

*De conclusie is dat, voorlopig oordelende, verzoeker recht heeft op opvang op grond van de Richtlijn, omdat nog geen definitief besluit is genomen over zijn asielverzoek en het hem is toegestaan in Nederland te verblijven. Dit recht zou eerst eindigen als het besluit tot ongewenstverklaring in rechte onaantastbaar is geworden. Het is daarom mogelijk dat door de meer genoemde jurisprudentie van de AbRS artikel 4, tweede lid, van de Rva 2005 niet (langer) in overeenstemming is met de Richtlijn. Ditzelfde lot zou artikel 10, eerste lid, van de Vw 2000 kunnen treffen, voor zover het opvang betreft.*

**Art. 4, lid 2, Rva 2005; art. 10 en 67, lid 3 Vw 2000; art. 2, onder c, 3, lid 1 en 16 Richtlijn 2003/9.**

[verzoeker], geboren op [geboortedatum] 1947, van Afghaanse nationaliteit, verzoeker, gemachtigde: mr. M.J.A. Leijen, advocaat te Alkmaar, tegen: het Centraal Orgaan opvang asielzoekers (COA), verweerder, gemachtigde: mr. S.F. Leeuwin en mr. S.R. Fernhout.

**Nr. 93: Ongewenstverklaring, opvang en de opvangrichtlijn**

Voorzieningenrechter rechtbank 's-Gravenhage, zp Amsterdam 22 april 2008, AWB 08/8712 (mr. Korte). LJN: BD0975, JV 2008/287 m.nt. Slingenberg

*De voorzieningenrechter overweegt dat de AbRS in eerdergenoemde jurisprudentielijn tevens heeft geoordeeld dat de argumenten tegen de afwijzing van een asielaanvraag in de procedure tegen de ongewenstverklaring naar voren kunnen worden gebracht. Bij deze stand van de jurisprudentie is naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter de procedure tegen de ongewenstverklaring daarom tevens de procedure waarin de aanspraken van een asielzoeker op internationale bescherming in rechte kunnen worden beoordeeld, en daarmee een procedure tegen een afwijzend asielbesluit in de zin van de Richtlijn.*

*Daarom moet er voorlopig van worden uitgegaan dat over verzoekers asielverzoek nog geen definitief besluit is genomen in de zin van artikel 2, aanhef en onder c, van de Richtlijn.*

*Verweerder heeft ter zitting nog betoogd dat verzoeker ingevolge artikel 3, eerste lid, van de Richtlijn niet onder de werkingssfeer van de Richtlijn valt, omdat het hem gelet op zijn ongewenstverklaring, niet is toegestaan op het grondgebied van Nederland te verblijven. Dit betoog kan, voorlopig oordelende, niet worden gevolgd, omdat de vraag of verzoeker op het grondgebied van Nederland mag verblijven aan de hand van de Richtlijn dient te worden vastgesteld. Het feit dat verzoeker naar Nederlands recht geen rechtmatig verblijf heeft in Nederland, heeft niet noodzakelijk tot gevolg dat verzoeker niet onder de werkingssfeer van de Richtlijn valt. De Richtlijn bepaalt immers niet dat dit 'toegestaan zijn te verblijven' alleen kan krachtens de nationale wet. Nu verzoekers uitzetting is verboden, kan voorlopig niet geoordeeld worden dat hij hier niet mag verblijven in de zin van de Richtlijn.*  
(...)

**I. PROCESVERLOOP**

1. Op 11 maart 2008 heeft verzoeker beroep ingesteld tegen de weigering van verweerder te beslissen op zijn verzoek om opvang van 10 januari 2008. Bij brief van 11 maart 2008 is verzocht een voorlopige voorziening te treffen die ertoe strekt dat verweerder wordt opgedragen tot het verlenen van opvang aan verzoeker bij zijn gezin in het AZC te Schagen, dan wel om verzoeker te behandelen als ware hij niet ongewenst verklaard en als een asielzoeker in de zin van de Rva 2005.
2. Bij besluit van 28 maart 2008 heeft verweerder het verzoek om opvang afgewezen.
3. Bij brief van 7 april 2008 heeft verzoeker bericht dat zijn beroep zich thans richt tegen het besluit van 28 maart 2008. Ten aanzien van het verzoek om een voorlopige voorziening is verzocht te bepalen dat verweerder gehouden is hem te behandelen als ware hij asielzoeker in de zin van de Rva 2005 met recht op opvang, totdat is beslist over het beroep inzake de opvang.
4. Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 8 april 2008. Verzoeker is aldaar in persoon verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. Verweerder heeft zich doen vertegenwoordigen door zijn voornoemde gemachtigden. Tevens was ter zitting aanwezig M. Rastegar, als tolk Dari.
5. De voorzieningenrechter heeft het onderzoek ter zitting gesloten.

