OPENBAAR MINISTERIE

College van procureurs-generaal
Voorzitter

Postbus 20305, 2500 EH Den Haag

Prins Clauslaan 16
2595 AJ Den Haag
T +31 88 699 11 00
www.om.nl

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Directie Wetgeving
Postbus 20301
2500 EH 'S-GRAVENHAGE

Datum 2 december 2024
Onderdeel Afdeling Kwaliteitontwikkeling,advisering en toetsing
Ons kenmerk PaG/PM/19708
Uw kenmerk 5949453
Onderwerp Advies inzake Asielnoodmaatregelenwet

Bij beantwoording de datum en ons kenmerk vermelden.

Geachte (…),

Bij brief van 25 november 2024 heeft u namens de minister van Asiel en Migratie het College van procureurs-generaal verzocht te adviseren over het concept-wetsvoorstel Wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 in verband met maatregelen om de asielketen te ontlasten en de instroom van asielzoekers te verminderen (Asielnoodmaatregelenwet). Een van de onderwerpen die met dit wetsvoorstel worden geregeld heeft gevolgen voor de taakuitvoering van het openbaar ministerie. Het betreft de verruiming van de mogelijkheden van de minister om een vreemdeling ongewenst te verklaren door aanpassing van artikel 67 Vreemdelingenwet 2000. Dit zou gevolgen kunnen hebben voor de vervolging van verdachten voor het als ongewenste vreemdeling verblijven in Nederland (artikel 197 Sr). Het advies heeft uitsluitend betrekking op dit onderwerp.

De kern van het advies is dat het College constateert dat de verruiming van de mogelijkheden om een ongewenstverklaring op te leggen bij een vreemdeling (meer specifiek bij een derdelander zonder rechtmatig verblijf) in de regel samenvalt met het uitvaardigen van een licht inreisverbod. Verblijf in Nederland na een ongewenstverklaring is strafbaar op grond van artikel 197 Sr, en verblijf in Nederland na een licht inreisverbod is strafbaar op grond van artikel 108 Vreemdelingenwet 2000. Het effect van het wetsvoorstel is daarmee dat dezelfde gedraging onder twee strafbaarstellingen gaat vallen, en dat deze gedraging nu ook als misdrijf wordt aangemerkt. De vraag wordt gesteld hoe dit bijdraagt aan het doel van de wet. Een neveneffect is dat het College verwacht dat na de wetswijziging er opnieuw discussies gaan ontstaan over de uitleg van artikel 197

Sr, en dat dit tot vertragingen gaat leiden bij de vervolging van vreemdelingen voor illegaal verblijf in Nederland.

Verhouding tussen ongewenstverklaring en Terugkeerrichtlijn

Het College stelt voorop dat de ongewenstverklaring van vreemdelingen sterk vervlochten is met de verplichtingen die voortvloeien uit de EU-Terugkeerrichtlijn.[1] Gezien het in de memorie van toelichting uitgesproken uitgangspunt dat de voorgestelde maatregelen vanzelfsprekend verenigbaar moeten zijn met het Europese Unierecht, ligt het voor de hand dat de minister er voor zorgdraagt dat de voorgestelde wetswijzigingen inzake de ongewenstverklaring in overeenstemming zijn met deze Richtlijn. In dit licht heeft het College een aantal opmerkingen bij het wetsvoorstel.

Het College wijst erop dat het Europese Hof van Justitie in 2020 antwoord heeft gegeven op door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen over de verhouding tussen de Terugkeerrichtlijn en artikel 197 Sr.[2] De Hoge Raad heeft deze antwoorden toegepast en verder uitgewerkt in zijn arrest van 1 december 2020.[3] Daarmee zijn veel van de vragen die in de Nederlandse rechtspraktijk leefden beantwoord, en is er meer duidelijkheid ontstaan over wat de kaders zijn voor de strafbaarheid van het verblijven in Nederland nadat een inreisverbod is uitgevaardigd.

Uit de uitspraken van het Hof van Justitie en de Hoge Raad volgt dat aan een inreisverbod al consequenties kunnen worden verbonden voordat het inreisverbod van kracht wordt. Het inreisverbod heeft formeel pas rechtsgevolgen op het moment dat een vreemdeling het grondgebied van de lidstaten van de Europese Unie verlaat. Op dat moment gaan ook de termijnen van het inreisverbod lopen. Tegelijkertijd zorgt het uitvaardigen van een inreisverbod er al wel voor dat er sprake is van een ‘gekwalificeerd illegaal verblijf’. De Hoge Raad concludeert daarom dat een vreemdeling artikel 197 Sr overtreedt op het moment dat hij weet of ernstige reden heeft te vermoeden, dat tegen hem een inreisverbod is uitgevaardigd.[4] Mits de stappen van de terugkeerrichtlijn zijn doorlopen, kan aan de vreemdeling die ondanks een uitgevaardigd inreisverbod in Nederland blijft een straf worden opgelegd. Op overtreding van artikel 197 Sr staat een

---

[1] Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven.

