

Aan de Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie

Mw. mr. F.G Schoe
070 – 381 1413
24 februari 2004
ACVZ/VZL/04/017

Briefadvies wijziging Vb2000 – Richtlijn 2003/86/EG

Geachte mevrouw Verdonk,

Uw verzoek van 18 december 2003 om advies over het voorstel tot wijziging van het Vreemdelingenbesluit 2000 in verband met de implementatie van de Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging en enkele andere onderwerpen betreffende gezinshereniging, gezinsvorming en openbare orde (hierna ontwerpbesluit), heeft geleid tot de onderstaande beschouwingen en conclusies.

Het ontwerpbesluit beoogt tweëerlei zaken te regelen. Enerzijds implementeert het besluit de bovengenoemde gezinsherenigingsrichtlijn en anderzijds legt het besluit de beleidswijzigingen zoals overeengekomen in het Hoofdlijnenakkoord (Kamerstukken II 2002-2003, 28 637, nr. 19) in regelgeving vast. De ACVZ is zich bewust van het feit dat er politieke overeenstemming bestaat over de in het Hoofdlijnenakkoord neergelegde beleidsvoornemens. Het advies van de ACVZ richt zich, na enkele algemene opmerkingen, in de eerste plaats op de "juridische houdbaarheid" van de implementatie. Voorts worden een aantal opmerkingen gemaakt over de verwoording van en enkele kanttekeningen gezet bij de neergelegde beleidswijzigingen.

Algemene opmerkingen

Gezinshereniging en -vorming is één van de belangrijkste migratiekanalen voor Nederland en vormt jaarlijks ongeveer 40% procent van de totale instroom migranten. Het terrein van gezinshereniging en gezinsvorming wordt

ten dele door mensenrechten beheerst, in het bijzonder door artikel 8 EVRM. Dat artikel waarborgt het recht op 'family life', maar laat beperkingen op dat recht toe noodzakelijk voor de bescherming van nationale belangen.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in een aantal arresten de betekenis van voornoemd artikel voor het recht op gezinshereniging en -vorming geconcretiseerd. De jurisprudentie van het Hof levert, kort weergegeven, het volgende beeld op:

Er bestaat geen algemene verplichting tot eerbiediging van de keuze van echtparen van het land van hun huwelijksdomicilie en dus ook geen algemene verplichting tot aanvaarding van de vestiging van niet-nationale huwelijkse partners (Abdulaziz).¹ Bij toetsing of er sprake is van een negatieve verplichting (een - passieve - plicht om van verwijdering van een der gezinsleden af te zien) danwel een positieve verplichting (een actieve plicht tot toelating) dient een faire afweging plaats te vinden tussen enerzijds het belang van het individu dat zich op zijn recht op respect voor gezinsleven beroep en anderzijds het collectieve belang van de ontvangende gemeenschap (Gül).² Bij deze afweging is van belang of betrokkenen een reële keuze hebben omtrent de plaats waar het gezinsleven kan worden uitgeoefend. Is er geen reële keuze, omdat sprake is van objectieve of wezenlijke belemmeringen om het gezinsleven in het land van herkomst uit te oefenen, dan zal gedwongen terugkeer of niet-toelating veelal een schending opleveren (Gül).³ De marge die de staat gelaten wordt is ruimer bij de beoordeling of sprake is van schending van een positieve verplichting (door betrokkene niet toe te laten) dan bij de beoordeling of er sprake is van schending van een negatieve verplichting (door het verwijderen van betrokkene) (Berrehab).⁴ De marge die de staat gelaten wordt is ruimer bij het stellen van beperkingen ter zake van gezinsvorming – waarbij de gezinsband eerst tot stand is gekomen nadat een van de partners zich elders heeft gevestigd – dan bij het stellen van beperkingen ter zake van gezinshereniging – waarbij de gezinsband al bestond toen een van de partners zich elders vestigde (Sen).⁵ Er is tot op heden slechts éénmaal in een specifieke situatie door het Hof schending aangenomen van een positieve verplichting tot eerste toelating van een vreemdeling in het kader van gezinshereniging (Sen).

