

90/364/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht, of artikel 49 EG, dat met name geldt voor personen te wier behoefte diensten worden verricht.

2) Artikel 3 van richtlijn 64/221/EEG van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, verzet zich tegen een nationale regeling die de nationale autoriteiten verplicht onderdanen van andere lidstaten van het grondgebied te verwijderen, wanneer die wegens een opzettelijk gepleegd strafbaar feit in de zin van de wet inzake verdovende middelen tot een jeugdstraf van minstens twee jaar of tot een vrijheidsstraf zijn veroordeeld, voorzover de straf niet voorwaardelijk is opgelegd.

3) Artikel 3 van richtlijn 64/221 verzet zich tegen een nationale praktijk op grond waarvan de nationale rechterlijke instanties bij de rechtmatigheidstoetsing van de uitzetting van een onderdaan van een andere lidstaat geen rekening dienen te houden met feiten die zich na het laatste overheidsbesluit hebben voorgedaan en die ertoe kunnen leiden dat de actuele bedreiging die het gedrag van de betrokkene voor de openbare orde vormde, verdwijnt of sterk vermindert. Dit is vooral het geval indien er tussen de datum van het besluit tot uitzetting en de datum waarop de bevoegde rechter dit besluit toetst, een lange periode is verstreken.

4) Artikel 39 EG en artikel 3 van richtlijn 64/221 verzetten zich tegen een nationale regeling of praktijk op grond waarvan de verwijdering van het grondgebied van een onderdaan van een andere lidstaat die voor bepaalde strafbare feiten tot bepaalde straffen is veroordeeld, niettegenstaande de inaanmerkingneming van gezinsomstandigheden, wordt gelast op basis van het vermoeden dat hij dient te worden uitgezet, zonder dat behoorlijk rekening is gehouden met zijn persoonlijke gedrag en met het gevaar dat hij voor de openbare orde vertegenwoordigt.

5) Artikel 39 EG en richtlijn 64/221 verzetten zich niet tegen de uitzetting van een onderdaan van een lidstaat die voor bepaalde strafbare feiten tot een bepaalde straf is veroordeeld, en die enerzijds een actuele bedreiging voor de openbare orde vormt en anderzijds vele jaren in de lidstaat van ontvangst heeft verbleven en gezinsomstandigheden tegen die uitzetting kan aanvoeren, mits de beoordeling door de nationale autoriteiten in het concrete geval van de vraag waar het billijke evenwicht tussen de betrokken legitieme belangen ligt, wordt verricht met inachtneming van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, en met name door naar behoren rekening te houden met de grondrechten zoals de bescherming van het gezinsleven.

6) Artikel 9, lid 1, van richtlijn 64/221 verzet zich tegen een bepaling van een lidstaat die niet voorziet in een bezwaarschriftprocedure en in een beroep in

Nr. 86: Orfanopoulos: openbare orde en ex-nunc toetsing bij EU-burgers

Hof van Justitie EG 29 april 2004, C-482/01 en C-493/01 (Rosas, La Pergola, von Bahr).

1) De verwijzende rechter dient vast te stellen op welke andere communautaire bepalingen dan artikel 18, lid 1, EG een onderdaan van een lidstaat, zoals Oliveri, zich in de in zaak C-493/01 bedoelde omstandigheden eventueel kan beroepen. Wat dit aangaat, moet de verwijzende rechter in het bijzonder nagaan of de belanghebbende onder de werkingssfeer van artikel 39 EG valt, hetzij als werknemer, hetzij als andere persoon die recht heeft op vrij verkeer krachtens de ter uitvoering van dit artikel vastgestelde bepalingen van afgeleid recht, of dat hij zich op andere bepalingen van gemeenschapsrecht kan beroepen, zoals richtlijn

rechte waarin ook de doelmatigheid wordt onderzocht, tegen een besluit van een overheidsinstantie tot uitzetting van een onderdaan van een andere lidstaat, indien er niet een van deze overheidsinstantie onafhankelijke instantie bestaat. De nationale rechter dient na te gaan of rechterlijke instanties zoals de Verwaltungsgerichte de doelmatigheid van de uitzettingsmaatregelen kunnen onderzoeken.

Artt. 18, 39 EG-Verdrag; art. 3 Richtlijn 64/221; art. 9 Richtlijn 68/360/EEG

Orfanopoulos,
en
Land Baden-Württemberg, (C-482/01),
en tussen
Raffaele Oliveri
en
Land Baden-Württemberg (C-493/01),

1. Bij beschikkingen van 20 november en 4 december 2001, ingekomen bij het Hof op respectievelijk 13 december 2001 (zaak C-482/01) en 19 december 2001 (zaak C-493/01), heeft het Verwaltungsgericht Stuttgart het Hof krachtens artikel 234 EG in elke zaak twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 39, lid 3, EG en artikel 19, lid 1, van richtlijn 64/211/EEG van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid (PB 1964, 56, blz. 850) (C-482/01), en van de artikelen 39 EG en 3 van deze richtlijn (C-493/01).

2. Deze vragen zijn gerezen in twee gedingen, het ene tussen G. Orfanopoulos, Grieks onderdaan, en zijn kinderen enerzijds en de deelstaat Baden-Württemberg anderzijds (zaak C-482/01) en het andere tussen R. Oliveri, Italiaans onderdaan, en dezelfde deelstaat (zaak C-493/01), over besluiten tot verwijdering van het Duitse grondgebied die waren genomen door het Regierungspräsidium Stuttgart (hierna: 'Regierungspräsidium').

3. Bij beschikking van 30 april 2003 heeft de president van de Vijfde kamer van het Hof de twee zaken overeenkomstig artikel 43 van het Reglement voor de procesvoering gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest.

Toepasselijke bepalingen

Bepalingen van gemeenschapsrecht

4. Ingevolge artikel 18, lid 1, EG heeft iedere burger van de Unie het recht vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij het EG-Verdrag en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld.

5. Artikel 39 EG luidt:

'1. Het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap is vrij.

[...] 3. Het houdt behoudens de uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid gerechtvaardigde beperkingen het recht in om, [...] b. zich te dien einde vrij te verplaatsen binnen het grondgebied der lidstaten;

c. in een der lidstaten te verblijven teneinde daar een beroep uit te oefenen overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen welke voor de tewerkstelling van nationale werknemers gelden;

d. op het grondgebied van een lidstaat verblijf te houden, na er een betrekking te hebben vervuld, overeenkomstig de voorwaarden die zullen worden opgenomen in door de Commissie vast te stellen uitvoeringsverordeningen. [...]

6. Artikel 46, lid 1, EG betreffende de vrijheid van vestiging, dat krachtens artikel 55 EG van toepassing is op het gebied van het vrij verrichten van diensten, bepaalt dat 'de voorschriften van dit hoofdstuk en de maatregelen uit hoofde daarvan genomen niet afdoen aan de toepasselijkheid van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor vreemdelingen welke bepalingen uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn'.

7. Richtlijn 64/221 heeft ingevolge artikel 1 daarvan betrekking op de onderdanen van een lidstaat die verblijf houden in of zich begeven naar een andere lidstaat van de Gemeenschap om er al dan niet in loondienst werkzaamheden te verrichten, of in de hoedanigheid van personen te wier behoeve diensten worden verricht. De bepalingen van deze richtlijn zijn eveneens van toepassing op de echtgenoot en de familieleden van een dergelijke onderdaan voorzover zij voldoen aan de voorwaarden van de verordeningen en richtlijnen die op dit gebied ter uitvoering van het Verdrag zijn vastgesteld.

8. Richtlijn 64/221 heeft volgens artikel 2 daarvan onder meer betrekking op de voorschriften betreffende de afgifte of verlenging van de verblijfsvergunning en de verwijdering van het grondgebied, die door de lidstaten worden vastgesteld om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid.

9. Artikel 3 van richtlijn 64/221 luidt:

'1. De maatregelen van openbare orde of openbare veiligheid moeten uitsluitend berusten op het persoonlijke gedrag van de betrokkene.

2. Het bestaan van strafrechtelijke veroordelingen vormt op zichzelf geen motivering van deze maatregelen. [...]

10. In artikel 8 van deze richtlijn is bepaald:

'Betrokkene moet tegen het besluit tot weigering van toelating, tot weigering van afgifte of verlenging van de verblijfsvergunning of tegen het besluit tot verwijdering van het grondgebied kunnen beschikken over de mogelijkheden van beroep die openstaan voor de eigen onderdanen tegen bestuursrechtelijke besluiten.'

11. Artikel 9 van richtlijn 64/221 luidt als volgt:

‘Bij ontstentenis van mogelijkheden van gerechtelijk beroep of indien dit beroep slechts betrekking heeft op de wettigheid van het besluit of indien dit beroep geen opschortende werking heeft, wordt het besluit tot weigering van verlenging van de verblijfsvergunning of het besluit tot verwijdering van het grondgebied van een houder van een verblijfsvergunning, behoudens in dringende gevallen, slechts door de overheidsinstantie genomen na advies door een bevoegde instantie van het ontvangende land ten overstaan waarvan de betrokkene gebruik moet kunnen maken van zijn middelen tot verweer en zich kan laten bijstaan of vertegenwoordigen volgens de procedure van de nationale wetgeving.

Deze instantie moet een andere zijn dan die welke gerechtigd is om het besluit tot weigering van de verlenging van de verblijfsvergunning of het besluit tot verwijdering te nemen.

2. Besluiten tot weigering van afgifte van de eerste verblijfsvergunning, alsmede het besluit tot verwijdering van het grondgebied vóór de afgifte van een dergelijk document worden, op verzoek van de betrokkene, ter behandeling voorgelegd aan de instantie waarvan het voorafgaand advies wordt voorgeschreven in lid 1. De betrokkene is dan gemachtigd in persoon zijn middelen tot verweer voor te dragen, tenzij redenen van staatsveiligheid zich hier tegen verzetten.’