**II. FEITEN**

1. Verzoeker heeft op 23 november 1998 een aanvraag om toelating als vluchteling ingediend. Na gegronde verklaring van het beroep tegen het afwijzende besluit van 30 januari 2004 heeft verweerder bij besluit van 14 juni 2007 deze aanvraag opnieuw afgewezen op grond van artikel 31, eerste lid, juncto artikel 31, tweede lid, aanhef en onder k, van de Vw 2000, omdat artikel 1(F) van het Vluchtelingenverdrag op verzoeker van toepassing is. Tevens is verzoeker bij datzelfde besluit ongewenst

verklaard op grond van artikel 67, eerste lid, aanhef en onder e, van de Vw 2000.

2. Verweerder heeft de opvang van verzoeker beëindigd.

3. Tegen de afwijzing van zijn aanvraag heeft verzoeker beroep ingesteld. Hierop is nog niet beslist. 4. Tegen de ongewenstverklaring heeft verzoeker bezwaar gemaakt en een verzoek om voorlopige voorziening ingediend. Dit verzoek is door de voorzieningenrechter van deze rechtbank en zittingsplaats bij uitspraak van 14 november 2007, kenmerk AWB 07/37499, toegewezen. Daarbij is bepaald dat verweerder wordt verboden om verzoeker uit te zetten en dat de strafrechtelijke gevolgen van de ongewenstverklaring worden geschorst totdat op het bezwaar is beslist. Thans is nog niet op het bezwaarschrift beslist.

### III. OVERWEGINGEN

1. Aan de orde is de vraag of er aanleiding bestaat de gevraagde voorziening te treffen. Een dergelijke voorziening kan op grond van artikel 8:81 van de Awb worden getroffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

2. Verweerder heeft het verzoek om opvang afgewezen omdat verzoeker vanwege zijn ongewenstverklaring ingevolge artikel 4, tweede lid, van de Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005 (RvA 2005) geen recht heeft op opvang. Uit de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (AbRS) van 22 december 2006, kenmerk 200605335/1, en 28 juni 2002, kenmerk 200202573/1, volgt dat een ongewenst verklaarde vreemdeling gelet op het bepaalde in artikel 67, derde lid, van de Vw 2000, geen rechtmatig verblijf kan hebben in de zin van artikel 8 van de Vw 2000. Hieraan doet niet af dat hangende het bezwaar tegen de ongewenstverklaring een verzoek om een voorlopige voorziening is toegewezen.

3. Verzoeker heeft aangevoerd dat artikel 5, eerste lid, onder a, van de Rva 2005 weer op hem van toepassing is, nu de voorzieningenrechter van deze rechtbank en zittingsplaats het rechtsgevolg uitzetting klevend aan het besluit tot ongewenstverklaring van verzoeker heeft geschorst in haar uitspraak van 14 november 2007. Voor zover artikel 4, tweede lid, van de Rva 2005 in de weg zou staan aan het verlenen van opvang aan verzoeker, dan is dit artikel in strijd met de Richtlijn 2003/9/EG van de Raad van de Europese Unie van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten (hierna: de Richtlijn) en dient het buiten toepassing te worden gelaten.

De voorzieningenrechter overweegt als volgt.

4. Ten aanzien van de ontvankelijkheid van onderhavig verzoek wordt als volgt overwogen. Volgens bestendige jurisprudentie van de AbRS heeft een asielzoeker geen procesbelang bij zijn beroep tegen een afwijzend asielbesluit, zolang een ongewenstverklaring ten aanzien van hem niet is opgeheven of herroepen, omdat hij zolang geen rechtmatig verblijf kan hebben. Met het afwijzende besluit als meeromvattende beschik-

king is ook het recht op opvang geëindigd. De vraag of ondanks deze jurisprudentie wel kan worden geprocedeerd tegen het asielbesluit wat betreft de beëindiging van het recht op opvang, zoals eiser met een beroep op artikel 21 van de Richtlijn heeft betoogd, en dus of in zoverre wel procesbelang bestaat, kan in het midden blijven. Eiser heeft immers door middel van een aanvraag gericht aan verweerder het aan de Richtlijn ontleend recht op opvang gevraagd. Verweerder heeft hierop beslist en was daartoe bevoegd, ook indien dit een gebonden afwijzende beschikking zou zijn. Er dient een rechtsmiddel open te staan ter beoordeling van de vraag of het onthouden van opvang in dit geval in strijd is met eerdergenoemde Richtlijn. Het beroep tegen het bestreden besluit dient daartoe. Gelet op het gepretendeerde recht heeft verzoeker procesbelang bij dat beroep. Het onderhavige verzoek moet reeds om die reden ontvankelijk moet worden geacht.

5. Voorts is de voorzieningenrechter van oordeel dat sprake is van spoedeisend belang omdat verzoeker thans geen opvang heeft.

6.1 Vervolgens is aan de orde de vraag of het door verzoeker ingediende verzoek om een voorlopige voorziening, gelet op de betrokken belangen, voor toewijzing in aanmerking komt. Onderdeel van deze belangenafweging is een voorlopig rechtmatigheids-oordeel over het bestreden besluit.

