

Ingediend via www.internetconsultatie.nl

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. mevrouw D. Yeşilgöz-Zegerius

Den Haag, 16 maart 2023
dossiernummer: 203437
uw kenmerk: n.v.t.
telefoonnummer: +31 (6) 10 98 07 36
e-mail: c.wiskerke@advocatenorde.nl

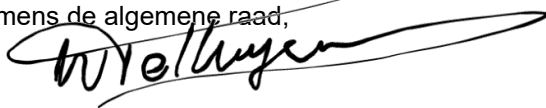
Betreft: wetsvoorstel wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 in verband met diverse aanpassingen die samenhangen met ontwikkelingen in de uitvoeringspraktijk, beleid en jurisprudentie 2022

Geachte minister,

Op 20 januari 2023 is de internetconsultatie 'wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 in verband met diverse aanpassingen die samenhangen met ontwikkelingen in de uitvoeringspraktijk, beleid en jurisprudentie 2022' gepubliceerd. De NOvA heeft zijn adviescommissie vreemdelingenrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mr. drs. W.M. van Tellingen
plaatsvervangend algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie vreemdelingenrecht

Bezoekadres
Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

ADVIES

Aan: algemene raad
Van: adviescommissie vreemdelingenrecht
Datum: 9 maart 2022
Betreft: **Besluit tot wijziging van het Besluit inburgering 2021, het Besluit uitvoering Wet arbeid vreemdelingen 2022 en het Vreemdelingenbesluit 2000 in verband met de afschaffing van de verblijfsgrond voor vermogende vreemdelingen en andere aanpassingen die voortvloeien uit ontwikkelingen in de uitvoeringspraktijk en jurisprudentie alsmede van herstel van onduidelijkheden van de implementatie van EU-richtlijnen**

Inhoud

SAMENVATTING	1
CONSULTATIETREACTIE.....	1
Verblijf in vrije termijn	1
Grondslag voor onderzoek naar fraude en schijngezinsbandonderzoek	2
Duurzaam verblijf	4
Overgangsrecht na afschaffing verblijfsgrond vermogende vreemdelingen	5

SAMENVATTING

Het hier centraal staande besluit betreft een zogenaamd 'veegbesluit', waarin heel diverse wijzigingen in vreemdelingenrechtregelgeving samen worden behandeld. In het navolgende wordt door de commissie op een aantal van de voorgestelde wijzigingen commentaar gegeven.

CONSULTATIETREACTIE

Verblijf in vrije termijn

In de Nota van Toelichting wordt de voorgestelde wijziging van artikel 3.3 van het Vreemdelingenbesluit – opgenomen in artikel I onder A) toegelicht. Daar is te vinden dat met de toevoeging "ten hoogste" voor 180 dagen respectievelijk 360 dagen beoogd wordt duidelijk te maken, dat het niet om een aaneengesloten periode hoeft te gaan, maar dat kortere perioden ook mogen worden opgeteld. De commissie is van oordeel dat de voorgestelde tekst die verduidelijking niet brengt.

Indien de regering beoogt te verduidelijken dat het over alle periodes van verblijf in de vrije termijn tezamen opgeteld zou gaan, beveelt de commissie aan om dat ook op te nemen als aanvulling bij het artikel.

Los hiervan wijst de commissie erop dat voor wat betreft studenten zo'n verduidelijking weinig lijkt toe te voegen (als het toch een verduidelijking zou zijn). Immers, het zal in de praktijk zeer

uitzonderlijk zijn om in een jaar van 365 dagen meerdere losse perioden aan te wijzen die samen 360 dagen vormen. In feite heb je het dan over een vol jaar waarin iemand verspreid 5 dagen géén gebruik heeft gemaakt van de vrije termijn – zo iemand zal amper in zijn belangen worden getroffen als hij gewoon 360 dagen aaneengesloten recht zou hebben gehad op verblijf in de vrije termijn. Als de eerste dag daarvan al op 1 januari zou zijn geweest zou hij pas op 27 december zich moeten afvragen of hij nog wel verblijf in de vrije termijn heeft; en als de eerste dag na 5 januari zou zijn gevallen, hoeft hij zich het hele jaar geen zorgen te maken.

