Advies over voorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet, in verband met aanscherping van het openbare-ordebeleid voor vreemdelingen met criminele antecedenten

Wetsadvies

Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken

De **Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ)** is een onafhankelijk adviesorgaan dat is ingesteld bij wet. De commissie adviseert de regering en het parlement over migratie. Zij onderzoekt beleid en wetgeving en geeft aan waar verbeteringen mogelijk zijn. De ACVZ brengt praktische adviezen uit die gericht zijn op het oplossen van bestaande en te verwachten problemen.

Colofon

Wetsadvies 'Voorstel wetsvoorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000, in verband met aanscherping van het openbare ordebeleid voor criminele vreemdelingen.'

Uitgave van de ACVZ, Den Haag, december 2020
Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken
Turfmarkt 147
2511 DP 's-Gravenhage
acvz@acvz.org
www.adviescommissievoorvreemdelingenzaken.nl
Tel: 070 3704300

1. Inleiding

Het voorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000), in verband met aanscherping van het openbare ordebeleid voor criminele vreemdelingen, is op 30 oktober 2020 ter consultatie voorgelegd.[1] In de brief van 2 november 2020 is het conceptwetsvoorstel ter advisering aangeboden aan de ACVZ.

In haar brief aan de Tweede Kamer van 10 september 2020 kondigt de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (verder: de staatssecretaris) aan dat het huidige artikel 21, vierde lid, Vw 2000 zal worden gewijzigd, door de laatste zin uit dit lid te schrappen.[2] Dit artikel ziet op het afwijzen van de aanvraag tot verlening van de verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd op nationaalrechtelijke gronden. Op dit moment volgt uit de laatste volzin van artikel 21, vierde lid, Vw 2000 dat als een vreemdeling van inmiddels achttien jaar in Nederland is geboren of reeds vanaf vóór het vierde levensjaar in Nederland verbleef, een aanvraag voor een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd slechts kan worden afgewezen indien hij is veroordeeld tot een gevangenisstraf van meer dan vijf jaar voor de handel in verdovende middelen.[3] Bedacht moet worden dat het gaat om gewortelde vreemdelingen die ten minste veertien jaar rechtmatig verblijf in Nederland hebben. De bepaling werkt volgens de staatssecretaris belemmerend bij de aanpak van 'zeer zware criminele vreemdelingen die in Nederland zijn opgegroeid'.[4]

Vanwege meerdere aanscherpingen van de glijdende schaal sinds 2001 vindt de regering dat de uitzondering van artikel 21, vierde lid, Vw 2000 onevenwichtig en niet langer te rechtvaardigen is. Hierbij wijst zij op de onevenwichtigheid tussen verschillende categorieën vreemdelingen met criminele antecedenten. De uitzondering geldt namelijk alleen voor houders van een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd. Houders van een verblijfsvergunning asiel vallen niet onder de uitzondering en ook aanvragers en houders van een EU-

[1] www.internetconsultatie.nl/openbareordebeleid.
[2] Kamerbrief 'Situatie brand vluchtelingenkamp Lesbos', 10 september 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 19 637, nr. 2652.
[3] Artikel 21, vierde lid, Vw 2000: 'Indien de vreemdeling in Nederland is geboren dan wel reeds voor zijn vierde levensjaar in Nederland verbleef en sindsdien zijn hoofdverblijf niet buiten Nederland heeft verplaatst en inmiddels 18 jaar is, kan de aanvraag in afwijking van het eerste lid slechts worden afgewezen op grond van het eerste lid, onder c en d. In afwijking van het eerste lid, behoeft het rechtmatig verblijf van de vreemdeling niet aaneengesloten te zijn. De aanvraag kan slechts worden afgewezen op grond van het eerste lid, onder c, indien de vreemdeling bij onherroepelijk geworden rechterlijk vonnis is veroordeeld tot een gevangenisstraf van meer dan 60 maanden, ter zake van handel in verdovende middelen.'
De uitzondering/beperking geldt niet voor het intrekken van een al verleende verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd. Zie hiervoor ABRvS 17 juni 2020, *ECLI:NL:RVS:2020:1384*: r.o. 5.1. In Vreemdelingencirculaire B12/2.4 staat dat de IND gebruik maakt van de bevoegdheid om een aanvraag voor een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd wegens gevaar voor de openbare orde of de nationale veiligheid af te wijzen, zoals bedoeld in artikel 21, eerste lid, aanhef en onder c en d Vw 2000 en artikel 3.95 Vb 2000, tenzij dit in strijd is met internationale verplichtingen.
[4] Kamerbrief 'Situatie brand vluchtelingenkamp Lesbos', 10 september 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 19 637, nr. 2652. In dit advies zal de ACVZ deze personen aanduiden als vreemdelingen met criminele antecedenten.

