

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

17 september 2020 (\*)

„Prejudiciële verwijzing – Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht – Terugkeer van illegaal verblijvende derdelanders – Richtlijn 2008/115/EG – Artikel 11 – Inreisverbod – Onderdaan van een derde land jegens wie een dergelijk verbod is uitgevaardigd, maar die de betrokken lidstaat nooit heeft verlaten – Nationale regeling die het verblijf van deze onderdaan in die lidstaat terwijl hij kennis heeft van het jegens hem uitgevaardigde inreisverbod met een gevangenisstraf bedreigt”

In zaak C-806/18,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden bij arrest van 27 november 2018, ingekomen bij het Hof op 20 december 2018, in de strafzaak tegen

**JZ,**

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: E. Regan, kamerpresident, I. Jarukaitis, E. Juhász, M. Ilešič (rapporteur) en C. Lycourgos, rechters,

advocaat-generaal: M. Szpunar,

griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 6 februari 2020,

gelet op de opmerkingen van:

- JZ, vertegenwoordigd door S. J. van der Woude en J. P. W. Temminck Tuinstra, advocaten,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. K. Bulterman, M. H. S. Gijzen en J. Langer als gemachtigden,
- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek, J. Vláčil, A. Brabcová en A. Pagáčová als gemachtigden,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door R. Kanitz als gemachtigde,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door C. Cattabriga en R. Troosters als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 23 april 2020,

het navolgende

**Arrest**

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven (PB 2008, L 348, blz. 98).

- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een strafzaak tegen JZ, geboren in Algerije in 1969 en vermoedelijk staatsburger van dat derde land, wegens het feit dat hij op 21 oktober 2015 in Nederland verbleef terwijl hij wist dat op 19 maart 2013 een inreisverbod jegens hem was uitgevaardigd.

### **Toepasselijke bepalingen**

#### ***Recht van de Unie***

- 3 De overwegingen 2, 4 en 14 van richtlijn 2008/115 luiden als volgt:

„(2) De Europese Raad van Brussel van 4 en 5 november 2004 heeft erop aangedrongen, op basis van gemeenschappelijke normen een doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid te ontwikkelen, zodat mensen op een humane manier, met volledige eerbiediging van hun grondrechten en waardigheid, teruggezonden kunnen worden.

[...]

(4) Om in het kader van een gedegen migratiebeleid een doeltreffend terugkeerbeleid te kunnen voeren, moeten duidelijke, transparante en billijke regels worden vastgesteld.

[...]

(14) Het effect van nationale terugkeermaatregelen moet een Europese dimensie krijgen, door middel van een inreisverbod dat de betrokkene de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van alle lidstaten ontzegt. De duur van het inreisverbod dient per geval volgens de omstandigheden te worden bepaald en mag normaliter niet langer zijn dan vijf jaar. In deze context dient in het bijzonder rekening te worden gehouden met het feit dat de betrokken onderdaan van een derde land reeds het onderwerp is geweest van meer dan één terugkeerbesluit of uitzettingsbevel of dat hij zich op het grondgebied van een lidstaat heeft begeven, terwijl een inreisverbod van kracht was.”

- 4 Artikel 1 van richtlijn 2008/115, met het opschrift „Toepassingsgebied”, bepaalt:

„In deze richtlijn worden de gemeenschappelijke normen en procedures vastgesteld die door de lidstaten moeten worden toegepast bij de terugkeer van illegaal op hun grondgebied verblijvende onderdanen van derde landen, overeenkomstig de grondrechten die de algemene beginselen van het [Unierecht] en het internationaal recht vormen, met inbegrip van de verplichting om vluchtelingen te beschermen en de mensenrechten te eerbiedigen.”

- 5 Artikel 3 van deze richtlijn, met als opschrift „Definities”, bepaalt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

2) ‚illegaal verblijf’: de aanwezigheid op het grondgebied van een lidstaat, van een onderdaan van een derde land die niet of niet langer voldoet aan de voorwaarden voor toegang die zijn vastgesteld in artikel 5 van [verordening (EG) nr. 562/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 tot vaststelling van een communautaire code betreffende de overschrijding van de grenzen door personen (Schengengrenscode) (PB 2006, L 105, blz. 1)], of aan andere voorwaarden voor toegang tot, verblijf of vestiging in die lidstaat;

3) ‚terugkeer’: het proces waarbij een onderdaan van een derde land, vrijwillig gevolg gevend aan een terugkeerverplichting of gedwongen, terugkeert naar:

