

Afschaffing van de algemene discretionaire bevoegdheid

Wetsadvies

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 'Afschaffing van de algemene discretionaire bevoegdheid'

Uitgave van de ACVZ, Den Haag, juli 2019

Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken

Turfmarkt 147

2511 DP 's-Gravenhage

acvz@acvz.org

www.acvz.org

Tel: 070 3704300

1. Achteraf advies over in werking getreden besluit

De Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken (ACVZ) constateert dat consultatie van de adviescommissie over het onderhavige besluit niet heeft plaatsgevonden. Het is de ACVZ niet bekend waarom in dit geval de gangbare procedure niet is gevolgd. De wettelijke grondslag voor de ACVZ om te adviseren over het vreemdelingenrecht en het -beleid is neergelegd in artikel 2, vierde lid van de Vreemdelingenwet 2000 (Vw). Gangbare praktijk is dat de ACVZ wordt geconsulteerd over conceptbesluiten tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb).

De ACVZ ziet in deze gang van zaken geen aanleiding om van advisering af te zien.

2. Puntsgewijze weergave van de inhoud van het advies

In dit advies worden de volgende punten nader toegelicht:

1. De ACVZ beveelt aan om voortaan regelgeving alleen te wijzigen indien de noodzaak daartoe is komen vast te staan. Aan die afweging dient gedegen onderzoek ten grondslag te worden gelegd.
2. De adviescommissie heeft geen aanwijzing kunnen vinden dat afschaffing van de algemene discretionaire bevoegdheid eraan zal bijdragen dat de duur van het niet-rechtmatig verblijf van vreemdelingen hier te lande zal worden bekort.
3. Getalsmatig bestaat geen aanleiding om de algemene discretionaire bevoegdheid af te schaffen.
4. Toepassing van de discretionaire bevoegdheid zoals neergelegd in artikel 3.6ba Vb blijft een bevoegdheid van de staatssecretaris, zij het dat deze thans is beperkt tot een eerste toelatingsprocedure.
5. De adviescommissie is van oordeel dat niet inzichtelijk is dat artikel 3.6ba Vb iets toevoegt aan reeds bestaande bevoegdheden.
6. De ACVZ beveelt aan om het gebruik van de bevoegdheden neergelegd in de artikelen 3.6, 3.6a, 3.6b en 3.6ba Vb te monitoren en te evalueren en na een vooraf bepaalde periode te beoordelen of de regelgeving kan worden vereenvoudigd.
7. Afschaffing van de algemene discretionaire bevoegdheid maakt het voor de staatssecretaris moeilijker om - indien internationale verplichtingen daartoe nopen - een (herhaalde) verblijfsaanvraag op grond van individuele bijzondere omstandigheden in te willigen.
8. In artikel 3.16a VV worden vreemdelingen met het verblijfsdoel 'verblijf in het kader van de pilot huisvesting Akense niet-EU studenten' aangewezen als categorie vreemdelingen waaraan een verblijfsvergunning regulier kan worden verleend. Aangezien aanwijzing beperkt is tot twee gronden had de wetgever aan moeten geven of aanwijzing is gelegen in 'internationale verplichtingen' of in 'een wezenlijk Nederlands belang'.
9. De ACVZ is van oordeel dat de minister niet bevoegd was om categorieën

vreemdelingen, waaraan op grond van artikel 3.4, derde lid Vb (oud) verblijfsvergunningen werden verleend, in beleidsregels vast te leggen. Door wijziging van het Vreemdelingenbesluit en het Voorschrift Vreemdelingen is thans een toereikende juridische grondslag gecreëerd om aan bepaalde, nader omschreven, categorieën vreemdelingen een verblijfsvergunning te verlenen.

3. Inhoud van het besluit

Met het besluit van 8 april 2019 is de algemene discretionaire bevoegdheid, voorheen neergelegd in artikel 3.4, derde lid van het Vb, komen te vervallen. In de artikelen 3.48, tweede lid, aanhef en onder b en 3.51, eerste lid, aanhef en onder k en het derde lid Vb waren eveneens bepalingen opgenomen die in inhoud en werking overeenkwamen met artikel 3.4, derde lid Vb. Deze bepalingen en verwijzingen daarnaar in andere artikelen zijn aangepast.