6.2 Verzoeker heeft aangevoerd dat het bestreden besluit in strijd is met de Richtlijn.

6.3.1 Ingevolge artikel 2, aanhef en onder b, van de Richtlijn is een asielverzoek een door een onderdaan van een derde land of een staatloze ingediend verzoek dat kan worden opgevat als een verzoek om internationale bescherming door een lidstaat uit hoofde van het Verdrag van Genève. Elk verzoek om internationale bescherming wordt als een asielverzoek beschouwd, tenzij de betrokkene uitdrukkelijk om een andere vorm van bescherming vraagt waarom afzonderlijk kan worden verzoekt.

6.3.2 Ingevolge artikel 2, aanhef en onder c, van de Richtlijn wordt onder een asielzoeker verstaan een onderdaan van een derde land of een staatloze die een asielverzoek heeft ingediend waarover nog geen definitief besluit is genomen.

6.3.3 Ingevolge artikel 3, eerste lid, van de Richtlijn is de richtlijn van toepassing op alle onderdanen van derde landen en staatlozen die aan asielverzoek aan de grens of op het grondgebied van een lidstaat indienen voor zover zij als asielzoeker op het grondgebied mogen verblijven, alsmede op de gezinsleden, indien zij overeenkomstig het nationale recht onder dit asielverzoek vallen.

6.3.4 Ingevolge artikel 13, eerste lid van de Richtlijn zorgen de lidstaten ervoor dat voor asielzoekers materiële opvangvoorzieningen beschikbaar zijn wanneer zij hun asielverzoek indienen.

6.3.5 Ingevolge artikel 16, vijfde lid, van de Richtlijn zorgen de lidstaten ervoor dat er geen materiële opvangvoorzieningen beperkt of ingetrokken worden voordat er een negatieve beslissing genomen is.

6.4 Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) kunnen particulieren zich voor de nationale rechter tegenover een lidstaat op bepalingen van een richtlijn beroepen in alle gevallen waarin 1) die bepalingen inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn en 2) wanneer de lidstaat hetzij heeft verzuimd de richtlijn binnen de termijn in nationaal recht om te zetten, hetzij dit op onjuiste wijze heeft gedaan.

6.5 De voorzieningenrechter is van oordeel dat voornoemde artikelen van de Richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn. Aan de eerste voorwaarde voor een direct beroep op de bepalingen van de Richtlijn is dan ook voldaan.

6.6.1 De vraag is vervolgens of de Staat heeft verzuimd om de Richtlijn, en meer specifiek de voornoemde artikelen, binnen de geldende implementatietermijn om te zetten in nationale regelgeving dan wel dat dit op onjuiste wijze is gedaan.

6.6.2 Ingevolge artikel 26 van de Richtlijn is de einddatum van de implementatietermijn bepaald op 6 februari 2005. Verweerder heeft betoogd dat de Richtlijn is geïmplementeerd in de Rva 2005. De voorzieningenrechter stelt vast dat de Rva 2005 in werking is getreden op 5 februari 2005, derhalve vóór de einddatum van de implementatietermijn. Daarmee is echter nog geen oordeel gegeven over de vraag of de Richtlijn op juiste wijze in de Rva 2005 is geïmplementeerd.

Verzoeker heeft dit betwist en gesteld dat artikel 4, tweede lid, van de Rva 2005 in strijd is met de Richtlijn, omdat de Richtlijn een recht geeft op opvang zolang niet definitief op de asielaanvraag van verzoeker is beslist. Verweerder heeft betoogd dat verzoeker gelet op zijn ongewenstverklaring ingevolge vaste jurisprudentie van de AbRS geen belang meer heeft bij de procedure tegen de afwijzing van zijn asielaanvraag. Voorts geeft de Richtlijn geen nadere toelichting op het begrip 'definitief beslist'. Gelet hierop is artikel 4, tweede lid, van de Rva 2005 volgens verweerder niet in strijd met de Richtlijn.

6.6.3 De voorzieningenrechter overweegt dat de AbRS in eerdergenoemde jurisprudentielijn tevens heeft geoordeeld dat de argumenten tegen de afwijzing van een asielaanvraag in de procedure tegen de ongewenstverklaring naar voren kunnen worden gebracht. Bij deze stand van de jurisprudentie is naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter de procedure tegen de ongewenstverklaring daarom tevens de procedure waarin de aanspraken van een asielzoeker op internationale bescherming in rechte kunnen worden beoordeeld, en daarmee een procedure tegen een afwijzend asielbesluit in de zin van de Richtlijn.

Daarom moet er voorlopig van worden uitgegaan dat over verzoekers asielverzoek nog geen definitief besluit is genomen in de zin van artikel 2, aanhef en onder c, van de Richtlijn.

6.6.4 Verweerder heeft ter zitting nog betoogd dat verzoeker ingevolge artikel 3, eerste lid, van de Richtlijn niet onder de werkingssfeer van de Richtlijn valt, omdat het hem gelet op zijn ongewenstverklaring, niet is toegestaan op het grondgebied van Nederland te ver-

blijven. Dit betoog kan, voorlopig oordelende, niet worden gevolgd, omdat de vraag of verzoeker op het grondgebied van Nederland mag verblijven aan de hand van de Richtlijn dient te worden vastgesteld. Het feit dat verzoeker naar Nederlands recht geen rechtmatig verblijf heeft in Nederland, heeft niet noodzakelijk tot gevolg dat verzoeker niet onder de werkingssfeer van de Richtlijn valt. De Richtlijn bepaalt immers niet dat dit 'toegestaan zijn te verblijven' alleen kan krachtens de nationale wet. Nu verzoekers uitzetting is verboden, kan voorlopig niet geoordeeld worden dat hij hier niet mag verblijven in de zin van de Richtlijn.

