

**Wijziging van het Voorschrift Vreemdelingen in verband met het voorstel van wet tot invoering van een Modern migratiebeleid (TK 32 052) (concept)**

31 maart 2010

**Commentaar van de Adviescommissie vreemdelingenrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten** (*mrs. J.A. Kroes, I. Oomen, T. Pondaag, T.H.G. Schuringa, L.M. Straver, F. Wassenaar, W. Verberk*)

**Inleiding**

De Adviescommissie vreemdelingenrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten heeft kennis genomen van de conceptregeling houdende wijziging van het Voorschrift Vreemdelingen 2000 ("concept VV") met Toelichting, en heeft dit met belangstelling gelezen. In het hiernavolgende treft u ons commentaar aan.

**Algemeen commentaar**

Het concept VV sluit aan bij de wijzigingsvoorstellen van de Vreemdelingenwet en het Vreemdelingenbesluit, waarover de Adviescommissie al heeft geadviseerd. De Adviescommissie verwijst voor algemene opmerkingen over het concept VV dan ook mede naar haar reacties van 11 maart 2009 (consultatiefase) en 28 oktober 2009. De onderstaande artikelsgewijze opmerkingen vormen deels uitwerkingen van deze reacties, zoals bij de eerste artikelsgewijze opmerking zal blijken (te weten inzake de nieuwe zorgplichten, die in dit concept VV concreet worden ingevuld).

Op deze plaats wijst de Adviescommissie, bij wijze van algemene en overkoepelende opmerking, nog eens op het risico dat de versterking van de positie van de referent met zich meebrengt. Met name waar het gaat om organisaties die als verblijfgever of zo men wil, verblijfsbemiddelaar optreden, treedt een verschuiving van belangen op. De referent treedt immers niet alleen namens zichzelf op, maar door zijn versterkte positie in het gehele proces in zekere zin ook als front office voor de IND. Tevens behartigt hij, tenslotte, ook nog de belangen van de vreemdeling. De Adviescommissie is van mening dat voorop staat dat de vreemdeling, zoals ook onder de oude wet geldt, primair de verantwoordelijkheid heeft om wijzigingen in de persoonlijke situatie aan de IND te melden. Dat de referent de vreemdeling daarop verplicht wijst, bijvoorbeeld door hem dit schriftelijk mede te delen, kan de Adviescommissie billijken. Echter om de referent zelf met de verantwoordelijkheid te belasten om wijzigingen in de persoonlijke omstandigheden van de vreemdeling kenbaar te maken, lijkt een stap te ver. Immers door de versterking van de positie van de (met name: institutionele) referent neemt deze verantwoordelijkheden op zich die primair bij IND thuishoren, zoals controle en toetsing van voorschriften. De IND is de bij uitstek kundige organisatie als het gaat om toelating, de institutionele referent is dat niet. De versterking van de positie van de institutionele referent bergt aldus het gevaar in zich van uiteenlopende of zelfs foutieve uitleg van regelgeving, hetwelk uiteindelijk veelal resulteert in een verzwakking van de positie van de vreemdeling. Dat kan niet de bedoeling zijn, en het is volgens de Adviescommissie zaak dit scherp in de gaten te houden bij de vaststelling van dit concept VV.

## Artikelsgewijs commentaar

### Artikel I

(A en B: geen opmerkingen)

C artt. 1.4 - 1.19

#### Artikelen 1.4 - 1.19

Er wordt een nieuwe afdeling ingevoegd: *Afdeling 2. De referent*. Dit is uiteraard in lijn met de versterking van de positie van de referent die de rode draad vormt van het wetsvoorstel Modern Migratiebeleid.

#### *Paragraaf 1: Algemeen* (artt. 1.4 - 1.8)

In de artikelen 1.4 - 1.7 worden, langs dezelfde lijn, verschillende zorgplichten in het leven geroepen. De omschrijving van deze zorgplichten brengt echter wel problemen met zich mee, volgens de Adviescommissie.

#### *"Relevante regelgeving"*

Conform het voorgestelde artikel 1.4 draagt de referent er zorg voor dat de vreemdeling op de hoogte wordt gesteld van "de relevante regelgeving". De Adviescommissie wijst erop dat dit begrip niet nader is omschreven. Bij een ruime interpretatie van dit begrip zal de referent sneller het verwijt kunnen treffen dat hij zich niet aan de zorgplicht heeft gehouden. Wie bepaalt in zo'n geval wat onder "relevante regelgeving" moet worden verstaan?