[2] Hof van Justitie 17 september 2020, ECLI:EU:C:2020:724 (C-806/18 – JZ).

[3] Hoge Raad 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1893, NJ 2021/399.

[4] Hoge Raad 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1893, NJ 2021/399, r.o. 3.3.

gevangenisstraf van maximaal 6 maanden of een geldboete van de derde categorie. Bij dit alles moet nog worden benoemd dat het hierbij een inreisverbod betreft dat is uitgevaardigd met toepassing van artikel 66a lid 7 Vreemdelingenwet 2000 – ook wel aangeduid als 'zwaar inreisverbod'. De belangrijkste redenen om een zwaar inreisverbod op te leggen zijn dat de vreemdeling bij een onherroepelijk rechterlijk vonnis is veroordeeld voor een misdrijf waarvoor een gevangenisstraf van drie jaren of meer kan worden opgelegd of dat de vreemdeling een gevaar vormt voor de openbare orde of de nationale veiligheid.

Naast een 'zwaar inreisverbod' kan een zogenoemd 'licht inreisverbod' worden opgelegd. Uitvaardiging van een 'licht inreisverbod' is in beginsel verplicht als de vreemdeling Nederland gelijk moet verlaten of niet binnen de termijnen gesteld in een terugkeerbesluit Nederland verlaat (artikel 66a lid 1 Vreemdelingenwet 2000). Overtreding van dit lichte inreisverbod is ook strafbaar, maar dan op grond van artikel 108 lid 6 Vreemdelingenwet 2000. Dit betreft een overtreding waarvoor maximaal 6 maanden hechtenis of een geldboete van de tweede categorie kan worden opgelegd. Ook voor de overtreding van dit lichte inreisverbod zijn de afgelopen jaren vreemdelingen vervolgd en veroordeeld.

De voorgestelde verruiming van de mogelijkheden om een ongewenstverklaring op te leggen, heeft vooral tot gevolg dat bij een vreemdeling (meer specifiek een derdelander zonder rechtmatig verblijf) waarbij een ongewenstverklaring wordt opgelegd ook een licht inreisverbod zal zijn uitgevaardigd. Voor het openbaar ministerie is vervolgens van belang dat op dezelfde gedraging twee strafbaarstellingen van toepassing zijn: artikel 197 Sr en artikel 108 Vreemdelingenwet 2000. Overigens is het College zich bewust van de (theoretische) mogelijkheid dat (om humanitaire of andere redenen) van de oplegging van een licht inreisverbod wordt afgezien (artikel 66a lid 8 Vreemdelingenwet 2000). Nog afgezien van de vraag in hoeverre de Terugkeerrichtlijn dan wel de ruimte biedt voor een ongewenstverklaring, ontbreekt het bij het College aan zicht op de beleidskeuzes die de minister, en namens de minister de Immigratie- en Naturalisatiedienst (hierna: IND), op dit punt zullen nemen. Vooralsnog wordt daarom met deze mogelijkheid geen rekening gehouden en gaat het College ervan uit dat in de praktijk in de regel sprake zal zijn van overlap tussen ongewenstverklaring en licht inreisverbod.

Uit het voorgaande volgt dat – zeker sinds de Hoge Raad in zijn eerdergenoemde arrest van 1 december 2020 duidelijkheid heeft verschaft – het opleggen van een zwaar of licht inreisverbod over het algemeen voldoende ruimte biedt om een vreemdeling (meer specifiek een derdelander zonder rechtmatig verblijf) te bestraffen als die weigert om gehoor te geven aan een terugkeerbesluit. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt verduidelijkt dat met de