6.6.5 In het vijfde lid van artikel 16 van de Richtlijn kan naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet gelezen worden, dat lidstaten na een afwijzende asielbeslissing, dus voordat daarover een definitief besluit genomen is, de opvang mogen beperken of intrekken. De negatieve beslissing bedoelt in dat artikellid ziet niet op het asielverzoek, maar op de opvang. Dit leidt de voorzieningenrechter af uit de bewoordingen van artikel 16 in verband met artikel 21 van de Richtlijn, en in afwijking van 'definitief besluit' in artikel 2, aanhef en onder c, van de Richtlijn. De voorzieningenrechter heeft hierbij ook acht geslagen op de Engelse, Franse en Duitse tekst van de Richtlijn.

6.6.6. De conclusie is dat, voorlopig oordelende, verzoeker recht heeft op opvang op grond van de Richtlijn, omdat nog geen definitief besluit is genomen over zijn asielverzoek en het hem is toegestaan in Nederland te verblijven. Dit recht zou eerst eindigen als het besluit tot ongewenstverklaring in rechte onaantastbaar is geworden. Het is daarom mogelijk dat door de meer genoemde jurisprudentie van de AbRS artikel 4, tweede lid, van de Rva 2005 niet (langer) in overeenstemming is met de Richtlijn. Ditzelfde lot zou artikel 10, eerste lid, van de Vw 2000 kunnen treffen, voor zover het opvang betreft.

6.7 Uit het voorgaande volgt dat het bestreden besluit naar voorlopig oordeel onrechtmatig is, zodat aanleiding bestaat de gevraagde voorziening te treffen.

6.8. De voorzieningenrechter ziet tevens aanleiding om met toepassing van het bepaalde in artikel 8:84, vierde lid, jo artikel 8:75 van de Awb verweerder te veroordelen in de kosten die verzoeker in verband met de behandeling van het verzoek bij de rechtbank redelijkerwijs heeft moeten maken. Op grond van het bepaalde in het Besluit proceskosten bestuursrecht worden de kosten vastgesteld op € 644,- (1 punt voor de voorlopige voorziening, 1 punt voor het verschijnen ter zitting, waarde per punt € 322,-, wegingsfactor 1).

#### IV. BESLISSING

De voorzieningenrechter

1. wijst het verzoek toe;
2. schorst het besluit van 28 maart 2008;
3. draagt verweerder op verzoeker opvang te verlenen totdat op het beroep is beslist;
4. veroordeelt verweerder in de hierboven bedoelde proceskosten, begroot op € 644,- (zegge: zeshonderd en vierenveertig euro), te betalen door de Staat der Nederlanden aan verzoeker.

Deze uitspraak is gedaan op 22 april 2008 door mr. O.L.H.W.I. Korte, voorzieningenrechter, in tegenwoordigheid van mr. S. Tax, griffier, en bekendgemaakt door verzending aan partijen op de hieronder vermelde datum.

De griffier,  
De voorzieningenrechter,  
Afschrift verzonden op:  
Conc: ST  
Coll.: WdJ  
D: B

Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open.

Noot.

1. In de onderhavige uitspraak oordeelt de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam over de vraag of artikel 4, lid 2 Rva 2005, waarin wordt bepaald dat een ongewenstverkleerde vreemdeling geen recht op opvang heeft, in strijd is met de Europese Opvangrichtlijn (Richtlijn 2003/9/EG van de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van minimumnormen voor de opvang van asielzoekers in de lidstaten). Deze uitspraak is eerder uitvoerig besproken door Slingenberg in haar annotatie bij JV 2008/287.