Een mogelijk gevolg is dat de referent, om het zekere voor het onzekere te houden, de vreemdeling maar van alle denkbare regelgeving op de hoogte gaat brengen. Of dat de gemoedsrust van de vreemdeling, met name als die voor studiedoeleinden komt, ten goede komt is daarbij vervolgens de vraag. Dit is in het kader van het Moderne migratiebeleid niet wenselijk. Het onnodig veroorzaken van onrust en onzekerheid bij de vreemdeling kan immers een remmend effect hebben op de instroom, daar waar het nieuwe beleid juist voor hoogopgeleide doelgroepen als kennismigranten en studenten tot grotere aantrekkingskracht van Nederland zou dienen te leiden. De bepaling zou ook om die reden concreter moeten worden ingevuld om dit effect zoveel mogelijk te vermijden.

#### *"Passende maatregelen"*

Hetzelfde geldt, m.m., voor artikel 1.5 lid 1, sub i en artikel 1.6 lid, sub h welke de verplichting inhouden om, bij kennis of zelfs bij vermoedens van onregelmatigheden of misstanden "passende maatregelen" te treffen. De Toelichting vermeldt dat "het au pair bureau gehouden is tot een adequaat optreden en tot het treffen van maatregelen. De IND wordt hiervan onverwijld in kennis gesteld. ... "

Met name indien nog niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat sprake is van onregelmatigheden, en slechts sprake is van vermoedens, rijst volgens de Adviescommissie de vraag of de zorgplicht hier niet te ver gaat. De term "maatregelen" duidt op concrete actie, wat direct ernstige gevolgen kan hebben voor de relatie tussen gastgezin en vreemdeling, ook indien de gerezen vermoedens achteraf niet worden bevestigd.

De Adviescommissie wijst er voorts op dat er een zware sanctie rust op het niet naleven van de zorgplicht, met name het intrekken van de referent status. De referent, meer in het bijzonder: het au pair bureau, zal derhalve niet snel geneigd zijn een vermoeden van onregelmatigheden te negeren. De positie van de vreemdeling lijkt hierbij het meest in het geding, wat volgens de Adviescommissie niet de bedoeling kan zijn van de regeling. Maar ook goedbedoelende gastgezinnen kunnen hiervan de wrange vruchten plukken.

#### *Paragraaf 2. Erkenning als referent: Ondernemingsplan*

Startende ondernemingen dienen bij de aanvraag om erkenning als referent conform artikel 12 lid 3 een ondernemingsplan te overleggen. De vraag is, aan welke vereisten dit ondernemingsplan dient te voldoen. In de praktijk brengt de eis van een ondernemingsplan in de "klassieke" zin (zoals bijvoorbeeld vreemdelingen die zich als zelfstandig ondernemer willen vestigen moeten overleggen) veel extra werkzaamheden met zich mee, wat veelal tot aanzienlijke vertraging leidt. Het lijkt niet wenselijk, en ook niet in alle gevallen nodig, aanvragers op te zadelen met die extra last. De formulering van het derde lid laat echter geen ruimte voor afwijking van deze verplichting.

Voorts is niet helemaal duidelijk wat met *startende ondernemingen* wordt bedoeld; zijn dit alle bedrijven die geen verklaring betalingsgedrag kunnen aanvragen? Denkbaar is immers dat er andere oorzaken kunnen zijn waarom geen verklaring betalingsgedrag kan worden verkregen, bijvoorbeeld omdat een bedrijf ervoor kiest om in Nederland (nog) geen salarisadministratie op te zetten. Ook bij omvangrijke en reeds lang gevestigde bedrijven kan dat het geval zijn.

#### *Verklaring omtrent het gedrag (VOG)*

Artikel 1.16 bepaalt dat de aanvrager om erkenning als referent "desgevraagd" een VOG overlegt. Het betreft aanvragers ten aanzien van wie sprake is van antecedenten in de vier jaar voorafgaand aan de aanvraag.

Er lijkt sprake van een bevoegdheid van de IND om van betrokkene een VOG te verlangen. Hiermee in strijd lijkt de Toelichting, volgens welke een VOG dient te worden overgelegd "in ieder geval" indien sprake is van dergelijke antecedenten. Indien de Minister beoogt in die gevallen steeds een VOG te verlangen, dient dit naar inzicht van de Adviescommissie in de tekst van het concept VV te worden geregeld, niet in de Toelichting.