- zijn land van herkomst, of
- een land van doorreis overeenkomstig [EU-] of bilaterale overnameovereenkomsten of andere regelingen, of
- een ander derde land waarnaar de betrokken onderdaan van een derde land besluit vrijwillig terug te keren en waar deze wordt toegelaten;

- 4) ‚terugkeerbesluit‘: de administratieve of rechterlijke beslissing of handeling waarbij wordt vastgesteld dat het verblijf van een onderdaan van een derde land illegaal is of dit illegaal wordt verklaard en een terugkeerverplichting wordt opgelegd of vastgesteld;
- 5) ‚verwijdering‘: de tenuitvoerlegging van de terugkeerverplichting, d.w.z. de fysieke verwijdering uit de lidstaat;
- 6) ‚inreisverbod‘: een administratieve of rechterlijke beslissing of handeling waarbij de betrokkene de toegang tot en het verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor een bepaalde termijn wordt verboden, samen met een terugkeerbesluit;

[...]

- 8) ‚vrijwillig vertrek‘: het nakomen van de verplichting om binnen de in het terugkeerbesluit gestelde termijn terug te keren;

[...]”

**6** Artikel 6 van deze richtlijn, met het opschrift „Terugkeerbesluit”, bepaalt:

„1. Onverminderd de in de leden 2 tot en met 5 vermelde uitzonderingen, vaardigen de lidstaten een terugkeerbesluit uit tegen de onderdaan van een derde land die illegaal op hun grondgebied verblijft.

[...]

6. Deze richtlijn belet niet dat in de lidstaten het besluit inzake de beëindiging van het legaal verblijf tezamen met een terugkeerbesluit en/of een verwijderingsbesluit en/of een inreisverbod overeenkomstig de nationale wetgeving met één administratieve of rechterlijke besluit of handeling kan worden genomen, onverminderd de procedurele waarborgen die zijn vervat in hoofdstuk III en in andere toepasselijke bepalingen van het [Unierecht] en het nationaal recht.”

**7** Artikel 7 van richtlijn 2008/115, met als opschrift „Vrijwillig vertrek”, bepaalt:

„1. In een terugkeerbesluit wordt een passende termijn voor vrijwillig vertrek van zeven tot dertig dagen vastgesteld, onverminderd de in de leden 2 en 4 bedoelde uitzonderingen. [...]

[...]

4. Indien er een risico op onderduiken bestaat, of een aanvraag voor een verblijfsvergunning als kennelijk ongegrond dan wel frauduleus afgewezen is, dan wel indien de betrokkene een gevaar vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid, kunnen de lidstaten afzien van het toekennen van een termijn voor vrijwillig vertrek, of een termijn toekennen die korter is dan zeven dagen.”

**8** Artikel 8 van richtlijn 2008/115, met het opschrift „Verwijdering”, bepaalt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om het terugkeerbesluit uit te voeren indien er geen termijn voor vrijwillig vertrek overeenkomstig artikel 7, lid 4, is toegekend of indien de betrokkene niet binnen de volgens artikel 7 toegestane termijn voor vrijwillig vertrek aan de terugkeerverplichting heeft voldaan.

[...]

3. De lidstaten kunnen een afzonderlijk administratief of rechterlijk besluit of administratieve handeling aannemen waarbij de verwijdering wordt gelast.

[...]”

**9** Artikel 11 van deze richtlijn, „Inreisverbod”, bepaalt:

„1. Het terugkeerbesluit gaat gepaard met inreisverbod:

- a) indien er geen termijn voor vrijwillig vertrek is toegekend, of
- b) indien niet aan de terugkeerverplichting is voldaan.

In de overige gevallen kan het terugkeerbesluit een inreisverbod omvatten.

2. De duur van het inreisverbod wordt volgens alle relevante omstandigheden van het individuele geval bepaald, en bedraagt in principe niet meer dan vijf jaar. De duur kan meer dan vijf jaar bedragen indien de onderdaan van een derde land een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid.

3. De lidstaten overwegen de intrekking of schorsing van het inreisverbod dat overeenkomstig lid 1, tweede alinea, is uitgevaardigd tegen een onderdaan van een derde land, mits deze kan aantonen het grondgebied van een lidstaat geheel in overeenstemming met het terugkeerbesluit te hebben verlaten.

[...]"