Grondslag voor onderzoek naar fraude en schijngezinsbandonderzoek

In artikel I onderdeel C wordt een nieuw artikel 3.29 van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb) voorgesteld, waarmee voor het eerst wordt gestreefd om artikel 16 lid 4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn (Richtlijn 2003/86/EG) expliciet te implementeren in het Nederlands recht. De commissie juicht dat streven zeker toe, maar heeft nog wel enkele op- en aanmerkingen bij de wijze waarop dit gebeurt en bij de toelichting op deze nieuwe bepaling.

In de toelichting op het nieuwe artikel 3.29 van het Vb wordt gesteld dat bij de implementatie van de Gezinsherenigingsrichtlijn is verondersteld dat een impliciete verdiscontering van artikel 16 lid 4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn in artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) zou volstaan. Dat standpunt is niet overtuigend nu dit niet valt af te leiden uit de transponeringstabel van het implementatiebesluit. Ter vergelijking, in deze tabel is voor de artikelen 5 lid 2 (tweede en derde alinea), artikel 5 lid 5, artikel 6 lid 2 (tweede alinea), artikel 11 lid 2 en artikel 17 van de Gezinsherenigingsrichtlijn expliciet naar (onder andere) artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) verwezen als bestaande nationale regelgeving waarin de genoemde richtlijnbevestigingen zijn geïmplementeerd. Bij artikel 16 lid 4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn is dit echter anders; daar wordt geen enkele nationale bepaling genoemd waarin deze bepaling omgezet zou zijn.¹

Wat van het voorgaande ook zij, het belang van (een implementatie van) artikel 16 lid 4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn ligt vooral in de beperking die deze bepaling geeft aan de onderzoeksplicht uit artikel 3:2 van de Awb. Waar artikel 3:2 van de Awb een algemene onderzoeksplicht voor het bestuursorgaan inhoudt, daar maakt artikel 16 lid 4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn het mogen doen van onderzoek naar vormen van fraude en schijngezinsbanden (verzamelterm voor schijnhuwelijken, schijnpartnerschappen (geregistreerd of niet) en schijnadoptie) afhankelijk van het eerst bestaan van 'gegronde vermoedens'. Het onderzoek mag dus noch systematisch worden verricht, noch zijn gericht op bepaalde specifieke doelgroepen. Onderzoek mag alleen als er in het individuele geval voldoende aanleiding toe bestaat.

De relevantie hiervan is groot. Twee (samenhangende) redenen zijn in het bijzonder relevant. Ten eerste heeft de toelagenaffaire laten zien hoe groot de gevolgen kunnen zijn wanneer er zonder concrete aanleiding naar fraude wordt gezocht in een bestuursrechtelijke context, een onderzoek naar schijngezinsbanden raakt mensen ook nog eens heel concreet in hun privéleven. De voorwaarde die artikel 16 lid 4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn stelt aan dergelijke vormen van belastend onderzoek, maakt onderzoek zonder (voldoende) concrete individuele aanleiding onmogelijk en geeft zodoende meer rechtsbescherming dan in het Nederlands algemeen bestuursrecht gebruikelijk is.

¹ *Staatsblad* 2004, nr. 496, p. 24-25.

Ten tweede is het relevant omdat uit onderzoek blijkt dat bij onderzoeken door de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) naar schijngezinsbanden selectie op nationaliteit en/of etniciteit een grote rol speelt². Dit beeld wordt bevestigd door verschillende wob-verzoeken, waaruit bijvoorbeeld blijkt dat in bepaalde periodes Ghanese gezinsherenigingsaanvragen op de mogelijkheid van een schijnhuwelijken werden onderzocht, zonder dat daarvoor in het individuele geval een specifieke aanleiding toe bestond.³ Op grond van nationaal recht lijkt de IND daar vanwege het ontbreken van een implementatie van artikel 16 lid 4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn niet toe verplicht.