De artikelen 3.48, tweede lid, aanhef en onder b en 3.51, derde lid Vb zijn zodanig geformuleerd dat in het Voorschrift Vreemdelingen 2000 (VV) bepaalde categorieën vreemdelingen kunnen worden aangewezen waaraan een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd kan worden verleend onder een beperking verband houdend met tijdelijke (artikel 3.48) of niet-tijdelijke (artikel 3.51) humanitaire gronden.

Voor gevallen waarin verlening van een verblijfsvergunning op grond van die beperking niet aan de orde kan zijn, bijvoorbeeld in situaties waarin de noodzaak verblijf toe te staan veeleer gelegen is in (niet gerelateerde) internationale verplichtingen of een wezenlijk Nederlands belang, is aan artikel 3.4 Vb een nieuw vierde lid toegevoegd dat het mogelijk maakt de verblijfsvergunning te verlenen onder een andere beperking dan genoemd in het eerste lid van dat artikel.

In plaats van de algemene discretionaire bevoegdheid is in een nieuw artikel 3.6ba Vb een grondslag opgenomen die het mogelijk maakt om tijdens de eerste aanvraagprocedure in Nederland ambtshalve te beoordelen of een verblijfsvergunning kan worden verleend onder een andere beperking dan voorzien in het Vb. De toepassing van deze bevoegdheid, die blijkens de nota van toelichting bij het besluit is opgedragen aan de hoofddirecteur van de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), kan plaatsvinden tot aan de beslissing in hoger beroep tegen de afwijzende beslissing op de aanvraag

4. Noodzaak van regelgeving

In de nota van toelichting bij het besluit staat vermeld dat voor de wijziging van de bestaande inrichting van het stelsel de vreemdeling tot het allerlaatste moment de hoop hield op een verblijfsvergunning, door het bestaan van de mogelijkheid dat met toepassing van de algemene discretionaire bevoegdheid alsnog in het verblijf wordt berust. Hierin ligt de aanname besloten dat vreemdelingen hun hoop voornamelijk vestigen op de algemene discretionaire bevoegdheid. Deze aanname is niet nader onderbouwd. Niet gebleken is dat er enig onderzoek aan de

totstandkoming van het besluit vooraf is gegaan.¹ De adviescommissie is van oordeel dat regelgeving alleen gewijzigd dient te worden als de noodzaak daartoe is komen vast te staan.²

Aanbeveling

De ACVZ beveelt aan om voortaan regelgeving alleen te wijzigen indien de noodzaak daartoe is komen vast te staan. Aan die afweging dient gedegen onderzoek ten grondslag te worden gelegd.

Ook na langdurig verblijf van vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf worden regelmatig verblijfsvergunningen verleend na inwilliging van een (herhaalde) aanvraag tot verlening van een verblijfsvergunning. Redenen voor inwilliging kunnen (mede) gelegen zijn in familie- of privéleven als bedoeld in artikel 8 EVRM, medische omstandigheden en klemmende redenen van humanitaire aard. De nota van toelichting bij het besluit erkent dat de mogelijkheid blijft bestaan om een herhaalde asielaanvraag of een (al dan niet herhaalde) aanvraag om een verblijfsvergunning regulier in te dienen. Het onderhavige besluit verandert dus niets aan deze praktijk. Alleen al daarom is het niet inzichtelijk of afschaffing van de algemene discretionaire bevoegdheid eraan zal bijdragen dat de duur van het verblijf van vreemdelingen hier te lande wordt bekort.