- 10 Krachtens artikel 20 van deze richtlijn moesten de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden om uiterlijk op 24 december 2010 aan deze richtlijn te voldoen.

### ***Nederlands recht***

#### *Vreemdelingenwet*

- 11 De Wet tot algehele herziening van de Vreemdelingenwet (Vreemdelingenwet 2000) van 23 november 2000 (Stb. 2000, 495), zoals gewijzigd met ingang van 31 december 2011 met het oog op de omzetting van richtlijn 2008/115 in Nederlands recht (hierna: „Vw”), bepaalt in artikel 61, lid 1, dat de vreemdeling die niet of niet langer rechtmatig verblijf heeft, Nederland uit eigen beweging dient te verlaten binnen de in artikel 62 Vw bepaalde termijn. Bij de leden 1 en 2 van dat artikel 62 Vw is artikel 7, leden 1 en 4, van richtlijn 2008/115 omgezet.
- 12 Artikel 66a Vw, dat strekt tot omzetting in Nederlands recht van artikel 11, lid 2, van richtlijn 2008/115, bepaalt in lid 1 dat een inreisverbod wordt uitgevaardigd tegen de vreemdeling die Nederland niet uit eigen beweging binnen de gestelde termijn heeft verlaten.
- 13 Uit hoofde van artikel 66a, lid 4, van de Vw wordt het inreisverbod gegeven voor een bepaalde duur, die ten hoogste vijf jaren bedraagt, tenzij de vreemdeling een ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de nationale veiligheid. De duur wordt berekend met ingang van de datum waarop de vreemdeling Nederland daadwerkelijk heeft verlaten.
- 14 Volgens artikel 66a, lid 7, van de Vw kan de vreemdeling jegens wie een inreisverbod geldt geen rechtmatig verblijf in Nederland hebben, ingeval de vreemdeling:
- „a) bij onherroepelijk gewonden rechthe[r]lijk vonnis is veroordeeld wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd [...];
  - b) een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid;
  - c) een ernstige bedreiging vormt als bedoeld in het vierde lid, dan wel
  - d) ingevolge een verdrag of in het belang van de internationale betrekkingen van Nederland ieder verblijf dient te worden ontzegd”.

#### *Wetboek van Strafrecht*

- 15 Uit hoofde van artikel 197 van het Wetboek van Strafrecht (hierna ook: „Sr”), in de versie na wijziging bij de wet van 15 december 2011 (Stb. 2011, 663), kan een vreemdeling die in Nederland verblijft, terwijl hij weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat hij op grond van een wettelijk voorschrift tot ongewenste vreemdeling is verklaard of dat er tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, lid 7, Vw, onder meer worden gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden.

### **Hoofdgeding en prejudiciële vraag**

- 16 Bij beschikking van 14 april 2000 is JZ tot ongewenste vreemdeling verklaard in de zin van de destijds geldende nationale wetgeving.