verblijfsvergunning genieten minder vergaande bescherming. Dit onderscheid is volgens de regering niet goed te rechtvaardigen, inconsistent en onwenselijk.[5]

De regering meent dat de afbakening die ziet op drugshandel willekeurig is en een aantal zeer ernstige misdrijven buiten beschouwing laat. Ze acht de voorgenomen wetswijziging in lijn met de ontwikkelingen uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (verder: Hof van Justitie).[6]

Op de in haar brief van 10 september 2020 genoemde belemmering die de staatssecretaris ervaart bij de aanpak van zeer zware criminele vreemdelingen, wordt in de memorie van toelichting niet nader ingegaan.

In dit advies bespreekt de ACVZ het doel van de wetgever bij de laatste volzin van artikel 21, vierde lid, Vw 2000 en gaat zij in op de noodzaak en de proportionaliteit van de voorgenomen wetswijziging.

2. Inhoud wetsvoorstel

Het wetsvoorstel houdt in dat de mogelijkheden om aanvragen tot verlening van een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd af te wijzen voor vreemdelingen met criminele antecedenten die in Nederland zijn opgegroeid, worden verruimd zodat dit niet beperkt is tot drugsdelicten.[7] Een aanvraag voor een verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd zal voortaan worden beoordeeld aan de hand van de glijdende schaal overeenkomstig artikel 21, eerste lid, aanhef en onder c, Vw 2000 en artikel 3.95 Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000) in samenhang met artikel 3.86 Vb 2000.[8] Dit houdt in dat een aanvraag kan worden afgewezen bij een onherroepelijk geworden rechterlijk vonnis wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd of als een tbs-maatregel is opgelegd.

Nadat aan de glijdende schaal is getoetst wordt beoordeeld of aan Europese en internationale regelgeving is voldaan, zoals het recht op privé- en gezinsleven en het proportionaliteitsbeginsel. Er dient altijd een individuele belangenafweging plaats te vinden.

3. Doel en noodzaak

In het Nederlandse vreemdelingenrecht bestaan vier verschillende soorten verblijfsvergunningen voor onbepaalde tijd: de verblijfsvergunning regulier onbepaalde tijd (artikel 20 Vw 2000), de verblijfsvergunning asiel onbepaalde tijd

[5] Memorie van toelichting bij Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met aanscherping van het openbare ordebeleid voor criminele vreemdelingen, p. 3.
[6] Idem, onder punt 1.2.2.
[7] Deze uitzondering is van toepassing op vreemdelingen die in Nederland zijn geboren of reeds voor hun vierde levensjaar in Nederland verbleven, die hun hoofdverblijf niet buiten Nederland hebben geplaatst, en die inmiddels meerderjarig te zijn. Dat betekent dat zij geworteld zijn en minimaal 14 jaar in Nederland hebben gewoond.
[8] Memorie van toelichting onder punten 1.1 en 1.2.

(artikel 33 Vw 2000), de EU-verblijfsvergunning voor langdurig ingezetenen (artikel 45a Vw 2000) en de EU-verblijfsvergunning langdurig ingezetenen met de aantekening internationale bescherming (artikel 45a Vw 2000).

Na vijf jaar rechtmatig verblijf kunnen derdelanders – onder voorwaarden - aanspraak maken op de status van EU langdurig ingezetene (artikel 45a Vw 2000). Dit recht vloeit voort uit de EU Langdurig-ingezetenenrichtlijn.[9] Deze richtlijn bepaalt ook dat lidstaten de keuze hebben om gunstiger voorwaarden te hanteren.[10] Nederland heeft hiervoor gekozen door naast deze vergunning, de verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd op nationaalrechtelijke gronden te behouden (artikel 20 Vw 2000).[11]

Als personen niet in aanmerking komen voor een EU verblijfsvergunning voor langdurig ingezetenen,[12] wordt onder dezelfde aanvraag beoordeeld of ze wel in aanmerking komen voor de verblijfsvergunning op nationale gronden (artikel 21 Vw 2000).[13] Daarnaast is het ook mogelijk om direct een verblijfsvergunning op nationale gronden aan te vragen.

