

1. In onderhavige zaak is een aanvraag tot verlenging van de verblijfsvergunning op grond van het Nederlands-Amerikaans Vriendschapverdrag (Vrv) afgewezen. Het gebeurt niet vaak dat een aanvraag als zelfstandig ondernemer op grond van het Vrv wordt afgewezen. Van alle aanvragen wordt 83% ingewilligd. Bij een aanvraag tot verlenging van deze verblijfsvergunning is dit percentage zelfs nog hoger, namelijk 88%.¹ Wat is er aan de hand in deze zaak? Het draaide in deze zaak om de vraag of het 'aanzienlijk kapitaal' van € 40.868 dat de vreemdeling had ingebracht in de besloten vennootschap (bv) voldoende was in de zin van het Vrv. Dit bedrag kwam neer op 14.3% van het totale geïnvesteerde kapitaal in de onderneming. Een interessant punt dat in deze zaak aan de orde komt is de vaste gedragslijn waarnaar de IND verwijst ter motivering van haar handelen.

2. Een verblijfsvergunning als zelfstandig ondernemer kan op grond van het Vrv worden verleend en verlengd indien de vreemdeling een 'aanzienlijk kapitaal' in de onderneming heeft geïnvesteerd, en dit bedrag ook in de onderneming geïnvesteerd blijft (artikel II, lid 1, onder b, Vrv). De uitwerking van het begrip 'aanzienlijk kapitaal' is aan Nederland. In beleidsregel B6/2.5 Vc 2000 is ten aanzien van een BV opgenomen dat als 'aanzienlijk kapitaal' wordt aangemerkt: 'een kapitaal van ten minste 25% van het gestorte kapitaal. Het gestorte kapitaal in Nederland is ten minste € 18.000, zodat het 'aanzienlijk kapitaal' ten minste € 4.500,-- beslaat'. En de beleidsregel voor de vennootschap onder firma (vof) luidt: 'een kapitaal van ten minste 25% van het firmakapitaal met als minimum een kapitaal van € 4.500'.

3. De eis om een startkapitaal van € 18.000 te investeren in een bv is op 1 oktober 2012 met de inwerkingtreding van de 'flex-BV' komen te vervallen.² De investering van 1 eurocent is voldoende voor de oprichting van een BV. De hierboven aangehaalde beleidsregel is daar tot op heden niet op aangepast. De IND erkent in deze zaak dat gelet op deze ontwikkeling de eis van een 'aanzienlijk kapitaal' van tenminste 25% van het gestorte kapitaal niet langer in deze vorm kan worden toegepast op BV's. Dat is winst.

4. Nu deze beleidsregel niet meer van toepassing is rijst ook meteen de vraag of de IND nog kan tegenwerpen dat de vreemdeling een 'aanzienlijk belang' van tenminste 25% van het firmakapitaal moet hebben. Zou nu niet reeds voldoende zijn dat de vreemdeling in de bv meer dan het 'aanzienlijk kapitaal' van € 4.500 heeft geïnvesteerd? Het Vrv hanteert enkel het begrip 'aanzienlijk kapitaal' en schrijft niet voor dat een zelfstandig ondernemer tenminste 25% van het belang in de onderneming moet hebben.

5. De IND stelt dat, hoewel de beleidsregel voor bv's niet meer kan worden toegepast, er echter niet voorbij gegaan kan worden aan de voorwaarde uit het Vrv dat een aanzienlijk kapitaal moet zijn belegd in de onderneming. Daarom moet volgens de IND aangesloten worden bij het beleid zoals dat geldt voor een VOF.

6. Nu het beleid voor BV's niet meer onverkort opgaat, stelt de IND hier een vaste gedragslijn voor in de plaats. Verweerder verklaart namelijk ter zitting dat het een vaste gedragslijn is dat een aanvraag onder het Vrv waarbij sprake is van de ondernemingsvorm van de BV, wordt getoetst aan het beleid voor een VOF zoals opgenomen in paragraaf B6/2.5 Vc 2000. Ik kende deze vaste gedragslijn van de IND niet.

1 T. de Lange, Wezenlijk Nederlands Belang. De toelating tot Nederland van ondernemers van buiten de EU, 2016, blz. 27; Zie ook: TK 2014-2015, 30753, nr. 130.

2 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), Stb. 2012, 299.