De ACVZ is, gezien de omvang en de maatschappelijke implicaties van gezinsmigratie, van mening dat een legitiem belang is gelegen in het stellen van maatregelen in het kader van gezinsmigratie. De nationaal maatschappelijke belangen die in het geding zijn bij gezinsmigratie, zijn groot. Een duidelijk voorbeeld hiervan is de integratieproblematiek. Mede omdat de positie van de gezinsleden veelal zal afhangen van de positie van de migrant bij wie zij zich voegen, zijn dergelijke maatregelen naar de mening van de ACVZ te rechtvaardigen. Deze maatregelen dienen binnen de grenzen van artikel 8 EVRM te blijven en dus (gelet op de tekst van artikel 8 lid 2), kort gezegd, bij wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk te zijn. Deze

¹ EHRM 28 mei 1985 (Abdulaziz), RV 100, 19 m.nt. PB.

² EHRM 19 februari 1996 (Gül), RV 100, 21 m.nt. PB.

³ EHRM 19 februari 1996 (Gül), RV 100, 21 m.nt. PB.

⁴ EHRM 21 juni 1988 (Berrehab), RV 100, 20 m.nt. PB.

⁵ EHRM 21 december 2001 (Sen), RV 2001, 24 m.nt. PB.

noodzakelijkheid dient voort te komen uit een dringende maatschappelijke behoefte en in verhouding te staan tot het nagestreefde doel. Uit de Nota van Toelichting volgt niet helder waaruit ten aanzien van de voorgenomen beleidswijzigingen de 'noodzakelijkheid in een democratische samenleving' bestaat. Op dit punt adviseert de ACVZ, gezien de aard van dit onderwerp, de wijzigingen nauwkeuriger te onderbouwen. Hetzelfde geldt voor de relatie tussen verplichtingen voortvloeiend uit het VN-Kinderverdrag en de aanscherping van de geleidende schaal voor jeugdigen. De ACVZ acht het voorts wenselijk dat nadere aandacht wordt besteed aan artikel 19 lid 6 van het Europees Sociaal Handvest en artikel 12 van het Europees Verdrag Migrerende Werknemers. Het is de vraag of beide artikelen, waarin gesproken wordt van gezinshereniging, ook van toepassing zijn bij gezinsvorming. Nu dat laatste mede vanwege het ontbreken van jurisprudentie niet prima vista kan worden uitgesloten, is het gewenst dat daaromtrent door de Nederlandse regering een standpunt wordt ingenomen.

Overigens onderkent de ACVZ dat de nu voorgestelde implementatie van de gezinsherenigingsrichtlijn niet zo ver strekt dat alle in de richtlijn neergelegde, strengere bepalingen doorgevoerd worden. De aanscherping beperkt zich tot met name gezinsvorming. Daarmee hanteert Nederland een ruimer gezinsherenigingsbeleid dan is voorzien in de richtlijn. Belangrijk is daarbij op te merken dat Nederland in de JBZ-Raadsnotulen de verklaring heeft laten opnemen dat: "de richtlijn inzake het recht op gezinshereniging zodanig moet worden geïnterpreteerd dat er sprake is van volledige eerbiediging van het familie- en gezinsleven. De richtlijn dient dan ook conform artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de mens en de fundamentele vrijheden te worden toegepast." Het Europees Parlement (EP) heeft inmiddels bij het Hof van Justitie EG op formele en inhoudelijke gronden een inbreukprocedure aanhangig gemaakt. Daarbij acht het EP onder andere artikel 4 laatste volzin van de richtlijn - dat bepaalt dat aan alleen (na)reizende kinderen van 12 jaar en ouder integratie-eisen mogen worden gesteld - in strijd met artikel 8 EVRM. Nederland maakt terecht geen gebruik van de mogelijkheid deze bepaling in te voeren. In dit verband verwijst de ACVZ naar hetgeen is opgemerkt in haar recente advies over Europese migratie 'Voorbij de horizon van 'Amsterdam' '.

