



Arrest

nr. 213 667 van 19 december 2018
in de zaak RvV X / VIJl

In zake: X

Gekozen woonplaats: ten kantore van advocaat F. VAN DER SCHUEREN
Broederminstraat 38
2018 ANTWERPEN

tegen:

de Belgische staat, vertegenwoordigd door de staatssecretaris voor Asiel en Migratie
en Administratieve Vereenvoudiging, thans de minister van Sociale Zaken en
Volksgezondheid, en van Asiel en Migratie.

DE WND. VOORZITTER VAN DE VIIIste KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat X, die verklaart van Afghaanse nationaliteit te zijn, op 6 april 2018 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van de gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 6 maart 2018 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten.

Gezien titel *Ibis*, hoofdstuk 2, afdeling IV, onderafdeling 2, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen.

Gezien de beschikking houdende de vaststelling van het rolrecht van 11 april 2018 met referentienummer X.

Gezien de nota met opmerkingen en het administratief dossier.

Gelet op de beschikking van 31 juli 2018, waarbij de terechtzitting wordt bepaald op 20 september 2018.

Gehoord het verslag van rechter in vreemdelingenzaken A. WIJNANTS.

Gehoord de opmerkingen van advocaat A. HAEGEMAN, die loco advocaat F. VAN DER SCHUEREN verschijnt voor de verzoekende partij en van advocaat I. FLORIO, die loco advocaat E. MATTERNE verschijnt voor de verwerende partij.

WIJST NA BERAAD HET VOLGENDE ARREST:

1. Nuttige feiten ter beoordeling van de zaak

Verzoeker, die verklaart van Afghaanse nationaliteit te zijn, diende in Nederland een verzoek om internationale bescherming in. Op grond van artikel 1(F) van Internationaal Verdrag betreffende de status van vluchtelingen van 28 juli 1951, B.S. 4 oktober 1953 (verder: Verdrag van Genève), werd hij uitgesloten van internationale bescherming door de Nederlandse asielinstanties.

Op 20 oktober 2016 diende verzoeker een eerste aanvraag in voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, met het oog op gezinshereniging met zijn dochter, die de Nederlandse nationaliteit heeft. Op 20 januari 2017 werd een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden met bevel om het grondgebied te verlaten genomen.

Op 30 januari 2017 diende verzoeker een tweede aanvraag in voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, met het oog op gezinshereniging met zijn dochter. Op 26 juli 2017 werd een beslissing tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden zonder bevel om het grondgebied te verlaten genomen.

Op 7 september 2017 dient verzoeker een derde aanvraag in voor een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, met het oog op gezinshereniging met zijn dochter. Met de thans bestreden beslissing van 6 maart 2018 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden wordt deze aanvraag afgewezen. Dit is de bestreden beslissing, die luidt als volgt:

"In uitvoering van artikel 52, §4, 5de lid van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, wordt de aanvraag van een verblijfskaart van een familielid van een burger van de Unie, die op 07.09.2017 werd ingediend door:

Naam: J.
Voorna(a)m(en): A.
Nationaliteit: Afghanistan
Geboortedatum: (...)1959
Geboorteplaats: Kabul
RR: ...
Verblijvende te : ...

om de volgende reden geweigerd :

De betrokkene voldoet niet aan de vereiste voorwaarden om te genieten van het recht op verblijf van meer dan drie maanden in de hoedanigheid van familielid van een burger van de Unie of van ander familielid van een burger van de Unie.

Het verblijfsrecht dient geweigerd te worden aan betrokkene op basis van artikel 43 van de wet van 15.12.1980 dat stelt dat het verblijf geweigerd kan worden om redenen van openbare orde of nationale veiligheid; persoonlijk gedrag van betrokkene waardoor zijn verblijf ongewenst is om redenen van openbare orde of nationale veiligheid.

Betrokkene heeft 3 keer asiel aangevraagd in Nederland en telkens werd zijn beroep hiertegen ongegrond verklaard. Het betreft immers een geval van 1F. Het verblijf van betrokkene werd geweigerd in Nederland omdat er ernstige redenen zijn om te veronderstellen dat:

- hij een misdrijf tegen de vrede, een oorlogsmisdrijf of een misdrijf tegen de menselijkheid heeft begaan, zoals omschreven in de internationale overeenkomsten welke zijn opgesteld om bepalingen met betrekking tot deze misdrijven in het leven te roepen*
- hij een ernstig, niet politiek misdrijf heeft begaan buiten het land van toevlucht, voordat hij tot dit land als vluchteling is toegelaten, of*
- hij zich schuldig heeft gemaakt aan handelingen welke in strijd zijn met de doelstellingen en beginselen van de Verenigde Naties.*

In een beschikking van 18.02.2002 wordt het volgende overwogen: "Volgens artikel 3.77 Vb lid 1 onder a kan de aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd worden afgewezen wegens gevaar voor de openbare orde indien er ernstige redenen zijn om te veronderstellen dat de vreemdeling zich schuldig gemaakt heeft aan de gedragingen bedoeld in artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag. Heden is beslist dat artikel 1 F op de asielaanvraag van betrokkene van toepassing is. Het beroep tegen deze beschikking werd ongegrond verklaard op 06.10.2003, 25.03.2005 en 17.07.2012. Betrokkene werd dan ook ongewenst verklaard in Nederland.

Betrokkene dient sinds 2016 nu voor de derde keer een aanvraag in tot het verkrijgen van een verblijfskaart als bloedverwant in opgaande lijn van een burger van de Unie in hoedanigheid van zijn dochter J. H. (RR: xxx) van Nederlandse nationaliteit. Overeenkomstig de informatie in het dossier werd betrokkene echter uitgesloten van erkenning als vluchteling in Nederland wegens bezwaren van openbare orde.

Uit dit dossier blijkt dat betrokkene, naar inschatten van de Nederlandse asielinstanties, inbreuken heeft gepleegd overeenkomstig art. 1 F, a van de Conventie van Genève. Betrokkene heeft, overeenkomstig de bevindingen van de Nederlandse asielinstantie, deelgenomen of het bevel gegeven om oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid plaats te laten vinden gezien zijn functie van kolonel bij het leger, en hij geruime tijd werkzaam is geweest bij de KhAD/WAD waarbij hij rapporteerde over niet-loyale leden die daardoor aan mensenrechtenschendingen van de Khad blootgesteld werden (voor alle concrete elementen ter zake wordt verwezen naar het administratief dossier en meer bepaald het Nederlandse asioldossier met zowel de verklaringen van mijnheer, verdere informatie over zijn functie en graad bij de veiligheidsdiensten waar hij gewerkt heeft, alsook de conclusies met betrekking tot openbare orde die de Nederlandse asielinstantie heeft getrokken, de bezwaren van mijnheer daartegen en de behandeling van de bezwaren van mijnheer in beroep door de bevoegde Nederlandse rechtbank). Uit het geheel van het Nederlandse asioldossier blijkt wel degelijk dat zeer minutieus alle mogelijke argumenten en tegenargumenten in overweging werden genomen alvorens betrokkene overeenkomstig 1F werd uitgesloten. Tot slot kan opgemerkt worden dat uitsluiting geen strafrechtelijke veroordeling veronderstelt, noch dat vereist is de aan de betrokkene verweten misdrijven bewezen zijn in overeenstemming met de bewijsnormen die in het algemeen gelden in het strafrecht. Immers, een strafrechtelijke veroordeling blijkt niet voldoende, maar blijkt evenmin noodzakelijk om de vaststelling van een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving te staven (ECLI:EU:C:2017:973 dd. 14.12.2017, punt 85 - 86).

De documenten die betrokkene in het kader van de huidige aanvraag voorlegt, betreffen geen nieuwe elementen die voorgaande vaststellingen aan het wankelen kunnen brengen. De documenten werden weliswaar ter ondersteuning van zijn huidige verblijfsaanvraag voorgelegd, maar zijn niet in staat bovenstaande appreciatie in positieve zin om te buigen en kunnen derhalve niet leiden tot een andersluidende conclusie. Op grond hiervan wordt artikel 43 van de Vreemdelingenwet toegepast. Immers, in Nederland werd betrokkene aangemerkt als oorlogsmisdadiger. Aan de hand van de voornoemde voorgelegde documenten ter ondersteuning van zijn vestigingsaanvraag wordt niet afdoende aangetoond dat dit niet het geval is.

De dreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving die uitgaat van de aanwezigheid in de samenleving van een persoon, van wie in rechte vaststaat dat ernstige redenen bestaan om te stellen dat hij misdrijven heeft gepleegd als bedoeld in artikel 1 (F), aanhef en onder a, van het Vluchtelingenverdrag, is naar zijn aard blijvend actueel. Deze gedachte ligt ook besloten in artikel 12, tweede lid, van richtlijn 2004/83/EG. De inschatting van het toekomstig gedrag is in deze niet van belang. Gelet op de aard en ernst van de misdrijven waarop artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag betrekking heeft, in samenhang gezien met het tijdstip waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder deze zijn gepleegd verschillen wezenlijk van gewone misdrijven (waarvoor bvb een correctionele veroordeling in België zou mogelijk zijn). Vandaar dat de actualiteit van de dreiging die uitgaat van het gedrag van betrokkene en dus het gevaar op recidive, niet aannemelijk moeten worden gemaakt (arrest Bouchereau 27.10.1977, arrest Tsakouridis punt 40 tot einde van 23.11.2010, arrest c-348-09 PI punt 23 van 22.05.2012 en arrest Gaydarov, punt 32 van 17.11.2011). De misdrijven die binnen de werkingssfeer van artikel 1, afdeling F, onder a), van het Vluchtelingenverdrag vallen, kunnen op grond van verschillende instrumenten van internationaal strafrecht bovendien niet verjaren, hetgeen de blijvende actualiteit van de dreiging onderstreept (ECLI:EU:C:2017:973 dd. 14.12.2017, punt 106). Het ontzeggen van verblijfsrecht als gezinslid van een burger van de Unie dient trouwens ook ter bescherming van de positie van de slachtoffers van misdrijven van personen op wie artikel 1 F (aanhef en a) van toepassing is en daarmee de Belgische samenleving en de internationale rechtsorde, alsook ter vrijwaring van het vertrouwen van de bevolking in de rechts- en immigratiesystemen (ECLI:EU:C:2017:973 dd. 14.12.2017, punt 65). In die zin is het weigeren van het verblijfsrecht aan betrokkene wel degelijk evenredig met de gezinshereniging die hij, ten gevolge van deze weigering, niet kan genieten. Betrokkene had moeten weten, op het moment dat hij de feiten pleegde, dat dit beperkingen met zich zou meebrengen om zich internationaal te kunnen verplaatsen of zich in een ander land te kunnen vestigen. Het getuigt allermindst van verantwoordelijkheid tegenover zijn dochter en bij uitbreiding zijn gehele familie, dat hij desondanks die daden tegen de menselijkheid toch heeft gepleegd.