voorgestelde wetswijzigingen wordt beoogd crimineel en overlastgevend gedrag van niet rechtmatig verblijvende derdelanders effectiever tegen te gaan, en de vreemdelingen meer aan te zetten Nederland alsnog te verlaten. Daartoe wordt voorgesteld artikel 67 lid 1 Vreemdelingenwet 2000 te wijzigen, zodat het (opnieuw) mogelijk wordt een ongewenstverklaring op te leggen aan vreemdelingen uit deze doelgroep. Gekwalificeerd illegaal verblijf in Nederland wordt daarmee vaker strafbaar op grond van artikel 197 Sr. In theorie zou het vaker opleggen van een 'zwaar inreisverbod' ook tot een grotere toepasbaarheid van artikel 197 Sr kunnen leiden, maar in de memorie van toelichting wordt verwezen naar de huidige drempels bij het opleggen hiervan vanwege de uitleg van het 'openbareordebegrip' in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.[5] Het is voor het College echter niet zonder meer duidelijk wat de toegevoegde waarde is van de toepasbaarheid van artikel 197 Sr. Het 'openbareordebegrip' is niet relevant bij het opleggen van een 'licht inreisverbod' op grond van artikel 66a lid 1 Vreemdelingenwet 2000. Waarom draagt de vervolging voor in Nederland blijven na een licht inreisverbod (artikel 108 Vreemdelingenwet 2000) onvoldoende bij aan de doelstelling om niet rechtmatig verblijvende vreemdelingen te bewegen uit Nederland te vertrekken, en daarmee crimineel en overlastgevend gedrag van niet rechtmatig verblijvende derdelanders tegen te gaan? Een antwoord op deze vraag volgt niet uit de memorie van toelichting. Het College verzoekt de minister hier nader op in te gaan.

Vragen over de overlap tussen ongewenstverklaring en inreisverbod

De elkaar overlappende mogelijkheden van een inreisverbod en een ongewenstverklaring roepen nieuwe vragen op. Een voorzienbaar effect van het wetsvoorstel is deze vragen aan de orde worden gesteld tijdens de behandeling van strafzaken. Daarmee wordt de inmiddels bestaande duidelijkheid over de uitleg van artikel 197 Sr mogelijk weer verstoord. Dit zou de komende jaren kunnen leiden tot vertragingen en uitstel bij de vervolging van vreemdelingen voor overtreding van artikel 197 Sr. Daarbij zouden onder meer de onderstaande aandachtspunten onderwerp van discussie kunnen worden. Het College verzoekt hieraan in het wetsvoorstel nadere aandacht te schenken.

In het geval de officier van justitie het haalbaar en opportuun acht over te gaan tot vervolging van een vreemdeling voor het verblijf in Nederland terwijl een inreisverbod is uitgevaardigd en/of een ongewenstverklaring is opgelegd, moet de officier van justitie besluiten hoe deze gedraging op de tenlastelegging wordt vermeld. Is er zowel sprake van een licht inreisverbod als een

[5] ABRvS 4 juli 2017, nr. 201604476/1/V1, ECLI:NL:RVS:2017:1725

ongewenstverklaring dan kan de officier van justitie kiezen voor de tenlastelegging van artikel 108 Vreemdelingenwet 2000, van artikel 197 Sr of van beide feiten. Hoewel de maximale straf die kan worden opgelegd voor deze twee delicten dezelfde is, heeft de keuze voor een tenlastelegging en kwalificatie wel andere rechtsgevolgen. Artikel 197 Sr betreft een misdrijf en artikel 108 Vreemdelingenwet 2000 betreft een overtreding. Dit is onder andere relevant voor een eventuele toekomstige mogelijkheid tot naturalisatie (zie artikel 9 lid 1 onder a Rijkswet op het Nederlanderschap 2003 en de bijbehorende toelichting uit de Handleiding Rijkswet op het Nederlanderschap 2003), ervan uitgaande dat de vreemdeling aan alle overige voorwaarden voldoet. Wat de daadwerkelijke gevolgen zijn voor de naturalisatie is uiteraard aan de IND. De officier van justitie zal echter wel rekening moeten houden met de rechtsgevolgen van de gekozen kwalificatie voor de vreemdeling. Bovendien is het voorzienbaar dat hiervoor bij de rechter aandacht zal worden gevraagd. Het College verzoekt de minister in de memorie van toelichting aandacht te besteden aan de rechtsgevolgen van de verschillen in kwalificatie. In het algemeen merkt het College daarbij nog op dat het niet van zelf spreekt dat de tenlastelegging in alle voorkomende gevallen (uitsluitend) op de zwaarste kwalificatie van een gedraging wordt toegespitst. Dat is afhankelijk van de vraag of de officier van justitie vervolging ter zake van een bepaald delict opportuun acht. Indien de officier van justitie een veroordeling ter zake van artikel 197 Sr haalbaar acht, zal daarvoor als regel worden vervolgd.[6] De navolgende opmerkingen hebben (mede) betrekking op die 'haalbaarheid'.