Ten aanzien van de eisen van inburgering merkt de ACVZ het volgende op. De gezinsherenigingsrichtlijn laat de lidstaten de mogelijkheid om (nationale) maatregelen te stellen in het kader van inburgering en koppelt daarmee gezinshereniging expliciet aan inburgering. Nederland maakt van deze bevoegdheid gebruik door het invoeren van de Wet Inburgering Buitenland (WIB). De ACVZ is van oordeel dat daarmee de betreffende bevoegdheid op een wijze is geregeld die in overeenstemming is met de richtlijn. Het verdient naar de mening van de ACVZ evenwel de voorkeur - in het kader van de implementatie van de gezinsherenigingsrichtlijn - in de Nota van Toelichting melding te maken van het ontwerpbesluit en daar ter verduidelijking een (korte) passage aan te wijden, juist omdat achterblijvende integratie een belangrijke onderbouwing van het ontwerpbesluit vormt en daarvoor tevens een wetsontwerp WIB in de maak is. Ten aanzien van de juridische houdbaarheid van de implementatie van de gezinsherenigingsrichtlijn in de WIB, verwijst de ACVZ voor een uitgebreidere beschrijving, met conclusies, naar het ACVZ-advies inburgering.

Juridische houdbaarheid implementatie

Consequenties statushouders asiel

De ACVZ is van oordeel dat de richtlijn voor wat betreft de positie van statushouders asiel niet correct is omgezet. Het ontwerpbesluit voorziet in een vernieuwde regeling voor gezinsvorming door statushouders asiel. Ten aanzien van gezinshereniging wordt het oude beleid gehandhaafd. Voorts wordt door de WIB de vooraf-inburgeringsplicht geïntroduceerd. Dit levert de volgende regeling op: bij *gezinsvorming* gelden alle nieuwe voorwaarden: vooraf-inburgeringsplicht, middelenvereiste van 120% minimumloon, leeftijdsgrens van 21 jaar en wordt de aanvraag als reguliere verblijfsaanvraag afgehandeld. Bij *gezinshereniging* gelden de voorwaarden *niet* als het verzoek *binnen drie maanden* is ingediend of als zij niet in aanmerking komen voor een "afgeleide" verblijfsvergunning asiel -omdat zij een andere nationaliteit bezitten dan de hoofdpersoon- maar gezinshereniging niet mogelijk is in een derdeland waarmee de vreemdeling of de hoofdpersoon bijzondere banden heeft. Bij *gezinshereniging* gelden indien het verzoek *buiten drie maanden* wordt ingediend de eisen: vooraf-inburgeringsplicht, middelenvereiste van 100% van het minimumloon, leeftijdsgrens van 18 jaar, en wordt de aanvraag als reguliere verblijfsaanvraag afgehandeld (inclusief het mvv vereiste).

Ten aanzien van gezinshereniging buiten de drie maanden termijn verwijst de ACVZ in het inburgeringsadvies, waarin zij te kennen heeft gegeven dat de mvv plicht en de daaraan gekoppelde vooraf-inburgeringsplicht niet in overeenstemming is met artikel 7 lid 2 van de gezinsherenigingsrichtlijn en artikel 8 EVRM. De vernieuwde voorafinburgerings-eis kan naar de mening van de ACVZ eveneens niet gesteld worden bij gezinsvorming met vluchtelingen (wederom op grond van artikel 7 lid 2 gezinsherenigingsrichtlijn). De overige eisen bij gezinsvorming (120% en leeftijdseis van 21 jaar) acht de ACVZ strijdig met artikel 8 EVRM indien er objectieve belemmeringen bestaan het gezinsleven in het land van herkomst uit te oefenen, zowel voor vluchtelingen als andere statushouders asiel. Voorts heeft zij mede in verband met het risico van doorprocederen voor alle beschermingsgerechtigden gelijkstelling van rechten bepleit. De ACVZ acht wijziging van het ontwerpbesluit derhalve in lijn met het hier vooroverwogene nodig. Voorts acht zij het wenselijk dat in de Nota van Toelichting op dit nieuwe stelsel van regels ingegaan wordt vanwege de consequenties die dit stelsel voor statushouders asiel met zich brengt.