Bij het nemen van deze beslissing dient overeenkomstig art. 43 ook rekening gehouden te worden met de duur van het verblijf van de betrokkene, zijn leeftijd, gezondheidstoestand, gezins- en economische situatie, sociale en culturele integratie in het rijk en de mate waarin hij bindingen heeft met zijn land van oorsprong.

Vooreerst wat betreft de duur van betrokkene verblijf in België, blijkt dat betrokkene sinds 20.10.2016 in het Rijk verblijft. Dit betekent dat betrokkene slechts anderhalf jaar in België verblijft en hij aldus 59 jaar in zijn land van herkomst of origine, of elders een leven heeft opgebouwd waardoor het redelijk is te stellen dat zijn banden met het land van herkomst of origine sterker zijn dan die met België. Er dient opgemerkt te worden dat betrokkene klaarblijkelijk geruime tijd in Nederland heeft verbleven, doch er geen verblijfsrecht heeft verkregen. Gelet betrokkene in het kader van zijn huidige verblijfsaanvraag klaarblijkelijk in staat was documenten op te vragen in de ambassade van Afghanistan met het oog op het aantonen van zijn onvermogen in het land van origine, en hij zich daartoe dus op Afghaanse bodem begaf bij de ambassade of op zijn minst te kennen heeft gegeven waar hij verbleef, kan gesteld worden dat betrokkene in het land van herkomst of origine niet in gevaar verkeert.

Betrokkene diende reeds meerdere verblijfsaanvragen in België, maar deze werden allen geweigerd. Er kan bezwaarlijk gesteld worden dat betrokkene rechten zou kunnen putten uit navolgende opgestarte procedures die aan eventueel regulier verblijf voorafgaan, zeker gelet deze één voor één niet succesvol zijn geweest. Wat betreft betrokkene leeftijd, dient opgemerkt te worden dat hij niet van hoge leeftijd is waardoor zijn leeftijd op zich niet voldoende reden vormt om de beslissing tot weigering niet te kunnen nemen. Wat betreft zijn gezondheidstoestand is ons niets bekend waardoor het aangewezen zou zijn dat mijnheer in België zou moeten verblijven. Aangaande betrokkene sociale en culturele integratie worden geen documenten voorgelegd, noch blijkt uit het dossier dat betrokkene economisch geïntegreerd zou zijn, betrokkene blijkt niet tewerkgesteld te zijn.

Wel integendeel, hij wordt onderhouden door zijn dochter. Betrokkene is gaan inwonen bij het gezin van zijn dochter. Echter hoeft de Dienst Vreemdelingenzaken betrokkene gezinsleven in België niet als absoluut te beschouwen. Het familiale en persoonlijke belang van betrokkene wordt als ondergeschikt geacht aan de vrijwaring van de openbare orde gelet op al het voorgaande. Het staat het gezin uiteraard vrij zich elders als gezin te vestigen alwaar zij legaal kunnen binnenkomen en verblijven of hun gezinsleven zo in te richten dat het gezin van zijn Nederlandse dochter in België verblijft en betrokkene een andere verblijfplaats kiest. Dit hoeft niet noodzakelijk afbreuk te doen aan hun gezinsleven.

Overeenkomstig artikel 43 van de wet van 15.12.1980 dient hier om reden van openbare orde of nationale veiligheid het verblijf geweigerd te worden aan betrokkene. Het AI dient te worden ingetrokken.”

2. Onderzoek van het beroep

2.1. Het tweede middel is onder meer afgeleid uit de schending van “de artikelen 40bis, 43 en 45 van de Vreemdelingenwet van 15.12.1980. Schending van het redelijkheidsbeginsel en van de materiële motiveringsplicht. Schending van artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen. Schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.”

Verzoeker stelt onder meer het volgende:

“Eerste onderdeel

Verzoeker diende een aanvraag in op basis van art. 40 bis Vw. als familielid van een burger van de Unie, namelijk met zijn Nederlandse dochter H.

Bestreden beslissing stelt dat het verblijfsrecht dient te worden geweigerd op basis van art. 43 Vw.

Art. 43 Vw. luidt als volgt (...):

§ 1. De minister of zijn gemachtigde kan de binnenkomst en het verblijf van de burgers van de Unie en hun familieleden weigeren en hun het bevel geven het grondgebied te verlaten :

1° wanneer zij valse of misleidende informatie of valse of vervalste documenten hebben gebruikt, of fraude hebben gepleegd of andere onwettige middelen hebben gebruikt, die hebben bijgedragen tot het verkrijgen van het verblijf;

2° om redenen van openbare orde, nationale veiligheid of volksgezondheid.

§ 2. Wanneer de minister of zijn gemachtigde overweegt een beslissing zoals bedoeld in paragraaf te nemen, houdt hij rekening met de duur van het verblijf van de burger van de Unie of zijn familielid op het grondgebied van het Rijk, zijn leeftijd, gezondheidstoestand, gezins- en economische situatie, sociale en culturele integratie in het Rijk en de mate waarin hij bindingen heeft met zijn land van oorsprong.

Artikel 45 Vw. verduidelijkt dit echter en voegt hieraan toe (...):

§ 1. De redenen van openbare orde, nationale veiligheid en volksgezondheid bedoeld in de artikelen 43 en 44bis mogen niet worden aangevoerd voor economische doeleinden.

§ 2. De in de artikelen 43 en 44bis bedoelde beslissingen moeten in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel en uitsluitend gebaseerd zijn op het persoonlijk gedrag van de betrokken burger van de Unie of zijn familielid.

Eerdere strafrechtelijke veroordelingen zijn als zodanig geen reden voor dergelijke beslissingen.

Het gedrag van de burger van de Unie of van zijn familielid moet een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving zijn.

Motiveringen die los staan van het individuele geval of met algemene preventieve redenen verband houden, mogen niet worden aangevoerd.

Om te beoordelen of de burger van de Unie of zijn familielid een gevaar voor de openbare orde of de nationale veiligheid vormt, kan de minister of zijn gemachtigde, bij de afgifte van de verklaring van inschrijving of van de verblijfskaart van familielid van een burger van de Unie, en als hij het onontbeerlijk acht, aan de lidstaat van oorsprong en, eventueel aan andere lidstaten, inlichtingen vragen over de gerechtelijke antecedenten van de betrokkene. Deze raadpleging mag geen systematisch karakter dragen.

Art. 43 en 45 Vw. vormen een omzetting van de artikelen 27 en 28 van de Richtlijn 2004/38/EG.

Verweerder vermeldt de artikelen 40bis Vw. en art. 45 Vw. niet. Aangezien er in art. 45 Vw. cruciale elementen over de beoordeling van art. 43, is het voor verzoekende partij onduidelijk of er effectief rekening werd gehouden met alle elementen die art. 45 Vw. vermeldt, o.a. het persoonlijke gedrag van verzoeker en het evenredigheidsbeginsel."

In het tweede middelonderdeel betoogt verzoeker dat de beoordeling op basis van artikel 43 van de Vreemdelingenwet, op basis waarvan verweerder meent te kunnen besluiten dat het verblijf aan verzoeker om redenen van openbare orde of nationale veiligheid diende te worden geweigerd, gebrekkig en onzorgvuldig is, omdat er geen individueel onderzoek werd gevoerd én er geen vaststelling van een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving heeft plaatsgevonden. Hij zet dit uiteen als volgt:

"1. Noodzaak van een zorgvuldig en individueel onderzoek

Verzoeker werd op bij beschikking dd. 22 juni 2000 op basis van art. 1F uitgesloten. Dit werd later bevestigd door Rechtbank in Den Haag (zie stuk 4) en in later beschikkingen. Uit deze beslissingen blijkt echter dat er nooit een individueel onderzoek heeft plaatsgevonden. Verzoeker werd uitgesloten op basis van zijn lidmaatschap bij de Afghaanse veiligheidsdiensten.

De Nederlandse autoriteiten verwijzen naar een advies van 29.02.2000 van het Nederlandse Ministerie van Buitenlandse Zaken (zie stuk 5). Hierin wordt gesteld dat alle onderofficieren en officieren van de KhAD en de WAD zich schuldig hebben gemaakt aan schendingen van de mensenrechten (zie stuk 5, p.12).

Zich baserend op de beweringen uit dit advies, wordt er besloten dat verzoeker diende te worden uitgesloten op basis van art. 1F. Er werd echter nooit afdoende rekening gehouden met de verklaringen die verzoeker aflegde (zie stuk 10). Derhalve werd er nooit aangetoond of verzoeker daadwerkelijk heeft deelgenomen aan mensenrechtenschendingen- hetgeen ook niet het geval is.

Meer nog - de Nederlandse Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie, stelde in zijn verweerschrift zelfs uitdrukkelijk dat er niet vereist is dat wordt bewezen dat iemand zelf persoonlijk, fysiek en daadwerkelijk heeft deelgenomen aan martelingen en andere schendingen van de mensenrechten. Aan alle officieren en onderofficieren zou artikel 1F worden tegengeworpen. Het zou vervolgens aan de vreemdelingen zijn om aannemelijk te maken dat er geen sprake is van enige deelname (zie stuk 5).

Op basis van bovenstaande redenering blijkt duidelijk dat er geen sprake is geweest een individueel onderzoek.