12. Krachtens artikel 1, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 90/364/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende het verblijfsrecht (PB L 180, blz. 26), kennen de lidstaten het verblijfsrecht toe aan onderdanen van de lidstaten die dit recht niet bezitten op grond van andere bepalingen van het gemeenschapsrecht alsmede aan hun familieleden, als omschreven in artikel 1, lid 2, van deze richtlijn mits zij voor zichzelf en hun familieleden een ziektekostenverzekering hebben die alle risico's in het gastland dekt en over toereikende bestaansmiddelen beschikken om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste van de bijstandsregeling van het gastland komen.

13. Artikel 2, lid 2, derde alinea, van deze richtlijn bepaalt dat de lidstaten uitsluitend om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid van de bepalingen ervan mogen afwijken. In dat geval is richtlijn 64/221/EEG van toepassing.

Bepalingen van internationaal recht

14. Het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: ‘EVRM’) regelt in artikel 8 het recht op eerbiediging van privéleven, familie- en gezinsleven.

Bepalingen van nationaal recht

15. § 47, lid 1, punt 2, van het *Ausländergesetz* (BGBl. 1990 I, blz. 1354), in de versie van 16 februari 2001 (BGBl. 2001 I, blz. 266), bepaalt dat een buitenlands onderdaan wordt uitgezet wanneer hij op grond van het *Betäubungsmittelgesetz* of wegens verstoring van de openbare veiligheid onherroepelijk is veroordeeld

tot een jeugdstraf van ten minste twee jaar of tot een gevangenisstraf, en deze straf niet voorwaardelijk is opgelegd.

16. § 47, lid 2, punt 1, van het *Ausländergesetz* geeft een opsomming van de gevallen waarin een buitenlandse onderdaan in de regel wordt uitgezet.

17. Ingevolge § 47, lid 3, van het *Ausländergesetz* wordt een buitenlander die krachtens § 48, lid 1, van deze wet speciale bescherming geniet, in de in § 47, lid 1, van deze wet genoemde gevallen in de regel uitgezet.

18. § 48, lid 1, punt 4, van het *Ausländergesetz* biedt een speciale bescherming tegen uitzetting waar het buitenlandse onderdanen betreft die in gezinsverband met een Duitse onderdaan leven. De eerste volzin van dit lid bepaalt dat deze onderdanen slechts om zeer ernstige, met de openbare veiligheid en de openbare orde verband houdende redenen van het grondgebied kunnen worden verwijderd. Overeenkomstig de tweede volzin van dit lid is er van dergelijke redenen sprake in de in § 47, lid 1, van deze wet genoemde gevallen.

19. Blijkens de opmerkingen van de Duitse regering is het *Aufenthaltsgesetz/EWG* (BGBl. 1980 I, blz. 116), in de versie van 27 december 2000 (BGBl. 2000 I, blz. 2042), als bijzondere wet van toepassing op de communautaire onderdanen alsmede op hun gezinsleden. Bijgevolg is het *Ausländergesetz* slechts op buitenlanders die krachtens het gemeenschapsrecht recht hebben op vrij verkeer van toepassing, voorzover het gemeenschapsrecht en het *Aufenthaltsgesetz/EWG* geen andersluidende voorschriften bevatten.

20. § 12, leden 1 et 3, van het *Aufenthaltsgesetz/EWG* luidt als volgt:

‘(1) Voorzover de onderhavige wet vrij verkeer garandeert en niet reeds in de voorgaande bepalingen beperkende maatregelen bevat, zijn de weigering van toegang, maatregelen waarbij de afgifte of de verlenging van een EG-verblijfsvergunning ingevolge §§ 3, lid 5, 12, lid 1, tweede volzin, en 14 van het *Ausländergesetz* wordt beperkt, alsmede uitzetting of verwijdering van het grondgebied van de in § 1 genoemde personen slechts geoorloofd om redenen van openbare orde, van openbare veiligheid of van volksgezondheid (artikel 48, lid 3, artikel 56, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap). Vreemdelingen die een EG-verblijfsvergunning van onbeperkte duur bezitten, kunnen slechts worden uitgezet om zeer ernstige, met de openbare veiligheid of de openbare orde verband houdende redenen.

[...] (3) De in lid 1 bedoelde besluiten of maatregelen mogen slechts worden getroffen wanneer een vreemdeling daartoe door zijn persoonlijke gedrag aanleiding geeft. Dit geldt niet voor besluiten of maatregelen die ter bescherming van de volksgezondheid worden getroffen.’

21. Overeenkomstig § 7, lid 1, eerste volzin, van het *Ausländer- und Asylverfahrenszuständigkeitsverordnung* zijn de Regierungspräsidien bevoegd om vreem-

delingen die strafbare feiten hebben gepleegd, uit te zetten wanneer zij op last van de rechter in hechtenis of langer dan een week in voorlopige hechtenis zijn gesteld.

De hoofdgedingen en de prejudiciële vragen

22. G. Orfanopoulos, die in 1959 is geboren en de Griekse nationaliteit heeft, bracht de eerste dertien jaar van zijn leven in Griekenland door. In 1972 betrad hij het Duitse grondgebied in het kader van een gezinshereniging. Hij heeft daar sindsdien verbleven, met uitzondering van een periode van twee jaar waarin hij zijn militaire dienstplicht in Griekenland heeft vervuld. In augustus 1981 huwde hij een Duitse onderdaan. Uit dit huwelijk zijn drie kinderen geboren, die de andere verzoekers in het hoofdgeding zijn.

23. Gedurende zijn verblijven in Duitsland bezat G.Orfanopoulos verblijfsvergunningen van bepaalde duur, de meest recente was geldig tot en met 12oktober 1999. In november 1999 heeft hij een verzoek om verlenging van zijn verblijfsvergunning ingediend.

24. G.Orfanopoulos heeft geen beroepsopleiding voltooid. Hij heeft sinds 1981 verschillende activiteiten in loondienst verricht. De betrokken arbeidsperioden werden onderbroken door langdurige perioden van werkloosheid.

25. Blijkens de verwijzingsbeschikking is G. Orfanopoulos aan drugs verslaafd. Hij is negen keer veroordeeld wegens overtredingen op de wetgeving inzake verdovende middelen en wegens geweldpleging. In 1999 was hij gedurende zes maanden in hechtenis. In januari 2000 werd hij voor een ontwenningsskuur in het ziekenhuis opgenomen en daarna heeft hij twee keer een poging gedaan om in een gespecialiseerde inrichting een ontwenningsskuur te volgen. Beide keren werd hij op disciplinaire gronden uit de betrokken inrichting ontslagen. Sinds september 2000 zit hij een gevangenisstraf uit, waartoe hij bij vonnissen tegen hem was veroordeeld.

26. Tussen 1992 en 1998 ontving G. Ofanopoulos ingevolge de vreemdelingenregeling verschillende waarschuwingen over de consequenties van zijn gedrag. In februari 2001 gelastte het Regierungspräsidium zijn uitzetting en wees het zijn verzoek om verlenging van zijn verblijfsvergunning af. Hem werd aangezegd dat hij bij zijn vrijlating uit de gevangenis van het grondgebied zou worden verwijderd.

27. Ter motivering van het besluit tot uitzetting werden het grote aantal en de ernst van de door G.Orfanopoulos begane strafbare feiten aangevoerd, alsmede het concrete risico van recidive in de toekomst vanwege zijn drugs- en alcoholverslaving. Volgens het Regierungspräsidium was voldaan aan de wettelijke voorwaarden voor een verplichte uitzetting krachtens § 47, lid 1, punt 2, van het Ausländergesetz. Hoewel G. Orfanopoulos volgens deze instantie speciale bescherming tegen uitzetting genoot ingevolge § 48, lid 1, punt4, van het Ausländergesetz, was er volgens de tweede volzin van dit lid in de in §47, lid1, punt2, van deze

wet bedoelde gevallen in de regel sprake van ernstige redenen van openbare veiligheid en orde. § 47, lid 3, van het Ausländergesetz zwakt de verplichte uitzetting echter af en bepaalt dat in de regel wordt uitgezet.

28. Het Regierungspräsidium stond op het standpunt dat, gelet op de persoonlijke situatie van G.Orfanopoulos, de uitzonderingsbepalingen niet behoeften te worden toegepast en dat ook indien werd aangenomen dat aan de voorwaarden voor een uitzondering was voldaan, hij toch moest worden uitgezet. Hij beschikt over kennis van het Grieks. Het algemeen belang van openbare orde en veiligheid prevaleert boven zijn persoonlijke belang om zijn verblijf in Duitsland voort te zetten. Zijn uitzetting is bijgevolg een geschikt middel om het beoogde doel te bereiken.

29. Van mening dat het uitzettingbesluit van het Regierungspräsidium was gebaseerd op bepalingen van het Ausländergesetz die onverenigbaar waren met het gemeenschapsrecht, hebben G.Orfanopoulos en zijn drie kinderen op 21maart 2001 bij de verwijzende rechter beroep ingesteld tegen dit besluit.

30. In die omstandigheden heeft het Verwaltungsgericht Stuttgart besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de volgende vragen:

‘1) Is de beperking van het vrije verkeer van een buitenlandse burger van de Europese Unie die reeds langdurig in het gastland verblijft, uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid in de zin van artikel 39, lid 3, EG wegens overtreding van het Betäubungsmittelgesetz, in overeenstemming met het Europees recht wanneer op grond van het persoonlijke gedrag van de betrokkene de verwachting gerechtvaardigd is dat hij zal recidiveren en wanneer van zijn echtgenote en kinderen niet kan worden verlangd dat zij in de staat van herkomst van de betrokkene gaan wonen?