2. Ik zal beginnen met een korte samenvatting te geven van de voorgeschiedenis van deze uitspraak. De vreemdeling in kwestie diende op 23 november 1998 een asielaanvraag in. Op 14 juni 2007 werd deze aanvraag afgewezen op basis van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag. Tegelijkertijd met de afwijzing is de vreemdeling ongewenst verklaard. Een ongewenstverklaring heeft een aantal rechtsgevolgen. Ten eerste heeft de ongewenstverklaring een verblijfsrechtelijk gevolg, inhoudende dat de vreemdeling geen rechtmatig verblijf meer heeft (art. 67, lid 3 Vw). Dit betekent dat hij Nederland onmiddellijk moet verlaten, bij gebreke waarvan hij kan worden uitgezet (art. 45, lid 1 onder b Vw). Een tweede rechtsgevolg is het feit dat de vreemdeling op basis van art. 197 Sr strafbaar is geworden (strafrechtelijk gevolg). Tot slot is er ook een sociaalrechtelijk gevolg aan te wijzen: vanwege de ongewenstverklaring bestaat op grond van artikel 4, lid 2 Regeling verstrekkingen asielzoekers en andere categorieën vreemdelingen 2005 (Rva 2005) ook geen recht op opvang meer. De vreemdeling in deze zaak is drie procedures gestart. Eén tegen de afwijzing van de asielaanvraag, één tegen de ongewenstverklaring en één tegen de beëindiging van de opvang. In de eerste procedure heeft de rechter nog niet beslist. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling zal, zolang de vreemdeling ongewenst verklaard is, het beroep niet-ontvankelijk moeten worden verklaard vanwege het ontbreken van procesbelang. Het beroep kan immers vanwege artikel 67, lid 3 Vw nimmer tot rechtmatig verblijf op grond van art. 8 Vw leiden (ABRvS, 6 juli 2006, RV 2006, 76 m.nt. Reneman, ABRvS, 26 juli 2006, JV 2006/352 m.nt. Olivier onder JV 2006/346). In de tweede procedure tegen de ongewenstverklaring heeft de vreemdeling bezwaar ingediend en verzocht

om een voorlopige voorziening. Dit verzoek werd op 14 november 2007 door de voorlopige voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam toegewezen. Daarbij werd bepaald dat de vreemdeling hangende de bezwaarprocedure niet mocht worden uitgezet. Tevens schorste de voorzieningenrechter de strafrechtelijke gevolgen van de ongewenstverklaring. Dit laatste nu acht de Afdeling blijkens haar uitspraak van 14 maart 2008 (opgenomen in nr. 63 in deze bundel en in JV 2008/178 m.nt. Boeles) niet mogelijk. Volgens de Afdeling kan toewijzing van een voorlopige voorziening niet alle rechtsgevolgen van de ongewenstverklaring schorsen. Gelet op de aard en strekking van de ongewenstverklaring kan de getroffen voorziening volgens de Afdeling enkel zien op een tijdelijke schorsing van de mogelijkheid de vreemdeling uit te zetten. Daaruit volgt dat zij niet tevens de strafrechtelijke en sociaalrechtelijke gevolgen kan schorsen (zie verder onder punt 5). Tot slot is er nog de derde procedure over de beëindiging van de opvang. Op deze procedure ziet de hier gepubliceerde uitspraak. Ik zal er hieronder uitgebreid op ingaan.

2. Op 10 januari 2008 heeft de vreemdeling het COA verzocht om (opnieuw) opvang te verlenen. Bij besluit van 28 maart 2008 heeft het COA dit verzoek afgewezen. Hiertegen heeft de vreemdeling beroep ingesteld en een verzoek om een voorlopige voorziening ingediend. De vreemdeling voert aan dat artikel 5, lid 1 sub a Rva 2005 op hem van toepassing is, nu de voorlopige voorzieningenrechter op 14 november 2007 het rechtsgevolg 'uitzetting' dat kleeft aan de ongewenstverklaring heeft geschorst. Voor zover artikel 4, lid 2 Rva aan opvang in de weg zou staan, dan is dat in strijd met de Opvangrichtlijn. Deze richtlijn geeft immers recht op opvang zolang over het asielaanvraag nog geen definitief besluit is genomen (artikel 3, lid 1 juncto art. 2 onder b en c). Verweerder daarentegen betoogt dat artikel 4, lid 2 Rva 2005 wel degelijk op de vreemdeling van toepassing is en dat dit niet in strijd is met de Opvangrichtlijn. Wat vindt de voorzieningenrechter hiervan? De rechter acht de beantwoording van twee vragen van belang om te bepalen of artikel 4, lid 2 Rva 2005 strijd oplevert met de Opvangrichtlijn. Deze twee vragen betreffen de reikwijdte van de Opvangrichtlijn. Voordat kan worden geoordeeld of een bepaling in strijd is met de Opvangrichtlijn, dient immers eerst te worden vastgesteld of de vreemdeling wel onder de werkingssfeer van de richtlijn valt. De vragen luiden als volgt: 1) is over het asielverzoek een definitief besluit genomen? en 2) mag de vreemdeling op het grondgebied van Nederland verblijven?

3. De eerste vraag beantwoordt de voorzieningenrechter ontkennend en baseert zich hierbij op de jurisprudentie van de Afdeling dat bij samenloop van de ongewenstverklaring en de afwijzing van de asielaanvraag de inhoudelijke bezwaren tegen die laatste beslissing moeten worden ingebracht in de procedure tegen de ongewenstverklaring. Daarom is de procedure tegen de ongewenstverklaring thans tevens een procedure tegen de afwijzende asielsbeslissing in de zin van de Opvangrichtlijn. Dit heeft volgens de voorzieningen-