Dit werd nogmaals aangekaart in een brief die elf Nederlandse burgemeester (zie brief, stuk 6) stuurden. Zij wierpen op dat er nooit een individueel onderzoek heeft plaatsgevonden en dat de deelname aan de Khad/WAD als enige beoordelingsgrond gold. Zij benadrukten dat het ontbreken van zo'n individuele toets onaanvaardbaar is.

Het moge duidelijk zijn dat tijdens de Nederlands asielprocedure er geen individueel onderzoek naar de betrokkenheid van verzoeker bij mensenrechtenschendingen heeft plaatsgevonden.

Verweerder verwijst in bestreden beslissing enkel en alleen naar de uitsluiting op basis van art. 1F vluchtelingenverdrag om te motiveren dat verzoeker zogenaamd een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging vormt voor een fundamenteel belang van de samenleving.

Door simpelweg te verwijzen naar een beslissing waarbij geen individueel onderzoek werd uitgevoerd, schendt verweerder art. 43 en 45 van de Vreemdelingenwet. Noch tijdens de asielprocedure in

Nederlands, noch bij het onderzoek van de aanvraag gezinshereniging in België werd er een individueel onderzoek uitgevoerd.

Nochtans benadrukt Advocaat-Generaal SAUGMANDSGAARD (ECLI:EU:C:2017:973) in zijn conclusie in de zaak C-331/16 en C-366/16 de noodzaak om een grote zorgvuldigheid aan de dag te leggen bij het onderzoeken en beschouwen van de omstandigheden van de beslissing tot uitsluiting (...):

"77. Anderzijds is het feit dat de toepassing van die bepaling geen veroordeling(34), noch een bewijs in de strafrechtelijke zin met betrekking tot de misdrijven in kwestie veronderstelt, eerder een reden voor een grotere zorgvuldigheid bij het in aanmerking nemen van de omstandigheden die tot de beslissing tot uitsluiting hebben geleid. zoals zij voortvloeien uit de beoordelingen van de asielautoriteiten, teneinde de vaststelling van een dergelijke bedreiging te rechtvaardigen."

In dezelfde conclusie benadrukt de Advocaat-Generaal terecht onomwonden dat verweerder had moeten nagaan of de gegevens waarop de Nederlandse asielautoriteiten de uitsluitingsbeslissing hebben gerechtvaardigd ook de vaststelling van een bedreiging in de zin van art. 27 Richtlijn 2004/38 en art. 43 Vw. rechtvaardigen:

"97. In dat verband herinner ik eraan dat de autoriteiten van de gastlidstaat in het kader van de vaststelling van een beperkende maatregel weliswaar niet bevoegd zijn om de gegrondheid van een beslissing tot uitsluiting van de vluchtelingenstatus in twijfel te trekken(57), maar niettemin moeten nagaan of de gegevens waarop de asielautoriteiten die beslissing hebben gebaseerd, ook de vaststelling van een bedreiging in de zin van artikel 27, lid 2, van richtlijn 2004/38 rechtvaardigen

Het bestaan van de noodzaak van zo'n individueel onderzoek naar het bestaan van redenen van openbare orde of nationale veiligheid om het verblijf te weigeren, staat vast. Art. 45 Vw. benadrukt immers dat motiveringen die los staan van het individuele geval of met algemene preventieve redenen verband houden niet mogen worden aangevoerd.

Verzoeker wenst hieromtrent ook te verwijzen naar het recent arrest nr. 197 311 van 22 december 2017 van Uw Raad (eigen onderlijning):

"Bij het beoordelen van een bedreiging voor de openbare orde moet rekening worden gehouden met de aard en ernst van de strafbare feiten, het aantal strafbare feiten en de veroorzaakte schade. Naast voldoende ernstig en werkelijk, dient deze bedreiging ook actueel te zijn. De vaststelling van een actuele bedreiging vereist in regel dat de betrokken vreemdeling een neiging vertoont om een crimineel gedrag in de toekomst voort te zetten, vol te houden ofte herhalen (HvJ 22 mei 2012, C- 348/09, P.t., pt. 30; Memorie van toelichting, Parl.St. Kamer 2016-2017, DOC 54 2215/001, p. 24). Het is aan de nationale overheden. in casu de staatssecretaris, om in elk afzonderlijk geval te (be)oordelen of het gedrag van de betrokken vreemdeling een gevaar voor nieuwe ernstige verstoringen van de openbare orde of nationale veiligheid oplevert, wat desgevallend een onderzoek naar het risico van recidive kan omvatten. De staatssecretaris moet derhalve zijn besluit baseren op een inschatting van het toekomstig gedrag van de betrokken vreemdeling en dit aan de hand van de objectieve elementen zoals deze voorliggen op het ogenblik dat hij een beslissing neemt en die blijken uit het administratief dossier. "

Wegens de afwezigheid van een daadwerkelijk individueel onderzoek kan er niet worden besloten dat verzoeker een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt.

2. Vaststelling van een actuele. werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving

Artikel 45 Vw. vereist dat er sprake is van een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving. Dit is in casu niet het geval.

In het arrest nr. 99 921 van 27 maart 2013 van Uw Raad wordt alleszins duidelijk benadrukt dat uit de uitsluiting op basis van art. 1 F van de conventie van Genève niet ipso facto kan worden afgeleid dat er sprake is van een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving:

"[...]"

Verzoeker wenst, net als verweerder naar de conclusie van Advocaat-Generaal SAUGMANDSGAARD (ECLI:EU:C:2017:973) in de zaak C-331/16 en C-366/16 te verwijzen(...):

"77. Anderzijds is het feit dat de toepassing van die bepaling geen veroordeling(34), noch een bewijs in de strafrechtelijke zin met betrekking tot de misdrijven in kwestie veronderstelt, eerder een reden voor een grotere zorgvuldigheid bij het in aanmerking nemen van de omstandigheden die tot de beslissing tot uitsluiting hebben geleid. zoals zij voortvloeien uit de beoordelingen van de asielautoriteiten, teneinde de vaststelling van een dergelijke bedreiging te rechtvaardigen.

84. in de tweede plaats kunnen de redenen waarop een beslissing tot uitsluiting van de vluchtelingenstatus steunt, echter in aanmerking worden genomen wanneer daaruit. gelet op de

bijzondere omstandigheden van elk individueel geval. een gedrag blijkt dat een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt.(41)

Artikel 27, lid 2, van richtlijn 2004/38/EG van het Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG dient aldus te worden uitgelegd dat het feit dat een burger van de Unie of een lid van zijn familie in het verleden op grond van artikel 1. afdeling F. onder a), van het Verdrag van Genève betreffende de status van vluchtelingen van de vluchtelingenstatus is uitgesloten, ofschoon dit het niet automatisch de grond kan vormen voor de vaststelling van een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving. daartoe in aanmerking kan worden genomen voor zover uit de omstandigheden die tot de toepassing van die bepaling hebben geleid, blijkt dat er sprake is van een persoonlijke gedraging die een dergelijke bedreiging vormt."

a. Bedreiging door het persoonlijk gedrag van de betrokkene

In art. 43 en 45 Vw. wordt benadrukt dat de bedreiging uitsluitend gebaseerd zijn op het persoonlijk gedrag van de betrokken burger van de Unie of zijn familielid.

Verzoeker heeft hierboven al uitdrukkelijk naar de noodzaak van een individueel onderzoek verwezen (zie eerder). Bovendien benadrukt art. 45 Vw. dat motiveringen die los staan van het individuele geval of met algemene preventieve redenen verband houden niet mogen worden aangevoerd.

Uit dit onderzoek zou hebben gebleken dat er geen sprake is van persoonlijk gedrag dat als een bedreiging van een fundamenteel belang.

Verzoeker zette dit al meermaals uiteen, zowel tijdens zijn asielinterviews (zie stuk 10), als tijdens de beroepsprocedures (zie stuk 3).

Hij begon in 1980 aan een lerarenopleiding één van de hogescholen in Kabul. Vervolgens heeft hij voor een periode van anderhalf jaar in een van de scholen in Kabul als docent wiskunde en natuurkunde gewerkt. Aangezien hij niet was vrijgesteld, begon hij in 1983 met een opleiding bij de presidentiële garde. Hij bleef er werken tot 1986. Hoewel zijn titel militair was, waren zijn taken administratief. Enkel in het begin heeft hij tijdelijk de gebouwen bewaakt waaronder het presidentiële paleis en voor de rest van de tijd hij een kantoorfunctie.

Na een organisatiewijziging in 1986 maakte verzoeker zijn afdeling onderdeel uit van het ministerie van Staatsveiligheid terwijl het daarvoor onderdeel was van het ministerie van Defensie. Verzoekers taken bestonden eruit om basisscholing te voorzien voor medewerkers van het ministerie, soldaten over binnen- en buitenlandsnieuw inlichten en vergaderingen te regelen.

In feite was hij niets meer dan een ambtenaar op het ministerie van Defensie met een administratieve functie (zie stuk 10).

Uit de Nederlandse asielprocedure blijkt geenszins dat verzoeker omwille van persoonlijk gedrag een bedreiging vormt voor de openbare orde. Meer nog - de Nederlandse Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie, stelde in zijn verweerschrift zelfs uitdrukkelijk dat er niet vereist is dat wordt bewezen dat iemand zelf persoonlijk, fysiek en daadwerkelijk heeft deelgenomen aan martelingen en andere schendingen van de mensenrechten. Aan alle officieren en onderofficieren zou artikel 1F worden tegengeworpen. Het zou vervolgens aan de vreemdelingen zijn om aannemelijk te maken dat er geen sprake is van enige deelname (zie stuk 5, p. 4).

De Nederlandse asielautoriteiten baseerden zich op een advies van 29.02.2000 van het Nederlandse Ministerie van Buitenlandse zaken (zie stuk 5).