- 17 Bij een beschikking van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 19 maart 2013 is die ongewenstverklaring van JZ op zijn verzoek opgeheven in verband met de inwerkingtreding van de bepalingen waarbij richtlijn 2008/115 in Nederlands recht is omgezet. Die beschikking bepaalt niettemin dat de betrokkene Nederland onmiddellijk moet verlaten. Daarbij is vermeld dat de kennisgeving van die beschikking krachtens Nederlands recht als terugkeerbesluit in de zin van artikel 6 van deze richtlijn geldt. Bij die beschikking is tevens een inreisverbod tegen JZ uitgevaardigd voor de duur van vijf jaar, omdat hij meerdere malen is veroordeeld voor het plegen van strafbare feiten.
- 18 Op 21 oktober 2015 is vastgesteld dat JZ in strijd met de beschikking van 19 maart 2013 in Amsterdam (Nederland) had verbleven.
- 19 JZ is in eerste aanleg wegens dit strafbare feit op grond van artikel 197 Sr veroordeeld. In hoger beroep voor het gerechtshof Amsterdam heeft hij aangevoerd dat bij dat artikel enkel een verblijf in strijd met een inreisverbod strafbaar wordt gesteld en dat een dergelijk inreisverbod pas rechtsgevolgen sorteert nadat de betrokkene het grondgebied van de lidstaten heeft verlaten. Aangezien JZ Nederland niet heeft verlaten nadat het inreisverbod tegen hem was uitgevaardigd, zijn niet alle bestanddelen van dit strafbare feit verenigd, zodat hem op grond van dit artikel van het Wetboek van Strafrecht geen straf kan worden opgelegd.
- 20 Bij arrest van 4 mei 2017 heeft het gerechtshof Amsterdam JZ niettemin met toepassing van dat artikel van het Wetboek van Strafrecht veroordeeld tot een gevangenisstraf van twee maanden.
- 21 JZ heeft tegen dat arrest beroep in cassatie ingesteld bij de verwijzende rechter, de Hoge Raad der Nederlanden. De Hoge Raad merkt op dat het Hof in zijn arrest van 26 juli 2017, *Ouhrami* (C-225/16, EU:C:2017:590), onder meer heeft geoordeeld dat een inreisverbod pas rechtsgevolgen teweegbrengt na het tijdstip van de daadwerkelijke terugkeer van de vreemdeling naar zijn land van herkomst of naar een ander derde land. Een deel van de rechtsleer leidt daaruit af dat het niet mogelijk is om op grond van artikel 197 Sr een derdelander te vervolgen die nog niet daadwerkelijk is teruggekeerd naar zijn land van herkomst of naar een ander derde land. Andere auteurs stellen zich echter op het standpunt dat dit arrest niet op die manier kan worden uitgelegd, nu dat artikel slechts aanknoopt bij het tijdstip waarop het inreisverbod is uitgevaardigd en bij de bekendheid van de derdelander met die uitvaardiging.
- 22 Daarop heeft de Hoge Raad der Nederlanden de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Is een nationale strafbaarstelling die inhoudt dat strafbaar is verblijf van een onderdaan van een derde land op het grondgebied van Nederland nadat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66 a, zevende lid, Vreemdelingenwet 2000, terwijl op grond van het nationale recht tevens vaststaat dat deze vreemdeling geen rechtmatig verblijf heeft in Nederland en voorts vaststaat dat de stappen van de in [richtlijn 2008/115] vastgelegde terugkeerprocedure zijn doorlopen maar daadwerkelijke terugkeer niet heeft plaatsgevonden, verenigbaar met het Unierecht, in het bijzonder met het oordeel van het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest van 26 juli 2017 inzake *Ouhrami/Nederland* (zaak C-225/16, ECLI:EU:C:2017:590, onder 49) dat het in artikel 11 van [richtlijn 2008/115] bedoelde inreisverbod pas ‚rechtsgevolgen‘ teweegbrengt vanaf het tijdstip van terugkeer van de vreemdeling naar zijn land van herkomst of een ander derde land?”

#### **Beantwoording van de prejudiciële vraag**

- 23 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2008/115, met name artikel 11 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die bepaalt dat een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een illegaal verblijvende derdelander jegens wie de stappen van de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure zijn doorlopen zonder dat de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten, wanneer het strafbaar gestelde gedrag is omschreven als illegaal verblijf terwijl de betrokkene kennis heeft van een inreisverbod dat is uitgevaardigd met name vanwege de strafrechtelijke antecedenten van de betrokkene of vanwege het gevaar dat hij vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid. In dat verband vraagt de verwijzende rechter zich onder meer af wat de consequenties zijn van het arrest van 26 juli 2017, *Ouhrami* (C-225/16, EU:C:2017:590).
- 24 In dat verband moet er in de eerste plaats aan worden herinnerd dat richtlijn 2008/115 er volgens overweging 2 toe strekt om op basis van gemeenschappelijke normen een doeltreffend verwijderings- en terugkeerbeleid te ontwikkelen, zodat mensen op een humane manier, met volledige eerbiediging van hun grondrechten en waardigheid, teruggezonden kunnen worden. Volgens overweging 4 van deze richtlijn is een dergelijk doeltreffend terugkeerbeleid voorts een onmisbaar onderdeel van een gedegen migratiebeleid. Zoals blijkt

uit zowel de titel als artikel 1 ervan stelt richtlijn 2008/115 daartoe „gemeenschappelijke normen en procedures” vast die door de lidstaten moeten worden toegepast bij de terugkeer van illegaal op hun grondgebied verblijvende onderdanen van derde landen (arresten van 28 april 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punten 31 en 32, en 30 mei 2013, Arslan, C-534, EU:C:2013:343, punt 42).