2) Verzet artikel 9, lid 1, van richtlijn 64/221 [...] zich tegen een nationale regeling die niet voorziet in een bezwaarschriftprocedure waarin ook een doelmatigheidstoetsing plaatsvindt, tegen een besluit van een overheidsinstantie tot verwijdering van het grondgebied van een houder van een verblijfsvergunning, wanneer er geen instantie bestaat die onafhankelijk is van de overheidsinstantie die het besluit heeft genomen?’

31. Bij brief van 10 april 2002 heeft de raadsman van G. Orfanopoulos en van zijn kinderen de griffie van het Hof ervan in kennis gesteld dat het Landesgericht Heilbronn (Duitsland) G. Orfanopoulos bij beschikking van 28maart 2002 in vrijheid had gesteld op voorwaarde van non-recidive.

32. R. Oliveri is in 1977 in Duitsland geboren en heeft de Italiaanse nationaliteit. Hij heeft sinds zijn geboorte ononderbroken in Duitsland verbleven. Hij heeft geen opleiding voltooid.

33. Blijkens de verwijzingsbeschikking is Oliveri al vele jaren aan drugs verslaafd. Door deze drugsverslaving is hij besmet geraakt met het HIV-virus en heeft

hij chronische hepatitis C opgelopen. Hij is niet verschenen voor een ontwenningsskuur die in mei 1999 had moeten aanvangen.

34. Oliveri heeft vele strafbare feiten gepleegd en is reeds strafrechtelijk veroordeeld voor diefstal en illegale handel in verdovende middelen. In november 1999 is hij in hechtenis genomen. De tenuitvoerlegging van de opgelegde straf is voor de duur van zijn behandeling in een kliniek opgeschort. Oliveri heeft deze behandeling echter onderbroken en de opschorting is ingetrokken. In april 2000 is hij opnieuw gearresteerd en sindsdien bevindt hij zich in hechtenis.

35. In mei 1999 ontving Oliveri een waarschuwing over de consequenties van zijn gedrag op grond van de Duitse vreemdelingenregeling. In augustus 2000 gelaste het Regierungspräsidium zijn uitzetting en dreigde het hem naar Italië uit te zetten zonder een termijn voor een vrijwillig vertrek vast te stellen. Ter motivering van het besluit tot uitzetting werden de frequentie en de ernst van de door Oliveri begane strafbare feiten aangevoerd alsmede het concrete risico van recidive in de toekomst vanwege zijn drugsverslaving. Dat hij twee keer een gelegenheid voorbij heeft laten gaan om een ontwenningsskuur te volgen toont aan dat hij een dergelijke behandeling niet wenst te voltooien of hiertoe niet in staat is. Oliveri voldoet aan de voorwaarden van § 47, lid 1, punt 2, van het Ausländergesetz, op grond waarvan uitzetting verplicht is. Hij voldoet daarentegen niet aan de voorwaarden die hem recht geven op een speciale bescherming zoals die van §48, lid1, van deze wet.

36. Volgens het Regierungspräsidium leefde Oliveri tot zijn arrestatie bij zijn ouders, doch zijn criminele gedrag toont aan dat hij zich reeds van hen had losgemaakt. Dat hij besmet is geraakt met het HIV-virus betekent niet dat hij noodzakelijk op de bijstand van zijn ouders is aangewezen. Aangenomen kan worden dat hij over een basiskennis van het Italiaans beschikt. Uitzetting is gelet op het beoogde doel niet onevenredig.

37. Op 25 september 2000 heeft Oliveri bij het Verwaltungsgericht Stuttgart beroep ingesteld tegen het besluit van het Regierungspräsidium. Het risico van recidive bestaat volgens hem niet meer omdat hij intussen volwassener is geworden door het harde leven in de gevangenis. Hij wenst een ontwenningsskuur te ondergaan.

38. Blijkens het dossier heeft de medische dienst van het ziekenhuis van de strafinrichting Hohenasperg (Duitsland) bij brief van 20 juni 2001 laten weten dat Oliveri ernstig ziek is en dat hij binnenkort aan zijn ziekte zal bezwijken. Het is te vrezen dat hij in Italië niet de gepaste en noodzakelijke medische verzorging zal ontvangen.

39. In die omstandigheden heeft het Verwaltungsgericht Stuttgart besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken over de volgende vragen:

‘1) Verzetten artikel 39 EG en artikel 3 van richtlijn 64/221 [...] zich tegen een nationale regeling die de overheid dwingend voorschrijft onderdanen van andere lidstaten uit te zetten, wanneer die wegens een opzettelijk gepleegd strafbaar feit in de zin van het Betäubungsmittelgesetz bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis tot een jeugdstraf van minstens twee jaar of tot een vrijheidsstraf zijn veroordeeld en voorzover de straf niet voorwaardelijk is opgelegd?.

2) Moet artikel 3 van richtlijn 64/221 [...] aldus worden uitgelegd, dat de nationale rechterlijke instanties bij de rechtmatigheidstoetsing van de uitzetting van burgers van de Unie ook rekening dienen te houden met feitelijke gegevens en een gunstige ontwikkeling van de betrokkene van na het laatste besluit van de bevoegde instantie?'

Opmerkingen vooraf

40. Vooraf dienen voor beide zaken samen drie opmerkingen te worden gemaakt: over de beschrijving van de nationale regeling in het kader waarvan de prejudiciële vragen zijn gesteld, over de toepasselijke gemeenschapsregeling en over de volgorde waarin deze twee zaken dienen te worden onderzocht.

41. Wat om te beginnen de nationale regeling betreft, zij opgemerkt dat de Duitse regering bezwaar heeft gemaakt tegen de beschrijving van deze regeling door het Verwaltungsgericht Stuttgart in de beide verwijzingsbeschikkingen.

42. In dit verband zij eraan herinnerd dat het niet aan het Hof staat om zich in het kader van een prejudiciële verwijzing uit te spreken over de uitlegging van de nationale bepalingen en te beoordelen of de verwijzende rechter deze correct uitlegt (zie in die zin arrest van 3 oktober 2000, Corsten, C-58/98, Jurispr. blz.I-7919, punt 24). Het Hof moet in het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de communautaire en de nationale rechterlijke instanties immers acht slaan op de in de verwijzingsbeschikking omschreven feitelijke en juridische context waarin de prejudiciële vragen moeten worden geplaatst (zie arresten van 25 oktober 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Jurispr. blz. I-8089, punt10, en 13 november 2003, Neri, C-153/02, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 34 en 35).

43. Derhalve moeten de prejudiciële vragen worden onderzocht in het regelingskader zoals dat door het Verwaltungsgericht Stuttgart is beschreven.

44. Bovendien blijven zelfs indien het nationale rechtskader zoals dat door de Duitse regering is weergegeven, juist is, de door het Verwaltungsgericht Stuttgart gestelde prejudiciële vragen relevant, gelet op de aanwijzingen die uit de verwijzingsbeschikking naar voren komen met betrekking tot de administratieve praktijk die volgens deze rechter door de bevoegde instanties wordt gevolgd.

45. Hoe dan ook staat het aan de verwijzende rechter bij wie het hoofdgeding aanhangig is en die verantwoordelijk is voor de te geven rechterlijke uitspraak,

om na te gaan of hij het nationale rechtskader juist uitlegt en of de gegevens betreffende die administratieve praktijk correct zijn.

46. Wat vervolgens de gemeenschapsregeling betreft, zij vastgesteld dat de verwijzende rechter ervan uitgaat dat artikel 18 EG, betreffende het Europese burgerschap, artikel 39 EG, waarin het beginsel van het vrije verkeer van werknemers is neergelegd, en richtlijn 64/221 van toepassing zijn in de omstandigheden van de beide hoofdgedingen. Het recht op vrij verkeer van Orfanopoulos en Oliveri volgt zijns inziens rechtstreeks uit artikel 18 EG. Zij vallen volgens hem ook onder de werkingssfeer van richtlijn 64/221 omdat zij in Duitsland verblijven met de bedoeling daar in loondienst werkzaamheden te verrichten.

47. In dit verband zij eraan herinnerd dat er bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht geen onvoorwaardelijk recht van de onderdanen van een lidstaat bestaat om op het grondgebied van een andere lidstaat te reizen en te verblijven. Dit volgt enerzijds uit de bepalingen inzake het vrije verkeer van personen en diensten in titel III van het derde deel van het Verdrag, te weten de artikelen 39 EG, 43 EG, 46 EG, 49 EG en 55 EG, alsmede de ter uitvoering daarvan vastgestelde bepalingen van afgeleid recht, en anderzijds uit de bepalingen van het tweede deel van het Verdrag, en meer in het bijzonder artikel 18 EG, dat weliswaar erkent dat de burgers van de Unie het recht hebben vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, maar uitdrukkelijk verwijst naar de beperkingen en voorwaarden die bij het Verdrag en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld (zie in die zin arresten van 11 april 2000, Kaba I, C-356/98, Jurispr. blz. I-2623, punt 30, en 6 maart 2003, Kaba II, C-466/00, Jurispr. blz. I-2219, punt 46).

48. Wat de beperkingen en voorwaarden in het Verdrag en in de ter uitvoering daarvan vastgestelde bepalingen betreft, zij met name gewezen op richtlijn 90/364 en de bepalingen van afgeleid recht betreffende migrerende werknemers.