Bij dit advies dienen echter ernstige vraagtekens te worden geplaatst. Zowel UNHCR (zie stuk 8) en de Rechtbank in Den Haag (zie stuk 9) trokken de conclusies van dit rapport in twijfel. In tegenstelling van wat het advies beweert, waren bepaalde praktijken beperkt tot operationele afdeling, waartoe verzoeker niet behoorde. UNHCR is duidelijk: zij kunnen niet bevestigen dat er een rotatiesysteem was. Iedereen bleef binnen zijn veld van expertise. Dit was voor verzoeker de scholing van medewerkers en geenszins de praktijk van foltering of rapportering van niet-loyale leden. Deze twijfel werd bevestigd door de Rechtbank van Den Haag op 20.05.2008 (zie stuk 9).

Dit maakt duidelijk dat er geen sprake kan zijn van een bedreiging door het persoonlijk gedrag van verzoeker.

b. Een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging

Actuele dreiging

Mocht er al een bedreiging zijn voor een fundamenteel belang zijn -quod non-, dan is dit absoluut niet actueel.

Verzoeker verblijft al sinds 1998 in Nederland en sinds 2015 in België. Het is dus al 20 jaar geleden dat hij in Afghanistan was. Art. 45 Vw. vereist duidelijk dat er sprake is van een actuele dreiging.

Verweerder stelt echter dat de inschatting van het toekomstig gedrag in deze niet van belang is en dat de actualiteit van de dreiging niet aannemelijk moet worden gemaakt. Aldus verweerder is de dreiging van die aard dat ze blijvend actueel is.

Verweerder stelt dat deze gedachte ligt besloten in art. 12, tweede lid van richtlijn 2004/83/EG.

Verzoeker dient erop te wijzen dat sinds een nieuwe kwalificatierichtlijn van kracht is, namelijk 2011/95/EU. Mocht verweerder willen verwijzen naar ar. 12, lid 2 van deze richtlijn - wat alleszins niet uit bestreden beslissing blijkt-, dan wenst verzoeker hiernaar te verwijzen:

2. Een onderdaan van een derde land of staatloze wordt uitgesloten van de vluchtelingenstatus wanneer er ernstige redenen zijn om aan te nemen dat:

a) hij een misdrijf tegen de vrede, een oorlogsmisdrijf of een misdrijf tegen de menselijkheid heeft gepleegd, zoals gedefinieerd in de internationale instrumenten waarmee wordt beoogd regelingen te treffen ten aanzien van dergelijke misdrijven;

b) hij buiten het land van toevlucht een ernstig, niet-politiek misdrijf heeft begaan voordat hij tot dit land als vluchteling is toegelaten, dat wil zeggen de afgifte van een verblijfstitel op grond van de toekenning van de vluchtelingenstatus; bijzonder wrede handelingen kunnen, zelfs indien zij met een beweerd politiek oogmerk zijn uitgevoerd, als ernstige, niet politieke misdrijven aangemerkt worden;

c) hij zich schuldig heeft gemaakt aan handelingen welke in strijd zijn met de doelstellingen en beginselen van de Verenigde Naties als vervat in de preambule en de artikelen 1 en 2 van het Handvest van de Verenigde Naties

Verweerder verwijst naar rechtspraak die geenszins stelt dat het de actualiteit niet aannemelijk moet worden gemaakt:

- Arrest Bouchereau: dit arrest dateert van 27 oktober 1977 en dus van voor de Burgerschapsrichtlijn 2004/38/EG. In dit arrest wordt het volgende gesteld (punt 27-29) (...):

"27 Overwegende dat de bewoordingen van lid 2 van artikel 3 van de richtlijn, volgens hetwelk "het bestaan van strafrechtelijke veroordelingen op zichzelf geen motivering vormt van deze maatregelen", aldus moeten worden opgevat dat zij van de nationale autoriteiten een specifieke beoordeling eisen vanuit een oogpunt van de belangen, verbonden met de handhaving van de openbare orde, welke beoordeling niet noodzakelijkerwijze samenvalt met de beoordeling die ten grondslag lag aan de strafrechtelijke veroordeling;

28 dat hieruit volgt dat het bestaan van een strafrechtelijke veroordeling slechts ter zake doet 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;

29 Dat in het algemeen de vaststelling van een bedreiging van dien aard weliswaar inhoudt dat bij de betrokkene een nelaina bestaat om dit gedrag in de toekomst te handhaven, doch dat het ook mogelijk is dat het enkele feit van het voorafgaand gedrag voldoet aan de voorwaarden voor een dergelijke bedreiging van de openbare orde. "

- Arrest Tsakouridis: dit arrest heeft betrekking op drugshandel. In de aangehaalde onderdelen wordt bovendien het belang van een individueel onderzoek, de afmeting 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.

- Arrest C-348/09, punt 23: "De lidstaten blijven in wezen weliswaar vrij om de eisen van de openbare orde en de openbare veiligheid af te stemmen op hun nationale behoeften, die per lidstaat en per tijdsgewricht kunnen verschillen, maar die eisen moeten, met name omdat zij een afwijking van het fundamentele beginsel van vrij verkeer van personen rechtvaardigen, restrictief worden opgevat, zodat de inhoud ervan niet eenzijdig door de onderscheiden lidstaten kan worden bepaald zonder controle door de instellingen van de Europese Unie (zie met name arresten van 10 juli 2008, Jipa, C-33/07, Jurispr. blz. 1-5157, punt 23, en 17 november 2011, Gaydarov, C-430/10, Jurispr. blz. 1-11637, punt 32, en Aladzhov, C-434/10, Jurispr. blz. 1-11659, punt 34)."

- Arrest Gaydarov, punt 32: "Ten slotte volgt uit vaste rechtspraak dat de lidstaten weliswaar in wezen vrij blijven om de eisen van de openbare orde en de openbare veiligheid af te stemmen op hun nationale behoeften, die per lidstaat en per tijdsgewricht kunnen verschillen, maar dat die eisen in de context van de Unie, met name omdat zij een afwijking van het fundamentele beginsel van vrij verkeer van personen rechtvaardigen, restrictief moeten worden opgevat, zodat de inhoud ervan niet eenzijdig door de onderscheiden lidstaten kan worden bepaald zonder controle door de instellingen van de Unie (zie met name arrest Jipa, reeds aangehaald, punt 23)."

Deze rechtspraak bevestigt net het tegendeel van wat verweerder durft te beweren, namelijk dat er restrictief dient te worden omgegaan met het begrip openbare orde en dat er een individueel onderzoek

dient te worden gevoerd. Verweerder is in casu dus niet vrijgesteld van het onderzoek naar het actuele karakter van de bedreiging.

Zie ook arrest RvV nr. 190 152 van 28 juli 2017 (eigen onderlijning):

"Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat op het tijdstip waarop de bestreden beslissing wordt genomen, in beginsel aan de voorwaarde betreffende het bestaan van een actuele bedreiging moet zijn voldaan (HvJ 29 april 2004, gevoegde zaken C-482/01 en C-493/01, Orfanopoulos en Oliveri, pt. 79 en 82). Voorts moet er sprake zijn van een daadwerkelijk gevaar en niet louter van een algemeen risico. Dit impliceert dat de bestreden beslissing gebaseerd moet zijn op objectieve gegevens. Het overtreden van de wet, d.i. de storing van de sociale orde die bij elke wetsovertreding plaatsvindt, is op zichzelf niet genoeg. (HvJ 27 oktober 1977, C-30/77, Bouchereau, pt. 35)"

Hoewel er op zich al geen bedreiging bestaat, is er al helemaal geen sprake van een actueel karakter. Verzoeker verblijft al sinds 1997 in Europa (eerst in Nederland, nu in België) en heeft hier een vlekkeloos parcours afgelegd.

Het actuele karakter is derhalve afwezig vermits verweerder verwijst naar vermeende misdrijven van meer dan twintig jaar geleden. Bovendien verduidelijkt verweerder zelfs niet wanneer er precies misdrijven zouden zijn begaan.

Op prejudiciële vraag van Uw Raad (zie arrest nr. nr. 170 597 van 27 juni 2016), bevestigt Advocaat-Generaal SAUGMANDSGAARD (ECLI:EU:C:2017:973) dat de geografische, historische en maatschappelijke context een rol speelt:

"101. De in artikel 1, afdeling F, onder a), van het Vluchtelingenverdrag bedoelde misdrijven tegen de vrede, oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid duiden in het algemeen feiten aan die in een derde land zijn gepleegd vóór de binnenkomst van de betrokken asielzoeker op het grondgebied van de gastlidstaat. Zoals K., alsook de Franse en de Nederlandse regering, en de regering van het Verenigd Koninkrijk hebben opgemerkt, is het zeer onwaarschijnlijk dat dergelijke misdrijven na de binnenkomst van laatstgenoemde opnieuw in die lidstaat worden gepleegd.(64) Dat is zo aangezien die feiten, zoals de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen heeft opgemerkt, per definitie verbond houden met de specifieke geografische, historische en maatschappelijke context van dat derde land en in het bijzonder met een conflictsituatie in dat land. "

Gelet op het feit dat verzoeker tijdens zijn verblijf in Nederland en België geen enkele dreiging voor de openbare orde of veiligheid heeft gevormd en kan vormen, is geen sprake van een dreiging met een actueel karakter. Te meer omdat verzoeker nooit daadwerkelijk mensenrechtenschendingen in Afghanistan heeft begaan (zie eerder).

Werkelijke bedreiging

Art. 45 Vw. vereist een werkelijke bedreiging die niet louter op vermoedens is gebaseerd.

Zie ook hierover arrest nr. 190 152 van 28 juli 2017 van Uw Raad:

"Voorts moet er sprake zijn van een daadwerkelijk gevaar en niet louter van een algemeen risico. Dit impliceert dat de bestreden beslissing gebaseerd moet zijn op objectieve gegevens. Het overtreden van de wet, d.i. de storing van de sociale orde die bij elke wetsovertreding plaatsvindt, is op zichzelf niet genoeg. (HvJ 27 oktober 1977, C-30/77, Bouchereau, pt. 35)"

Verzoeker werd nooit veroordeeld voor enig strafrechtelijk feit. Er zijn bovendien geen objectieve gegevens waaruit zou blijken dat hij enige strafrechtelijk feit zou hebben gepleegd. De uitsluiting door de Nederlandse asielinstanties is louter gebaseerd op een algemeen advies (zie stuk 5).