- 25 Richtlijn 2008/115 heeft echter enkel betrekking op de terugkeer van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen en heeft dus niet tot doel alle voorschriften van de lidstaten inzake het verblijf van vreemdelingen te harmoniseren. Bijgevolg verzet deze richtlijn zich er niet tegen dat illegaal verblijf in het recht van een lidstaat wordt aangemerkt als een strafbaar feit en dat daarop strafrechtelijke sancties worden gesteld om het plegen van een dergelijk strafbaar feit tegen te gaan en te bestraffen (arresten van 6 december 2011, Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, punt 28, en 6 december 2012, Sagor, C-430/11, EU:C:2012:777, punt 31).
- 26 Volgens vaste rechtspraak mag een lidstaat niettemin geen strafrechtelijke bepalingen toepassen die de verwezenlijking van de door richtlijn 2008/115 nagestreefde doelstellingen in gevaar kunnen brengen en deze derhalve haar nuttig effect kunnen ontnemen. Het strafrecht en het strafprocesrecht behoren weliswaar in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten, maar dit rechtsgebied kan desalniettemin worden beïnvloed door het Unierecht. Hoewel dus noch artikel 63, eerste alinea, punt 3, onder b), EG – bepaling die is overgenomen in artikel 79, lid 2, onder c), VWEU – noch de met name op basis van die bepaling in het EG-Verdrag vastgestelde richtlijn 2008/115 de strafrechtelijke bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van illegale immigratie en illegaal verblijf uitsluit, moeten de lidstaten hun wetgeving op dat gebied zodanig inrichten dat de eerbiediging van het Unierecht wordt gewaarborgd (zie in die zin arresten van 28 april 2011, El Dridi, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, punten 53-55; 6 december 2011, Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, punt 33, en 6 december 2012, Sagor, C-430/11, EU:C:2012:777, punt 32).
- 27 Het Hof heeft aldus geoordeeld dat richtlijn 2008/115 zich verzet tegen een regeling van een lidstaat waarbij illegaal verblijf wordt tegengegaan met strafrechtelijke sancties, voor zover op grond van deze regeling een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een onderdaan van een derde land die weliswaar illegaal op het grondgebied van die lidstaat verblijft en niet bereid is dit grondgebied vrijwillig te verlaten, maar op wie niet de in artikel 8 van deze richtlijn bedoelde dwangmaatregelen zijn toegepast en voor wie, in geval van vreemdelingenbewaring met het oog op de voorbereiding en de uitvoering van zijn verwijdering, de maximale duur van deze bewaring nog niet is verstreken (arrest van 6 december 2011, Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, punt 50).
- 28 Volgens het Hof sluit dat niet de bevoegdheid uit van de lidstaten om – eventueel strafrechtelijke – bepalingen vast te stellen of te handhaven die, met inachtneming van de beginselen van richtlijn 2008/115 en de doelstelling ervan, de situatie regelen waarin dwangmaatregelen niet hebben kunnen leiden tot verwijdering van een illegaal verblijvende onderdaan van een derde land. Deze richtlijn verzet zich dientengevolge niet tegen een nationale regeling op grond waarvan een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een onderdaan van een derde land jegens wie de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure is toegepast en die, zonder geldige reden om niet terug te keren, illegaal op het grondgebied van de betrokken lidstaat verblijft (arrest van 6 december 2011, Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, punten 46, 48 en 50).
- 29 Derhalve moet worden vastgesteld dat Nederland met toepassing van deze rechtspraak in beginsel in de wet de mogelijkheid kan opnemen om een onderdaan van een derde land een gevangenisstraf op te leggen in een situatie als in het hoofdgeding, waarin, volgens de gegevens in het verwijzingsarrest, de in richtlijn 2008/115 ingestelde terugkeerprocedure is doorlopen maar de betrokkene, zonder geldige reden om niet terug te keren, zijn illegale verblijf op het grondgebied voortzet.
- 30 In de tweede plaats moet worden onderzocht of het verenigbaar is met richtlijn 2008/115 dat de gedraging waardoor een dergelijk illegaal verblijf van een derdelander na vruchteloos doorlopen van de terugkeerprocedure strafbaar wordt, wordt omschreven door verwijzing naar het feit dat die derdelander er kennis van heeft dat er een inreisverbod tegen hem is uitgevaardigd, met name vanwege zijn strafrechtelijke antecedenten of vanwege het gevaar dat hij vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid.
- 31 In dat verband moet erop worden gewezen dat een terugkeerbesluit ingevolge artikel 11, lid 1, van richtlijn 2008/115 gepaard gaat met een inreisverbod indien er geen termijn voor vrijwillig vertrek is toegekend of indien niet aan de terugkeerverplichting is voldaan. In alle andere gevallen kan een terugkeerbesluit gepaard gaan met een inreisverbod.
- 32 In de punten 45 tot en met 51 van het arrest van 26 juli 2017, Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590), waarvan de verwijzende rechter zich afvraagt wat de strekking is, heeft het Hof in wezen opgemerkt dat uit de uitdrukking „inreisverbod”, de bewoordingen van artikel 3, punten 4 en 6, van richtlijn 2008/115 en de bewoordingen en het doel van artikel 11, lid 1, alsmede uit de opzet van de richtlijn – waarin een duidelijk