Een andere lezing van de Toelichting is wellicht denkbaar, nu daarin ook is te lezen dat de criteria op grond waarvan - blijkbaar: in die gevallen waarin sprake is van antecedenten in de genoemde vierjaarsperiode - zoveel mogelijk in beleidsregels worden gemaakt. Dit zou systematisch wellicht juist zijn, maar brengt weer een ander bezwaar met zich mee. Dergelijke ingrijpende verplichtingen moeten naar inzicht van de Adviescommissie namelijk zo veel mogelijk op (tenminste) het niveau van het concept VV worden gereguleerd.

#### *Imperatief of facultatief*

Artikel 1.17 bepaalt dat de aanvraag *wordt afgewezen* indien een VOG wordt verlangd, maar betrokkene deze niet kan overleggen. De vraag is, of het enkele feit dat een VOG niet kan worden overgelegd een overigens niet gemotiveerde afwijzing kan dragen; het gewicht van de VOG is niet in alle gevallen hetzelfde, en kan althans in theorie worden gecompenseerd door andere, voor de aanvrager gunstige gegevens. Daarbij lijkt niet onbelangrijk om welke reden de VOG niet kan worden verkregen. Hoe dan ook, "Kan worden afgewezen" lijkt de Adviescommissie een betere formulering.

#### *Gegevens en bescheiden; Termijn*

Bij artikel 1.19 lid 1 inzake bekorting van de termijn voor het overleggen van gegevens en bescheiden in spoedeisende gevallen, rijst bij de Adviescommissie de vraag, welk belang de Minister bij deze bepaling heeft. In de eerste plaats is niet duidelijk aan wat voor spoedeisende situaties dan moet worden gedacht. De Toelichting vermeldt niets op dit punt. Indien de aanvrager zelf baat heeft bij spoed, en dat zal in het algemeen het geval zijn, lijkt de bevoegdheid van de Minister om een kortere termijn te stellen geen groot belang te dienen. Zolang de aanvraag niet compleet is, kan en mag de Minister de aanvraag aanhouden, en de daaruit voortvloeiende vertraging zal de aanvrager in het algemeen voldoende motiveren om de benodigde stukken zo spoedig mogelijk te produceren. In het verlengde hiervan rijst de vraag, wat de sanctie is als de termijn niet wordt gehaald. Wordt de aanvraag dan afgewezen? Welk belang heeft de Minister daar bij?

Dit alles geldt temeer, nu de Minister zelfs kan bepalen dat de gegevens "terstond" moeten worden verstrekt. De Adviescommissie begrijpt deze bepaling niet.

#### *In persoon*

Bij lid 2 rijst, bovenal, de vraag waarom gegevens en bescheiden in persoon ter beschikking moeten worden gesteld. Het algemene uitgangspunt in het bestuursrecht is, dat een aanvraag altijd schriftelijk kan worden ingediend, en indien nodig worden aangevuld. Wat is de relevantie van ter beschikking stellen in persoon?

De Minister zou bij oproeping in persoon tenminste de noodzaak daartoe expliciet moeten meedelen aan de betrokkene.

(D t/m H: geen opmerkingen)

I art. 3.20a; bijlage 8a

#### *Het puntenstelsel*

De Toelichting vermeldt niet, dat conform de huidige praktijk de Minister het Ministerie van EZ vraagt om te adviseren bij aanvragen van zelfstandig ondernemers omtrent het aantal toe te kennen punten. Indien deze werkwijze wordt gecontinueerd verdient het aanbeveling dit in de Toelichting tot uitdrukking te laten komen.

De advisering door EZ doet overigens een vraag rijzen. Kan de Minister nog wel afwijken van een advies van EZ? Het concept VV stelt immers dat bij een aantal van 30 punten per onderdeel een *wezenlijk Nederlands belang gediend is* met de arbeid van de vreemdeling. Een duidelijker bevoegdheidsafbakening is hier volgens de Adviescommissie geïndiceerd.

J art. 3.21

#### *Verklaring van inschrijving studie*

De Toelichting vermeldt, dat de student de Minister een schriftelijke verklaring van de onderwijsinstelling dient te verstrekken waaruit blijkt dat hij of zij wordt ingeschreven voor voltijds onderwijs. Deze verklaring kan ook elektronisch door de onderwijsinstelling aan de IND worden afgegeven. In het laatste geval heeft de student zelf ook recht op een afschrift van deze verklaring. Het verdient volgens de Adviescommissie aanbeveling om in het concept VV op te nemen dat de student het afschrift tegelijk met de IND ontvangt.