rechter als consequentie dat nog geen definitief besluit over de asielaanvraag is genomen in de zin van art. 2 sub van de Opvangrichtlijn. Deze redenering van de voorzieningenrechter is gebaseerd op nationale rechtspraak. Met de totstandkoming van de diverse Europese asielrichtlijnen en -verordeningen die deel uitmaken van de communautaire rechtsorde dienen de in die maatregelen gehanteerde communautaire begrippen, zoals 'definitief besluit', autonoom te worden uitgelegd (HvJ EG zaak C-443/03, *Leffler*, 8 november 2005, r.o. 45). Dat wil zeggen dat de uitlegging in principe niet kan geschieden door te verwijzen naar de nationale rechtsorde van de lidstaten, tenzij dit uitdrukkelijk is bepaald (HvJ EG zaak C-64/81, *Corman*, Jur. 1982, p. 13, r.o. 8). Hoe komen we achter deze communautaire, autonome betekenis van 'definitief besluit'? Welnu, de Opvangrichtlijn zelf bevat geen definitie van 'definitief besluit'. De Procedurerichtlijn (Richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus) daarentegen wel. Art. 2 onder d van de Procedurerichtlijn definieert 'definitieve beslissing' als 'een beslissing of de onderdaan van een derde land of de staatloze de vluchtelingenstatus wordt verleend overeenkomstig Richtlijn 2004/83/EG, waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat in het kader van hoofdstuk V, ongeacht of dit rechtsmiddel tot gevolg heeft dat de asielzoeker in de lidstaat mogen blijven in afwachting van het resultaat, behoudens bijlage III'. Gelezen in samenhang met art. 39 van de Procedurerichtlijn betekent dit, kort samengevat, dat eerst sprake is van een definitieve beslissing als zich een rechterlijke instantie over het primaire besluit tot weigering van een asielverzoek heeft gebogen en dit besluit heeft getoetst. Dit is in het onderhavige geval nog niet gebeurd. Er is dus nog geen definitief besluit over het asielverzoek genomen in de zin van art. 2 onder c van de Opvangrichtlijn.

4. Over de vraag of de vreemdeling in Nederland mag verblijven, overweegt de voorzieningenrechter dat uit artikel 3, lid 1 van de Opvangrichtlijn niet blijkt dat het 'op het grondgebied mogen verblijven' moet zijn geregeld krachtens nationale bepalingen. Nu in het kader van de procedure tegen de ongewenstverklaring (zie hierboven onder 2) verzoekers uitzetting is verboden totdat een beslissing op het bezwaarschrift is genomen, kan, naar het oordeel van de rechter, voorlopig niet worden geoordeeld dat hij niet in Nederland mag verblijven in de zin van de Opvangrichtlijn, ondanks het feit dat hij op grond van artikel 67, lid 3 Vw 2000 geen rechtmatig verblijf in Nederland heeft. De tweede vraag wordt dus bevestigend beantwoord.

Net zoals bij het begrip 'definitief besluit' moet ook bij de beantwoording van de vraag of het de vreemdeling is toegestaan op het grondgebied te verblijven aansluiting worden gezocht bij de Procedurerichtlijn. Over 'mogen verblijven' bepaalt de Procedurerichtlijn het volgende. Artikel 7, lid 1 van de Procedurerichtlijn bepaalt dat de vreemdeling in ieder geval in de lidstaat mag blijven hangende een beslissing in eerste aanleg (fase in eerste aanleg). In de beroepsfase wordt het

aan de lidstaat overgelaten om, overeenkomstig zijn internationale verplichtingen, te bepalen of de vreemdeling in de lidstaat mag blijven (art. 39, lid 3 onder a van de Procedurerichtlijn). Vraag is nu of de (bezwaar) fase waarin de vreemdeling zich in casu bevindt, moet worden aangemerkt als de fase in eerste aanleg of de beroepsfase in de zin van de Procedurerichtlijn. Ik verwijs hier korthedshalve naar de punten 8 tot en met 12 van de noot van Slingenberg onder deze uitspraak in JV 2008/287 waarin zij overtuigend beargumenteerd dat er belangrijke aanwijzingen zijn dat de bezwaarfase moet worden gezien als de fase in eerste aanleg. Indien inderdaad moet worden aangenomen dat de vreemdeling zich in de fase van eerste aanleg bevindt, dan is het hem op grond van art. 7, lid 1 van de Procedurerichtlijn toegestaan in Nederland te verblijven en valt hij onder de werking van de Opvangrichtlijn. Indien echter van moet worden uitgegaan dat de vreemdeling zich in de beroepsfase bevindt, dan is het aan Nederland om te bepalen of hij op het grondgebied mag verblijven. Op basis van art. 67, lid 3 Vw heeft de vreemdeling die ongewenst is verklaard geen rechtmatig verblijf, zolang hij ongewenst verklaard is. Dit betekent dat hij Nederland onmiddellijk moet verlaten, bij gebreke waarvan hij uitgezet kan worden. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling kan een toegewezen voorlopige voorziening in verband met deze ongewenstverklaring enkel de uitzetting opschorten, niet de plicht om Nederland onmiddellijk te verlaten. Ondanks het feit dat de vreemdeling dus verplicht blijft Nederland te verlaten, wordt hij gedurende de periode dat het bezwaar tegen de ongewenstverklaring aanhangig is niet uitgezet. Het is de vraag of dit laatste betekent dat hij 'als asielzoeker op het grondgebied mag verblijven' in de zin van art. 3 van de Opvangrichtlijn. De kwestie of het nationale recht op dit punt in overeenstemming is met de internationale verplichtingen van Nederland, met name art. 13 juncto art. 3 EVRM en de bijbehorende rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, laat ik hier verder onbesproken (zie punt 11 van de noot van Slingenberg en M. Reneman, 'Procedurerichtlijn biedt kansen. Over effectieve rechtsbescherming in asielprocedures', *NAV* 2007/5, p. 337-339).