Doel
Het doel dat de wetgever had met het vierde lid van artikel 21 Vw 2000[14] was om zeker te stellen dat:

- tweede generatie vreemdelingen in het bezit kunnen worden gesteld van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd, en dat;
- de in Nederland geboren of opgegroeide kinderen van migranten bescherming genieten tegen uitzetting.[15]

De wetgever hechtte destijds een zwaar belang aan het verblijf en bescherming tegen uitzetting van de groep in Nederland opgegroeide en gewortelde personen (minimaal 14 jaar verblijf in Nederland). Daarom is de uitzondering in artikel 21, vierde lid, Vw 2000 bij het verkrijgen van een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd uitdrukkelijk als wens bij de invoering van de Vw 2000 benoemd en in de wet verankerd.[16]

Volgens de ACVZ wordt er in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel onvoldoende ingegaan op de binding van voornoemde personen met de Nederlandse samenleving en de bijzondere rechtsbescherming waar de wetgever

[9] Richtlijn 2003/109/EG van de Raad van 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezeten onderdanen van derde landen. Artikel 45a Vw 2000.
[10] Artikel 13 Richtlijn 2003/109/EG.
[11] K. Zwaan e.a., *Nederlands Migratierecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, p. 149.
[12] De afwijzingsgronden zijn te vinden in artikel 45b Vw 2000.
[13] K. Zwaan e.a., *Nederlands Migratierecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2018, p. 150.
[14] Toen nog artikel 19.
[15] *Kamerstukken II* 1999/00 , 26 732, nr. 28 (herdruk amendement van het lid Albayrak C.S) en *Kamerstukken II* 2000/01, 27 585, nr. 6 (amendement van het lid Albayrak).
[16] *Kamerstukken I* 2000/01, 26 732 en 26 975, nr. 5b.

met artikel 21, vierde lid, Vw 2000 in heeft voorzien. De maatregel is een vergaande inperking van de rechtsbescherming van vreemdelingen die in Nederland zijn geboren en/of opgegroeid en die hun vormende jaren in Nederland hebben doorgebracht. Een dergelijke inperking dient naar het oordeel van de ACVZ op zijn minst te worden gemotiveerd, alvorens beoordeeld kan worden of deze gerechtvaardigd is.

Aanbeveling

Motiveer in de memorie van toelichting waarom het belang van in Nederland (geboren en) opgegroeide personen thans minder zwaar weegt dan bij invoering van de Vw 2000, waardoor de bijzondere rechtsbescherming kan worden herroepen.

Noodzaak

Er dient alleen besloten te worden tot het tot stand brengen van een regeling, als de noodzaak daarvan is komen vast te staan.[17] Overheidsoptreden via wetgeving moet verder doeltreffend en doelmatig zijn. Dit houdt in dat de doelen die de wetgever met de wet beoogt te bereiken, moeten worden gerealiseerd door deze wet. Ook moet de wet hiervoor het meest geschikte middel zijn. Verder mag de wet geen grotere negatieve neveneffecten hebben dan de positieve effecten.[18]

De ACVZ is op basis van de memorie van toelichting bij de voorgenomen wetswijziging niet overtuigd van de noodzaak van de wetswijziging.

De huidige bepaling werkt volgens de staatssecretaris belemmerend bij de aanpak van vreemdelingen met zware criminele antecedenten die in Nederland zijn opgegroeid.[19] Door voor te stellen om de laatste volzin van artikel 21, vierde lid, Vw 2000 te schrappen neemt de staatssecretaris dus aan dat dit de aanpak van deze categorie zal (doen) verbeteren. De ACVZ adviseert om te verduidelijken wat wordt bedoeld met 'de aanpak van zeer zware criminelen' en toe te lichten in hoeverre de aanpak van hen, ook met behulp van het strafrecht, tekortschiet.

Gelet op het voorgaande beveelt de ACVZ aan om in de memorie van toelichting te motiveren hoe de voorgenomen wijziging zal bijdragen aan een oplossing voor

[17] Aanwijzing 2.2 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Dit houdt in dat aannemelijk moet zijn dat het voorstel een 'effectieve, efficiënte en evenredige reactie vormt op het maatschappelijke probleem dat aanleiding geeft voor die regelgeving, Daarvoor is dus vereist dat voldoende zekerheid bestaat dat de voorgestelde regeling werkelijk zal leiden tot het oplossen of verminderen van dat probleem, dat er geen minder bezwarende alternatieven zijn, en dat de kosten en lasten daarvan gerechtvaardigd worden door de ernst van het probleem.'

[18] S.E. Zijlstra e.a., *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2012, par. 4.2.2.