Verweerder stelt terecht dat een strafrechtelijke veroordeling niet voldoende is maar evenmin noodzakelijk is voor de vaststelling van een ernstige bedreiging. Zij verwijst hierbij naar de conclusie van Advocaat-Generaal SAUGMANDSGAARD (ECLI:EU:C:2017:973). Verzoeker wenst hier eveneens naar te verwijzen (...):

"84. In de tweede plaats kunnen de redenen waarop een beslissing tot uitsluiting van de vluchtelingenstatus steunt, echter in aanmerking worden genomen wanneer daaruit, gelet op de bijzondere omstandigheden van elk individueel geval, een gedrag blijkt dat een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt.(41) In dat geval kunnen de overwegingen die de toepassing van artikel 1, afdeling F, onder a), van het Vluchtelingenverdrag hebben gerechtvaardigd, ook de basis vormen voor de vaststelling van een bedreiging in de zin van artikel 27, lid 2, van richtlijn 2004/38.(42)

(...)

86. Uit de rechtspraak blijkt immers dat het bestaan van een strafrechtelijke veroordeling weliswaar niet voldoende, maar evenmin noodzakelijk is om de vaststelling van een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving te staven. In voorkomend geval kan de enkele verdenking van een misdrijf samen met andere gegevens betreffende het specifieke

geval, rechtvaardigen dat wordt vastgesteld dat er een bedreiging voor de openbare orde of de openbare veiligheid bestaat.(44)"

Mocht de uitsluiting op basis van art. 1F van de Conventie van Genève terecht zijn - quod non-, dan zou dit enkel, samen met andere gegevens, aanleiding kunnen geven tot een werkelijk dreiging. Dit is in casu niet het geval.

c. Bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving, waarvan de bescherming onder de openbare orde of openbare veiligheid valt.

Art. 45 Vw. vereist dat het gedrag van verzoeker bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving moet vormen.

Verweerder stelt in bestreden beslissing dat er een dreiging is van een fundamenteel belang van de samenleving die uitgaat van de aanwezigheid in de samenleving van een persoon, van wie in rechte vaststaat dat er ernstige redenen bestaan om te stellen dat hij misdrijven als bedoeld in art. 1F Vluchtelingenverdrag heeft gepleegd.

De uitsluiting op basis van art. 1F Vluchtelingenverdrag heeft echter een ander doelstelling en achterliggende gedachte dan de weigering van het verblijfsrecht omwille van redenen van openbare orde of nationale veiligheid.

Het Europese Hof van Justitie verduidelijkt dit in haar arrest C-57/09 en C-101/09 (...):

"104. In dit verband dient erop te worden gewezen dat de betrokken uitsluitingsgronden zijn ingevoerd om personen die de aan de vluchtelingenstatus verbonden bescherming onwaardig worden bevonden, van die status uit te sluiten, en om te voorkomen dat personen die ernstige misdrijven hebben begaan, dankzij de toekenning van die status aan strafrechtelijke verantwoordelijkheid kunnen ontsnappen. Bijgevolg is het niet in overeenstemming met dit dubbele doel, de uitsluiting van deze status afhankelijk te stellen van een actueel gevaar voor de lidstaat van ontvangst."

Advocaat-Generaal SAUGMANDSGAARD (ECLI:EU:C:2017:973) verduidelijkt dit nogmaals:

"81. Zoals het Hof heeft vastgesteld in het arrest B en D(36), hebben de uitsluitingsgronden van artikel 12, lid 2, van richtlijn 2011/95, dat overeenstemt met artikel 1, afdeling F, van het Vluchtelingenverdrag, als doel „personen die de aan de vluchtelingenstatus verbonden bescherming onwaardig worden bevonden, van die status uit te sluiten, en [...] te voorkomen dat personen die ernstige misdrijven hebben begaan, dankzij de toekenning van die status aan strafrechtelijke verantwoordelijkheid kunnen ontsnappen

82. Die uitsluitingsbepalingen hebben echter niet als doel de gastsamenleving te beschermen tegen het eventuele gevaar dat de aanwezigheid van de betrokken asielzoeker in de gastsamenleving zou kunnen vormen - aangezien die doelstelling door andere bepalingen van richtlijn 2011/95 wordt nagestreefd.(37) Het Hof heeft dan ook geoordeeld dat de toepassing van artikel 12, lid 2, van die richtlijn niet veronderstelt dat die persoon een werkelijk gevaar voor de gastsamenleving is.(38)

83. Gelet op de verschillende doelstellingen van die bepalingen, vallen de beoordelingen die leiden tot de toepassing van artikel 1, afdeling F, onder a), van het Vluchtelingenverdrag, net zoals die welke aan de basis liggen van een strafrechtelijke veroordeling(39), niet noodzakelijk samen met die welke moeten worden verricht vanuit het oogpunt van de belangen die verbonden zijn aan de bescherming van de openbare orde en de openbare veiligheid op g rond van artikel 27, lid 2, van richtlijn 2004/38.(40)"

Toch stelt verweerder stelt dat de aanwezigheid van verzoeker omwille van de uitsluiting op basis van art. 1F Vluchtelingenverdrag als een dreiging van een fundamenteel belang beschouwd moet worden.

Verder stelt verweerder dat het ontzeggen van het verblijfsrecht gebeurt ter bescherming van slachtoffers, de Belgische samenleving en de internationale rechtsorde, alsook het vertrouwen in de rechts- en immigratiesystemen vrijwaart.

In het arrest C-348/09 stelde het Hof van Justitie dat de lidstaten vrij de eisen van openbare orde en openbare veiligheid kunnen afstemmen op de nationale behoeften (...):

"21. Tevens zij eraan herinnerd dat het recht van de Unie de lidstaten met betrekking tot de beoordeling van gedragingen die in strijd met de openbare veiligheid kunnen worden geacht, geen uniforme waardeschaal oplegt (zie naar analogie arrest van 20 november 2001, Jany e.a., C-268/99, Jurispr. blz. 1-8615, punt 60).

22 Volgens de bewoordingen van artikel 28, lid 3, van richtlijn 2004/38 worden de dwingende redenen van openbare veiligheid door de lidstaten gedefinieerd".

23 De lidstaten blijven in wezen weliswaar vrij om de eisen van de openbare orde en de openbare veiligheid af te stemmen op hun nationale behoeften, die oer lidstaat en per tijdsgewricht kunnen verschillen, maar die eisen moeten. met name omdat zij een afwijking van het fundamentele beginsel van vrij verkeer van personen rechtvaardigen. restrictief worden opgevat. zodat de inhoud ervan niet eenzijdig door de onderscheiden lidstaten kan worden bepaald zonder controle door de instellingen van de Euroese Unie (zie met name arresten van 10 juli 2008, Jipa, C-33/07, Jurispr. blz. 1-5157, punt 23,

en 17 november 2011, Gaydarov, C-430/10, Jurispr. blz. 1-11637, punt 32, en Aladzhov, C-434/10, Jurispr. blz. 1-11659, punt 34)."

Advocaat-Generaal SAUGMANDSGAARD oordeelt in zijn conclusie als volgt(...):

"63. Ofschoon de eisen van openbare orde niet kunnen bestaan in economische belangen(23), noch in het eenvoudig voorkomen van de verstoring van de maatschappelijke orde waarmee elke wetsovertreding gepaard gaat(24), kunnen zij wel de bescherming omvatten van verschillende belangen die de betrokken lidstaat volgens zijn eigen waardensysteem fundamenteel acht. In het bijzonder heeft het Hof erkend dat een lidstaat in bepaalde omstandigheden op grond van de openbare orde de bescherming van een fundamenteel belang mag invoeren dat zo weinig te maken heeft met de rust en de directe fysieke veiligheid van zijn bevolking als de noodzaak van de waarborg van de invordering van belastingvorderingen.(25)"

Verzoeker betwist dat deze opsomming in bestreden beslissing een afstemming is op de nationale behoeften, in casu de Belgische behoeften. Door melding te maken van de bescherming van de internationale rechtsorde, is dit geenszins, nationaal of Belgisch, en geenszins een afstemming, gelet op het bijzonder algemene karakter.

Daarenboven stelt het Hof van Justitie dat de afwijking van het fundamentele beginsel van vrij verkeer van personen restrictief moet worden opgevat. Dit is in casu geenszins het geval. Door gewag te maken van de bescherming van de Belgische samenleving, de internationale rechtsorde en het vertrouwen in de rechts- en immigratiesystemen, gebruikt verweerder bijzonder ruime begrippen. Onder deze paraplubegrippen valt nagenoeg elke afwijking en is allesbehalve restrictief.

Bovendien wenst verzoeker-nogmaals- op te merken dat hij geen misdrijven zoals vernoemd in art. 1F van de Conventie van Genève heeft begaan of ertoe opdracht heeft gegeven. Derhalve is er geen sprake van een bedreiging van een fundamenteel belang. Er is dan ook geen bescherming van slachtoffers vereist.

Vierde onderdeel

Momenteel is een gelijkaardige zaak aanhangig bij Uw Raad. In deze zaak werd er een vraag een prejudiciële vraag gesteld aan het Europese Hof van Justitie. In het arrest 170 597 dd. 27.06.2016 werd de volgende vraag aan het Hof gesteld:

"Dient het Unierecht, in het bijzonder artikel 27, lid 2, van de Burgerschapsrichtlijn, al dan niet in samenhang met artikel 7 van het Handvest; zo te worden uitgelegd dat een verblijfsaanvraag, ingediend door een familielid-derdelander in het kader van gezinshereniging met een Unieburger, die op zijn beurt gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer en vestiging, in een lidstaat kan worden geweigerd omwille van een dreiging die zou uitgaan van de loutere aanwezigheid in de samenleving van dit familielid, die in een andere lidstaat uit de vluchtelingenstatus werd uitgesloten conform artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag en artikel 12, lid 2, van de Kwalificatierichtlijn omwille van zijn betrokkenheid bij feiten binnen een specifieke historisch-maatschappelijke context in zijn land van herkomst, waarbij de actualiteit en de werkelijkheid van de dreiging op grond van het gedrag van dit familielid in de lidstaat van verblijf uitsluitend gesteund is op een verwijzing naar de uitsluitingsbeslissing zonder dat hierbij een inschatting plaatsvindt van het risico op recidive in de lidstaat van verblijf?"

