintegratie niet alleen in het belang van die burger is maar ook in dat van de Europese Unie in het algemeen (...).’

Deze criteria hebben nauwelijks betrekking op hoogte van de drempel voor uitzetting: de vereiste omvang van het gevaar voor de veiligheid. Zij gaan vooral om wat aan de betrokkene kan worden verweten: zijn persoonlijke gedrag, de hoogte van de straf(fen), het recidivegevaar en de (her)integratie.

Slotsom

Artikel 28 lid 1 Richtlijn 2004/38/EG heb ik in deze bijdrage niet onderzocht. Ik heb over lid 1 alleen opgemerkt dat, gezien de veelheid van de daar vermelde criteria, geen voorspelbare uitkomst is gegarandeerd.

Ten aanzien van artikel 28 lid 2 heb ik het *Onuekwere*-arrest besproken, waaruit volgt dat verblijf in gevangenis de opbouw van het duurzame verblijfsrecht, dat in beginsel na vijf jaar legaal verblijf ontstaat, doorbreekt. Daardoor kan het langer dan vijf jaar duren voordat de betrokkene een beroep op artikel 28 lid 2 kan doen. Ik heb erop gewezen dat het Hof van Justitie in het eerdere *Doğan*-arrest een wezenlijk ander standpunt had ingenomen over de invloed van gevangenschap op onderbreking van een verblijfsrecht.

De meeste aandacht heb ik besteed aan artikel 28 lid 3 sub a. Van de daarin besloten mogelijkheden tot het opwerpen van een effectief verhoogde drempel tegen uitzetting van gevestigde Unieburgers en hun gezinsleden, waarvan de uitkomst voorspelbaar is, zijn ten gevolge van de Hof van Justitie-jurisprudentie slechts elastische criteria overgebleven. In plaats van een kwantitatief meetbare duur van het verblijf beschouwt het Hof van Justitie, ongeacht de verblijfsgechiedenis, het kwalitatieve oordeel van de lidstaat over de mate van integratie als het beslissende criterium.³¹ Voorts zijn obstakels opgeworpen voor de opbouw van ononderbroken legaal verblijf. Bij de vaststelling of de betrokkene gedurende te laatste tien jaar legaal in de lidstaat heeft verblijven kan verblijf in de gevangenis op twee manieren leiden tot de conclusie dat aan dat tien-jaarvereiste niet is voldaan. Ten eerste doordat de betrokkene ten gevolge van verblijf in de gevangenis mogelijk nog niet in het bezit is van het duurzaam verblijfsrecht, hetwelk volgens het *Vomero*-arrest een vereiste is voor de toepasbaarheid van artikel 28 lid 3 sub a. En wanneer dat wel zo is, doordat ook daarna het verblijf in de gevangenis in beginsel het ononderbroken verblijf doorbreekt, tenzij is vastgesteld dat de betrokkene voldoende is geïntegreerd.

wassen van geld, corruptie, de vervalsing van betaalmiddelen, computercriminaliteit en de georganiseerde criminaliteit.

30. *Tsakouridis*, punt 56, *P.I.*, punt 33.

31. Zie *Vomero*, punt 44.

Dat betekent niet noodzakelijkerwijs dat artikel 28 lid 3 sub a van Richtlijn 2004/38/EG volkomen zinloos is geworden. Wel moet worden geconstateerd dat het vrijwel geheel aan de implementerende lidstaat is overgelaten om vorm te geven aan de in abstracte normen besloten extra bescherming tegen uitzetting die aan gevestigde Unieburgers en hun gezinsleden wordt geboden.