Enkele beleidsmatige opmerkingen

Verhoging minimumleeftijd gezinsvorming

In het kader van de implementatie van de gezinsherenigingsrichtlijn zal de minimumleeftijd voor *gezinsvorming* worden verhoogd van 18 naar 21 jaar. Dit is in overeenstemming met de richtlijn artikel 4 lid 5. De leeftijdsgrens rust op de veronderstelling dat met 21 jaar de gezinsvormer en het beoogde gezinslid verantwoordelijker zijn en dus beter in staan zijn zich te handhaven in Nederland. Voor deze veronderstelling bestaat maar een beperkte onderbouwing. Zoals hiervoor is betoogd kan Nederland in geval van gezinsvorming een restrictief beleid voeren. Op grond daarvan is de ACVZ van mening dat het verhogen van de

leeftijdsgrens op zich zelf niet met artikel 8 EVRM in strijd is. Wel heeft de regeling een zeker arbitrair karakter, geïllustreerd door het navolgende. In die delen van de wereld waarin huwelijken plegen te worden gearrangeerd, lijkt de leeftijd geen beslissende rol te spelen. Voorts gaat deze leeftijdsgrens twee categorieën Nederlanders introduceren. Degene die met een in Nederland verblijvende partner kunnen huwen of een samenlevingsverband aangaan vanaf 18 jaar; en degene die pas op 21 jarige leeftijd een gezinsleven kunnen genieten omdat hun partner uit een niet-EU lidstaat komt. Zoals gezegd wordt voor dit soort maatregelen die een inbreuk vormen op artikel 8 lid 1 EVRM, in het tweede lid van dat artikel de eis gesteld dat die in een democratische samenleving noodzakelijk is. Die eis gaat verder dan wenselijkheid. Deze overwegingen leiden de ACVZ tot de slotsom dat nadere onderbouwing in de Nota van Toelichting nodig is.

Verhoging inkomensvereiste gezinsvorming tot 120%

De verhoogde inkomenseis leidt ertoe dat een groep rechtmatig in Nederland verblijvenden wellicht nimmer in staat zal zijn om met een partner in Nederland het recht op gezinsleven uit te oefenen. Gelet op de inkomensverdeling in Nederland zal dat een beperkte groep zijn. Maar met name de huidige rechtstreeks betrokkenen zijn in die groep oververtegenwoordigd. De ACVZ wijst er overigens op dat een soortgelijke blokkade al jaren lang geldt ten aanzien van degene die een minimumuitkering genieten. Gelet op de aan de eis ten grondslagliggende doelstelling, wordt zij door de ACVZ in zijn algemeenheid in overeenstemming geacht met artikel 8 EVRM. De ACVZ wijst wel uitdrukkelijk op de recente berichten over fraude met inkomensgegevens. Voorts roept de regeling vragen op, omdat daarmee in wezen wordt betoogd dat de eis van het beschikken over een inkomen dat gelijk is aan 100% van het minimumloon in zijn algemeenheid niet voldoende zou zijn voor het onderhouden van een gezinsleven. Als daar niet vanuit gegaan wordt, moet worden aangenomen dat het om uitzonderingsposities gaat. Het gemaakte onderscheid is in dit opzicht moeilijk te onderbouwen. Kennelijk is bij de totstandkoming van dit onderhavige besluit geen rekening gehouden met de mogelijkheid aanspraken op aanvullende inkomensafhankelijke regelingen te beperken. Alsdan beschikt de vreemdeling immers wel zelfstandig over een inkomen dat onder het oude beleid als voldoende werd geacht om een gezinsleven te onderhouden.