Dit verzoek werd samengevoegd met een gelijkaardig verzoek van een Nederlandse rechtbank. De zaken C-331/16 en C-366/16 zijn momenteel nog hangende en er is dus op heden nog geen arrest van het Europese Hof van Justitie.

Advocaat-Generaal SAUGMANDSGAARD stelde wel reeds zijn conclusie op. Hij oordeelde het volgende (...):

"1) Artikel 27, lid 2, van richtlijn 2004/38/EG van het Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG dient aldus te worden uitgelegd dat het feit dat een burger van de Unie of een lid van zijn familie in het verleden op grond van artikel 1, afdeling F. onder a), van het Verdrag van Genève betreffende de status van vluchtelingen van de vluchtelingenstatus is uitgesloten, ofschoon dit het niet automatisch de grond kan vormen voor de vaststelling van een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving. daartoe in aanmerking kan worden genomen voorzover uit de omstandigheden die tot de toepassing van die bepaling hebben geleid, blijkt dat er sprake is van een persoonlijke gedraging die een dergelijke bedreiging vormt.

In dat verband moet de gastlidstaat de oorspronkelijke gedraging van de betrokkene individueel beoordelen. met name in het licht van de vaststellingen van de asielautoriteiten wat betreft de ernst van de hem verweten misdrijven, de mate van persoonlijke betrokkenheid van laatst genoemde bij die misdrijven. alsook het eventuele bestaan van gronden voor de ontheffing van strafrechtelijke verantwoordelijkheid.

Het ontbreken van het risico dat de betrokkene de misdrijven van een in artikel 1, afdeling F, onder a), van het Vluchtelingenverdrag bedoelde soort opnieuw pleegt in de gastlidstaat, alsook het grote tijdsverloop sinds het vermeende plegen van die misdrijven, staan op zich niet in de weg aan de vaststelling van een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving."

Hieruit dient te worden afgeleid dat de uitsluiting onder art. 1F van de Conventie van Genève alleszins niet automatisch de grond kan vormen van een vaststelling van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging vormt.

Er diende een individueel onderzoek te worden gevoerd naar het persoonlijke gedragingen van de verzoeker om deze dreiging na te gaan. Dergelijk persoonlijk onderzoek heeft niet plaatsgevonden (zie eerder).

Mocht dit wel het geval zijn geweest, dan was duidelijk gebleken dat in hoofde van verzoeker er geen sprake is van een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving (zie eerder).

[...]"

2.2. De verwerende partij repliceert in haar nota het volgende:

"Verzoeker stelt in een eerste middel een schending voor van het redelijkheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Hij betoogt dat hij zich nooit heeft schuldig gemaakt aan mensenrechtenschendingen en dat hij door de Nederlandse autoriteiten enkel werd uitgesloten van de vluchtelingenstatus op basis van een advies van het Nederlandse Ministerie van Buitenlandse zaken.

In een tweede middel stelt hij een schending voor van artikel 27 van de richtlijn 2004/38/EG, van artikel 12 van de richtlijn 2011/95/EU, van de artikelen 40bis, 43 en 45 van de vreemdelingenwet, van het redelijkheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Volgens hem is er geen sprake van een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor de openbare orde.

Omdat er geen verwijzing is naar artikel 45 van de vreemdelingenwet is het volgens hem onduidelijk of er effectief rekening gehouden werd met alle elementen, waaronder het persoonlijk gedrag een evenredigheidsbeginsel. Het begrip openbare orde dient voor hem strikt te worden opgevat en verwijst naar enkele arresten van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen. Volgens hem werd er door de Nederlandse autoriteiten nooit een individueel onderzoek plaatsgevonden om hem uit te sluiten op basis van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag.

In een derde middel stelt verzoeker een schending voor van artikel 8 EVRM, van artikel 7 van het Handvest van de EU, van artikel 28 van de Richtlijn 2004/38/EG, van de artikelen e43 en 45 van de vreemdelingenwet en van de materiële motiveringsplicht.

De verwerende partij behandelt alle middelen tezamen en heeft de eer te antwoorden dat artikel 1 F van het Vluchtelingenverdrag uitsluitingsclausules voorziet voor het verlenen van de vluchtelingenstatus. Deze clausules moeten restrictief worden geïnterpreteerd. Dit betekent dat een lidstaat die een dergelijke beslissing neemt, voorafgaandelijk moet overgaan tot een beoordeling van het 'ernstig' karakter van de gepleegde feiten, de persoonlijke situatie van de dader en zijn persoonlijke betrokkenheid.¹

[1. EU:C:2010:661 B.en D punt 109: "Aangezien de bevoegde autoriteit reeds in het kader van haar beoordeling van de ernst van de gestelde daden en van de individuele verantwoordelijkheid van de betrokkene rekening heeft gehouden met alle omstandigheden die deze daden en de situatie van deze persoon kenmerken, is zij, wanneer zij tot de conclusie komt dat artikel 12, lid 2, van toepassing is, niet verplicht een evenredigheidstoetsing te verrichten, die impliceert dat zij de ernst van de gestelde daden nogmaals beoordeelt, zoals de Duitse, de Franse en de Nederlandse regering en de regering van Verenigd Koninkrijk hebben betoogd."

Door de uitzonderlijke ernst van de 1 F misdrijven is de bedreiging van de gedraging blijvend actueel. De niet-toepasselijkheid van de verjaring van misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven² ondersteunt die blijvende actualiteit. Het actuele, werkelijke en voldoende ernstige karakter van de bedreiging van de openbare orde vloeit dus voort uit de toepassing zelf van artikel 1 F van het Vluchtelingenverdrag.

[2 artikel 5 Statuut van Rome inzake het Internationale strafhof van 17 juli 1998: "De rechtsmacht van het Hof is beperkt tot de meest ernstige misdrijven die de internationale gemeenschap in haar geheel aangaan. Het Hof heeft overeenkomstig het Statuut rechtsmacht ter zake van de volgende misdrijven:

□ a. het misdrijf genocide;

- ☐ b. misdrijven tegen de menselijkheid;
- ☐ c. oorlogsmisdrijven;
- ☐ d. het misdrijf agressie."

Artikel 29: "Misdrijven waarover het Hof rechtsmacht bezit verjaren niet"

*Een beslissing tot uitsluiting van de vluchtelingenstatus heeft een impact op de toekomst, ook al heeft die beslissing betrekking op feiten gepleegd in het verleden.*³

[3. Reactie op Europese Commissie - Het is niet omdat de richtlijn 2004/83 andere doeleinden nastreeft dan de richtlijn 2004/38, dat de richtlijn 2004/83 geen rol kan spelen bij de interpretatie en toepassing van de richtlijn 2004/38. - EU:C:2015:413 arrest H.T. punt 77: "Daarentegen heeft het Hof wel reeds de gelegenheid gehad de begrippen „openbare veiligheid” en „openbare orde” in de artikelen 27 en 28 van richtlijn 2004/38 uit te leggen. Al streeft deze richtlijn andere doelen na dan richtlijn 2004/83 en al blijven de lidstaten vrij om de eisen van de openbare orde en de openbare veiligheid af te stemmen op hun nationale behoeften, die per lidstaat en per tijdsgewricht kunnen verschillen (arrest I., C-348/09, EU:C:2012:300, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak), dit neemt niet weg dat de omvang van de bescherming die een samenleving aan haar fundamentele belangen wenst te bieden, niet mag verschillen naargelang van de juridische status van de persoon die deze belangen schaadt."

Een persoon, uitgesloten van de vluchtelingenstatus, valt onder artikel 21, lid 2 van richtlijn 2004/83 4 en artikel 33.2 5 van het Vluchtelingenverdrag. Het gevaar dat een al dan niet formeel erkende vluchteling vormt voor de veiligheid van de staat, volstaat dus om de bescherming tegen refoulement aan de kant te schuiven.

[4 Artikel 21 2. "Wanneer dit op grond van de in lid 1 genoemde internationale verplichtingen niet verboden is, mogen de lidstaten een al dan niet formeel erkende vluchteling uitzetten of terugleiden wanneer:

a) redelijkerwijs kan worden aangenomen dat hij een gevaar vormt voor de veiligheid van de lidstaat waar hij zich bevindt; of (...)"

5 Art. 33. Verbod tot uitzetting of terugleiding ("refoulement")

"1. Geen der Verdragsluitende Staten zal, op welke wijze ook, een vluchteling uitzetten of terugleiden naar de grenzen van een grondgebied waar zijn leven of vrijheid bedreigd zou worden op grond van zijn ras, godsdienst, nationaliteit, het behoren tot een bepaalde sociale groep of zijn politieke overtuiging.

2. Op de voordelen van deze bepaling kan evenwel geen aanspraak worden gemaakt door een vluchteling ten aanzien van wie er ernstige redenen bestaan hem te beschouwen als een gevaar voor de veiligheid van het land waar hij zich bevindt, of die, bij gewijsde veroordeeld wegens een bijzonder ernstig misdrijf, een gevaar oplevert voor de gemeenschap van dat land."

Als de ernst van de gepleegde feiten de niet-bescherming tegen het non-refoulementbeginsel rechtvaardigt, moet een weigering van een verblijfsrecht omwille van de ernst van de feiten, wat een minder ingrijpende maatregel is, ook gerechtvaardigd zijn.

Een omgekeerde redenering zou tot gevolg hebben dat de ernst van oorlogsmisdrijven en misdaden tegen de menselijkheid wordt gemarginaliseerd.

De bedreiging blijft dus voortduren omdat het blijvend actueel gevaar voor de openbare orde inherent is aan een 1 F misdrijf.