K art. 3.23; bijlagen 10 en 10a

*Zoekjaar hoogopgeleiden; puntensysteem*

Het artikel vormt de basis voor de toelating van hoogopgeleiden onder een beperking "verband houden met het zoeken naar en verrichten van arbeid al dan niet in loondienst" (ook wel het "zoekjaar hoogopgeleiden" genoemd). De Adviescommissie wijst op een weeffout in het systeem. Deze betreft de mogelijkheid voor deze vreemdelingen om gedurende het zoekjaar werk te aanvaarden als kennismigrant op grond van het salariscriterium dat ook geldt voor in Nederland afgestudeerde vreemdelingen. In aanvulling op de twee standaard salariscriteria (thans € 36.0981,- resp. € 50.183,- bruto per jaar, afhankelijk van de leeftijd) geldt voor deze groep immers een bedrag van (thans) € 26.376,-.

Deze bedragen zijn gebaseerd op het Besluit uitvoering Wav, artikel 1d. Dit artikel is niet aangepast en omvat in de huidige redactie niet deze houders van een verblijfsvergunning zoekjaar hoogopgeleiden. Op hen zijn derhalve eenvoudig de bovengenoemde bedragen van toepassing.

De Minister zal het ertoe moeten leiden dat het Besluit uitvoering Wav wordt gewijzigd. Indien dit niet wordt gerealiseerd, is het van groot belang dat de Toelichting op het concept VV wordt gewijzigd, en de verwijzing naar het lage salariscriterium van € 26.376,- wordt verwijderd. De Adviescommissie wijst er met nadruk op dat tewerkstelling op basis van dit salariscriterium van een kennismigrant die voorheen in het bezit was van een verblijfsvergunning voor het zoekjaar hoogopgeleiden in strijd is met artikel 2 Wav, en derhalve als illegale tewerkstelling dient te worden gekwalificeerd. (Een uitzondering geldt slechts die hoogopgeleiden die in Nederland zijn afgestudeerd (immers die vallen onder omstandigheden ook onder de regeling voor het zoekjaar hoogopgeleiden) en die binnen 12 maanden na hun afstuderen zijn begonnen met werken; zij vallen immers als afzonderlijke categorie reeds onder artikel 1d besluit Wav).

Hierbij dient te worden bedacht dat het UWV niet te pas komt aan de toelating van deze vreemdelingen, noch aan hun tewerkstelling als kennismigrant; dit zijn beide IND trajecten. Als werkgever en hoogopgeleide afgaan op de Toelichting bij het VV, c.q. op de mededelingen van de IND gebaseerd op die Toelichting, staat niets er aan in de weg dat een hoogopgeleide aldus wordt tewerkgesteld op basis van het lage salariscriterium. Bij een controle van de Arbeidsinspectie zal echter blijken dat sprake is van illegale tewerkstelling, en wordt een boete opgelegd aan de werkgever. Dit kan volgens de Adviescommissie niet de bedoeling zijn.

De Adviescommissie meent overigens dat de vergelijking met het engelse Highly Skilled Migrant Program (HSMP) niet helemaal opgaat; het HSMP geeft immers toegang tot de arbeidsmarkt; zij het ook een beperkte. Voor de hoogopgeleide komt die toegang tot de arbeidsmarkt eerst aan de orde zodra een baan als kennismigrant is gevonden c.q. zodra een verblijfsvergunning als zelfstandige is verkregen op basis van het daarvoor geldende puntensysteem. Voor de houder van een verblijfsvergunning hoogopgeleide als zodanig geldt echter het twv-vereiste, zodat deze per saldo een even ongunstige positie op de Nederlandse arbeidsmarkt heeft als om het even welke nieuwkomer.

(L t/m P - geen opmerkingen)

R art. 3.34j

Artikel 3.34j, betreffende het overleggen van bescheiden voor de verblijfsaanvraag, treft m.m. dezelfde bezwaren als artikel 1.19 van het concept VV (omtrent bescheiden voor de aanvraag om erkenning als referent); naar de opmerkingen bij dat artikel wordt hier dan ook verwezen. Daarbij komt echter nog dat in de systematiek van de Wet Modern migratiebeleid de referent centraal staat. De bekorting van de termijn in artikel 3.34j raakt echter de aanvrager, dat wil zeggen: ofwel de vreemdeling, ofwel de erkend referent. Indien de vreemdeling een bekorte termijn wordt gesteld, dient wel te worden nagegaan of het in feite niet gaat om gegevens die binnen de verantwoordelijkheid van de referent liggen (bijvoorbeeld een concept salarisspecificatie, om een willekeurig voorbeeld te noemen).