49. Het verblijfsrecht van migrerende werknemers die onderdaan zijn van een lidstaat is afhankelijk van het behoud van de hoedanigheid van werknemer of, in voorkomend geval, van werkzoekende (zie in die zin arrest van 26 februari 1991, Antonissen, C-292/89, Jurispr. blz. I-745, punt 22), tenzij de betrokkenen dit recht aan andere bepalingen van gemeenschapsrecht ontleen (zie arrest Kaba II, reeds aangehaald, punt 47).

50. Meer in het bijzonder ten aanzien van gedetineerden die vóór hun detentie een betrekking hadden, betekent het feit dat de betrokkene gedurende die detentie niet deelnam aan de arbeidsmarkt, in beginsel overigens niet dat hij gedurende die periode niet tot de legale arbeidsmarkt van de lidstaat van ontvangst bleef behoren, op voorwaarde dat hij binnen een redelijke termijn na zijn vrijlating ander werk vindt (zie in die zin arrest van 10 februari 2000, Nazli, C-340/97, Jurispr. blz. I-957, punt 40).

51. Het blijkt dat Orfanopoulos gebruik heeft gemaakt van het recht op vrij verkeer van werknemers en op het Duitse grondgebied verschillende werkzaamheden in loondienst heeft verricht. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat artikel 39 EG en richtlijn 64/221 van toepassing zijn in omstandigheden als die van het hoofdgeding in zaak C-482/01.

52. Wat zaak C-493/01 betreft, kan op basis van de informatie waarover het Hof beschikt, niet met zekerheid worden vastgesteld of Oliveri zich op artikel 39 EG of op andere bepalingen van het Verdrag en van afgeleid recht inzake het vrije verkeer van personen of het vrij verrichten van diensten kan beroepen.

53. Vaststaat daarentegen dat Oliveri als burger van de Unie ingevolge artikel 18 EG het recht heeft om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij het Verdrag en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld.

54. In een dergelijke situatie dient de verwijzende rechter vast te stellen, op welke andere communautaire bepalingen dan artikel 18, lid 1, EG een onderdaan van een lidstaat, zoals Oliveri, zich in de in zaak C-493/01 bedoelde omstandigheden eventueel kan beroepen. Wat dit aangaat, moet de verwijzende rechter in het bijzonder nagaan of de belanghebbende onder de werkingssfeer van artikel 39 EG valt, hetzij als werknemer, hetzij als andere persoon die recht heeft op vrij verkeer krachtens de ter uitvoering van dit artikel vastgestelde bepalingen van afgeleid recht, of dat hij zich op andere bepalingen van gemeenschapsrecht kan beroepen, zoals richtlijn 90/364 of artikel 49 EG, dat met name geldt voor personen te wier behoeve diensten worden verricht.

55. Richtlijn 64/221 is van toepassing in alle in het vorige punt van dit arrest bedoelde situaties. Wat meer in het bijzonder richtlijn 90/364 betreft, wordt gewezen op artikel 2, lid 2, daarvan.

56. Wat ten slotte de volgorde betreft waarin de twee zaken worden behandeld, stelt de verwijzende rechter het Hof in het kader van zaak C-493/01 een vraag over de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationaal voorschrift dat de bevoegde autoriteiten verplicht onderdanen van andere lidstaten uit te zetten, die voor bepaalde strafbare feiten tot bepaalde straffen zijn veroordeeld. Verschillende belanghebbenden die schriftelijke opmerkingen in zaak C-482/01 hebben ingediend, staan op het standpunt dat deze vraag of in ieder geval een soortgelijke vraag ook in het kader van deze laatstgenoemde zaak aan de orde is.

57. In die omstandigheden dient eerst zaak C-493/01 te worden onderzocht en vervolgens zaak C-482/01.

De prejudiciële vragen

De eerste vraag

- Strekking van de vraag

58. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 39, lid 3, EG en artikel 3 van richtlijn 64/221 zich verzetten tegen een nationale re-

geling die de bevoegde autoriteiten verplicht onderdanen van andere lidstaten uit te zetten, wanneer die wegens een opzettelijk gepleegd strafbaar feit in de zin van de wet inzake verdovende middelen onherroepelijk tot een jeugdstraf van minstens twee jaar of tot een vrijheidsstraf zijn veroordeeld en voorzover de straf niet voorwaardelijk is opgelegd.

59. Uit het dossier volgt dat de verwijzende rechter met deze vraag doelt op §47, lid1, van het Ausländergesetz (verplichte uitzetting), die de rechtsgrondslag vormt voor het besluit tot uitzetting jegens Oliveri.

- Bij het Hof ingediende opmerkingen

60. De Italiaanse regering en de Commissie staan op het standpunt dat artikel39, lid3, EG en richtlijn 64/221 in de weg staan aan een verplichte uitzetting, voorzover er bij een dergelijke uitzetting geen beoordelingsmarge is.

61. Volgens de Duitse regering bestaat er volgens het geldende nationale recht geen automatische of stelselmatige uitzettingsprocedure. De toetsing van de evenredigheid van een besluit tot uitzetting is gegarandeerd door de gecombineerde toepassing van § 47, lid 1, punt 2, junctis § 48, lid 1, punt4, van het Ausländergesetz, en § 12 van het Aufenthaltsgesetz/EWG.

- Antwoord van het Hof

62. Er zij aan herinnerd dat het in artikel 39 EG neergelegde beginsel van het vrije verkeer van werknemers tot de grondslagen van de Gemeenschap behoort (zie onder meer arrest van 3 juni 1986, Kempf, 139/85, Jurispr. blz. 1741, punt13). Vaststaat dat een maatregel tot uitzetting uit het grondgebied die voor onderdanen van andere lidstaten geldt, een belemmering voor de uitoefening van deze vrijheid vormt. Niettemin kan een dergelijke belemmering krachtens lid3 van dit artikel en krachtens richtlijn 64/221 om redenen van openbare orde gerechtvaardigd zijn (zie in die zin arrest van 17 juni 1997, Shingara en Radiom, C-65/95 en C-111/95, Jurispr. blz. I-3343, punt 28).

63. In casu dient te worden onderzocht of de verplichting om de uitzetting te gelasten van onderdanen van andere lidstaten die zijn veroordeeld tot bepaalde straffen voor bepaalde strafbare feiten, om redenen van openbare orde kan worden gerechtvaardigd.

64. Volgens de rechtspraak van het Hof moet het beginsel van vrij verkeer van werknemers ruim worden uitgelegd (zie in die zin arrest Antonissen, reeds aangehaald, punt 11, en arrest van 20 februari 1997, Commissie/België, C-344/95, Jurispr. blz.I-1035, punt 14), terwijl de uitzonderingen daarop daarentegen in enge zin moeten worden uitgelegd (zie in die zin arresten van 4december 1974, Van Duyn, 41/74, Jurispr. blz. 1337, punt 18; 26 februari 1975, Bonsignore, 67/74, Jurispr. blz. 297, punt 6; Kempf, reeds aangehaald, punt 13, en 9november 2000, Yiadom, C-138/02, Jurispr. blz.I-9265, punt24).

65. Bovendien vereist de hoedanigheid van burger van de Unie een bijzonder strikte uitlegging van de uitzonderingen op deze vrijheid. Zoals het Hof heeft vastgesteld dient de hoedanigheid van burger van de Unie

de primaire status van de onderdanen van de lidstaten te zijn (zie met name arresten van 20september 2001, Grzelczyk, C-184/99, Jurispr. blz. I-6193, punt 31, en 23 maart 2004, Collins, C-138/02, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 61).

66. Wat de maatregelen van openbare orde betreft, blijkt uit artikel 3 van richtlijn 64/221 dat deze, om gerechtvaardigd te zijn, uitsluitend op het persoonlijke gedrag van de betrokkene moeten berusten. In dit artikel is tevens gepreciseerd dat het bestaan van strafrechtelijke veroordelingen op zichzelf geen rechtvaardiging voor deze maatregelen vormt. Zoals het Hof met name in zijn arrest van 27oktober 1977, Bouchereau (30/77, Jurispr. blz.. 1999, punt 35) heeft vastgesteld, veronderstelt het begrip openbare orde, afgezien van de storing van de sociale orde die bij elke wetsovertreding plaatsvindt, het bestaan van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.

67. Een lidstaat kan weliswaar het gebruik van verdovende middelen als een zodanig gevaar voor de samenleving beschouwen dat ten aanzien van buitenlanders die de wetgeving inzake verdovende middelen overtreden, bijzondere maatregelen gerechtvaardigd zijn, doch de uitzondering betreffende de openbare orde moet beperkend worden uitgelegd, zodat dat het bestaan van een strafrechtelijke veroordeling slechts een rechtvaardiging voor uitzetting vormt voorzover (zie 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 (zie met name arrest van 19 januari 1999, Calfa, C-348/96, Jurispr. blz. I-11, punten 22-24).

68. Het Hof heeft daaruut de conclusie getrokken dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de uitzetting van een onderdaan van een lidstaat op basis van overwegingen van algemene preventie, dat wil zeggen een uitzetting waartoe is besloten ter afschrikking van andere vreemdelingen (zie met name arrest Bonsignore, reeds aangehaald, punt 7), in het bijzonder wanneer deze maatregel automatisch is uitgesproken naar aanleiding van een strafrechtelijke veroordeling, zonder dat rekening wordt gehouden met het persoonlijk gedrag van degene die zich aan het strafbare feit schuldig heeft gemaakt, of met het gevaar dat hij voor de openbare orde oplevert (zie reeds aangehaalde arresten Calfa, punt 27, en Nazli, punt 59).

69. De vraag van de verwijzende rechter betreft een nationale regeling die verplicht tot uitzetting uit het grondgebied van onderdanen van andere lidstaten die voor bepaalde strafbare feiten tot bepaalde straffen veroordeeld zijn.

