

VB

ORDE VAN
VLAAMSE
BALIES

/OV

Advies

Voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen.

dinsdag 27 juni 2023

VB

1 Voorafgaand

Op 20 juni 2023 werd de Orde van Vlaamse Balies (hierna 'OVB') om advies verzocht door het kabinet van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie bij het *Voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de wet van 12 januari 2007 betreffende de opvang van asielzoekers en van bepaalde andere categorieën van vreemdelingen*.

Gezien het korte tijdsbestek biedt onderhavige nota een overzicht van de *voornaamste* opmerkingen van de OVB bij dit voorontwerp van wet.

2 Preliminare opmerking

De OVB vraagt dat rekening wordt gehouden met de opmerkingen van de afdeling wetgeving van de Raad van State. Zoals vermeld in het advies, moest dit beperkt worden tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorgeschreven vormvereisten. Er kunnen bijgevolg nog bijkomende opmerkingen gemaakt worden die niet te maken hebben met deze beperkte invalshoek.

3 Opmerkingen bij het wetsvoorstel

1. De memorie van toelichting wijdt lange beschouwingen aan een zogenaamde "**medewerkingsplicht**" van de vreemdeling. Deze zou gelden voor alle vreemdelingen die aan een vertrekverplichting onderworpen zijn. Men kan evenwel niet verwachten dat een vreemdeling aan zulke verplichting voldoet wanneer hij tegen een overdrachts-, teruggedrijvings- of verwijderingsmaatregel een al dan niet schorsend beroep heeft ingediend. Immers, indien de vreemdeling vrijwillig die maatregel uitvoert, verliest hij volgens vaste rechtspraak van de Raad van State en van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (RvV) zijn belang bij het aanvechten van die maatregel. De vreemdeling dient niet zelf de slaagkansen van zijn beroep te hypothekeren. Dit zou moeten gepreciseerd worden in de memorie van toelichting.

2. De memorie van toelichting is bovendien eenzijdig door enkel te verwijzen naar een medewerkingsplicht van de vreemdeling. Dit gebrek aan medewerking kan luidens artikel 15, lid 6 van de Terugkeerrichtlijn een grond zijn om de bewaring van de vreemdeling te verlengen wanneer hierdoor de verwijdering meer tijd zal vergen. Maar voor zulke verlenging wordt ook vereist dat deze verlenging nodig is "*alle redelijke inspanningen ten spijt*".¹ Deze **inspanningsverbintenis in hoofde van de overheid** dient eveneens vermeld te worden. Er dient op gewezen te worden dat het gebrek aan medewerking volgens dit artikel enkel een grond kan zijn om de duur van de bewaring te verlengen, maar niet om een vreemdeling in bewaring te stellen. Het citaat in de memorie van toelichting "*het gedrag van deze onderdaan tijdens het bewaringstijdvak*",² verwijst daar trouwens naar. Het is vreemd dat dit artikel 15, lid 6 nergens vermeld wordt.

3. Volgens de Franse tekst van het **advies van de Raad van State** wordt in artikel 12 van het voorontwerp het begrip "*emprisonnement*" best vervangen door "*maintien*". In de Terugkeerrichtlijn wordt echter in de Franse tekst het woord "*rétenion*" gebruikt, en in de Nederlandse tekst het woord "*bewaring*". Het komt gepast voor deze terminologie van de richtlijn over te nemen. De woorden

¹ HvJ 5 juni 2014, C-146/14 PPU, Mahdi, punt 83.

² Ibid., punt 85.

“detentie”, “gevangenneming”, “vasthouding” en “ter beschikking stellen van de regering” worden dan best door “bewaring” vervangen.

4. De verwijzing naar blz. 114 van het **Terugkeerhandboek** is onjuist, vermits het Terugkeerhandboek slechts 77 blz. telt.³ Het citaat vermeld in de memorie van toelichting bevindt zich op blz. 141 van dit nummer van het Publicatieblad, waarvan de referentie best zou vermeld worden. Ook de bladzijde in de memorie van toelichting bij artikel 19 van het voorontwerp dient aangepast te worden.

