

Aan de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie

Mw. mr. F.G Schoe
070 – 381 1413
29 december 2004
ACVZ/ADV/04/008

Advies wijziging Vb2000 – Wet Inburgering Buitenland

Geachte mevrouw Verdonk,

Uw verzoek van 23 september 2004 om advies over het voorstel tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000) in verband met de aanpassing van voornoemd besluit aan het nieuwe inburgeringsvereiste voorafgaand aan de toelating tot Nederland, heeft geleid tot de onderstaande beschouwingen en conclusies. Daarbij wordt, conform uw verzoek, apart aandacht besteed aan de positie van gezinsleden van houders van een verblijfsvergunning asiel in relatie tot richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging.

De wettelijke verankering van het inburgeringsvereiste is thans in de Tweede Kamer in behandeling en zal in artikel 16, eerste lid, onder h, van de Vreemdelingenwet 2000 worden neergelegd (Wet inburgering in het buitenland, Kamerstukken II 2003-2004, 29 700, nrs. 1-3). Het gevolg hiervan zal zijn, dat de aanvraag voor een vergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 14 Vw 2000 zal kunnen worden afgewezen als de vreemdeling niet voorafgaand aan de komst naar Nederland reeds heeft aangetoond te beschikken over kennis op basisniveau van de Nederlandse taal en de Nederlandse maatschappij. Overigens moeten alleen vreemdelingen die vooraf in bezit dienen te zijn van een machtiging voorlopig verblijf (mvv) en na binnenkomst als "nieuwkomer" in de zin van de Wet Inburgering Nieuwkomers (WIN) dienen te worden aangemerkt, te voldoen aan voornoemde inburgeringsplicht in het buitenland. De ACVZ heeft in februari 2004 over het concept-wetsvoorstel Wet inburgering in het buitenland (WIB) geadviseerd.

Algemeen

De wijziging van het Vb 2000 regelt op grond van de bevoegdheid neergelegd in artikel 16, tweede lid, Vw 2000 de toepassing van het nieuwe inburgeringsvereiste. In het Vb 2000 worden daartoe een vijftal artikelen opgenomen. De vreemdeling dient, om aan te kunnen tonen dat deze aan het inburgeringsvereiste voldoet, een basisexamen inburgering, bestaande uit een toets met betrekking tot een basisniveau kennis van de Nederlandse taal en samenleving, met goed gevolg af te leggen. Dit examen, via de computer op basis van spraakherkenning, wordt onder verantwoordelijkheid van het hoofd van de diplomatieke vertegenwoordiging op de ambassade afgenomen. De kosten van het examen (350,00 euro) zijn voor rekening van de vreemdeling zelf. Voorts dient de vreemdeling ten behoeve van de vaststelling van zijn identiteit een digitale foto, digitale fotokopie paspoort en digitale vingerafdruk te laten maken. Schriftelijke vaardigheden worden niet getoetst, zodat het in de rede ligt te veronderstellen dat (althans in theorie) ook analfabeten het examen met goed gevolg kunnen afleggen en niet per definitie worden uitgesloten.

De voorbereiding van het examen komt voor de verantwoordelijkheid van de vreemdeling. Deze kan zelf of met behulp van familie in Nederland studiemateriaal te verzamelen of een cursus te volgen. Desgewenst kan een voorbereidingspakket worden aangeschaft. Het voorstel zondert een aantal vreemdelingen uit van voornoemde inburgeringsplicht.

De computeruitslag van het examen wordt, als het niet met goed gevolg is afgelegd, niet heroverwogen. Wel kan het examen nogmaals worden afgelegd. De Vw 2000 jo. het Vb 2000 voorziet niet in een aparte beroepsmogelijkheid tegen de negatieve uitslag. De bezwaar- en beroepsprocedure ingevolge de Awb is derhalve van toepassing.

De ACVZ gaat in het onderstaande in op vier aspecten: de hardheidsclausule, de rechtsbescherming, de positie van asielmigranten en hun gezinsleden en de positie van de Nederlandse vertegenwoordiging.

De hardheidsclausule

Artikel 16 lid 1 Vw 2000 bevat een bevoegdheid tot het afwijzen van de verblijfsvergunning en is dus een facultatieve bepaling. Die bevoegdheid dwingt zichzelf niet tot afwijzing van de vergunningaanvraag als niet aan het inburgeringsvereiste is voldaan. Artikelen 3.71 jo. 3.71a Vb 2000 geven (indirect) aan dat afwijzing regel zal zijn behoudens de genoemde uitzonderingen. Het is de vraag of de inherente afwijkingsbevoegdheid van artikel 4:84 Awb voldoende rechtszekerheid biedt voor niet in artikel 3.71a Vb 2000 genoemde gevallen waarin toch in redelijkheid aan de vreemdeling het inburgeringsvereiste niet tegengeworpen kan worden. De ACVZ verwijst in dit verband naar haar eerdere advies van februari 2004, waarin zij er voor pleitte een dergelijke uitzondering op het inburgeringsvereiste neer te leggen in een algemeen verbindend voorschrift (vergelijkbaar met artikel 3.71 lid 4 Vb 2000).