70. Vastgesteld dient te worden dat de uitzetting uit het grondgebied in dergelijke omstandigheden automatisch wordt uitgesproken naar aanleiding van een strafrechtelijke veroordeling, zonder dat rekening wordt gehouden met het persoonlijke gedrag van degene die zich aan het strafbare feit schuldig heeft

gemaakt, of met het gevaar dat hij voor de openbare orde oplevert.

71. Gelet op het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat voorzover komt vast te staan dat verzoeker in het hoofdgeding onder de werkingssfeer valt van een van de in punt 54 van het onderhavige arrest bedoelde bepalingen van het gemeenschapsrecht op grond waarvan richtlijn 64/221 van toepassing is, hetgeen de nationale rechter moet nagaan, deze bepalingen en met name artikel 3 van die richtlijn zich verzetten tegen een nationale regeling die de nationale autoriteiten verplicht onderdanen van andere lidstaten van het grondgebied te verwijderen, wanneer die wegens een opzettelijk gepleegd strafbaar feit in de zin van de wet inzake verdovende middelen tot een jeugdstraf van minstens twee jaar of tot een vrijheidsstraf zijn veroordeeld, voorzover de straf niet voorwaardelijk is opgelegd.

De tweede vraag

- Strekking van de vraag

72. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3 van richtlijn 64/221 zich verzet tegen een nationale praktijk op grond waarvan de nationale rechterlijke instanties bij de rechtmatigheidstoetsing van de uitzetting van een onderdaan van een andere lidstaat geen rekening dienen te houden met feitelijke gegevens en een gunstige ontwikkeling van deze onderdaan van na het laatste overheidsbesluit.

73. De verwijzende rechter voert aan dat de nationale rechters zich ingevolge vaste rechtspraak van het Bundesverwaltungsgericht (Duitsland), slechts op na het laatste overheidsbesluit aan het licht gekomen bewijzen mogen en moeten baseren, indien deze bewijzen aanwijzingen bevatten voor de juistheid van de beoordeling op het tijdstip van het laatste overheidsbesluit. Dit beginsel betekent in de omstandigheden van het hoofdgeding dat geen rekening meer kon worden gehouden met het argument dat Oliveri gedurende de behandeling van de zaak heeft aangevoerd, te weten dat hij thans aan aids leed en dat te verwachten was dat hij spoedig zou overlijden.

74. Oliveri heeft voor de nationale autoriteiten tevens betoogd dat er geen gevaar voor recidive meer bestond omdat hij volwassener was geworden door het harde leven in de gevangenis.

- Bij het Hof ingediende opmerkingen

75. De Italiaanse regering en de Commissie stellen voor de vraag bevestigend te beantwoorden. De Commissie wijst met name op het arrest van 22 mei 1980, Santillo (131/79, Jurispr. blz. 1585), volgens hetwelk de rechter of de betrokken autoriteit ten minste met een positieve ontwikkeling en aldus met het verdwijnen van de reële bedreiging rekening moet houden, indien er tussen de datum van het besluit tot uitzetting en de datum van de toetsing van dit besluit door de bevoegde rechter een lange periode is verstreken.

76. De Duitse regering verdedigt het tegengestelde standpunt. Zij meent dat de rechtmatigheid van een be-

sluit tot uitzetting slechts op basis van de feitelijke en juridische situatie op het tijdstip van het laatste overheidsbesluit kan worden beoordeeld, omdat de overheid bij haar beslissing geen rekening kan houden met feitelijke ontwikkelingen nadien. Zij betoogt echter dat er mogelijkheden bestaan om rekening te houden met nieuwe feiten of met een positieve ontwikkeling van de betrokkene na de datum van het laatste overheidsbesluit; bij voorbeeld moet bij de tenuitvoerlegging van het besluit rekening worden gehouden met gegevens die een belemmering voor uitzetting kunnen vormen.

- Antwoord van het Hof

77. Om te beslissen of een onderdaan van een andere lidstaat in het kader van de uitzondering wegens redenen van openbare orde mag worden uitgezet, moeten de bevoegde nationale autoriteiten in elk concreet geval bepalen of uit de maatregel of 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 (zie met name arrest Calfa, reeds aangehaald, punt 22). Zoals de advocaat-generaal in punt 126 van haar conclusie heeft opgemerkt, geven noch de bewoordingen van artikel 3 van richtlijn 64/211 noch de rechtspraak van het Hof preciezere aanwijzingen over het tijdstip op basis waarvan moet worden bepaald of de bedreiging 'actueel' is.

78. Vaststaat dat in de praktijk niet kan worden uitgesloten dat zich tussen het besluit tot uitzetting en de toetsing daarvan door de bevoegde rechter omstandigheden kunnen voordoen als gevolg waarvan de bedreiging die het gedrag van de persoon jegens wie een besluit tot uitzetting is genomen, voor de openbare orde vormde, verdwijnt of sterk vermindert.

79. Blijkens de punten 64 en 65 van het onderhavige arrest moeten de uitzonderingen op het beginsel van het vrije verkeer van werknemers strikt worden uitgelegd, zodat op het tijdstip waarop de uitzetting plaatsvindt, in beginsel aan de voorwaarde betreffende het bestaan van een actuele bedreiging moet zijn voldaan.

80. Weliswaar is het een aangelegenheid van het interne recht van elke lidstaat om de procesregels te geven voor rechtsvorderingen tot bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontleenen, doch dit neemt niet weg dat die regels de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken (zie in die zin arresten van 16 december 1976, Rewe, 33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5, en 9 december 2003, Commissie/Italië, C-129/00, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 25).

81. Een nationale praktijk zoals die welke in de verwijzingsbeschikking is beschreven, kan afbreuk doen aan het recht van vrij verkeer van de onderdanen van de lidstaten, en met name aan hun recht om slechts te worden uitgezet in de uitzonderlijke gevallen als voorzien in richtlijn 64/221. Deze vaststelling geldt in het bijzonder wanneer er tussen de datum van het

uitzettingsbesluit jegens de belanghebbende en de datum waarop de bevoegde rechter dit besluit toetst, een lange periode is verstreken.

82. Gelet op het voorgaande moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 3 van richtlijn 64/221 zich verzet tegen een nationale praktijk volgens welke de nationale rechterlijke instanties bij de rechtmatigheidstoetsing van de uitzetting van een onderdaan van een andere lidstaat geen rekening dienen te houden met feiten die zich na het laatste overheidsbesluit hebben voorgedaan en die ertoe kunnen leiden dat de actuele bedreiging die het gedrag van de betrokkene voor de openbare orde vormde, verdwijnt of sterk vermindert. Dit is vooral het geval indien er tussen de datum van het besluit tot uitzetting en de datum waarop de bevoegde rechter dit besluit toetst, een lange periode is verstreken.

De eerste vraag

- Strekking van de vraag

83. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de beperking van het vrije verkeer van een gemeenschapsonderdaan die reeds langdurig in de ontvangende staat verblijft, welke is opgelegd met een beroep op de uitzondering in verband met de openbare orde als bedoeld in artikel 39, lid 3, EG, in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht wanneer op grond van het persoonlijke gedrag van de betrokkene de verwachting gerechtvaardigd is dat hij zal recidiveren en wanneer van zijn echtgenote en kinderen niet kan worden verlangd dat zij in de staat van herkomst van de betrokkene gaan wonen.

84. Blijkens de verwijzingsbeschikking voldoet G. Orfanopoulos aan de voorwaarden voor verplichte uitzetting als bedoeld in § 47, lid 1, van het Ausländergesetz. Voorzover hij echter in gezinsverband leeft met een Duitse onderdaan, geniet hij de speciale bescherming van § 48, lid 1, van deze wet. In dergelijke omstandigheden wordt de verplichte uitzetting krachtens § 47, lid 3, van het Ausländergesetz omgezet in die zin dat de uitzetting in de regel plaatsvindt.

85. De verwijzende rechter stelt niet de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van de rechtsgrondslag van het besluit tot uitzetting van G. Orfanopoulos ter discussie. Hij merkt namelijk op dat de bevoegde overheidsinstantie na een onderzoek van de betrokken omstandigheden en met name van het gevaar dat belanghebbende voor de samenleving vertegenwoordigt, tot de slotsom is gekomen dat niet van het vermoeden van § 47, lid 1, punt 2, van het Ausländergesetz behoefde te worden afgeweken. De verwijzende rechter vraagt zich eerder af of de uitzetting van G. Orfanopoulos, gelet op de lange duur van zijn verblijf in Duitsland, op het specifieke belang van het beginsel van het vrije verkeer in het gemeenschapsrecht en op de bescherming van het gezinsleven, verenigbaar is met de algemene gemeenschapsrechtelijke beginselen, met name met het evenredigheidsbeginsel. Verschillende belanghebbenden die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, trekken echter de verenigbaarheid

van die rechtsgrondslag met het gemeenschapsrecht in twijfel.

- Bij het Hof ingediende opmerkingen

86. G. Orfanopoulos en zijn kinderen, de Italiaanse regering en de Commissie staan op het standpunt dat vooraf moet worden uitgemaakt of een nationale bepaling volgens welke ten aanzien van onderdanen van andere lidstaten die voor bepaalde strafbare feiten tot bepaalde straffen zijn veroordeeld, in beginsel worden uitgezet, in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. Zij menen dat dit niet het geval is.

87. De Duitse regering wijst op onvolledigheden in de beschrijving van de nationale regeling in de verwijzingsbeschikking en betoogt dat de prejudiciële vraag niet relevant is omdat er naar geldend nationaal recht geen automatische of stelselmatige uitzettingsprocedure bestaat. Voorts herinnert zij eraan dat het niet aan het Hof staat om in het kader van een prejudiciële procedure de rechtmatigheid en de evenredigheid van een nationale maatregel te onderzoeken. De deelstaat Baden-Württemberg sluit zich aan bij dit standpunt.