De voorzieningenrechter komt in de onderhavige uitspraak aldus tot de conclusie dat de Opvangrichtlijn op de vreemdeling van toepassing is. Aangezien de Opvangrichtlijn een recht op opvang geeft, is artikel 4, lid 2 Rva 2005 mogelijk niet in overeenstemming met de Opvangrichtlijn. Tot slot oordeelt de rechter dat dit mogelijk ook geldt voor artikel 10, lid 1 Vw. Het in dit artikel omschreven koppelingsbeginsel verbiedt immers dat aan de vreemdeling die geen rechtmatig verblijf op basis van art. 8 Vw heeft (omdat hij ongewenst is verklaard), opvang wordt verstrekt. Nu hierboven is gebleken dat de vreemdeling op basis van de Opvangrichtlijn wel recht heeft op opvang, is de vraag gerechtvaardigd of dit niet tevens betekent dat ook art. 10 Vw strijdig is met de Opvangrichtlijn.

5. De onderhavige uitspraak van de voorzieningenrechter Amsterdam dateert van 22 april 2008. We zijn bijna een jaar verder. Wat is er in de tussentijd gebeurd? Na de



hier besproken uitspraak hebben ook de rechtbanken Den Haag (24 juli 2008, AWB 08/11247), Zwolle (25 juli 2008, AWB 08/14023) en Utrecht (1 september 2008, AWB 08/19738) zich over het recht op opvang van een ongewenstverklaarde vreemdeling uitgesproken.

In de zaak die speelde voor de rechtbank Den Haag ging het om een Indiase vreemdelinge die ongewenst was verklaard vanwege het feit dat zij tot drie jaar gevangenisstraf was veroordeeld. Zij verzocht de voorzieningenrechter om schorsing van het besluit tot ongewenstverklaring en om opvang. De voorzieningenrechter besloot het besluit tot ongewenstverklaring inderdaad te schorsen (verweerder had de persoonlijke belangen van verzoekster onvoldoende meegewogen in zijn beslissing tot ongewenstverklaring), maar zag geen aanleiding een voorziening tot opvang te treffen. Het voorzien in opvang, zo oordeelde de rechter, is immers een bevoegdheid van het COA en niet van verweerder.

De uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Zwolle betrof het volgende. Een Somalische vreemdeling was ongewenstverklaard, omdat zij gebruik had gemaakt van een vals document op grond waarvan ze door de strafrechter was veroordeeld. Tegen deze ongewenstverklaring tekende zij bezwaar aan en diende een verzoek om een voorlopige voorziening in. Met het indienen van het verzoek hoopte zij te bereiken dat zij niet alleen niet zou worden uitgezet, maar ook dat zij weer in aanmerking zou komen voor opvang. De rechter wees de voorziening toe, omdat verweerder onvoldoende was ingegaan op het door verzoekster gedane beroep op art. 3 EVRM. Tot zover niet zoveel verschil met de vorige zaak (rechtbank Den Haag). Het verschil zit hem in de consequentie die de voorzieningenrechter vervolgens verbindt aan deze toewijzing. Volgens de voorzieningenrechter worden met de toewijzing van de voorziening, behoudens het ingevolge de wet aan het besluit tot ongewenstverklaring inherente niet kunnen hebben van rechtmatig verblijf, alle overige daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen geschorst tot vier weken nadat op het bezwaar is beslist. Hiermee gaat de voorzieningenrechter dus in tegen de uitspraak van de Afdeling van 14 maart 2008. Opmerkelijk is dat de voorzieningenrechter wel stilstaat bij de uitspraak van de Afdeling, maar tot de conclusie komt dat hieruit niet kan worden afgeleid dat het strafrechtelijke en sociaalrechtelijke gevolg van de ongewenstverklaring niet kunnen worden geschorst. Ik lees de betreffende Afdelingsuitspraak anders. Door te overwegen dat een voorlopige voorziening niet *alle* rechtsgevolgen van een ongewenstverklaring kan schorsen, maar *uitsluitend* geacht kan worden te strekken tot tijdelijke schorsing van de mogelijkheid om de vreemdeling uit te zetten, heeft de Afdeling naar mijn mening wel degelijk bedoeld dat de strafrechtelijke en sociaalrechtelijke gevolgen niet kunnen worden opgeschort. Bij de wenselijkheid en overtuigingskracht van deze Afdelingsjurisprudentie kunnen echter de nodige vraagtekens worden geplaatst (zie ook: P. Boeles in zijn noot onder deze uitspraak, JV 2008/178).