De twee genoemde punten laten heel concreet het belang zien van een correcte en expliciete implementatie van het vereiste van artikel 16 lid 4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn en het is naar het oordeel van de commissie dus goed dat daar nu een voorstel toe is gedaan. De bepaling zelf roept evenwel nog een aantal vragen op. Daar wordt hierna dieper op ingegaan.

Allereerst valt op dat waar artikel 16 lid 4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn spreekt van 'gegronde vermoedens', het conceptartikel 3.29 van het Vb spreekt van 'een gegrond vermoeden'. Kortom, enkelvoud in plaats van meervoud. Dit is problematisch omdat het de eisen afzwakt die juist op grond van artikel 16 lid 4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn gesteld moeten worden aan de aanleiding om een fraude- of schijngezinsbandonderzoek te mogen houden. De commissie wijst er bovendien op dat ook in de Richtsnoeren⁴ van de Europese Commissie (EC) bij de Verblijfsrichtlijn (Richtlijn 2004/38/EG) – waarnaar bij het onderwerp misbruik en fraude wordt gewezen in de Richtsnoeren van de EC bij de Gezinsherenigingsrichtlijn⁵ – expliciet wordt gesteld dat er meerdere aanwijzingen nodig zijn om tot een gegrond vermoeden van misbruik (als grondslag voor een schijnrelatieonderzoek) te komen. Het ligt bij de implementatie van artikel 16 lid 4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn aldus voor de hand om hierbij als vereiste te hanteren dat er minimaal twee losstaande aanwijzingen zijn die wijzen op fraude of een schijngezinsband.

Verder valt op aan het tweede lid onder a van het conceptartikel dat een 'gegrond vermoeden van (o.a.) fraude' zou blijken uit "valse informatie", "valse of vervalste documenten", "andere vormen van fraude" of het gebruik van "onwettige middelen". De commissie heeft de indruk dat hier vormen van fraude (in de zin van artikel 16 lid 2 onder b van de Gezinsherenigingsrichtlijn) worden beschreven als aanleiding voor fraudeonderzoek. Dit roept logischerwijs de vraag op waarom je nog fraudeonderzoek zou doen als de fraude zelf al vaststaat. Ook komt de vraag op hoe deze vormen van fraude zonder voorafgaand onderzoek zijn vastgesteld. De genoemde fraudevormen worden hier immers genoemd als aanleiding voor het doen van onderzoek naar fraude, terwijl de fraude zelf in feite al vaststaat. Dit deel van het conceptartikel roept aldus veel vragen op.

² Zie: N. Fokking, 'Schone schijn ophouden. Bewijsperikelen bij de vaststelling van schijnrelaties' *Asiel & Migrantenrecht (A&MR)* 2022-8, p. 394'; W. Hutten & N. Mustafa, 'Onderken ook de rol van institutioneel racisme in het migratierecht', *Nederlands Juristenblad (NJB)* 2021-25, p. 2044; B. de Hart, 'Wanneer is sprake van een 'oprecht' huwelijk? Europeesrechtelijke grenzen aan de controle op schijnhuwelijk', *Asiel & Migrantenrecht (A&MR)* 2017-9, p. 400-402.

³ De commissie citeert gemakshalve een antwoord van de IND op een dergelijk wob-verzoek: "(...) *Ik kan u aangegeven dat de groep beslismedewerkers die Ghanese gezinsherenigingszaken behandelde in het verleden veel zaken (waarin een huwelijksakte was overgelegd) aanvullend onderzoek deed. Deze werkwijze was gebaseerd op de constatering dat schijnhuwelijken of -relaties onder Ghanese zaken relatief vaak voor kwamen. Nader onderzoek in dergelijke zaken wees ook veelvuldig uit dat sprake was van een schijnhuwelijk of -relatie. Deze constatering was echter niet gebaseerd op representatief dossieronderzoek. Daarom wordt sinds juli 2020 ook in dergelijke Ghanese zaken alleen nog onderzoek gedaan als individuele indicatoren in de zaak daar aanleiding toe geven.*" (Brief IND 8 juni 2021, Zaaknummer: Z1-109931838319)

⁴ COM(2009) 313 definitief, p. 16-17.