De rechtsbescherming

Zoals uit de Nota van Toelichting blijkt, wordt het verzoek om een machtiging tot voorlopig verblijf (mvv) aan de voorwaarden getoetst die ook van toepassing zijn bij de beoordeling van een verzoek om een verblijfsvergunning (Kamerstukken II 2003-2004, 29700, nr. 3 p. 8). Op grond hiervan zal de mvv derhalve (gaan) worden afgewezen als het examen niet is gehaald.

De vaststelling van de uitslag van het examen is naar het oordeel van de regering (in het voetspoor van de Raad van State) aan te merken als een besluit in de zin van de Awb (niet zijnde een voorbereidingsbeslissing in de zin van artikel 6:3 Awb), waartegen bezwaar en beroep open staat. Volgens artikel 8:4 Awb staat tegen een besluit betreffende het kennen en kunnen van een geëxamineerde geen beroep ingevolge de Awb open. Het examenresultaat betreft met name het kennen en kunnen en zal dus in het algemeen door de rechter niet kunnen worden beoordeeld. Het niet of niet succesvol opkomen tegen de vaststelling van de examenuitslag heeft tot gevolg dat er een in rechte onaantastbare beschikking ten grondslag ligt aan de weigering van de mvv, tegen welke weigering derhalve niet meer op zinnolle wijze kan worden opgekomen.

Dit vormt een lacune in de rechtsbescherming. Om deze lacune op te heffen stelt de ACVZ allereerst voor in de Vreemdelingenwet neer te leggen dat de vaststelling van de uitslag van het examen een voorbereidingshandeling in de zin van artikel 6:3 Awb is. Alsdan kan die examenuitslag door de vreemdeling in het kader van de procedure tegen de weigering van de mvv aan de orde worden gesteld, en wordt hij niet genoodzaakt in een aparte procedure tegen die examenuitslag op te komen. In aanvulling daarop dient artikel 8:4, onder e, Awb buiten toepassing te worden verklaard. Op deze wijze kan, als de mvv wordt geweigerd op grond van de negatieve uitslag van het examen, daartegen worden opgekomen in één en dezelfde procedure (gericht tegen de mvv-weigering), waarbij ook – marginaal toetsend – het oordeel over het kennen en kunnen van de vreemdeling kan worden beoordeeld. Dan kan bijvoorbeeld ook worden getoetst of sprake is geweest van evidente computerstoringen of andere calamiteiten die tot een duidelijk onjuiste uitslag hebben geleid. Voor een vergelijkbare constructie verwijst de ACVZ naar artikel 23 lid 6, Wet op het primair onderwijs.

Asielmigranten

Gezinsleden van asielmigranten

Richtlijn 2003/86/EG ziet onder andere op het recht van gezinshereniging van asielzoekers. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen gezinshereniging met leden van het kerngezin (artikel 4 lid 1) en de zogenoemde verruimde gezinshereniging (artikel 4 leden 2 en 3). Artikel 7 jo. 12 van de richtlijn sluit uit dat de hier aan de orde zijnde inburgeringseis kan worden gesteld aan de leden van het kerngezin. Dat betekent dat het inburgeringsvereiste in het buitenland slechts kan worden tegengeworpen in situaties van verruimde gezinshereniging en dus niet tegengeworpen kan worden aan de leden van het kerngezin.

Het voorliggende voorstel maakt geen onderscheid tussen hereniging van asielgerechtigden met kerngezinsleden en de verruimde gezinshereniging in geval van een asielgerechtigde. Van de gegeven bevoegdheid in de richtlijn om regels te stellen ten aanzien van verruimde gezinshereniging wordt, zoals blijkt uit de Nota van Toelichting, geen gebruik gemaakt. De bestaande regels in het Vreemdelingenbesluit en de Vreemdelingen-circulaire blijven van toepassing.