Uit raadpleging van relevante Kamerstukken over aantallen verleende verblijfsvergunningen op grond van de discretionaire bevoegdheid, is de ACVZ gebleken dat bewindslieden terughoudend van deze bevoegdheid gebruik hebben gemaakt. In de periode van maart 2007 tot en met april 2010 is aan circa 550 vreemdelingen een vergunning verleend op grond van de discretionaire bevoegdheid. Dat komt neer op ongeveer 100 vreemdelingen per jaar.³ Staatssecretaris Teeven heeft in de periode november 2012 tot en met 2014 circa 290 vergunningen verleend op grond van de discretionaire bevoegdheid. Het gaat om ongeveer 130 verblijfsvergunningen per jaar.⁴ Uit de Rapportage Vreemdelingenketen over 2018 blijkt dat in 2017 ongeveer 120 vergunningen op grond van de discretionaire bevoegdheid zijn verleend en in 2018 ongeveer 90.⁵ De aantallen variëren enigszins per kabinetsperiode, maar de variatie per jaar

¹ Aanwijzing 2.3 van de Aanwijzingen voor de regelgeving:

Alvorens tot het tot stand brengen van een regeling wordt besloten, worden de volgende stappen gezet:

- a. kennis wordt vergaard over de relevante feiten en omstandigheden met betrekking tot het bewuste onderwerp;
- b. de doelen die moeten worden bereikt, worden zo concreet en nauwkeurig mogelijk vastgesteld;
- c. onderzocht wordt of de doelen kunnen worden bereikt door middel van het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren, of dat daarvoor overheidsinterventie noodzakelijk is;
- d. indien overheidsinterventie noodzakelijk is, wordt onderzocht of de gekozen doelen kunnen worden bereikt door aanpassing of beter gebruik van bestaande instrumenten dan wel, indien dit niet mogelijk blijkt, welke nieuwe instrumenten kunnen worden ingezet om de doelen te bereiken;
- e. de diverse mogelijkheden worden zorgvuldig tegen elkaar afgewogen.

² Verwezen wordt naar aanwijzing 2.2 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

³ Brief van 7 juni 2010, kenmerk 5653247/10.

⁴ Kamerstukken II, 2014/15, 19 637, nr. 1943.

⁵ Rapportage Vreemdelingenketen, periode januari- december 2018.

is beperkt. Van deze bijna duizend gevallen heeft slechts een zeer beperkt aantal geleid tot publiek debat en politieke commotie. De ACVZ kan in deze aantallen dan ook geen argument vinden om de in het bestuursrecht niet ongebruikelijke figuur van de algemene discretionaire bevoegdheid af te schaffen.

5. Discretionaire bevoegdheid op grond van artikel 3.6ba Vb

In artikel 3.6ba Vb is een grondslag gecreëerd om tot het moment waarop de beslissing op een eerste in Nederland ingediende aanvraag tot verlening van een verblijfsvergunning asiel of regulier onherroepelijk is geworden ambtshalve een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd te verlenen onder een andere beperking dan de beperkingen die zijn voorzien in het eerste lid van artikel 3.4 Vb. Daarvoor is vereist dat sprake is van een schrijnende situatie die gelegen is in een samenstel van bijzondere omstandigheden. Uit de nota van toelichting blijkt dat deze bevoegdheid om ambtshalve deze verblijfsvergunning te verlenen is neergelegd bij de hoofddirecteur van de IND. De ACVZ merkt op dat de hoofddirecteur van de IND geen bestuursorgaan is; de IND beslist immers namens de staatssecretaris. Toepassing van de discretionaire bevoegdheid blijft dan ook de bevoegdheid van de staatssecretaris, zij het dat deze toepassing wordt beperkt tot een eerste aanvraagprocedure. Toepassing van de bevoegdheid is ingekaderd met beleidsregels die zijn neergelegd in de Vreemdelingencirculaire.⁶

De ACVZ vraagt zich af wat artikel 3.6ba toevoegt aan de bevoegdheden die de staatssecretaris heeft op grond van de daaraan voorafgaande bepalingen 3.6, 3.6a en 3.6b Vb. Het is uitdrukkelijk de bedoeling dat alleen een verblijfsvergunning wordt verleend, indien niet op grond van één van de voorgaande bepalingen ambtshalve een verblijfsvergunning kan worden verleend.