5. In punt 4.2. geeft de memorie van toelichting een zeer eenzijdig beeld van de **rechtspraak van de Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (RvV)** over de verlenging van de termijn voor overdracht tot 18 maanden naar de bevoegde lidstaat in het geval van **onderduiken**. De RvV heeft immers ook het volgende beslist:

- de Dienst Vreemdelingenzaken (DVZ) kan niet stellen dat er sprake is van onderduiken indien vóór het nemen van de beslissing het nieuwe adres van de verzoeker werd meegedeeld,⁴ op voorwaarde dat de vreemdeling daar ook effectief kan worden aangetroffen.⁵
- het ondergedoken zijn en het risico op onderduiken is niet hetzelfde, maar toch kan uit de rechtspraak van het Hof van Justitie m.b.t het risico op onderduiken afgeleid worden dat een onderzoek van de individuele toestand van de vreemdeling vereist is; een woonplaatskeuze bij de advocaat sluit het onderduiken van de vreemdeling niet uit, maar dit betekent toch dat de vreemdeling aan DVZ een teken van leven geeft, en dit vóór het verstrijken van de termijn van 6 maanden; DVZ moet minstens een poging ondernemen om te weten waar de vreemdeling verblijft via een contact met de advocaat én een onderzoek doen naar de individuele toestand van de verzoeker;⁶
- er is geen sprake van onderduiken wanneer de vluchteling het opvangcentrum moest verlaten en hij spontaan zijn nieuw adres aan DVZ heeft meegedeeld, des te meer daar er slechts een eenmalige woonstcontrole is geweest terwijl DVZ vroeg er meerdere uit te voeren;⁷
- de intentie om niet te vertrekken⁸ of de afwezigheid bij een opvolgingsgesprek⁹ is niet hetzelfde als onderduiken;
- uit het **arrest Jawo** van het Hof van Justitie¹⁰ kan niet afgeleid worden dat er sprake is van onderduiken van zodra wordt vastgesteld dat de vreemdeling weigert om vrijwillige uitvoering te geven aan het overdrachtsbesluit, omdat er slechts sprake is van “onderduiken” wanneer de vreemdeling zich opzettelijk onttrekt aan de autoriteiten. Dit wordt vermoed, behoudens tegenbewijs, wanneer de vreemdeling de hem toegekende woonplaats heeft verlaten zonder de bevoegde nationale overheid van zijn afwezigheid op de hoogte te brengen.¹¹¹²

Het is duidelijk dat onder invloed van het arrest Jawo de RvV minder snel aanvaardt dat er sprake is van onderduiken. Volgens dat arrest is de verlenging van de termijn tot 18 maanden uitzonderlijk.¹³ Het is dan ook vreemd dat de memorie van toelichting slechts één arrest vermeldt daterend van na het arrest Jawo.

³ Pb. 19 december 2017, L 339/83.

⁴ RvV 10 augustus 2016, nr. 173.053; 30 maart 2018, nr. 201.945; 21 september 2017, nr. 192.361.

⁵ RvV 29 november 2022, nr. 281.066.

⁶ RvV 15 februari 2017, nr. 182.277; in dezelfde zin RvV 24 februari 2017, nr. 182.901; 31 maart 2017, nr. 184.979.

⁷ RvV 30 oktober 2020, nr. 243.534

⁸ RvV 14 januari 2021, nr. 247.439; 4 maart 2021, nr. 250.474

⁹ RvV 26 september 2022, nr. 277.866 - ook negatieve woonstcontrole omdat eigenaar van de woning aan politie geen toestemming gaf om de woning te betreden; 29 september 2022, nr. 278.132.

¹⁰ HvJ C-163/17 van 19 maart 2019.

¹¹ RvV 29 november 2022, nr. 281.100; 23 december 2022, nrs. 282.524 en 282.525.

¹² Zie voor nog andere arresten van vernietiging met verwijzing naar het arrest Jawo RvV 9 januari 2020, nr. 231.055; 21 oktober 2021, nr. 262.763; 10 november 2022, nr. 280.045.

¹³ punten 59 en 60

Artikel 12 van het voorontwerp vervangt § 6 van artikel 51/5 Vw. en vermeldt 6 gevallen van onderduiken. De gevallen 3, 4 en 5 beantwoorden niet aan de voorwaarden van het arrest Jawo en aan de rechtspraak van de RvV. Zo bijvoorbeeld betekent het niet-opvolgen van de minder dwingende maatregel niet dat DVZ niet weet waar de vreemdeling verblijft, en zolang DVZ weet waar de vreemdeling verblijft en de vreemdeling kan op dat adres worden aangetroffen, is hij niet ondergedoken. De RvV heeft in verenigde kamers beslist dat het niet-ondertekenen van een verklaring van vrijwillige terugkeer niet in redelijkheid kan worden beschouwd als zich bewust onttrekken aan de overdracht.¹⁴ De termijn van 3 werkdagen in geval 1 is nodeloos kort. Een enkele woonstcontrole zoals bepaald in geval 2 is onvoldoende. Alleen geval 6 lijkt volledig aan de voorwaarden te voldoen. Om dezelfde reden kan alleen geval 4^o bepaald in artikel 13, derde lid van het voorontwerp aanvaard worden, vermits in de 3 andere geen sprake is van onderduiken maar hoogstens een gebrek aan medewerking, wat geen grond kan opleveren tot een termijnverlenging tot 18 maanden, zeker niet in geval van een hangend beroep tegen de bijlage 26quater daar de vreemdeling zijn recht op een effectief rechtsmiddel niet zelf moet ondergraven.