[19] Kamerbrief 'Situatie brand vluchtelingenkamp Lesbos', 10 september 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 19 637, nr. 2652. Opgemerkt zij dat de aanpak van criminaliteit in eerste instantie de zaak is van het strafrecht en niet van het vreemdelingenrecht.

de geconstateerde belemmeringen bij de aanpak van vreemdelingen met zeer zware criminele antecedenten. Om de noodzakelijkheid van de wetswijziging te kunnen beoordelen, zouden de aard en omvang van de geconstateerde belemmeringen op grond van cijfers in kaart moeten worden gebracht.[20] De cijfermatige onderbouwing zou inzichtelijk moeten maken hoeveel verblijfsaanvragen voor onbepaalde tijd door het bestaan van de passage niet, en met het schrappen daarvan wel zouden kunnen worden afgewezen.

Aanbeveling

Verduidelijk in de memorie van toelichting wat wordt bedoeld met 'de aanpak van zeer zware criminelen' en licht toe in hoeverre de aanpak van hen, ook met behulp van het strafrecht, tekortschiet.
Motiveer in de memorie van toelichting aan de hand van cijfers hoe de voorgenomen wetswijziging de belemmering bij de aanpak van vreemdelingen met zeer zware criminele antecedenten zal wegnemen dan wel verminderen. Motiveer verder waarom de voorgestelde wijziging noodzakelijk is.

4. Proportionaliteit

In een eerder wetsadvies uit 2011, dat ging over de aanscherping van de glijdende schaal, heeft de ACVZ algemene opmerkingen gemaakt over de proportionaliteit.

'*Er is een grens aan de toelaatbaarheid van het maken van onderscheid tussen eigen burgers, EU-burgers en derdelanders. Het uitgangspunt in de beginselen van Tampere uit 1999 en de Stockholmverklaring van 2010 (punt 6.1.4) is dat de rechtspositie van derdelanders zoveel mogelijk moet worden gelijkgesteld aan die van EU-onderdanen. De glijdende schaal is als zodanig een juridisch instrument dat juist het verschil tussen mensen met de Nederlandse nationaliteit, migrerende EU-burgers en derdelanders benadrukt. Een Nederlander die een strafbaar feit begaat hoeft alleen te vrezen voor strafrechtelijke vervolging, een vreemdeling loopt, naast strafrechtelijke vervolging, het risico te worden uitgezet naar zijn land van herkomst. (…). De ACVZ is van mening dat de grenzen van proportionaliteit door het hanteren van verschillende maatstaven voor deze verschillende categorieën overschreden kunnen worden. In het oog moet worden gehouden dat er een redelijke verhouding is tussen de gepleegde inbreuk op de openbare orde en de rechtspositie van de vreemdeling. De glijdende schaal moet*

[20] In het ACVZ advies 'Gewogen Gevaar' werd geadviseerd om de effectiviteit van het openbare-ordebeleid te vergroten door besluiten op grond van dat beleid duidelijk als zodanig te registreren en aan de hand daarvan de uitvoering van het beleid te monitoren. Op grond daarvan kunnen gewenste wijzigingen in het beleid vervolgens worden onderbouwd. In zijn kabinetsreactie op het ACVZ-advies gaf de staatssecretaris in april 2018 aan: 'Met betrekking tot de vervolgprocedures bezwaar en beroep merk ik op dat het zonder dossieronderzoek niet mogelijk is een uitspraak te doen om welke reden(en) een eerder genomen besluit in stand blijft of juist wordt herzien. Om met registratie verder inzicht te kunnen geven in de effectiviteit van het openbare-ordebeleid, beziet de IND reeds welke mogelijkheden er zijn om het registratieproces ten aanzien van openbare orde aan te passen.'

niet zijn gericht op bestraffing maar op beveiliging van Nederland en haar ingezetenen nu en in de toekomst. Het gevaar van recidive en de inschatting daarvan spelen daarbij een belangrijke rol.'[21]

De adviescommissie acht deze opmerkingen ook in het kader van voorliggende adviesvraag van toepassing. Hoewel het bij een strenger beleid begrijpelijk is dat de staatssecretaris het onderscheid tussen verschillende categorieën in het nadeel van de groep in Nederland opgegroeide vreemdelingen op wil heffen, lijkt dit de ACVZ een disproportionele maatregel. De voorgenomen wetswijziging vergroot de verschillen tussen eigen burgers en vreemdelingen die al lang in Nederland wonen. Zo kunnen personen uit de laatste groep als gevolg van deze wetswijziging uitgezet worden naar een land waar zij nimmer hebben gewoond, zij geen familie hebben en waarvan zij de taal niet spreken.