Tot slot de uitspraak van de rechtbank Utrecht van 1 september 2009. Dit betrof een zaak tegen het COA en is qua procedureverloop vrijwel identiek aan de hierboven gepubliceerde uitspraak. Ook in deze zaak werd de vreemdeling geconfronteerd met een afwijzing van zijn asielaanvraag, waartegen hij in beroep is gegaan, en een ongewenstverklaring op basis van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag. Ook hier wordt de voorlopige voorziening hangende bezwaar tegen de ongewenstverklaring toegewezen en worden de rechtsgevolgen van de ongewenstverklaring geschorst. Ook heeft de vreemdeling het COA verzocht om (opnieuw) opvang te verlenen, hetgeen door het COA wordt afgewezen. Hiertegen heeft de vreemdeling beroep ingesteld en een verzoek om een voorlopige voorziening ingediend. Om deze laatste procedure gaat het in deze zaak. De voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht oordeelt dat verzoeker vanwege zijn beroep tegen de afwijzing van zijn asielaanvraag rechtmatig verblijf heeft. De ongewenstverklaring staat aan dit rechtmatig verblijf niet in de weg, nu *alle* (KF) rechtsgevolgen van de ongewenstverklaring door de voorzieningenrechter op 27 maart 2008 zijn geschorst. Dit betekent tevens dat art. 4, lid 2 Rva 2005 niet meer aan verzoeker kan worden tegengeworpen en dat hij dus weer recht heeft op opvang. Aan een bespreking van het beroep op de Opvangrichtlijn komt de rechter niet toe.

Uit bovenstaande uitspraken blijkt dus dat verschillende rechtbanken zich (nog steeds) niet wensen neer te leggen bij de jurisprudentie van de Afdeling dat een toewijzing van een voorlopige voorziening in het kader van een ongewenstverklaring *slechts* tot gevolg heeft dat de uitzetting van de vreemdeling wordt opgeschort. Hieruit moet worden afgeleid dat alle andere rechtsgevolgen, waaronder de rechtsgevolgen die door artikel 67, lid 3 Vw en art. 4, lid 2 Rva 2005 worden bepaald, naar het oordeel van de Afdeling niet kunnen worden geschorst. Zie uitgebreider: B. Marseille en H. Winter, 'Ongewenst gebrek aan rechtseenheid. Over de gevolgen van (de schorsing van) de ongewenstverklaring voor bezwaar- en beroepsprocedures rond verblijf', *NAV* 2008-5, p. 319-327).

6. In een notitie betreffende de toepassing van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag van 6 juni 2008 (bijlage bij de brief van de minister en staatssecretaris van Justitie van 9 juni 2008, TK 2007-2008, 31 200 VI, nr. 160) maakte de staatssecretaris bekend dat zij de hierboven beschreven praktijk met betrekking tot de ongewenstverklaring van vreemdelingen aan wie in eerste aanleg art. 1F van het Vluchtelingenverdrag is tegengeworpen, zal wijzigen. De IND zal worden geïnstrueerd een vreemdeling voortaan pas ongewenst te verklaren nadat het besluit tot afwijzing van de aanvraag vanwege art. 1F van het Vluchtelingenverdrag door een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak in rechte is vast komen te staan. Deze wijziging was een reactie op de door de ACVZ gedane aanbeveling om - in aansluiting op de strafrechtelijke jurisprudentie - alleen 1F-ers met een reëel verblijfsalternatief ongewenst te verklaren (zie: ACVZ, Artikel 1F Vluchtelingenver-

drag in het Nederlandse vreemdelingenbeleid, mei 2008, p. 35-36). Alleen indien uitzetting in beginsel mogelijk is, heeft het zin om iemand strafrechtelijk aansprakelijk te maken voor zijn (illegaal) verblijf in Nederland. De wijziging heeft echter ook tot gevolg dat aan de hierboven beschreven ingewikkelde en gekunstelde (Afdelings)jurisprudentie een einde komt. In ieder geval ten aanzien van vreemdelingen die vanwege toepasselijkheid van artikel 1F van het Vluchtelingenverdrag ongewenst worden verklaard. Deze vreemdelingen blijven door de wijziging rechtmatig verblijf en opvang houden tot het moment dat het negatieve besluit door de rechter wordt getoetst. Maar wat nu als de vreemdeling om een andere reden dan art. 1F van het Vluchtelingenverdrag ongewenst is verklaard, bijvoorbeeld omdat hij gebruik heeft gemaakt van een vals document, zoals het geval was in de hierboven onder 5) besproken uitspraak van de rechtbank Zwolle van 25 juli 2007. Indien in een dergelijke situatie de ongewenstverklaring nog steeds plaatsvindt vóórdat het besluit in eerste aanleg door de rechter is getoetst, blijft de lijn van de Afdeling onverkort gelden. Ik wil er daarom voor pleiten dat in alle situaties beschreven in art. 67, lid 1 Vw ongewenstverklaring pas wordt opgelegd indien het negatieve (asiel)besluit door een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak in rechte is vast komen te staan.

Mr. K.A.E. (Karina) Franssen.

---