In de bestreden beslissing werd geheel terecht verwijst naar de conclusies van de advocaat-generaal van het HJEU in de gevoegde zaken C-331/16 en C-366/16 (arrest zal volgen op 02/05/2018), waarin onder meer werd geoordeeld :

"In dat verband herinner ik eraan dat de autoriteiten van de gastlidstaat in het kader van de vaststelling van een beperkende maatregel weliswaar niet bevoegd zijn om de gegrondheid van een beslissing tot uitsluiting van de vluchtelingenstatus in twijfel te trekken, maar niettemin moeten nagaan of de gegevens waarop de asielautoriteiten die beslissing hebben gebaseerd, ook de vaststelling van een bedreiging in de zin van artikel 27, lid 2, van richtlijn 2004/38 rechtvaardigen."

Het komt het bestuur of de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen aldus niet toe de beslissing van de Nederlandse autoriteiten tot uitsluiting van de vluchtelingenstatus in vraag te stellen.

Het bestuur heeft, bij het nemen van de thans bestreden beslissing, in overeenstemming met de bezorgdheid van de advocaat-generaal nagegaan of er sprake is van een actuele, werkelijk een voldoende ernstige bedreiging voor het fundamenteel belang van de samenleving door te motiveren als volgt:

"(...)Uit het geheel van het Nederlandse asiëldossier blijkt wel degelijk dat zeer minutieus alle mogelijke argumenten en tegenargumenten in overweging werden genomen alvorens betrokkene overeenkomstig 1F werd uitgesloten. Tot slot kan opgemerkt worden dat uitsluiting geen strafrechtelijke veroordeling veronderstelt, noch dat vereist is de aan de betrokkene verweten misdrijven bewezen zijn in overeenstemming met de bewijsnormen die in het algemeen gelden in het strafrecht. Immers, een strafrechtelijke veroordeling blijkt niet voldoende, maar blijkt evenmin noodzakelijk om de vaststelling

van een actuele werkelijk een voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving te staven (...)."

De documenten die betrokkene in het kader van de huidige aanvraag voorlegt, betreffen geen nieuwe elementen die voorgaande vaststellingen aan het wankelen kunnen brengen. De documenten werden weliswaar ter ondersteuning van zijn huidige verblijfsaanvraag voorgelegd, maar zijn niet in staat bovenstaande appreciatie in positieve zin om te buiten en kunnen derhalve niet leiden tot een andersluidende conclusie. Op grond hiervan wordt artikel 43 van de Vreemdelingenwet toegepast. Immers, in Nederland werd betrokkene aangemerkt als oorlogsmisdadiger. Aan de hand van de voornoemde voorgelegde documenten ter ondersteuning van zijn vestigingsaanvraag wordt niet afdoende aangetoond dat dit niet het geval is.

De vereisten in artikel 45 van de vreemdelingenwet, namelijk dat de in artikelen 43 en 44bis bedoelde beslissingen in overeenstemming moeten zijn met het evenredigheidsbeginsel en uitsluitend gebaseerd zijn op het persoonlijk gedrag van de betrokken burger van de Unie of zijn familielid, dat eerdere strafrechtelijke veroordelingen als zodanig geen reden zijn voor dergelijke beslissingen en dat het gedrag een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving moet zijn, werden in casu in ieder geval nageleefd, zoals voldoende blijkt uit de motieven van de bestreden beslissing. Alleszins toont verzoeker niet aan welk elementen zoals vermeld in artikel 45 van de vreemdelingenwet veronachtzaamd zouden zijn geweest.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat het bestuur het dossier bij de Nederlandse verbindingsambtenaar heeft topgevraagd en bekomen.

M.b.t het actuele karakter van de dreiging en het recidive gevaar was de advocaat-generaal zeer duidelijk en oordeelde hij wat volgt:

"Die omstandigheden omvatten volgens mij situaties waarin een lidstaat ter ondersteuning van een beperkende maatregel een bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving inroept, die niet afhankelijk is van het risico van herhaling van crimineel gedrag. (65)

105. In casu zijn de litigieuze beslissingen niet vastgesteld ter voorkoming van het risico dat K. en H. F. in de toekomst op het grondgebied van de gastlidstaat misdrijven tegen de vrede, oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid plegen. Die beslissingen hadden daarentegen als doel verstoringen van de maatschappelijke orde en de internationale betrekkingen te voorkomen, die hun aanwezigheid op dat grondgebied kon meebrengen wegens de uitzonderlijke ernst van het eerdere kwalijke optreden waarvan zij worden verdacht, los van hun actuele en toekomstige gedrag. Gelet op de aangevoerde fundamentele belangen bestaat de betrokken bedreiging dus in de aanwezigheid zelf van de personen die worden verdacht in het verleden dergelijke misdrijven te hebben gepleegd, en niet in hun huidige of toekomstige gedrag in de gastlidstaat. Een dergelijke bedreiging kan voldoen aan de in artikel 27, lid 2, van richtlijn 2004/38 bepaalde actualiteitsvoorwaarde aangezien, zoals de Nederlandse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk hebben benadrukt, het actuele karakter betrekking heeft op de bedreiging en niet op het gedrag van de betrokkene.

106. In de tweede plaats maakt de tijd die is verstreken sinds het vermeende plegen van de betrokken misdrijven, als daarmee rekening moet worden gehouden om na te gaan of de beweerde bedreiging een actueel karakter heeft(66), die bedreiging niet noodzakelijkerwijze minder actueel. De risico's van verstoringen van de maatschappelijke orde en de internationale betrekkingen die de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat van een persoon die wordt verdacht van misdrijven tegen de vrede, oorlogsmisdrijven of misdrijven tegen de menselijkheid kan meebrengen, kunnen immers zelfs – en soms zelfs nog meer – blijven bestaan wanneer die persoon lang ongestraft is gebleven. De misdrijven die binnen de werkingssfeer van artikel 1, afdeling F, onder a), van het Vluchtelingenverdrag vallen, kunnen op grond van verschillende instrumenten van internationaal strafrecht bovendien niet verjaren.(67)

107. Indien het in het licht van de voorgaande overwegingen uitgevoerde onderzoek van het individuele gedrag van de betrokkenen tot de vaststelling van een bedreiging in de zin van artikel 27, lid 2, van richtlijn 2004/38 leidt, moet nog worden nagegaan of de vaststelling van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde beperkende maatregelen het beginsel van de evenredigheid, alsook de fundamentele rechten van laatstgenoemden eerbiedigt." (eigen onderlijning)

De advocaat-generaal oordeelde uitdrukkelijk dat indien een burger van de Unie of een lid van zijn familie in het verleden op grond van artikel 1F is uitgesloten van de vluchtelingenstatus, dit in aanmerking kan worden genomen voor de vaststelling van een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving, voor zover uit de omstandigheden blijkt dat er sprake is van een persoonlijke gedraging die een dergelijke bedreiging vormt. Hiertoe is het bestuur overgegaan tot een analyse van het dossier van de Nederlandse autoriteiten, waardoor de vaststelling van de actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging afdoende werd gemotiveerd.

In de bestreden beslissing werd terecht gemotiveerd, in navolging van het oordeel van de advocaat-generaal dat er sprake kan zijn van blijvende actualiteit voor het gevaar dat men vormt voor de openbare orde.

Het plegen van oorlogsmisdrijven en misdaden tegen de menselijkheid gaat in tegen de fundamentele waarden van de samenleving, de menselijke waardigheid en de fundamentele principes van de democratie. Het gaat om de meest ernstige misdrijven die de internationale gemeenschap in haar geheel aangaan. Zo vormde de menselijke waardigheid mede de basis van het Europees Verdrag inzake de niet-toepasselijkheid van verjaring van misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven.⁶

[6 Europees Verdrag betreffende de niet-toepasselijkheid van verjaring terzake van misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven van 25/1/1974:]

[...]"

2.3. Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De zorgvuldigheid verplicht de overheid onder meer om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en ervoor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzocht worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen (RvS 22 november 2012, nr. 221.475).

De bestreden beslissing vindt zijn grondslag in artikel 43 van de wet van 15 december 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (hierna: de Vreemdelingenwet). De eerste paragraaf van deze bepaling luidt als volgt:

"§1. De minister of zijn gemachtigde kan de binnenkomst en het verblijf van de burgers van de Unie en hun familieleden weigeren en hun het bevel geven het grondgebied te verlaten :

1° wanneer zij valse of misleidende informatie of valse of vervalste documenten hebben gebruikt, of fraude hebben gepleegd of andere onwettige middelen hebben gebruikt, die hebben bijgedragen tot het verkrijgen van het verblijf;

2° om redenen van openbare orde, nationale veiligheid of volksgezondheid.

[...]"

Artikel 45, §§ 1 en 2 van dezelfde wet luidt:

"§ 1.

De redenen van openbare orde, nationale veiligheid en volksgezondheid bedoeld in de artikelen 43 en 44bis mogen niet worden aangevoerd voor economische doeleinden.

§ 2.

De in de artikelen 43 en 44bis bedoelde beslissingen moeten in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel en uitsluitend gebaseerd zijn op het persoonlijk gedrag van de betrokken burger van de Unie of zijn familielid.

Eerdere strafrechtelijke veroordelingen zijn als zodanig geen reden voor dergelijke beslissingen.

Het gedrag van de burger van de Unie of van zijn familielid moet een werkelijke, actuele en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving zijn. Motiveringen die los staan van het individuele geval of met algemene preventieve redenen verband houden, mogen niet worden aangevoerd.

Om te beoordelen of de burger van de Unie of zijn familielid een gevaar voor de openbare orde of de nationale veiligheid vormt, kan de minister of zijn gemachtigde, bij de afgifte van de verklaring van inschrijving of van de verblijfskaart van familielid van een burger van de Unie, en als hij het onontbeerlijk acht, aan de lidstaat van oorsprong en, eventueel aan andere lidstaten, inlichtingen vragen over de gerechtelijke antecedenten van de betrokkene. Deze raadpleging mag geen systematisch karakter dragen.

[....]"

Deze bepalingen vormen de omzetting van artikel 27 van de richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (hierna: de Burgerschapsrichtlijn). Artikel 27 van de Burgerschapsrichtlijn luidt als volgt:

"Algemene beginselen

1. Onverminderd het bepaalde in dit hoofdstuk kunnen de lidstaten de vrijheid van verkeer en verblijf van burgers van de Unie en hun familieleden, ongeacht hun nationaliteit, beperken om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid.

