

Beleidsreactie staatssecretaris Harbers op het ACVZ advies 'Gewogen gevaar', De belangenafweging in het vreemdelingrechtelijke openbare ordebeleid.

Op 16 april 2018 heeft de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid een beleidsreactie gegeven op het advies van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) van 5 februari 2018 over het vreemdelingrechtelijke openbare-ordebeleid.

In het Nederlandse vreemdelingenrecht bestaan twee rechtssystemen naast elkaar. Aan de ene kant het nationale openbare-ordebeleid waarin de zogenoemde 'glijdende schaal' centraal staat en aan de andere kant het Unierecht dat rechtstreeks van toepassing is in de Nederlandse rechtsorde. De ACVZ is in het advies op basis van onderzoek tot de conclusie gekomen dat het Unierechtelijke openbare-ordebegrip, het criterium van de 'actuele bedreiging', op 90% van de aanvragen voor een verblijfsvergunning van toepassing is. Daarnaast signaleert de ACVZ ontwikkelingen in de jurisprudentie die leiden tot een universele toepassing van het actuele bedreigingscriterium en constateert de adviescommissie dat het nationale openbare-ordebeleid hiermee uit de pas loopt. Daarom adviseert de ACVZ om het actuele bedreigingscriterium over de hele linie van het vreemdelingenrecht toe te passen en meer rechtszekerheid te bieden door toepassing van één glijdende schaal.

In de beleidsreactie heeft de staatssecretaris aangegeven dat het criterium van de actuele bedreiging niet over de hele linie zal worden toegepast zolang de (Unierechtelijke) jurisprudentie daar niet toe dwingt. De door de ACVZ gesignaleerde ontwikkelingen in de jurisprudentie worden door de staatssecretaris anders geduid. Op het argument dat op 90% van de verblijfsrechtelijke aanvragen het Unierecht van toepassing is, wordt in de beleidsreactie niet ingegaan.

ACVZ advies 'Gewogen gevaar'

Op 5 februari 2018 is het advies 'Gewogen gevaar', *De belangenafweging in het vreemdelingrechtelijke openbare-ordebeleid* gepubliceerd. De ACVZ heeft in dit advies, dat op eigen initiatief is uitgebracht, onderzocht hoe het Nederlandse openbare-ordebeleid, met inachtneming van het Unierecht, op een evenwichtige wijze kan worden ingericht. Zodanig dat enerzijds recht wordt gedaan aan het belang van bescherming van de openbare orde en anderzijds aan de bescherming van rechtmatige belangen van migranten.

Aanbevelingen

- 1) Biedt een wettelijke basis aan een *ex nunc* beoordeling van het bestaan van een actuele bedreiging. Pas daartoe het zesde lid van artikel 3.86 van het Vreemdelingenbesluit (Vb) aan.
- 2) Pas over de hele linie van het vreemdelingenrecht het Unierechtelijke criterium van de actuele bedreiging toe. Daarmee kan kritiek op de glijdende schaal vanuit het oogpunt van proportionaliteit en effectiviteit worden ondervangen. Geef in de

regelgeving aan dat een migrant een gevaar voor de openbare orde vormt als sprake is van een actuele bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast.

- 3) Neem in de regelgeving op dat bij de actuele bedreigingstoets en de individuele belangenafweging behalve aan de glijdende schaal ook toepassing gegeven wordt aan de richtsnoeren van de Europese Commissie bij de Burgerschapsrichtlijn en de *guiding principles* van het EHRM en geef de uitvoeringspraktijk handvatten door dit nader uit te werken in een openbare werkinstructie.
- 4) Herzie de huidige praktijk van intrekking van het verblijfsrecht met terugwerkende kracht. De Unierechtelijke benadering brengt met zich mee dat zelfs in het stadium van hoger beroep bij de Afdeling nog rekening moet kunnen worden gehouden met nieuwe ontwikkelingen die het bestaan van een reëel gevaar gunstig of ongunstig beïnvloeden.
- 5) Hanteer slechts één glijdende schaal. Het naast elkaar hanteren van drie glijdende schalen die weinig samenhang vertonen, is niet bevorderlijk voor de doelmatigheid en effectiviteit van het beleid.
- 6) Vergroot de effectiviteit van het openbare-ordebeleid door besluiten op grond van dat beleid duidelijk als zodanig te registreren en aan de hand daarvan de uitvoering van het beleid te monitoren. Onderbouw op grond daarvan de gewenste wijzigingen in het beleid.