88. Wat de vraag van de verwijzende rechter betreft staan G. Orfanopoulos en zijn kinderen, de Italiaanse regering en de Commissie op het standpunt dat de uitzonderingen die het gemeenschapsrecht op het beginsel van het vrije verkeer maakt, moeten worden beoordeeld met inachtneming van het recht op bescherming van het gezinsleven. De betrokken nationale regeling kan slechts onder de uitzondering uit hoofde van met redenen van openbare orde als bedoeld in artikel 39, lid 3, EG en nader uitgewerkt in richtlijn 64/221 vallen, indien deze regeling in overeenstemming is met de grondrechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert.

89. Deze beginselen worden niet betwist door de Duitse regering. Zij betoogt echter dat het toepasselijke nationale recht afdoen rekening heeft gehouden met de vereisten die voorvloeien uit het evenredigheidsbeginsel, en met het specifieke belang van het vrije verkeer van personen in het gemeenschapsrecht, alsmede met de fundamentele rechten die daarmee verband houden zoals de eerbiediging van het gezinsleven.

- Antwoord van het Hof

90. Hoewel er in de gestelde vraag van uit is gegaan dat er in het geval van het hoofdgeding rekening is gehouden met het persoonlijke gedrag van de persoon jegens wie een besluit tot uitzetting is genomen, moet, zoals verschillende belanghebbenden die opmerkingen hebben ingediend, hebben voorgesteld, vooraf worden onderzocht of artikel 39 EG en richtlijn 64/221 zich verzetten tegen een nationale regeling volgens welke onderdanen van andere lidstaten die voor bepaalde strafbare feiten tot bepaalde straffen zijn veroordeeld, en die een speciale bescherming genieten omdat zij in gezinsverband met een Duitse onderdaan leven, in de regel worden uitgezet.

91. In dit verband zij opgemerkt dat, zoals uit punt 71 van het onderhavige arrest blijkt, artikel 39 EG en artikel 3 van richtlijn 64/221 zich verzetten tegen een na-

tionale regeling die de nationale autoriteiten verplicht onderdanen van andere lidstaten van het grondgebied te verwijderen, wanneer die wegens een opzettelijk gepleegd strafbaar feit in de zin van de wet inzake verdovende middelen tot een jeugdstraf van minstens twee jaar of tot een vrijheidsstraf zijn veroordeeld, voorzover de straf niet voorwaardelijk is opgelegd.

92. In casu blijkt op het eerste gezicht dat er in het in de verwijzingsbeschikking beschreven stelsel van uitzetting ondanks de inaanmerkingneming van gezinsomstandigheden een zeker automatisme bestaat of althans een vermoeden dat de betrokken onderdaan moet worden uitgezet. Blijkens § 48, lid1, eerste volzin, van het Ausländergesetz mogen degenen die een bijzonder bescherming genieten slechts om zeer ernstige, met de openbare veiligheid en de openbare orde verband houdende redenen van het grondgebied worden verwijderd. Ingevolge de tweede volzin van dit lid is er echter van dergelijke redenen sprake in de in §47, lid 1, van deze wet genoemde gevallen.

93. Indien komt vast te staan dat het betrokken stelsel inderdaad deze strekking heeft, moet worden vastgesteld dat het ertoe leidt dat de verwijdering van het grondgebied van een onderdaan van een andere lidstaat die voor bepaalde strafbare feiten tot bepaalde straffen is veroordeeld, niettegenstaande de inaanmerkingneming van gezinsomstandigheden wordt gelast op basis van het vermoeden dat hij moet worden uitgezet, zonder dat behoorlijk rekening is gehouden met zijn persoonlijke gedrag noch met het gevaar dat hij voor de openbare orde vertegenwoordigt.

94. Daaruit volgt dat een dergelijk stelsel in strijd is met artikel 39 EG en artikel 3 van richtlijn 64/221.

95. Wat de vraag van de verwijzende rechter betreft, zij eraan herinnerd dat het onderzoek dat in het concrete geval door de nationale autoriteiten wordt verricht naar het eventuele bestaan van een persoonlijk gedrag dat een actuele bedreiging voor de openbare orde vormt, en in voorkomend geval naar de vraag waar het billijke evenwicht tussen de betrokken rechtmatige belangen ligt, met inachtneming van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht dient te geschieden.

96. Bij de beoordeling van waar het billijke evenwicht tussen de betrokken rechtmatige belangen ligt, dient de bevoegde nationale autoriteit rekening te houden met de speciale rechtspositie van de onder het gemeenschapsrecht vallende personen en met het fundamentele karakter van het beginsel van het vrij verkeer van personen (zie in die zin arrest Bouchereau, reeds aangehaald, punt 30).

97. Voorts moet rekening worden gehouden met de grondrechten waarvan het Hof de eerbiediging verzekert. Redenen van algemeen belang kunnen immers slechts worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een nationale maatregel die het vrije verkeer van werknemers belemmert, wanneer de betrokken maatregel rekening houdt met dergelijke rechten (zie in die zin arresten van 18juni 1991, ERT, C-260/89, Jurispr.

blz. I-2925, punt 43; 26 juni 1997, Familiapress, C-368/95, Jurispr. blz. I-3689, punt 24, en 11 juli 2002, Carpenter, C-60/00, Jurispr. blz. I-6279, punt 40).

98. Wat dit aangaat, is in het kader van het gemeenschapsrecht het belang erkend om de bescherming van het gezinsleven van de gemeenschapsonderdanen te verzekeren teneinde belemmeringen voor de door het Verdrag gegarandeerde fundamentele vrijheden uit de weg te ruimen. Vaststaat dat het uitsluiten van een persoon uit het land waar zijn naaste verwanten leven, een inmenging kan vormen in het recht op eerbiediging van het gezinsleven bij artikel 8 EVRM wordt beschermd en dat deel uitmaakt van de grondrechten die volgens vaste rechtspraak van het Hof in de communautaire rechtsorde worden beschermd (zie arrest Carpenter, reeds aangehaald, punt 41).

99. Ten slotte dient te worden beklemtoond dat het evenredigheidsbeginsel moet worden geëerbiedigd. Voor de beoordeling of de voorgenomen inmenging evenredig is aan het nagestreefde legitieme doel, in casu de bescherming van de openbare orde, moet met name rekening worden gehouden met de aard en de ernst van het door belanghebbende gepleegde strafbare feit, de duur van zijn verblijf in de lidstaat van ontvangst, de periode die is verstreken sinds het strafbare feit is gepleegd, de gezinssituatie van de belanghebbende en de ernst van de moeilijkheden waarmee de echtgenoot en hun eventuele kinderen in het land van herkomst van de belanghebbende geconfronteerd dreigen te worden (zie in die zin, wat artikel 8 EVRM betreft, Eur. Hof R.M., arrest van 2augustus 2001, Boultif/Zwitserland, Recueil des arrêts et décisions, §48).

100. Gelet op het voorgaande moeten de eerste vraag en de in het kader daarvan gestelde prealabele vraag worden beantwoord als volgt:

- artikel 39 EG en artikel 3 van richtlijn 64/221 verzetten zich tegen een nationale regeling of praktijk op grond waarvan de verwijdering van het grondgebied van een onderdaan van een andere lidstaat die voor bepaalde strafbare feiten tot bepaalde straffen is veroordeeld, niettegenstaande de inaanmerkingneming van gezinsomstandigheden, wordt gelast op basis van het vermoeden dat hij dient te worden uitgezet, zonder dat behoorlijk rekening is gehouden met zijn persoonlijke gedrag en met het gevaar dat hij voor de openbare orde vertegenwoordigt.

- artikel 39 EG en richtlijn 64/221 verzetten zich daarentegen niet tegen de uitzetting van een onderdaan van een lidstaat die voor bepaalde strafbare feiten tot een bepaalde straf is veroordeeld, en die enerzijds een actuele bedreiging voor de openbare orde vormt en anderzijds vele jaren in de lidstaat van ontvangst heeft verbleven en gezinsomstandigheden kan aangevoeren tegen die uitzetting, mits de beoordeling door de nationale autoriteiten in het concrete geval van de vraag waar het billijke evenwicht tussen de betrokken legitieme belangen ligt, wordt verricht met inachtneming van de algemene beginselen van het gemeen-

schapsrecht, en met name door naar behoren rekening te houden met de grondrechten zoals de bescherming van het gezinsleven.

De tweede vraag

- Strekking van de vraag

101. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 9, lid 1, van richtlijn 64/221 in de weg staat aan een regeling zoals die van de deelstaat Baden-Württemberg, waarin met betrekking tot het besluit tot verwijdering van het grondgebied door het Regierungspräsidium niet is voorzien in een bezwaarschriftprocedure waarin tevens de doelmatigheid van dat besluit wordt onderzocht, wanneer er geen van deze autoriteit onafhankelijke instantie bestaat.

102. Blijkens de verwijzingsbeschikking en de opmerkingen van de Duitse regering worden de rechtmatigheid en de doelmatigheid van een bezwarende administratieve handeling in Duitsland in beginsel in een precontentieuze procedure door het bestuur gecontroleerd voordat een vordering tot nietigverklaring wordt ingesteld. Volgens § 68, lid 1, eerste volzin, van de Verwaltungsgerichtsordnung kan echter bij wet, zelfs bij wet van een deelstaat, van dit beginsel worden afgeweken. De deelstaat Baden-Württemberg heeft van deze mogelijkheid gebruik gemaakt bij de vaststelling van § 6 bis van het Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung. Krachtens deze op 1 juli 1999 in werking getreden bepaling is een precontentieuze procedure uitgesloten voor een bestuurshandeling van een Regierungspräsidium.