Ook wijst de ACVZ erop dat het aan twijfel onderhevig is of de genoemde mogelijkheden om een beroep op de overheid te doen met betrekking tot huursubsidie, kwijtschelding van waterschapsbelasting en het gemeentelijke minimabeleid behoren tot het "(nationale) stelsel van sociale bijstand" als bedoeld in de richtlijn. Het voorgaande overziend geeft de ACVZ, in het besef dat het hier gaat om de uitvoering van gemaakte politieke afspraken, nadrukkelijk in overweging nogmaals te bezien of de betreffende politieke doelstellingen niet kunnen worden bereikt op andere wijze zoals bijvoorbeeld door het storten van een waarborgsom, tijdelijke opschorting van het recht op de genoemde voorzieningen, of soortgelijke maatregelen.

Verandering belangenafweging openbare orde

Het ontwerpbesluit sterkt ertoe artikel 3.20 lid 2 Vb 2000 te schrappen. Dat artikel ging er vanuit dat alleen bij ernstige delicten de toegang aan de vreemdeling kon worden ontzegd. Als artikel 3.20 Vb 2000 is geschrapt, kan een belangenafweging in volle omvang plaatsvinden. Uit de jurisprudentie van het EHRM volgen geen uitgangspunten voor een belangenafweging in die situatie af te leiden.

Jurisprudentie van het EHRM terzake van een zodanige bealngenafweging ziet slechts op een uitgangspunten bij *verblijfsbeëindiging* om redenen van openbare orde in het kader van artikel 8 EVRM (Boultif).⁶ Een aantal uitgangspunten kunnen wellicht eveneens als leidraad dienen bij de weigering van de eerste toelating van migrerende gezinsleden. Daarbij gaat het om de volgende elementen: de aard en ernst van misdrijf; de tijd die is verstreken sinds het misdrijf is begaan en het gedrag van de betrokkenen sinds deze tijd; de nationaliteit van de in het buitenland verblijvende vreemdeling; de gezinssituatie zoals de duur van een huwelijk; de kennis van de echtgenoot over het misdrijf ten tijde van het aangaan van de relatie; kinderen uit de relatie en hun leeftijd; eventuele problemen die de vreemdeling (in dit geval de hoofdpersoon) zal ondervinden bij terugkeer naar het land van herkomst. Gelet op het voorgaande acht de ACVZ het wenselijk dat in de vreemdelingencirculaire een toetsingskader wordt uitgewerkt.

Cumulatie van eisen

Ten slotte wijst de ACVZ op het volgende.

Onder de huidige en voorgestelde regels moeten gezinsvormers cumulatief aan vier soorten eisen voldoen:

1. adequate huisvesting,
2. inkomenseis van 120% minimumloon of meer,
3. leeftijd van 21 jaar of ouder,
4. inburgerings-eisen vooraf en na binnenkomst.

In het voorgaande ligt het standpunt besloten dat deze eisen op zichzelf als niet onaanvaardbaar moeten worden gekenschetst. Echter, onbekend is hoe de cumulatie van deze eisen de facto uitpakt. Het is aannemelijk dat de cumulatie van eisen voor allochtonen als groep een hogere drempel zal opwerpen dan niet-allochtonen. Ook aan dat gegeven ware in de Nota van Toelichting aandacht te besteden.

Hoogachtend,

De voorzitter

De secretaris

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

drs. A.L.M.N. Spanjersberg

⁶ EHRM 2 augustus 2001 (Boultif), RV 2001, 23 m.nt. SvW.