onderscheid wordt gemaakt tussen het terugkeerbesluit en een eventueel verwijderingsbesluit, enerzijds, en het inreisverbod, anderzijds – voortvloeit dat een dergelijk verbod wordt geacht een terugkeerbesluit aan te vullen door het de betrokkene te verbieden gedurende een bepaalde tijd na zijn „terugkeer”, en dus na zijn vertrek van het grondgebied van de lidstaten, dat grondgebied opnieuw te betreden en er vervolgens te verblijven. Een eventueel inreisverbod vormt aldus een middel om de doeltreffendheid van het terugkeerbeleid van de Unie te vergroten, door te waarborgen dat gedurende een bepaalde periode na de verwijdering van een illegaal verblijvende derdelander, deze persoon niet legaal kan terugkeren op het grondgebied van de lidstaten. Voor het ingaan van een dergelijk verbod wordt dus verondersteld dat de betrokkene dat grondgebied eerst heeft verlaten.

- 33 Daaruit volgt dat het illegale verblijf van een onderdaan van een derde land tot het tijdstip van de vrijwillige of gedwongen uitvoering van de terugkeerverplichting wordt beheerst door het terugkeerbesluit en niet door het inreisverbod, dat pas rechtsgevolgen teweegbrengt vanaf het tijdstip dat die onderdaan het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk verlaat.
- 34 In een situatie als in het hoofdgeding, waarin de betrokkene Nederland na de vaststelling van het terugkeerbesluit niet heeft verlaten en aan de daarbij opgelegde terugkeerverplichting bijgevolg nooit is voldaan, bevindt deze betrokkene zich in een illegale situatie die voortvloeit uit een oorspronkelijk illegaal verblijf en niet uit een later illegaal verblijf dat het gevolg is van een overtreding van een inreisverbod in de zin van artikel 11 van richtlijn 2008/115 (zie in die zin arrest van 26 juli 2017, Ouhrami, C-225/16, EU:C:2017:590, punt 55).
- 35 In een dergelijke situatie kan de betrokkene niet worden bestraft wegens schending van een inreisverbod, aangezien een dergelijke schending nu juist ontbreekt.
- 36 Volgens JZ blijkt met name uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 197 Sr dat deze bepaling enkel de schending van een inreisverbod beoogt te bestraffen en niet een oorspronkelijk illegaal verblijf. Indien dat daadwerkelijk het geval is – hetgeen de verwijzende rechter dient vast te stellen – zou richtlijn 2008/115, en in het bijzonder artikel 11 ervan, zich ertegen verzetten dat die nationale bepaling wordt toegepast in een situatie als in het hoofdgeding, waarin de betrokkene het grondgebied van de lidstaten nooit heeft verlaten.
- 37 Volgens de Nederlandse regering daarentegen beoogt artikel 197 Sr elk illegaal verblijf te bestraffen van een derdelander indien die derdelander er kennis van heeft dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd, ongeacht of de betrokken derdelander dit verbod daadwerkelijk heeft geschonden. De Nederlandse wetgever heeft er namelijk voor gekozen met deze bepaling „gekwalificeerd illegaal verblijf” strafbaar te stellen, dat wil zeggen elk illegaal verblijf van een onderdaan van een derde land die weet of ernstige redenen heeft te vermoeden dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a, lid 7, Vw, terwijl „eenvoudig illegaal verblijf” naar Nederlands recht niet strafbaar is. Dat artikel 66a, lid 7, is van toepassing wanneer de derdelander bij onherroepelijk geworden rechterlijk vonnis is veroordeeld wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd, wanneer hij een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid of een ernstige bedreiging in de zin van dat artikel 66a, lid 4, of wanneer ieder verblijf hem moet worden geweigerd ingevolge een verdrag of in het belang van de internationale betrekkingen van Nederland.
- 38 Voor het geval de verwijzende rechter deze laatste uitlegging van artikel 197 Sr volgt, moet worden opgemerkt dat, voor zover het de lidstaten op grond van de in punt 28 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak in beginsel vrijstaat om aan iedere derdelander op wie de terugkeerprocedure is toegepast en die zonder geldige reden om niet terug te keren zijn illegaal verblijf op hun grondgebied voortzet, een gevangenisstraf op te leggen, het hun a fortiori vrijstaat een dergelijke straf op te leggen aan enkel die derdelanders die bijvoorbeeld strafrechtelijke antecedenten hebben of een gevaar vormen voor de openbare orde of de nationale veiligheid.
- 39 Bovendien is het in beginsel niet onverenigbaar met richtlijn 2008/115, en in het bijzonder met artikel 11 ervan, dat het nationale recht voor de omschrijving van het strafbare gedrag van een derdelander verwijst naar zijn illegale verblijf in de betrokken lidstaat terwijl hij er kennis van heeft dat jegens hem een inreisverbod is uitgevaardigd wegens dergelijk gedrag of een dergelijk gevaar.
- 40 Zoals in de punten 32 tot en met 36 van het onderhavige arrest is opgemerkt, heeft een inreisverbod echter geen gevolgen wanneer de terugkeerverplichting niet wordt nagekomen, zodat het niet kan worden geacht te zijn geschonden in een situatie als in het hoofdgeding, waarin de betrokkene het grondgebied van de lidstaten nooit heeft verlaten. Voor toepassing ervan in deze situatie kan de delictomschrijving dus niet aldus worden verwoord dat een dergelijke schending er bestanddeel van is.