In paragraaf B11/2.5 van de Vreemdelingencirculaire wordt vermeld dat bijzondere en individuele omstandigheden in de zin van artikel 3.6ba Vb hun oorzaak kunnen vinden in:

- (ernstige) medische problemen (van één of meerdere gezinsleden);
- overlijden in Nederland van een gezinslid;
- gender gerelateerde aspecten met name eerwraak en huiselijk geweld; en
- traumatiserende ervaringen die in Nederland hebben plaatsgevonden.

De ACVZ is van oordeel dat deze omstandigheden ook kunnen – en in sommige gevallen moeten – worden meegenomen bij de ambtshalve beoordeling op basis van de artikelen 3.6, 3.6a en 3.6b Vb. Bovendien dekt deze bepaling ook de bijzondere omstandigheden die zich voor kunnen doen na een eerste aanvraagprocedure. Indien de weigering van het verblijfsrecht zou leiden tot een schending van een internationale verplichting zal in dergelijke gevallen sowieso door de staatssecretaris gebruik moeten worden gemaakt van de discretionaire bevoegdheid tot het verlenen van een verblijfsrecht. De IND zal in de minuut bij de beslissing bovendien moeten motiveren waarom niet op de voorgaande bepalingen,

⁶ Besluit van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 29 april 2019, nummer WBV 2019/7, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire, *Stcr.* 2019 nr. 24564, 30 april 2019, p. 19 e.v.

maar wel op grond van artikel 3.6ba Vb een verblijfsvergunning is verleend. De motivering op welke gronden een inwilligend besluit is genomen hoeft gelet op artikel 3:48, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht niet uit dat besluit te blijken. Uit het dossier moet wel blijken - gelet op hetgeen de nota van toelichting opmerkt ten aanzien van het gebruik van de bevoegdheid vastgelegd in artikel 3.6ba Vb - waarom de staatssecretaris niet van een andere bevoegdheid gebruik heeft gemaakt.

Aanbeveling

De ACVZ beveelt aan om na één à twee jaar het ambtshalve gebruik van de bevoegdheden op grond van de artikelen 3.6, 3.6a, 3.6b en 3.6ba Vb te monitoren en daarna te evalueren. Mogelijk dat dit in de toekomst kan leiden tot vereenvoudiging van bestaande regelgeving door samenvoeging en/of reductie van bevoegdheden.

6. Afschaffing van de algemene discretionaire bevoegdheid

Zoals eerder in dit advies opgemerkt verandert afschaffing van de algemene discretionaire bevoegdheid niets aan de bestaande praktijk. Er zijn geen argumenten voor de verwachting dat de duur van het verblijf van vreemdelingen hier te lande zal worden bekort. Het blijft voor vreemdelingen, ook na inwerkingtreding van het onderhavige besluit, mogelijk om (herhaalde) asielaanvragen en (herhaalde) verzoeken om verlening van reguliere verblijfsvergunningen in te dienen. Ook in die procedures kunnen bijzondere individuele omstandigheden het nodig blijven maken om verblijfsaanvragen in te willigen, mede omdat internationale verplichtingen daartoe nopen. Door afschaffing van de algemene discretionaire bevoegdheid wordt het voor de staatssecretaris moeilijker om in overeenstemming met zijn bevoegdheden in deze gevallen verblijfsaanvragen in te willigen. Het feit dat verblijfsaanvragen enkel op grond van één van de bestaande beperkingen vastgelegd in het Vreemdelingenbesluit mogen worden ingewilligd, stelt hier beperkingen aan.