In de adviesaanvraag wordt specifiek gevraagd naar de relatie tussen de richtlijn en het thans voorliggende ontwerp. De ACVZ is van oordeel dat een onderscheid tussen de leden van het kerngezin en leden van het gezin die vallen onder verruimde gezinshereniging met betrekking tot inburgering door de richtlijn niet onmogelijk wordt gemaakt. Op basis van artikel 4 van de richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging kunnen bepaalde categorieën gezinsleden worden toegelaten in het kader van gezinshereniging onder voorbehoud van de in hoofdstuk IV van de richtlijn gestelde voorwaarden. Artikel 4 lid 1 ziet daarbij op gezinshereniging van de leden van het kerngezin en artikel 4 leden 2 en 3 zien op de verruimde gezinshereniging. Eén van de in hoofdstuk IV van de richtlijn mogelijk te stellen voorwaarden is de eis van integratie in artikel 7 (waaronder tevens een vooraf-inburgeringsplicht moet worden verstaan). De tweede volzin van artikel 7 evenwel sluit uit dat vooraf-inburgeringseisen worden gesteld aan bepaalde gezinsleden, te weten gezinsleden van vluchtelingen zoals bedoeld in artikel 12 van de richtlijn. Artikel 12 ziet blijkens de terugverwijzing naar artikel 4 lid 1 echter alleen op de leden van het kerngezin. Van de vooraf-inburgeringsplicht dienen derhalve alleen leden van het kerngezin van vluchtelingen worden uitgezonderd; de richtlijn laat het opleggen van een dergelijke plicht aan andere gezinsleden dus toe.

Ambtshalve verlening reguliere verblijfsvergunningen asielzoekers

In diverse situaties werd, respectievelijk wordt aan degene die een verzoek heeft ingediend om als vluchteling in Nederland te mogen verblijven ambtshalve een reguliere vergunning verstrekt. Dat betrof in het verleden onder meer asielzoekers die vielen onder het drie-jarenbeleid, dat overigens inmiddels is afgeschaft. Wel wordt op grond van artikel 3.6 Vb 2000 ambtshalve nog immer een vergunning verstrekt als de asielzoeker buiten zijn schuld Nederland niet kan verlaten, of als de betrokkene als alleenstaande minderjarige vreemdeling asiel heeft aangevraagd. Aan een aantal categorieën asielzoekers is/wordt de reguliere verblijfsvergunning verleend zonder dat is vast komen te staan dat de betrokkene geen vluchteling is. Ten aanzien van die groep kan niet met zekerheid worden gezegd dat zij niet vallen onder hetgeen in de richtlijn is gesteld ten aanzien van gezinshereniging met vluchtelingen (met name artikelen 7 tweede volzin en 9 tot en met 12 van de richtlijn). Dat betekent dat door de gekozen constructie Nederland in strijd kan komen met het bepaalde in de richtlijn. Theoretisch gezien kan de asielzoeker aan die onzekerheid een eind maken door afstand te doen van de reguliere verblijfsvergunning en alsnog verblijf als vluchteling op grond van artikel 30 lid 2 Vw 2000 aan te vragen. Daarbij zet hij wel de hem al verleende reguliere verblijfsvergunning op het spel. De ACVZ acht deze "way out" daarom geen reële mogelijkheid. Ten aanzien van vreemdelingen die réfugié sur place

worden, geldt hetzelfde. De nu voorgestelde regels gaan er kennelijk van uit dat iedereen waarvan niet is vastgesteld dat hij vluchteling is, geacht moet worden geen vluchteling te zijn. Die aanname lijkt in rechte aantastbaar.

Deze situatie is onwenselijk. Twee oplossingen zijn denkbaar. De betreffende categorie van ex-asielzoekers met een reguliere verblijfsvergunning zou ten aanzien van gezinshereniging kunnen worden behandeld als ware vastgesteld dat zij vluchteling zijn. Voorts zou als zo'n reguliere verblijfsvergunninghouder daarom verzoekt, alsnog ambtshalve kunnen worden vastgesteld of de betrokkene als vluchteling moet worden aangemerkt, zonder dat de betrokkenen afstand behoeft te doen van de verkregen reguliere verblijfsvergunning. De tweede oplossing vraagt om wijziging van de Vw 2000.

Positie Nederlandse vertegenwoordiging

De nu voorgestelde wijziging Vb 2000 beoogt de Nederlandse vertegenwoordigingen in het buitenland een faciliterende en toezichhoudende rol te geven. De formulering van het voorgestelde artikel 3.98 c lid 1 Vb 2000 spoort niet met het tweede lid van datzelfde artikel. Dat voorgestelde tweede lid impliceert namelijk een verdergaande verantwoordelijkheid van de Nederlandse vertegenwoordiging dan slechts een faciliterende en toezichhoudende. Voorts sluit de formulering van voornoemd artikel niet aan bij de uitleg in de Nota van Toelichting. Dit kan worden verholpen door artikel 3.98 c Vb 2000 als volgt aan te passen: "Het basisexamen inburgering wordt onder toezicht van een door het hoofd van de Nederlandse diplomatieke of consulaire vertegenwoordiging aan te wijzen ambtenaar, medewerker, autoriteit of instelling afgelegd op een door dat hoofd vast te stellen tijdstip en in een door dat hoofd aan te wijzen ruimte."

Voor het overige kan de ACVZ zich vinden in de voorgestelde wijzigingen.

Hoogachtend,

De voorzitter,

De secretaris,

Mr. T.J.P. van Os van den Abeelen

Dr. J.J. van Miert (wnd)