- 41 Tot slot is van belang dat strafrechtelijke sancties enkel kunnen worden opgelegd aan onderdanen van derde landen op wie de terugkeerprocedure is toegepast en die zonder geldige reden om niet terug te keren illegaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven indien de fundamentele rechten, en met name de rechten die worden gegarandeerd door het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950, volledig worden gerespecteerd (arrest van 6 december 2011, Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, punt 49). Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens moet een wet op grond waarvan een rechter iemand zijn vrijheid kan benemen, evenwel voldoende toegankelijk en nauwkeurig zijn en moet de toepassing ervan voldoende voorzienbaar zijn, teneinde willekeur te voorkomen (EHRM, 21 oktober 2013, Del Río Prada tegen Spanje, CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, § 125).
- 42 Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of de toepassing van artikel 197 Sr op een situatie als in het hoofdgeding aan deze vereisten voldoet.
- 43 Gelet op een ander moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord dat richtlijn 2008/115, met name artikel 11 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat zij zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die bepaalt dat een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een illegaal verblijvende derdelander jegens wie de stappen van de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure zijn doorlopen zonder dat de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten, wanneer het strafbaar gestelde gedrag is omschreven als illegaal verblijf terwijl de betrokkene kennis heeft van een inreisverbod dat is uitgevaardigd met name vanwege de strafrechtelijke antecedenten van de betrokkene of vanwege het gevaar dat hij vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid, mits het strafbaar gestelde gedrag niet is omschreven door verwijzing naar schending van dat inreisverbod en deze regeling voldoende toegankelijk en nauwkeurig is en de toepassing ervan voldoende voorzienbaar is, teneinde willekeur te voorkomen. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

#### Kosten

- 44 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

**Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, met name artikel 11 ervan, moet aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die bepaalt dat een gevangenisstraf kan worden opgelegd aan een illegaal verblijvende derdelander jegens wie de stappen van de bij die richtlijn ingestelde terugkeerprocedure zijn doorlopen zonder dat de betrokkene het grondgebied van de lidstaten daadwerkelijk heeft verlaten, wanneer het strafbaar gestelde gedrag is omschreven als illegaal verblijf terwijl de betrokkene kennis heeft van een inreisverbod dat is uitgevaardigd met name vanwege de strafrechtelijke antecedenten van de betrokkene of vanwege het gevaar dat hij vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid, mits het strafbaar gestelde gedrag niet is omschreven door verwijzing naar schending van dat inreisverbod en deze regeling voldoende toegankelijk en nauwkeurig is en de toepassing ervan voldoende voorzienbaar is, teneinde willekeur te voorkomen. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.**

ondertekeningen