- Bij het Hof ingediende opmerkingen

103. G. Orfanopoulos en zijn kinderen, de Italiaanse regering en de Commissie stellen voor deze vraag bevestigend te beantwoorden. Blijkens de rechtspraak van het Hof moet richtlijn 64/221 de onderdanen van de lidstaten in staat stellen een uitputtend onderzoek te verkrijgen van alle feiten en omstandigheden, met inbegrip van de doelmatigheid van de voorgenomen maatregel, voordat het besluit tot uitzetting definitief wordt vastgesteld.

104. De Duitse regering betoogt dat artikel 9, lid 1, van richtlijn 64/221 zich niet verzet tegen een regeling zoals die welke in de deelstaat Baden-Württemberg geldt, aangezien verzekerd is dat het overheidsbesluit tijdig en grondig materieelrechtelijk wordt getoetst. Zij voert in dit verband het arrest Shingara en Radiom, reeds aangehaald, aan. Bescherming tegen uitzettingen is in deze deelstaat in het kader van de administratieve procedure verzekerd, omdat deze is gegarandeerd in het kader van een gerechtelijke procedure. De toetsing door de administratieve rechter betreft enerzijds de vraag of rechtens en feitelijk aan de materieelrechtelijke voorwaarden voor een besluit tot verwijdering van het grondgebied is voldaan, met inbegrip van de vraag of de bevoegde instantie de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid heeft overschreden, en anderzijds de inhoud van het besluit.

- Antwoord van het Hof

105. Artikel 9, lid 1, van richtlijn 64/221 beoogt een minimale procedurele waarborg te bieden aan degenen jegens wie een besluit tot verwijdering van het grondgebied wordt genomen. Dit artikel, dat in drie gevallen van toepassing is, te weten bij ontstentenis van mogelijkheden van gerechtelijk beroep of indien dit beroep slechts betrekking heeft op de wettigheid van het besluit of indien dit beroep geen opschortende werking heeft, voorziet in het optreden van een andere bevoegde instantie dan die welke gerechtigd is om het besluit te nemen. Behoudens in dringende gevallen, mag de overheidsinstantie haar besluit slechts nemen na advies door de andere bevoegde instantie. De betrokkene moet ten overstaan van laatstbedoelde instantie gebruik kunnen maken van zijn middelen tot verweer en zich kunnen laten bijstaan of vertegenwoordigen volgens de procedurebepalingen van de nationale wetgeving (zie in die zin arresten van 18 oktober 1990, Dzodzi, C-297/88 en C-197/89, Jurispr. blz. I-3763, punt 62, en Yiadom, reeds aangehaald, punten 29-31).

106. Blijkens de rechtspraak van het Hof dient het optreden van de in artikel 9, lid 1, genoemde 'bevoegde instantie' een uitputtend onderzoek mogelijk te maken van alle feiten en omstandigheden, met inbegrip van de doelmatigheid van de voorgenomen maatregel, voordat het besluit definitief wordt vastgesteld (arresten Santillo, reeds aangehaald, punt 12, en 18 mei 1982, Adoui en Cornuaille, 115/81 en 116/81, Jurispr. blz. 1665, punt 15). Het Hof heeft tevens gepreciseerd dat de overheidsinstantie, behoudens in dringende gevallen, haar besluit slechts kan nemen na advies van de bevoegde autoriteit (arresten van 5 maart 1980, Pecastaing, 98/79, Jurispr. blz. 691, punt 17, en Dzodzi, reeds aangehaald, punt 62).

107. In casu is niet betwist dat de besluiten tot uitzetting door de Regierungspräsidien in de deelstaat Baden-Württemberg door de administratieve rechter worden getoetst in het kader van een procedure in rechte.

108. De verwijzende rechter gaat ervan uit dat er in deze deelstaat tegen deze besluiten tot uitzetting geen bezwaarschriftprocedure mogelijk is noch een beroep in rechte openstaat, waarin de doelmatigheid van de voorgenomen uitzettingsmaatregel wordt getoetst. Met betrekking tot de beroepen in rechte laat hij echter een zekere twijfel bestaan.

109. Om te beginnen moet de stelling van de Duitse regering worden afgewezen dat het ter eerbiediging van artikel 9, lid 1, van richtlijn 64/221 volstaat dat het overheidsbesluit tijdig en grondig materieelrechtelijk wordt getoetst.

110. Een dergelijke uitlegging kan degenen jegens wie een besluit tot verwijdering van het grondgebied is genomen niet de waarborg bieden van een uitputtende doelmatigheidstoetsing van de voorgenomen maatregel en voldoet niet aan de vereisten van een voldoende doeltreffende bescherming (zie in die zin

arresten van 15 mei 1986, Johnston, 222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 17, en 15 oktober 1987, Heylens e.a., 222/86, Jurispr. blz. 4097, punten 14 en 15). Zij ontnemen immers artikel 9, lid 1, van richtlijn 64/221 zijn nuttige werking.

111. Dit is daarentegen anders in het geval waarin het overheidsbesluit grondig materieelrechtelijk wordt getoetst en de voorgenomen maatregel uitputtend op zijn doelmatigheid wordt getoetst.

112. Gelet op de twijfel die de verwijzende rechter heeft laten bestaan over de omvang van de controle door de bevoegde rechter, te weten de Verwaltungsgerichte, moet hij nagaan of deze de doelmatigheid van de uitzettingmaatregelen kunnen toetsen.

113. Voorzover zou blijken dat de tegen het besluit tot uitzetting ingestelde beroepen in de omstandigheden van het hoofdgeding enkel de rechtmatigheid ervan betreffen, moet worden nagegaan of is voldaan aan de voorwaarde van een optreden van een andere bevoegde instantie dan die welke bevoegd is om het besluit te nemen, en in voorkomend geval of een dergelijk optreden aan de in punt 106 van het onderhavige arrest genoemde voorwaarden voldoet.

114. In richtlijn 64/221 wordt het begrip 'onafhankelijke instantie' niet gepreciseerd. Blijkens punt 19 van het reeds aangehaalde arrest Santillo laat de richtlijn de lidstaten een beoordelingsmarge bij de aanwijzing van de instantie. Als zodanig kan worden beschouwd iedere openbare instantie die onafhankelijk is van de overheidsinstantie welke een der in die richtlijn bedoelde maatregel moet nemen, en die zodanig is ingericht dat de betrokkene het recht heeft zich voor haar te doen vertegenwoordigen en gebruik te maken van zijn middelen tot verweer.

115. In casu kon bij onderzoek van het dossier niet worden vastgesteld of er tussen de vaststelling van het besluit van het Regieringspresidium en de rechterlijke controle achteraf door de administratieve rechter, een onafhankelijke instantie in de zin van artikel 9, lid 1, van richtlijn 64/221 optreedt. Dit onderzoek heeft het evenmin mogelijk gemaakt vast te stellen dat er in de omstandigheden als bedoeld in het hoofdgeding, sprake was van een dringend geval.

116. Gelet op het voorgaande dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 9, lid 1, van richtlijn 64/221 zich verzet tegen een bepaling van een lidstaat die niet voorziet in een bezwaarschriftprocedure en evenmin in een beroep in rechte, waarin ook de doelmatigheid wordt onderzocht, tegen een besluit van een overheidsinstantie tot uitzetting van een onderdaan van een andere lidstaat, indien er niet een van deze overheidsinstantie onafhankelijke instantie bestaat. De nationale rechter dient na te gaan of rechterlijke instanties zoals de Verwaltungsgerichte de doelmatigheid van uitzettingsmaatregelen kunnen onderzoeken.

Kosten

117. De kosten door de Duitse en de Italiaanse regering alsmede door de Commissie wegens indiening

van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, komen niet voor vergoeding in aanmerking. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (zie voor dictum de kop boven deze uitspraak)

Noot

In dit arrest preludeert het Hof al op de hercodificatie van het recht op vrij verkeer van unieburgers en hun gezinsleden in de Richtlijn 2004/38/EG. De Raad en het Europese Parlement stelden die richtlijn vast op dezelfde dag waarop dit arrest werd uitgesproken. Zo wijst het Hof er op dat de lidstaten bij besluiten tot beëindiging van het verblijfsrecht van EU migranten op openbare orde gronden het recht op gezinsleven van de betrokkene en van zijn gezinsleden, zoals gegarandeerd in artikel 8 EVRM in acht moeten nemen. Het Hof integreert de criteria die het EHRM in het arrest Boulif had geformuleerd, in het EG migratierecht door ze als een invulling van het gemeenschapsrechtelijke evenredigheidsbeginsel te zien (r.o. 98 en 99). Dat is precies de weg die ook in de artt. 28 en 31 van de nieuwe richtlijn wordt gevolgd. In art. 28, eerste lid, van de richtlijn worden de in Straatsburg ontwikkelde toetsingscriteria bondig samengevat en in art. 31, derde lid van de richtlijn wordt bepaald dat de rechtsmiddelen tegen een besluit tot verwijdering op openbare orde gronden moeten 'garanderen [...] dat het besluit niet onevenredig is met name gelet op de voorwaarden van artikel 28.'

Het arrest vormt verder een goede waarschuwing dat drie nationaalrechtelijke manieren van doen in Nederland minder vanzelfsprekend zijn dan vaak wordt gedacht en tot strijdigheid met het gemeenschapsrecht kunnen leiden: de ex-tunc toetsing en de argumentatieve fuik, het automatisme bij de ongewenstverklaring en het verbod van de Afdeling op ambtshalve toetsing door de rechter aan het gemeenschapsrecht.