6. Artikel 6 voert een nieuw artikel 28/1 Vw. in. In § 1 is sprake van “**risico op gevaar**”. Betekent dat een risico op gevaar voor de openbare orde of de nationale veiligheid?

7. Artikel 8 voert een nieuw artikel 28/3 Vw. in. Volgens de memorie van toelichting is de **AIG** een onafhankelijke instantie belast met de controle op de gedwongen tenuitvoerlegging van overdrachts-, refoulement- of verwijderingsmaatregelen. Met Myria¹⁵ kan men zich afvragen of de AIG wel echt onafhankelijk is, vermits zowel de AIG als DVZ ressorteren onder de FOD Binnenlandse Zaken. In andere landen werd de controle toevertrouwd aan niet-gouvernementele organisaties.¹⁶ Ook het VN-Anti-Foltercomité deelt deze kritiek.¹⁷

8. Men kan zich afvragen of **artikel 68 Vw.** dient gehandhaafd te worden, nu de RvV zich bevoegd verklaard heeft om het aanvechten van een maatregel bedoeld in dat artikel te beoordelen, zoals de memorie van toelichting vermeldt. In die rechtspraak oordeelt de Raad overigens dat het beroep bij de minister geen doeltreffend beroep bij een onpartijdige rechter in de zin van artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de EU is. Overigens wordt dit rechtsmiddel nooit ingesteld omdat 6 maanden na het nemen van de maatregel dient gewacht te worden om het beroep in te dienen.

9. De “**medewerkingsplicht**” van de vreemdeling vindt geen rechtsgrond in de Terugkeerrichtlijn, tenzij dat het gebrek daaraan een reden kan zijn om de duur van de bewaring te verlengen. Dat betekent niet dat de Vreemdelingenwet geen medewerkingsplicht van de vreemdeling kan voorzien en de inhoud daarvan kan bepalen (art. 25 van het voorontwerp van wet), alleen dient nagegaan te worden welke de gevolgen kunnen zijn voor de vreemdeling van het niet-naleven ervan. In de huidige wetgeving is het enige gevolg voor een gebrek aan medewerking het feit dat dit een risico op onderduiken kan uitmaken (art. 1, § 2, 3^o Vw.), wat dan op zijn beurt een reden kan zijn voor bewaring.¹⁸ Er kan aanvaard worden dat het gebrek aan medewerking een invloed kan hebben op de duur van het inreisverbod, vermits dit uitdrukkelijk bepaald wordt in het Terugkeerhandboek¹⁹ zoals de memorie van toelichting bij artikel 19 van het voorontwerp van wet vermeldt.

Volgens de memorie van toelichting bij artikel 25 van het voorontwerp van wet zal de vaststelling dat de vreemdeling niet meewerkt in rekening genomen worden bij de beoordeling van o.a.:

1^o het opleggen van preventieve maatregelen aan de vreemdeling;

¹⁴ RvV 2 juli 2020, nr. 237.903.

¹⁵ CGKR, Jaarverslag Migratie 2012, 157

¹⁶ idem, 158

¹⁷ Comité contre la torture, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Belgique, aangenomen tijdens de 71ste zitting, 12-30 juli 2021, §§ 27-28, <https://tbinternet.ohchr.org>.

¹⁸ Terugkeerhandboek, L 339/140.

¹⁹ L 339/126

2° de beslissing betreffende de verlenging van de termijn aan de veemdeling toegekend om het grondgebied te verlaten;

3° het overgaan tot verwijdering;

4° de vasthouding van de vreemdeling met het oog op zijn overdracht of verwijdering of het opleggen van een minder dwingende maatregel;

5° de duur van het inreisverbod.