Beleidsreactie staatssecretaris Harbers

Op 16 april 2018 heeft de staatssecretaris een beleidsreactie op het advies toegezonden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer.¹ Hieronder gaat de ACVZ nader in op de reacties per aanbeveling van de staatssecretaris. De aanbevelingen 1,2 en 3 zijn samengenomen.

Aanbevelingen 1 t/m 3

De staatssecretaris neemt deze aanbevelingen niet over omdat de jurisprudentie over de te hanteren normen voor het beoordelen van de openbare orde nog niet zou zijn uitgekristalliseerd. Met die algemene stellingname gaat de staatssecretaris niet in op de specifieke verwijzing naar strekking en reikwijdte van een aantal uitspraken van het Hof van Justitie van de EU (het Hof) en van de hoogste Unierechter in Nederland, de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling). De Afdeling heeft bepaald dat – in ieder geval wat betreft verblijfsbeëindiging en uitvaardiging van een inreisverbod – de door het Hof gegeven uitleg van het begrip openbare orde steeds van toepassing is als een richtlijn ruimte laat om bij de uitoefening van een daarin toegekende bevoegdheid bij de beoordeling te betrekken of een migrant een gevaar vormt voor de openbare orde.² Het Unierechtelijke openbare-ordecriterium is niet alleen van toepassing bij de oplegging van zware inreisverboden, maar eveneens bij

¹ *Tweede Kamer*, 2017-2018, 19637, nr. 2382.

² ABRvS 4 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1725, r.o. 9.2, *JV* 2017/ 195.

terugkeerbesluiten en lichte inreisverboden waaraan de openbare orde ten grondslag ligt.

Op ten minste 90% van alle verblijfsrechtelijke aanvragen is Unierecht van toepassing

In de beleidsreactie is niet ingegaan op de constatering van de ACVZ dat inmiddels op ten minste 90% van alle verblijfsrechtelijke aanvragen het Unierecht van toepassing is.³ De beleidsreactie suggereert dat op aanvragen voor reguliere verblijfsvergunningen het Unierecht niet van toepassing is. Uit een analyse van de ACVZ blijkt echter dat alleen op de verblijfsdoelen arbeid regulier (deels), uitwisseling, humanitair tijdelijk en humanitair niet-tijdelijk louter nationaal recht van toepassing is.⁴ Op alle andere verblijfsdoelen is het Unierecht volledig dan wel deels (en soms in overwegende mate) van toepassing.

In de beleidsreactie is uitgelicht dat het Europese Hof van Justitie veel belang hecht aan de precieze bewoordingen die de Uniewetgever heeft gekozen. In dit verband is gewezen op jurisprudentie met betrekking tot de Studentenrichtlijn.⁵ Deze zienswijze miskent naar het oordeel van de ACVZ de harmoniserende werking die uitgaat van arresten van het Hof. Zo heeft het Hof in het arrest H.T. overwogen dat 'de omvang van de bescherming die een samenleving aan haar fundamentele belangen wenst te bieden niet mag verschillen naar gelang van de juridische status van de persoon die deze belangen schaadt'.⁶ De verwijzing naar het arrest Fahimian over de Studentenrichtlijn is van beperkte betekenis omdat dit arrest zich beperkt tot het begrip 'openbare veiligheid' dat dient te worden onderscheiden van het begrip 'gevaar voor de openbare orde'.⁷ Zie in dit verband ook het recente arrest inzake E.⁸ Daarom is hooguit nog 10% van de verblijfsaanvragen 'nationaal' en is de beleidsruimte in het openbare-ordebeleid beperkt.

ACVZ pleit voor rechtszekerheid in één glijdende schaal

De beleidsreactie suggereert dat de ACVZ adviseert om de glijdende schaal af te schaffen en dat daarmee de eis van onherroepelijkheid van de veroordeling komt te vervallen. Deze suggestie is niet juist. De ACVZ adviseert juist om de drie thans geldende schalen te vervangen door één schaal die meer samenhang vertoont. Ten aanzien van deze ene schaal kan de eis van onherroepelijkheid gesteld blijven. De ACVZ pleit er in het advies niet voor om de bestaande rechtsbescherming van vreemdelingen te verminderen. De ACVZ wijst er op dat door aanscherpingen in de eerste treden (met de kortste verblijfsduur) van de glijdende schaal juist afbreuk is gedaan aan de rechtszekerheid. In de beleidsreactie wordt hier niet op ingegaan.