In r.o. 65 stelt het Hof dat de hoedanigheid van burger van de Unie een bijzonder strikte uitlegging van de openbare orde uitzondering op het vrij verkeer van unieburgers vereist. Onder verwijzing naar deze overweging concludeert het Hof in r.o. 79 dat 'op het tijdstip waarop de uitzetting plaats vindt, in beginsel aan de voorwaarde betreffende het bestaan van een actuele bedreiging moet zijn voldaan.' Dat leidt dan tot het derde dictum van dit arrest dat art. 3 van Richtlijn 64/221 zich verzet tegen een nationale praktijk waarbij de nationale rechter die de rechtmatigheid van de uitzetting toetst, geen rekening houdt met feiten die zich voordeden na de laatste overheidsbeslissing en die er toe kunnen leiden dat de actuele bedreiging is weggelaten of sterk verminderd. Dit onderdeel van het dictum geeft een uitleg van art. 3 van de richtlijn. Die wordt door het Hof niet gekoppeld aan een bepaalde

variant van de regeling van de nationale rechtsbescherming zoals voorzien in de artt. 8 en 9 van de richtlijn. De stelling van de Duitse regering dat nieuwe feiten en een positieve ontwikkeling van de betrokkene alsnog bij de besluitvorming over de uitvoering van de uitzetting aan de orde kunnen komen (r.o. 76), wordt door het Hof verworpen.

De uit 1964 daterende archaïsche regeling van de rechtsbescherming in Richtlijn 64/221 wordt uiterlijk eind april 2006 vervangen door art. 31 in de nieuwe Richtlijn 2004/38/EG die voorziet in een 'toegang tot gerechtelijke en in voorkomend geval administratieve rechtsmiddelen' tegen een besluit tot verwijdering. Omdat in het Nederlandse stelsel een besluit tot intrekking of niet verlenging van een verblijfstitel zich ook uitstrekt tot de uitzetting, kan de ex-tunc regel, waarbij feiten en omstandigheden die zich na de bestreden beschikking hebben voorgedaan door de rechter buiten beschouwing worden gelaten, niet worden toegepast ten aanzien van unieburgers en hun gezinsleden. De rechter moet met dergelijke nieuw opgekomen feiten wel degelijk rekening houden. Zeker als er tussen het bestreden besluit en de behandeling van het beroep door de rechter langere tijd is verlopen. Ze kunnen dus ook voor het eerst bij de rechter worden aangevoerd. Bij het Hof is thans aanhangig de vraag of datzelfde ook geldt voor Turkse burgers en hun gezinsleden, die een verblijfsrecht aan Besluit 1/80 ontlenen, zie de zaak *Dörr en Unal C-136/03*.

Het bovenstaande arrest is verder een herhaalde waarschuwing (na het arrest *Calfa*, RV 1999, 86) aan het adres van de minister en de IND dat de praktijk om ook bij beslissingen over de verblijfsbeëindiging en ongewenstverklaring van unieburgers vooral of zelfs uitsluitend de glijdende schaal van art. 3.86 Vb toe te passen, tot met het gemeenschapsrecht strijdige beslissingen kan leiden. Zowel bij verblijfsbeëindiging als bij ongewenstverklaring kennen de Vw en het Vb aan de minister een bevoegdheid toe. In de praktijk worden die bevoegdheden, mede als gevolg van de instructies in de Vreemdelingencirculaire, in veel gevallen als dwingende bepalingen gehanteerd. De bevoegdheden worden steeds gebruikt, als de vreemdeling niet wordt beschermd door de glijdende schaal. Die praktijk wordt wat betreft unieburgers nog versterkt doordat in de Vreemdelingencirculaire in deel B10/7 niet expliciet wordt vermeld dat bij unieburgers en hun gezinsleden naast en na de toetsing aan de glijdende schaal ook nog aan de strengere norm die in de rechtspraak van het Hof is ontwikkeld, moet worden getoetst, terwijl het algemene deel van de circulaire op het punt van verblijfsbeëindiging wat betreft unieburgers in B1/2.2.4 alleen een zeer algemene verwijzing naar deel B10 bevat. Het Hof maakt in het derde en het vierde onderdeel van het dictum en in de r.o. 44, 92 en 93 duidelijk dat voor de vraag of het gemeenschapsrecht wordt nageleefd of geschonden, niet alleen beslissend is hoe de nationale regelingen luiden maar ook hoe de praktijk bij de uitvoering van die regels is.

Ten slotte bevat bovenstaand arrest een belangrijke aanwijzing dat zowel de rechtspraak van de Afdeling als een aantal auteurs op het verkeerde spoor zit wat betreft de vraag of de nationale rechter ambtshalve het Gemeenschapsrecht inzake het vrij verkeer van personen mag of zelfs moet toepassen. In de r.o. 52-54 blijkt dat het Hof over onvoldoende informatie beschikte om vast stellen of Oliveri zich op art. 39 EG-Verdrag of op een andere verdragsbepaling of op de secundaire regels inzake vrij verkeer van personen kon beroepen. Het Hof overweegt dan dat wel vaststaat dat Oliveri als burger van de Unie op grond van art. 18 EG-Verdrag het recht heeft om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven. Het Hof vervolgt: 'In een dergelijke situatie dient de verwijzende rechter vast te stellen, op welke andere communautaire bepalingen dan art. 18, lid 1, EG een onderdaan van een lidstaat, zoals Oliveri, zich [...] eventueel kan beroepen.' De nationale rechter moet, zo zegt het Hof, nagaan of de belanghebbende onder de werkingssfeer van art. 39 EG-Verdrag valt 'of dat hij zich op andere bepalingen van gemeenschapsrecht kan beroepen, zoals richtlijn 90/364 of artikel 49 EG, dat met name geldt voor personen te wier behoefte diensten worden verricht' (r.o. 54). Het Hof zegt dus met zoveel woorden dat, als vaststaat dat de betrokkene een burger van de Unie is, de nationale rechter moet nagaan op welke bepalingen de betrokkene zich 'eventueel kan beroepen' of zich 'kan beroepen'. Die instructie van het Hof aan de nationale rechter omvat juist de gevallen waarin de betrokkene geen expliciet beroep op een van bepalingen uit het Verdrag of uit de secundaire regels heeft gedaan, maar dat had kunnen doen. De bijzondere status van unieburger, die het Hof in r.o. 65 benadrukt, vereist een meer dan normale activiteit van de nationale rechter, zeker in die gevallen waar de bevoegde nationale autoriteiten hun verplichting uit het EG-Verdrag om uit eigen beweging vast te stellen of een Unieburger een verblijfsrecht aan het Verdrag kan ontlenen niet zijn nagekomen.

In de noot onder nr. 49 in deze bundel geeft Marcelle Reneman een uitvoerig overzicht van de rechtspraak van de Afdeling en van de literatuur over dit onderwerp. De toepassing van de daar beschreven complexe bestuursprocesrechtelijke dogmatiek leidt er toe, dat 'de rechter niet of nauwelijks ambtshalve aan EG-recht mag toetsen'. De Afdeling is verantwoordelijk voor dat resultaat omdat ze als beslissende norm hanteert dat de nationale procedureregels 'de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken'. Het Hof vermeldt die norm ook in het kader van het antwoord op de vraag over de toelaatbaarheid van de ex-tunc toetsing, zie r.o. 80. Blijkens de r.o. 52-54 is die norm echter niet de enige die de taak van de nationale rechter bepaalt in zaken betreffende het fundamentele recht op vrije verkeer van unieburgers. In de benadering van de Afdeling domineert het nationaalrechtelijke perspectief boven het gemeenschaps-

rechtelijke. Ze wordt gekenmerkt door een neiging tot afweer tegen het gemeenschapsrecht. Bovendien veronachtzaamt die benadering dat haar uitkomst niet is gebaseerd op een duidelijke keuze van de nationale wetgever, maar op een restrictieve uitleg die de Afdeling zelf aan twee open geformuleerde begrippen heeft gegeven, te weten aan het begrip 'aanvullen van de rechtsgronden' in art. 8:69 Awb en aan het begrip 'openbare orde'. Het staat de Afdeling vrij om zelf te beslissen dat deze termen in zaken betreffende de toepassing van het EG-recht inzake vrij verkeer van personen een andere betekenis hebben, juist omdat het Hof van Justitie in bovenstaand arrest heeft geoordeeld dat het de taak van de nationale rechter is om te voorkomen dat de nationale autoriteiten een Unieburger uitzetten zonder na te gaan of deze een gemeenschapsrechtelijk verblijfsrecht heeft. De interpretatie van open begrippen in de Awb, die er toe leidt dat de nationale rechter die bescherming alleen mag bieden aan een unieburger, die zich tegen verblijfsbeëindiging of uitzetting verzet, als de betrokkene of zijn advocaat, expliciet de juiste verdragsbepaling of het nummer van de richtlijn noemt, doet eerder denken aan het formalisme van het Romeinsrechtelijke procesrecht dan aan de 'gemeenschapstrouw' waartoe Nederland zich in art. 10 EG-Verdrag heeft verplicht. Dit geldt evenzeer voor een Turkse burger die stelt langere tijd legaal in Nederland te hebben gewerkt, of hier voor gezinshereniging te zijn toegelaten of in Nederland te zijn geboren. Als de IND niet uit eigen beweging is nagegaan of de betrokkene op grond van die feiten een verblijfsrecht aan Raadsbesluit 1/80 ontleent, dan dient de rechter op basis van de gestelde feiten zulks te doen, ook als de vreemdeling niet zelf de term 'Besluit 1/80' in de mond neemt of uit zijn pen laat vloeien, zie ABRvS 3 december 2003, JV 2004/49 m.n. Boeles. Voor ander commentaar op dit arrest zie P.Boeles in JV 2004/227 en H. Oosterom-Staples in Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht 2004, p. 296.

CAG