7. Aanwijzing van categorieën vreemdelingen in het Voorschrift Vreemdelingen

Uit het besluit komt tot uitdrukking dat naast de beperkingen genoemd in artikel 3.4, eerste lid Vb de verlening van een reguliere verblijfsvergunning beperkt is tot in het VV aangewezen categorieën vreemdelingen. In artikel 3.4, vierde lid Vb is de grondslag opgenomen om een verblijfsvergunning regulier onder een andere beperking te verlenen voor zover internationale verplichtingen daartoe nopen, dan wel met de aanwezigheid van de vreemdeling een wezenlijk Nederlands belang is gediend. Op grond van artikel 3.48, tweede lid, onder b Vb kunnen in het VV categorieën vreemdelingen worden aangewezen waaraan een verblijfsvergunning regulier kan worden verleend onder een beperking verband houdend met tijdelijke humanitaire gronden. Artikel 3.51, derde lid Vb verleent een vergelijkbare bevoegdheid ten aanzien van de verblijfsvergunning voor bepaalde tijd verband houdend met niet-tijdelijke humanitaire gronden. In een regeling van 26 april 2019 zijn aan het VV twee artikelen toegevoegd,

te weten 3.16a en 3.24aa waarin categorieën vreemdelingen worden aangewezen.⁷ Artikel 3.16a VV heeft betrekking op artikel 3.4, vierde lid Vb. In deze bepaling worden vreemdelingen met het verblijfsdoel 'verblijf in het kader van de pilot huisvesting Akense niet-EU studenten' aangewezen als categorie vreemdelingen waaraan een verblijfsvergunning regulier kan worden verleend. Niet duidelijk is of deze aanwijzing is gebaseerd op internationale verplichtingen of op een wezenlijk Nederlands belang. Aangezien aanwijzing beperkt is tot deze tweedeling had het op de weg van de wetgever gelegen om aan te geven of aanwijzing is gelegen in internationale verplichtingen of in een wezenlijk Nederlands belang. Artikel 3.24aa, eerste lid VV heeft betrekking op de verblijfsvergunning regulier vanwege tijdelijke humanitaire gronden. Het tweede lid van artikel 3.24aa VV heeft betrekking op de verblijfsvergunning regulier op niet-tijdelijke humanitaire gronden.

De ACVZ constateert dat door opnemng van deze categorieën vreemdelingen in het VV een grondslag wordt gecreëerd in een ministeriële regeling waar dit eerder in beleidsregels was vastgelegd. De adviescommissie is van oordeel dat de minister niet bevoegd was om categorieën vreemdelingen waaraan op grond van artikel 3.4, derde lid Vb (oud) verblijfsvergunningen werden verleend in beleidsregels vast te leggen. Artikel 14, derde lid Vw verleent de bevoegdheid om in een algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen omtrent beperkingen waaronder verblijfsvergunningen kunnen worden verleend. Het nieuwe vierde lid van artikel 3.4 Vb vormt thans een toereikende juridische grondslag tot aanwijzing van categorieën vreemdelingen in het VV.

Conclusie

In artikel 3.16a VV worden vreemdelingen met het verblijfsdoel 'verblijf in het kader van de pilot huisvesting Akense niet-EU studenten' aangewezen als categorie vreemdelingen waaraan een verblijfsvergunning regulier kan worden verleend. Aangezien aanwijzing beperkt is tot twee gronden had de wetgever aan moeten geven of aanwijzing is gelegen in 'internationale verplichtingen' of in 'een wezenlijk Nederlands belang'.

De ACVZ is van oordeel dat de minister niet bevoegd was om categorieën vreemdelingen, waaraan op grond van artikel 3.4, derde lid Vb (oud) verblijfsvergunningen werden verleend, in beleidsregels vast te leggen. Door wijziging van het Vreemdelingenbesluit en het Voorschrift Vreemdelingen is thans een toereikende juridische grondslag gecreëerd om aan bepaalde, nader omschreven, categorieën vreemdelingen een verblijfsvergunning te verlenen.

⁷ Regeling van de Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid van 26 april 2019, nummer 2570168, houdende wijziging van het Voorschrift Vreemdelingen 2000 (honderddrieënzestigste wijziging), *Stcr.* 2019, nr. 24697, 30 april 2019.