⁵ COM(2014) 210 final, p. 27 en 28.

De opmerking in het tweede lid onder b dat bijzonder rekening gehouden kan worden met het feit dat een gezinsband tot stand is gebracht na toelating van de hoofdpersoon, is rechtstreeks overgenomen uit artikel 16 lid 2 onder b van de Gezinsherenigingsrichtlijn, maar doet zonder verdere context wat merkwaardig aan. Het is duidelijk dat de tegenovergestelde situatie van wat hier is beschreven – mensen zijn al lang getrouwd vóór toelating van de hoofdpersoon – een sterke aanwijzing vormen om geen schijnhuwelijk aan te nemen (vgl. COM(2009) 313 definitief, p. 17). In zo'n geval lijkt er immers geen sprake van een verblijfsrechtelijk belang bij het aangaan van het huwelijk. Dat echter laat onverlet dat hier nu wel eenzijdig de focus wordt gelegd op gezinsbanden die zijn aangegaan na toelating van de hoofdpersoon. Dit terwijl de Gezinsherenigingsrichtlijn zowel regels stelt voor zaken die letterlijk gezinshereniging, maar ook voor een vorm van migratie die feitelijk gezinsvorming is.⁶ Bovendien is de Gezinsherenigingsrichtlijn in de Nederlandse praktijk de facto ook van toepassing op Nederlandse hoofdpersonen.⁷ Bij gezinsvorming en bij situaties met een oorspronkelijke Nederlandse hoofdpersoon is per definitie sprake van de hier bedoelde situatie van een gezinsband die is aangegaan na 'toelating' van de hoofdpersoon. De laatste zin van het conceptartikel 3.29 lid 2 onder b plaatst deze groep in feite te snel in het 'verdachtenbankje'. Op zichzelf is het volgens de commissie zeker nuttig om het begrip 'gegronde vermoedens' wat meer in te vullen, maar het zou dan raadzaam zijn om bijvoorbeeld aansluiting te zoeken bij de indicatieve criteria die in de eerdergenoemde Richtsnoeren van de EC bij de Verblijfsrichtlijn worden genoemd, dan om nu specifiek deze vrij grote groep als aandachtsgroep voor schijngezinsbandonderzoek te noemen.

Duurzaam verblijf

In artikel I onderdeel L is een beperking opgenomen met betrekking tot het behoud van rechten/ duurzaam verblijfsrecht. De beperking houdt in dat een afwezigheid van langer dan een jaar van voor werk elders tijdelijk gedetacheerde werknemers voortaan niet meer wordt gezien als een afwezigheid die zonder gevolgen blijft voor het verblijfsrecht. Dat is nogal strikt geformuleerd. Het lijkt erop dat de regering niet heeft gezien dat dit tot problemen leidt, wanneer iemand tijdelijk wordt uitgezonden en die uitzending naar algemene normen niet wordt ervaren als een verplaatsing van het hoofdverblijf, ook wanneer dit (iets) langer zou duren dan precies 12 maanden.

De voorgestelde regel is nadelig voor werkgevers die de vrijheid willen hebben om in concernverband werknemers te kunnen inzetten waar zij het meest nodig zijn. Het zal niet in alle gevallen mogelijk zijn om daarvoor steeds tijdig een verblijfsvergunning elders te verkrijgen. Ook voor de werknemer zelf die het betreft is de nadere beperking nadelig. Er bestaat begrip voor de wens van de regering om aan de afwezigheid een grens te stellen, maar dat zou een zachte grens moeten zijn en niet een harde. Een zachte grens is in het belang van alle betrokkenen, ook omdat het mogelijk blijft maatwerk te leveren en gewogen beleid te voeren.