Dit wringt des te meer in gevallen waarin de aanvrager/vreemdeling *in persoon* wordt opgeroepen. De noodzaak van een schriftelijke motiveringsplicht voor de oproeping in persoon doet zich hier nog sterker voelen dan bij artikel 1.19, naar inzicht van de Adviescommissie.

(S t/m U - geen opmerkingen)

V art. 4.17 - 4.42

#### *Informatieplicht bij uitwisseling*

De plichten van artikel 4.18 lid 2 sub b. en c. bij uitwisseling gaan vrij ver, naar inzicht van de Adviescommissie. De referent, een au pair bureau, zou zijn belang in theorie boven het belang van de vreemdeling kunnen stellen en de Minister inlichtingen verstrekken. Aangenomen moet worden dat dit een reactie van de Minister zal uitlokken. Als de IND vragen gaat stellen aan een gastgezin, zet dat de relatie tussen de vreemdeling en het gastgezin gemakkelijk mogelijk onder druk. Matige communicatie of een moeizame verhouding tussen referent en gastgezin zou op die manier al kunnen leiden tot een melding die wellicht onnodig blijkt, en dus tot onnodige problemen voor de vreemdeling. Ook hier wijst de Adviescommissie vooral op de kwetsbare positie van de (jonge) vreemdeling.

In artikel 4.19 richt de verplichting zich ook tot degene die "referent is geweest". Het is de vraag of de verantwoordelijkheid als referent niet zou behoren te eindigen zodra er een nieuwe referent is.

#### *Studievoortgang*

Conform artikel 4.31 dient de referent/onderwijsinstelling de studievoortgang van de vreemdeling bij te houden in haar administratie. De Adviescommissie wijst er op dat het begrip "studievoortgang" mede dient te worden beoordeeld in het kader van de Studierichtlijn (Ri 2004/114/EG), hetgeen ten opzichte van de Vreemdelingencirculaire tot een gunstiger beoordeling van het verblijfsrecht van de student kan leiden. Het verdient aanbeveling hierover in de Toelichting iets op te nemen. Vgl. Rb Amsterdam (vreemdelingenkamer) 16 april 2009, AWB 08/26563 en 08/26564, LJN BI2051).<sup>1</sup> De Adviescommissie wijst hier met enige nadruk op, daar de verhouding tussen de

---

<sup>1</sup> Overigens is deze uitspraak nog altijd niet verwerkt in de Vreemdelingencirculaire; TBV 2009/7 komt slechts ten dele tegemoet aan het oordeel van de rechter en wel, naar inzicht van de Adviescommissie, onvoldoende. De Minister kan dan ook niet volstaan met een verwijzing naar geldend beleid.

student/vreemdeling enerzijds en de referent/onderwijsinstelling anderzijds in de praktijk een ongelijkwaardige verhouding lijkt te zijn waarin de positie van de vreemdeling op zijn minst kwetsbaar kan worden genoemd.

#### *Algemeen*

Tenslotte stelt de Adviescommissie graag de vraag, wat de gevolgen zijn als een geadresseerde zich niet aan deze informatie- en administratieplichten weet te houden. Deze vraag dringt zich op, omdat het in het licht van deze bepalingen niet moeilijk is om een vergissing te maken bij het overleggen van stukken of bij het verstrekken van gegevens, dan wel daarin een omissie te begaan. Goed beschouwd hoeft er geen verschil te zijn tussen een onbeduidende en onbedoelde omissie enerzijds, en het bewust verstrekken van onjuiste informatie anderzijds; de gevolgen kunnen dan ook dezelfde zijn, en zijn in theorie enorm: intrekking van de erkend referent status, intrekking van de verblijfsvergunning en uitzetting, enzovoorts. Daarbij is onbevredigend dat de referent de gevolgen kan ondervinden van foutief handelen van de vreemdeling, en de vreemdeling - wellicht eerder nog - van handelen van de referent. Men is over en weer afhankelijk van elkaars goede trouw en adequaat handelen, waarbij de mogelijkheid tot disculpatie in het algemeen achteraf zal liggen. De Adviescommissie meent, kortom, dat de positie van de betrokkenen, vreemdelingen en referenten eender, op dit punt te zeer is blootgesteld aan het risico van sancties en andere nadelige gevolgen.

(W t/m Y - geen opmerkingen)

#### **Artikel II t/m VI - geen opmerkingen**

*mr J.A. Kroes*