Deze redenen mogen niet voor economische doeleinden worden aangevoerd.

2. De om redenen van openbare orde of openbare veiligheid genomen maatregelen 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.

Het gedrag moet een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormen. Motiveringen die los staan van het individuele geval of die verband houden met algemene preventieve redenen mogen niet worden aangevoerd.

3. Om te beoordelen of de betrokkene een gevaar vormt voor de openbare orde of de openbare veiligheid kan het gastland, wanneer het zulks onontbeerlijk acht, bij de afgifte van de verklaring van inschrijving — of, bij ontbreken van een inschrijvingssysteem, uiterlijk drie maanden na de datum van binnenkomst van de betrokkene op zijn grondgebied of na de in artikel 5, lid 5, bedoelde mededeling van aanwezigheid op het grondgebied, dan wel bij de afgifte van de verblijfskaart —, de lidstaat van oorsprong en eventueel andere lidstaten, verzoeken om mededeling van politieke gegevens betreffende betrokkene. Deze raadpleging mag geen systematisch karakter dragen. De geraadpleegde lidstaat antwoordt binnen twee maanden.”

De gemachtigde van de staatssecretaris stelt in de bestreden beslissing in essentie dat verzoeker naar inschatten van de Nederlandse asielinstanties, inbreuken heeft gepleegd overeenkomstig artikel 1 F, a van de Conventie van Genève en werd uitgesloten, dat de dreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving die uitgaat van de aanwezigheid in de samenleving van een persoon, van wie in rechte vaststaat dat ernstige redenen bestaan om te stellen dat hij misdrijven heeft gepleegd als bedoeld in artikel 1 (F), aanhef en onder a, van het Vluchtelingenverdrag, naar zijn aard blijvend actueel is, dat deze gedachte ook besloten ligt in artikel 12, tweede lid van richtlijn 2004/83/EG, dat de inschatting van het toekomstig gedrag in deze niet van belang is, dat de actualiteit van de dreiging die uitgaat van het gedrag van betrokkene en dus het gevaar op recidive, niet aannemelijk moeten worden gemaakt, hetgeen wordt onderstreept door de vaststelling dat de misdrijven die binnen de werkingssfeer van artikel 1, F, a van de Vluchtelingenconventie niet kunnen verjaren, dat het ontzeggen van verblijfsrecht ook dient ter bescherming van de positie van de slachtoffers van misdrijven van personen op wie artikel 1 F (aanhef en a) van toepassing is en daarmee de Belgische samenleving en de internationale rechtsorde en ter vrijwaring van het vertrouwen van de bevolking in de rechts- en immigratiesystemen, zodat “het weigeren van het verblijfsrecht aan betrokkene wel degelijk evenredig (is) met de gezinshereniging die hij, ten gevolge van deze weigering, niet kan genieten”. Tot slot wordt gesteld dat verzoeker had moeten weten, op het moment dat hij de feiten pleegde, dit beperkingen met zich zou kunnen meebrengen om zich internationaal te kunnen verplaatsen of om zich in een ander land te kunnen vestigen.

Naast de verwijzing naar artikel 43 van de Vreemdelingenwet, bevat de bestreden beslissing ook een verwijzing naar artikel 12, lid 2 van de (oude) richtlijn 2004/83/EG. Deze richtlijn werd ondertussen vervangen door de richtlijn 2011/95/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming (hierna: de Kwalificatierichtlijn).

Onderhavige zaak heeft dus betrekking op de verhouding tussen een beslissing tot uitsluiting zoals bedoeld in artikel 12, lid 2 van de Kwalificatierichtlijn en een maatregel die gestoeld is op redenen van openbare orde of openbare veiligheid zoals bedoeld in artikel 27, lid 2 van de Burgerschapsrichtlijn.

Indien toepassing wordt gemaakt van internrechtelijke bepalingen die de omzetting vormen van een of meerdere artikelen uit een richtlijn, dienen de nationale overheden, en bij uitbreiding de nationale rechters, rekening te houden met de eenvormige uitlegging die aan het Unierecht wordt gegeven door het HvJ. Naast de primaire en secundaire Unieregelgeving vormt de rechtspraak van het HvJ op die manier een volwaardige bron van Unierecht. De uitlegging die het HvJ krachtens de hem bij artikel 267 van het VW EU verleende bevoegdheid geeft aan een regel van Unierecht, verklaart en preciseert, voor zover dat nodig is, de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast (HvJ 13 januari 2004, Kühne & Heitz NV, nr. C-453/00, § 21).

In zijn arrest van 2 mei 2018 (HvJ 2 mei 2018 (GK), gevoegde zaken C-331/16 en 366/16) heeft het Hof van Justitie hieromtrent gesteld dat artikel 27, lid 2 van de Burgerschapsrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat, wanneer ten aanzien van een burger van de Europese Unie of een onderdaan van een derde land, familielid van een dergelijke burger, die de toekenning van een recht van verblijf op het grondgebied van een lidstaat aanvraagt, in het verleden een besluit tot uitsluiting van de vluchtelingenstatus is gegeven krachtens artikel 1, afdeling F van het Vluchtelingenverdrag, of krachtens artikel 12, lid 2 van de Kwalificatierichtlijn, de bevoegde autoriteiten van die staat op grond daarvan niet automatisch mogen oordelen dat de loutere aanwezigheid van de betrokkene op dat grondgebied, ongeacht of er gevaar voor recidive bestaat, een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt die de vaststelling van maatregelen van openbare orde of openbare veiligheid kan rechtvaardigen (HvJ 2 mei 2018 (GK), gevoegde zaken C-331/16 en 366/16, § 51).

Het bestaan van een dergelijke bedreiging moet volgens het Hof worden vastgesteld op basis van een beoordeling door de bevoegde instanties van het gastland van het persoonlijke gedrag van de betrokken persoon, waarbij rekening moet worden gehouden met de vaststellingen in het besluit tot uitsluiting van de vluchtelingenstatus en met de daaraan ten grondslag liggende aspecten, inzonderheid de aard en de ernst van de aan de betrokkene verweten misdrijven of gedragingen, de mate waarin hij persoonlijk betrokken was bij die misdrijven of gedragingen, het eventuele bestaan van gronden voor uitsluiting van zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid en het al dan niet bestaan van een strafrechtelijke veroordeling. Bij die globale beoordeling moet ook in aanmerking worden genomen hoeveel tijd verstreken is sinds het vermoede plegen van de misdrijven of handelingen en hoe de betrokkene zich nadien heeft gedragen, met name om uit te maken of uit dat gedrag blijkt dat de betrokkene nog steeds een houding aanneemt die de in de artikelen 2 en 3 van het VEU bedoelde fundamentele waarden aantast en dat daardoor de gemoedsrust en de fysieke veiligheid van de bevolking zouden kunnen worden verstoord. De enkele omstandigheid dat het vroegere gedrag van die betrokken persoon zich heeft voorgedaan in de specifieke historische en maatschappelijke context van zijn land van herkomst, die zich niet opnieuw zal voordoen in het gastland, staat aan die vaststelling niet in de weg. Overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel moeten de bevoegde instanties van het gastland voorts de bescherming van het betrokken fundamentele belang van de samenleving afwegen tegen de belangen van de betrokken persoon met betrekking tot de uitoefening van zijn vrijheid van verkeer en van verblijf als burger van de Unie en zijn recht op eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven (HvJ 2 mei 2018 (GK), gevoegde zaken C-331/16 en 366/16, §§ 52-67).

In casu kan niet anders dan worden vastgesteld dat het meermaals poneren dat een uitsluiting op grond van 1F van het Vluchtelingenverdrag *“naar zijn aard blijvend actueel”* is in de zin van artikel 43 en artikel 45, § 2 van de Vreemdelingenwet (en dus van artikel 27 van de Burgerschapsrichtlijn) niet volstaat in het licht van de door het Hof van Justitie vereiste individuele beoordeling. Uit het arrest van het HvJ blijkt immers dat onder andere zou moeten worden nagegaan of verzoeker voor de feiten, die tot de uitsluiting hebben geleid, al dan niet strafrechtelijk werd veroordeeld, hoeveel tijd verstreken is sinds het vermoede plegen van de misdrijven of handelingen, hoe de betrokkene zich nadien heeft gedragen, en of hij thans nog een houding aanneemt die bepaalde fundamentele waarden zou kunnen aantasten. Het is immers slechts na een dergelijk onderzoek, zo blijkt uit het arrest van het HvJ, dat een correcte inschatting kan worden gemaakt van de redenen van openbare orde of nationale veiligheid die aanleiding kunnen geven tot een weigering van het verblijfsrecht, aangezien die redenen *“gebaseerd (dienen te) zijn op het persoonlijk gedrag van de betrokkene”* waaruit *“een actuele, werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving”* uitgaat. Noch uit de beslissing, noch uit de gegevens van het administratief dossier blijkt dat dergelijk onderzoek zou zijn gevoerd.

2.4. Een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel in het licht van de artikelen 43 en 45, §2 van de Vreemdelingenwet is aangetoond. Het middel is in de besproken mate gegrond.

3. Kosten

Gelet op het voorgaande past het de kosten van het beroep ten laste te leggen van de verwerende partij.

OM DIE REDENEN BESLUIT DE RAAD VOOR VREEMDELINGENBETWISTINGEN:

Artikel 1

De beslissing van de gemachtigde de beslissing van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie en Administratieve Vereenvoudiging van 6 maart 2018 tot weigering van verblijf van meer dan drie maanden, wordt vernietigd.

Artikel 2

De kosten van het beroep, begroot op 186 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting op negentien december tweeduizend achttien door:

mevr. A. WIJNANTS,

wnd. voorzitter, rechter in vreemdelingenzaken,

mevr. C. VAN DEN WYNGGERT,

griffier.

De griffier,

De voorzitter,

C. VAN DEN WYNGGERT

A. WIJNANTS