Indien de regering artikel 8.17 lid 2, sub d, van het Vreemdelingenbesluit wenst aan te passen zoals met de onder L aangegeven tekst, zou de aanhef van dat artikellid moeten worden aangevuld met de tekst "in ieder geval" voor "geen". Het is immers heel goed denkbaar dat in een individueel geval een afwezigheid van meer dan een jaar wegens uitzendwerkzaamheden geen verplaatsing van het hoofdverblijf inhoudt. In dat geval levert de in het wetsvoorstel voorgestelde beperking zoals zij thans is geformuleerd mogelijk ook strijd op met het Unierecht.

⁶ Vergelijk: artikel 2 aanhef en onder d van de Gri en de uitleg daarvan door het HvJEU in: HvJEU 4 maart 2010, Chakroun, C-578/08, JV 2010/177, punt 59-61.

⁷ Zie: ABRvS 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4650, JV 2015/60 m. nt. C.A. Groenendijk en opvolgende jurisprudentie

Meer aandacht vergt echter de wijziging die het onmogelijk maakt om twee keer een korte periode iemand te detacheren in het concernbelang. Want het is niet alleen een maximum per jaar dat wordt voorgesteld, maar ook de beperking om het te laten bij een eenmalige detachering. Juist bij personeel dat we in Nederland graag willen zien komen om de economie te versterken is een dergelijke limitering niet in het landsbelang.

Bovendien is de grondslag van deze wijzigingen niet correct. De commissie volgt niet de redenering van de staatssecretaris dat de twaalfmaandenrestrictie ook is opgenomen in Richtlijn 2004/38/EG ten aanzien van werknemers die in dienstverband tijdelijk elders werkzaamheden uitoefenen. De tekst van de Richtlijn luidt immers:

‘Het ononderbroken karakter van het verblijf wordt niet beïnvloed door tijdelijke afwezigheden van niet meer dan zes maanden per jaar, door afwezigheden van langere duur voor de vervulling van militaire verplichtingen, door één afwezigheid van ten hoogste twaalf achtereenvolgende maanden om belangrijke redenen, zoals zwangerschap en bevalling, ernstige ziekte, studie of beroepsopleiding, noch door uitzending om werkzaamheden te verrichten in een andere lidstaat of een derde land.’

De restrictie van maximaal een éénmalige afwezigheid van twaalf maanden geldt hier enkel voor de belangrijker redenen, waarvan voorbeelden worden gegeven tussen de woorden “zoals” en “noch”, en niet voor de gevallen genoemd na “noch”, welke nevenschikking zijn aan de gevallen van belangrijke redenen. Ook in de Engelse tekst is duidelijk sprake van nevenschikking, en vallen degenen die voor werk tijdelijk afwezig zijn niet onder de beperking dat dat slechts éénmalig mag zijn en niet langer dan twaalf maanden.

De commissie adviseert daarom om ofwel de wetswijziging onderdeel L achterwege te laten ofwel ook de aanhef van het betreffende artikellid te wijzigen, indien het gestelde onder d zou worden aangevuld.

Overgangsrecht afschaffing verblijfsgrond vermogende vreemdelingen

Tot slot wordt ingegaan op het overgangsrecht naar aanleiding van de afschaffing van de verblijfsgrond voor vermogende vreemdeling, zoals opgenomen in IV.

Wat betreft het overgangsrecht wijst de commissie erop dat niet is geregeld wat de situatie is van vermogende vreemdelingen, indien deze hun vergunning moeten verlengen of indien andere besluiten moeten worden genomen met betrekking tot hun verblijfsrechtelijke status. Het overgangsrecht is hier te krap bemeten. Slechts op de reeds genomen besluiten en reeds ingediende aanvragen blijft het oude recht van toepassing, maar niet op voortbouwende besluitvorming.

De commissie vraagt zich af of het, gelet op de zeer geringe aantallen die de staatssecretaris noemt in de Nota van Toelichting, niet praktischer is om bij wege van individuele besluitvorming aan de bestaande houders van een vergunning als vermogende vreemdeling een vergunning voortgezet verblijf te vergunnen. In dat geval is er verder geen overgangsrecht met betrekking tot de beperking “vermogende vreemdeling” nodig.