Vanuit de verhouding met het EU-recht is de termijn van de ongewenstverklaring een aandachtspunt. Uit (de oude en nieuwe versie van) artikel 68 volgt dat de ongewenstverklaring slechts na een besluit van de minister kan worden opgeheven. Dit staat naar het oordeel van het College op gespannen voet met het Terugkeerrichtlijn. De passage in paragraaf 3.2.3 van de memorie van toelichting over de verhouding tussen de termijn van het inreisverbod en de termijn van de ongewenstverklaring roept in dit verband vragen op. Enerzijds staat er dat: "een nationale terugkeermaatregel (…) geen onbepaalde duur kan hebben." Anderzijds wordt daaraan niet de conclusie verbonden dat de regeling over het beëindigen van de ongewenstverklaring om die reden anders vormt dient te worden gegeven, terwijl dit in de ogen van het College een onvermijdelijke gevolg is. Het uitgangspunt blijft dat een ongewenstverklaring van kracht is tot de minister hem beëindigt. Zolang dit uitgangspunt blijft bestaan is de kans groot dat een ongewenstverklaring langer voortduurt dan de gezien de Terugkeerrichtlijn toegestane termijn van een inreisverbod. Dat risico bestaat in ieder geval op het

[6] Zie Richtlijn voor strafvordering onwettig verblijf (2015R036), waarin o.a. wordt opgemerkt dat consequente strafrechtelijke handhaving moet leiden tot een grotere kans dat de verdachte het land uit eigen beweging verlaat, dan wel niet terugkeert naar ons land.

moment dat het inreisverbod van kracht wordt door het vertrek van de vreemdeling uit de EU. Bij een vervolging voor overtreding van artikel 197 Sr zal de strafrechter telkens moeten toetsen of de ongewenstverklaring in strijd is met rechtstreeks werkende bepalingen van Unierecht.[7] Constateert de strafrechter dat de ongewenstverklaring om deze reden in strijd is met het Unierecht, dan kan de verdachte mogelijk niet worden veroordeeld voor overtreding van artikel 197 Sr. Het College verzoekt de minister om nader toe te lichten waarom met in het wetsvoorstel geen wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 is opgenomen die ziet op het van rechtswege opheffen van de ongewenstverklaring na afloop van de termijn van het inreisverbod.

De ongewenstverklaring kan na de voorgestelde wijziging van artikel 68 lid 1 worden opgeheven op verzoek van de vreemdeling of ambtshalve door de minister. De opheffing kan definitief zijn of tijdelijk. Een eerste taalkundige opmerking over de voorgestelde wijziging is dat 'ambtshalve *of* wegens gewijzigde omstandigheden' (cursivering toegevoegd) een ongelukkige formulering is. Bedoeld zal vermoedelijk zijn ambtshalve wegens onder meer gewijzigde omstandigheden. Meer inhoudelijk merkt het College op dat onduidelijk is wat met een tijdelijke opheffing van een ongewenstverklaring wordt bedoeld. In de memorie van toelichting wordt deze wijziging niet toegelicht. Is met de tijdelijke opheffing hetzelfde geregeld als in artikel 6.7 Vreemdelingenbesluit 2000? Zo ja, waarom is er voor gekozen dit nu in de wettelijke regeling op te nemen? Zo nee, wat wordt er dan wel mee bedoeld? Het College voorziet dat als er met grotere regelmaat gebruik wordt gemaakt van het tijdelijk opheffen van een ongewenstverklaring dit tot problemen gaat leiden bij de vervolging van een vreemdeling op grond van artikel 197 Sr. Voor een bewezenverklaring is het noodzakelijk dat een vreemdeling 'weet of ernstige reden heeft te vermoeden' dat hij tot ongewenste vreemdeling is verklaard. Dit zal moeilijker te bewijzen zijn als er sprake is van een tijdelijke opheffing, aangezien dan zowel zal moeten worden bewezen dat de vreemdeling kennis heeft of had moeten hebben van de ongewenstverklaring als van herleven van de ongewenstverklaring na een tijdelijke opheffing. Het College verzoekt de minister nader toe te lichten in welke gevallen, onder welke voorwaarden en voor welke periode een ongewenstverklaring tijdelijk kan worden opgeheven en die opheffing weer kan worden beëindigd.