³ Zie bijlage 7 van het advies en C.A. Groenendijk en M.L. van Riel, *Migratierecht is bijna helemaal Unierecht*, A&MR 2017, nr. 9, p. 405-414.

⁴ Advies 'Gewogen gevaar', bijlage 7 tabel op p. 117.

⁵ HvJ EU 4 april 2017, C-544/15, *Fahimian*, JV 2017/99, m.nt. Boeles.

⁶ HvJ EU 24 juni 2015, C-373/13, *H.T.*, JV 2015/258, m.nt. H. Battjes.

⁷ Advies 'Gewogen gevaar', p. 99.

⁸ HvJ EU 16 januari 2018, C-240/17, *E.*, ECLI:EU:C:2018:8.

Aanbeveling 4

Deze aanbeveling wordt niet overgenomen. De staatssecretaris is van oordeel dat ontwikkelingen na de beschikking op bezwaar niet bij beoordeling van het besluit dienen te worden betrokken. Voor de gevolgen die intrekkingen van verblijfsvergunning met terugwerkende kracht hebben, verwijst de staatssecretaris naar organisaties die voor de uitvoering van betreffend beleid verantwoordelijk zijn, waaronder de Belastingdienst.

De ACVZ heeft er in haar advies op gewezen dat van de hoofdregel van de *ex tunc*-toetsing afgeweken dient te worden bij toepassing van het Unierecht en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) oordeelt dat het aan de staat is om het systeem op zo'n manier in te richten dat rekening kan worden gehouden met nieuwe ontwikkelingen na het besluit.⁹

Aanbeveling 5

De staatssecretaris neemt deze aanbeveling niet over, omdat de drie glijdende schalen hun eigen relevantie hebben. Gesteld wordt dat uitvoeringsorganisaties, met name de IND, geen grote problemen ondervinden bij de praktische toepassing van deze glijdende schalen.

Het is de ACVZ bekend dat beoordelingen van openbare-ordezaken complex en tijdrovend zijn en dat in een groot percentage van deze zaken uiteindelijk de conclusie is dat het verblijfsrecht niet beëindigd kan worden. Zoals in het advies verwoord is de adviescommissie van oordeel dat vereenvoudiging van de regelgeving de rechtszekerheid ten goede komt en kan bijdragen aan een effectievere uitvoering van het vreemdelingenbeleid. De effectiviteit van het beleid valt of staat overigens niet met beëindiging van het verblijfsrecht. Indien op verblijfsbeëindiging geen vrijwillig dan wel gedwongen vertrek volgt, is de vraag of de toepassing van het openbare-ordebeleid leidt tot vergroting van de veiligheid in Nederland. Bekend is dat illegaal verblijvende vreemdelingen zich (noodgedwongen) vaker schuldig maken aan verwervingscriminaliteit.¹⁰

Aanbeveling 6

In de beleidsreactie staat vermeld dat de IND reeds beziet welke mogelijkheden er zijn om het registratieproces ten aanzien van openbare orde aan te passen.

De ACVZ ziet hierin geen concrete toezegging. Al jaren wordt het openbare-ordebeleid keer op keer aangescherpt zonder dat de effectiviteit van eerdere aanscherpingen met cijfers wordt onderbouwd. Zo is bijvoorbeeld de aannahme in de beleidsreactie dat van de aangescherpte normen een waarschuwend werking zou uitgaan niet met recente cijfers te staven. De ACVZ pleit ervoor dat de staatssecretaris aan de Tweede Kamer toezegt dat cijfermatige informatie over het openbare-ordebeleid openbaar wordt gemaakt.

⁹ Zie EHRM 22 maart 2007, Maslov t. Oostenrijk, para. 90-93 en EHRM 1 juni 2017, 30441/09, Külekci t. Oostenrijk para. 42.

¹⁰ Zie Advies 'Gewogen gevaar', p. 40.