Door de wetswijziging kan de aanvraag niet meer slechts worden afgewezen in geval van een veroordeling tot een gevangenisstraf van meer dan vijf jaar (voor handel in drugs), maar al bij een veroordeling van meer dan drie jaar. Hierdoor wordt het gemakkelijker voor de staatssecretaris om een verblijfsvergunning in te trekken, terwijl het juist de bedoeling van de wetgever was om vreemdelingen die in Nederland zijn geboren of al sinds voor het vierde levensjaar naar Nederland zijn gekomen een bijzondere rechtsbescherming te geven. Vanwege de ingrijpende aard van deze wijziging voor de personen wier belangen de wetgever in het bijzonder trachtte te beschermen, vergt dit een nadere motivering van de staatssecretaris, die de voorgenomen aanscherping van het openbare-ordebeleid kan dragen.

Aanbeveling
Motiveer in de memorie van toelichting waarom de effecten voor de vreemdelingen die getroffen worden door de voorgenomen wetswijziging proportioneel worden geacht.

5. Artikel 45b (2)(d) Vreemdelingenwet

Zoals onder punt 3 aangegeven komt de EU-status van langdurig ingezetene materieel overeen met de verblijfsvergunning regulier voor onbepaalde tijd. In artikel 45b Vw 2000 staat vermeld wanneer een aanvraag tot het verlenen van een EU-verblijfsvergunning voor langdurig ingezetenen[22] wordt afgewezen. Het tweede lid, onder d, bepaalt dat de aanvraag tot verlenen van de vergunning slechts kan worden afgewezen als de vreemdeling onherroepelijk is veroordeeld

[21] ACVZ-*advies inzake de conceptwijziging van het Vreemdelingenbesluit (Vb) 2000 (aanscherping glijdende schaal*) (advies van 23 augustus 2011, ACVZ/ADV/2011/022), Den Haag: ACVZ 2011, p. 1-2.
[22] Op grond van richtlijn 2003/109/EG.

voor een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd of als een tbs-maatregel is opgelegd.

Het Hof van Justitie heeft op 3 september 2020 geoordeeld dat lidstaten de status van langdurig ingezetene niet mogen weigeren om de enkele reden dat een vreemdeling een strafblad heeft. Er moet een beoordeling per geval plaatsvinden, waarbij de lidstaat rekening houdt met, enerzijds;

- de ernst van de inbreuk of het soort van inbreuk dat door de vreemdeling is gepleegd;
- het gevaar dat van de vreemdeling uitgaat voor de openbare orde of de openbare veiligheid; en anderzijds
- de duur van zijn verblijf in de lidstaat van ontvangst; en
- eventuele banden met die lidstaat.

Het meewegen van al deze elementen brengt met zich mee dat een beoordeling per geval wordt gemaakt.[23]

Op basis hiervan merkt Groenendijk in zijn annotatie op:

'*Anders dan artikel 45b(2)(d) Vw 2000 suggereert, is een veroordeling "wegens een misdrijf waartegen een gevangenisstraf van drie jaren of meer is bedreigd" daarvoor niet voldoende. De hierboven besproken arresten wijzen er verder op dat de openbare orde criteria in artikel 6 en artikel 12 van richtlijn [2003/109/EG] dichter bij het strenge criterium van de Unieburgersrichtlijn liggen dan de tekst van artikel 45b(2)(d) Vw 2000 bij verlening en artikel 45d(1)(b) Vw 2000 bij intrekking doen vermoeden. In beide gevallen kan toetsing aan de glijdende schaal pas aan de orde komen, nadat eerst aan de unierechtelijke openbare orde criteria in richtlijn 2003/109/EG is getoetst. Een 'automatische' toepassing van de glijdende schaal is niet geoorloofd.*'[24]

Gelet op het voorgaande is de ACVZ van oordeel dat artikel 45b, tweede lid, onder d, Vw 2000 onterecht bovengenoemde openbare-ordenorm hanteert. De strafmaat is namelijk niet leidend, maar het actueel gevaar voor de openbare orde aan de hand van een individuele afweging.

Aanbeveling
De ACVZ beveelt aan om artikel 45b, tweede lid, onder d, Vw 2000 in overeenstemming te brengen met de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

[23] HvJ EU 3 september 2020, C-503/19 en C-592/19, *JV* 2020/183 m.nt. C.A. Groenendijk (*U.Q. en S.I.*), ro.16 en 27.
[24] HvJ EU 3 september 2020, C-503/19 en C-592/19, *JV* 2020/183 m.nt. C.A. Groenendijk (*U.Q. en S.I.*), punt 8.