Dat de strafrechter de ongewenstverklaring dient te toetsen aan de rechtstreekse bepalingen van het Unierecht heeft ook gevolgen voor een ongewenstverklaring van een vreemdeling die een verblijfsrecht heeft in een andere EU-lidstaat. Volgens de memorie van toelichting biedt het wetsvoorstel ook op dit punt een

[7] Zo volgt onder meer uit Hoge Raad 17 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:617, NJ 2021/181.

verruiming. Het College mist in dit kader echter een overweging over de verhouding tussen een Nederlandse ongewenstverklaring en het Unierecht. Een vreemdeling met verblijfsrecht in een EU-lidstaat mag bijvoorbeeld wel gebruik maken van het recht van familieleden van EU-burgers op vrij verkeer binnen de Europese Unie (Richtlijn 2004/38/EG). Volgens de Hoge Raad is het feit dat een in Nederland ongewenstverklaarde vreemdeling met familiebanden in een andere EU-lidstaat zich in Nederland bevindt vanwege dit recht op vrij verkeer in zichzelf onvoldoende reden om hem te veroordelen voor artikel 197 Sr, ook niet als de vreemdeling is opgepakt voor het bezit van drugs.[8] Dit relativeert de gevolgen van een in Nederland uitgesproken ongewenstverklaring voor vreemdelingen die in de Europese Unie verblijf hebben.

Uitvoeringsgevolgen

Het College verwacht dat de voorgestelde wetswijziging tot een beperkte werklastverzwaring voor het openbaar ministerie zal leiden. Voor deze eerste inschatting is uitgegaan van een toename met 400 extra ongewenstverklaringen op jaarbasis. Dit getal is ontleend aan het rapport *Verkenning uitvoeringsconsequenties aanpassing wet ongewenstverklaring* (2022) en komt voort uit een inschatting van de IND. Het conceptwetsvoorstel zoals dat nu voorligt, komt in grote lijnen overeen met modaliteit 1 zoals nader onderzocht in het bedoelde rapport.

Voor een eerste indruk van de werklastgevolgen voor het openbaar ministerie van 400 extra ongewenstverklaringen per jaar, is de verhouding tussen het aantal relevante IND-beslissingen – zware inreisverboden en ongewenstverklaringen – en de instroom aan OM-zijde onderzocht. Hieraan kunnen echter geen definitieve conclusies worden verbonden, omdat een vreemdeling aan wie een ongewenstverklaring of zwaar inreisverbod is opgelegd ook pas geruime tijd na die beslissing bij het openbaar ministerie in beeld kan komen. Het College merkt op dat het voor het openbaar ministerie niet mogelijk is om binnen de zeer korte reactietermijn van vijf werkdagen voor dit advies onderzoek te doen naar het (gemiddelde) tijdsverloop tussen het moment waarop een besluit tot ongewenstverklaring wordt genomen en het moment waarop een daaraan gerelateerde strafzaak ter zake van artikel 197 Sr bij het openbaar ministerie instroomt.

Uit de Staat van Migratie 2024 (figuur 91, p. 117) volgt dat de IND in 2022 een totaal van 510 zware inreisverboden en ongewenstverklaringen heeft opgelegd. Voor 2023 gaat het om een totaal van 380 zware inreisverboden en ongewenst-

[8] Hoge Raad 17 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:617, NJ 2021/181.

verklaringen. In diezelfde jaren bestond de instroom bij het openbaar ministerie uit 238 (2022) respectievelijk 194 (2023) strafzaken ter zake van artikel 197 Sr. Indien deze verhouding representatief is – dit kon vooralsnog niet nader worden onderzocht – dan betekent dit dat het openbaar ministerie in circa 48% (432/890) van de IND-beslissingen betrokken raakt. Toegepast op de eerder genoemde inschatting van de IND (400 extra ongewenstverklaringen per jaar), wijst dit percentage globaal genomen op een verdubbeling van het aantal strafzaken dat in 2023 bij het openbaar ministerie instroomde. Bij dit alles is nog niet betrokken dat de extra ongewenstverklaringen in de regel zullen overlappen met lichte inreisverboden en dat het openbaar ministerie ook voor lichte inreisverboden vreemdelingen vervolgd. Dit relativeert de toename van het aantal strafzaken.

Zoals gezegd geeft het voorgaande niet meer dan een eerste indruk. Gelet op het eerdergenoemde tijdsverloop tussen de oplegging van een ongewenstverklaring en het moment dat een vreemdeling bij het openbaar ministerie in beeld komt, is de verwachting dat een eventuele toename niet direct na de inwerkingtreding zal optreden maar dat het aantal zaken dan geleidelijk zal oplopen. Daarbij wordt opgemerkt dat de daadwerkelijke instroom ook afhankelijk is van de wijze waarop in lagere regelgeving en beleid nader invulling wordt gegeven aan de verruiming van de ongewenstverklaring. Voor een preciezer beeld is een diepgaander onderzoek op zaaksniveau en meer inzicht in beleidskeuzes van de IND benodigd. Om die reden laat het College een financiële kwantificering op dit moment achterwege.

Hoogachtend,

M. Otte
procureur-generaal