Uit artikel 7, leden 3 en 4 van de Terugkeerrichtlijn volgt dat preventieve maatregelen slechts kunnen opgelegd worden *“in bijzondere omstandigheden, zoals wanneer er een risico bestaat op onderduiken”*.²⁰ Een gebrek aan medewerking is daarvoor onvoldoende.

Anders dan de memorie van toelichting laat uitschijnen, is een gebrek aan medewerking niet automatisch voldoende om vast te stellen dat er een risico op onderduiken bestaat, vermits luidens artikel 1, § 2, aanhef Vw. het risico op onderduiken *“actueel en reëel”* moet zijn.

10. Hetzelfde geldt voor de **“aanklampende begeleiding”** dat voorzien wordt als alternatief voor bewaring, en waarvan de inhoud kan bepaald worden in de Vreemdelingenwet voor een vreemdeling aan wie een verwijderingsmaatregel is afgegeven (art. 28 van het voorontwerp van wet). Dat roept geen bezwaar op. Dat is evenmin het geval voor de aanklampende begeleiding voorzien voor de vreemdeling voor wie een overdrachtsmaatregel wordt genomen op grond van artikel 29. Dat artikel bepaalt evenwel dat, wanneer deze vreemdeling niet meewerkt aan de aanklampende begeleiding, hij wordt geacht ondergedoken te zijn. Dat is in strijd met het arrest Jawo: zolang DVZ weet waar de vreemdeling daadwerkelijk verblijft, is hij niet ondergedoken.

11. Artikel 33 van het voorontwerp van wet voegt een nieuw artikel 74/28 in de Vreemdelingenwet in. Paragraaf 3, derde lid somt een aantal gevallen op waarin de minder dwingende maatregel geacht wordt niet doeltreffend te zijn. Het gaat blijkbaar om een vermoeden. Dit is onaanvaardbaar: *“Het bestaan van een specifieke reden voor bewaring -en de niet-beschikbaarheid van doeltreffende en minder dwingende maatregelen- moet in elk geval afzonderlijk worden beoordeeld”*, en de nationale autoriteiten moeten *“in elk individueel geval beoordelen of dergelijke minder dwingende maatregelen afdoende en doeltreffend zouden zijn”*.²¹ Ook volgens punt 39 van het arrest El Dridi is een individuele beoordeling vereist.²² Zowel DVZ als in beroep de rechter moet zijn appreciatievrijheid behouden en kan bijgevolg niet uitgaan van vermoedens.

12. Zoals de memorie van toelichting op p. 10 aanhaalt, waarborgt artikel 8 EVRM het recht op privéleven met inbegrip van het recht op fysieke integriteit. Het recht op privéleven en fysieke integriteit is inderdaad niet absoluut maar volgens de OVB zullen de voorgestelde **dwangmaatregelen inzake medische onderzoeken/handelingen** de proportionaliteitstoets, waardoor een uitzondering op art. 8 EVRM mogelijk zou zijn, niet doorstaan:

- Ten eerste oordeelde het Hof dat een afwijking van het recht op fysieke integriteit mogelijk is om de volksgezondheid te beschermen, niet om een terugkeer mogelijk te maken. Het voorontwerp hanteert bijgevolg een te ruime interpretatie.
- De memorie van toelichting stelt op p. 10: *“Huidig wetsontwerp heeft tot doel de gezondheid van zowel de betrokken vreemdeling, als zijn medepassagiers op het voertuig en de bevolking van het land van bestemming of doorreis te vrijwaren en het is dus een gerechtvaardigde afwijking op het recht op privéleven.”* Het huidige wetsontwerp heeft evenwel voornamelijk als

²⁰ HvJ 28 april 2011, C-61/11 PPU, El Dridi, punt 37.

²¹ Terugkeerhandboek, L 339/140

²² F. Lutz, S. Mananashvili en M. Moraru, “Return Directive 2008/115/EC”, in D. Thym en K. Hailbronner, EU Immigration and Asylum Law, 2022, 788 nr. 44.

doel de terugkeer van vreemdelingen te bevorderen en niet (of slechts in bijkomende orde) hierbij de gezondheid van betrokkene of een bevolking te vrijwaren. De meer proportionele maatregel om dat laatste te bevorderen is dan ook niet reizen en/of de terugkeer tijdelijk op te schorten.

- Het Hof sprak zich uit over de verplichting van het testen, dewelke als proportioneel zou kunnen gezien worden. Het Hof heeft zich echter niet uitgesproken over een medische test onder dwang, wat nog een veel verregaandere inbreuk uitmaakt op de fysieke integriteit.