7. Opmerkelijk is dat verweerder kennelijk een vaste, niet gepubliceerde gedragslijn hanteert voor de beoordeling van dergelijke aanvragen. Uit 4:82 Awb volgt dat ter motivering van een besluit slechts kan worden volstaan met een verwijzing naar een vaste gedragslijn voor zover deze is neergelegd in een beleidsregel. Een verwijzing in een besluit naar een vaste gedragslijn die niet is neergelegd in een beleidsregel als bedoeld in artikel 1:3 lid 4 Awb, zal slechts mogen worden gevolgd, mits het bestuursorgaan de keuze bij elk individueel besluit steeds opnieuw motiveert.³

8. En aan deze motivering schort het met name in onderhavige uitspraak. De IND stelt dat het beleid zoals dat geldt voor een VOF ook kan worden toegepast op vreemdelingen die aandeelhouder zijn van de BV, omdat de vreemdeling hier niet door wordt benadeeld. De beoordeling komt volgens de IND namelijk materieel op hetzelfde neer. De rechtbank acht dat een onvoldoende motivering voor deze niet gepubliceerde vaste gedragslijn. De rechtbank vervolgt dat dit temeer klemt nu ter zitting de gemachtigde van verweerder ook nog het standpunt heeft ingenomen dat er verschillende beleidsregels zijn opgenomen voor de verschillende rechtsvormen B6/2.5 Vc 2000, omdat er voor deze rechtsvormen andere regels gelden bijvoorbeeld op fiscaal gebied. De IND geeft ter zitting aan dat er dus kennelijk wel materiële verschillen zijn. Gelet op de hoge eisen die worden gesteld aan de motivering bij een niet gepubliceerde vaste gedragslijn, acht de rechtbank dit dan ook als een onvoldoende motivering. De rechtbank draagt de IND op om een nieuwe beslissing te nemen.

9. Verweerder is tegen deze uitspraak niet in hoger beroep gegaan en heeft opnieuw beslist op het bezwaar en dit ongegrond verklaard met een aangepaste motivering. In de beschikking wordt niet langer aangeknoopt bij de beleidsregel zoals die geldt voor een VOF. Er wordt in de beschikking verwezen naar een uitvoeringspraktijk waarbij voor een bv nog altijd de regel is dat als een aanzienlijk kapitaal als bedoeld in het Vrv wordt beschouwd een kapitaal van tenminste 25% van het gestorte kapitaal. Ter motivering van deze 25% wordt aangeknoopt bij artikel 6 Regeling uitvoering Wav (Ruwav) waarin staat opgenomen dat voor zover aandeelhouders van bedrijven een belang van 25% of meer in het bedrijf hebben, ondernemersrisico lopen en de hoogte van hun salaris direct kunnen beïnvloeden, zij een vergunning tot verblijf als zelfstandige moeten aanvragen. De IND stelt dat een vreemdeling een 'aanzienlijk belang' van 25% in de onderneming moet hebben om als zelfstandige te worden gekwalificeerd. Nu het geïnvesteerde 'aanzienlijke kapitaal' in onderhavige zaak 14,3% bedraagt wordt de aanvraag afgewezen.

10. Dat door de IND wordt verwezen naar artikel 6 Ruwav ter motivering van de voorwaarde dat de vreemdeling tenminste 25% van de belang in een onderneming moet hebben om aangemerkt te worden als zelfstandig ondernemer lijkt mij niet onjuist. Minder fraai is dat wordt verwezen naar een uitvoeringspraktijk die kennelijk sinds 1 oktober 2012 is ontstaan na de inwerkingtreding van de flex-BV. De IND dient haar beleid op dit punt ruim 4 jaar na inwerkingtreding van de 'wet vereenvoudiging flexibilisering BV-recht' aan te passen.

11. Nog een laatste opmerking over de begrippen 'aanzienlijk belang' en 'aanzienlijk kapitaal'. De IND gooit deze begrippen in de nieuwe beschikking op één hoop. Dat lijkt me niet juist. Om als zelfstandig ondernemer aangemerkt te worden dient gelet op artikel 6 Ruwav het aanzienlijk belang inderdaad 25% te zijn. Hiermee is echter niet gegeven dat het aanzienlijk kapitaal in de zin van het Vrv ook 25% van het firmakapitaal moet zijn. Er wordt niet gesproken over 'aanzienlijk belang' in het Vrv en dit is ook niet uitgewerkt in het beleid van de IND.

mr. drs. S. Groen
advocaat bij Kroes Advocaten Immigration Lawyers

³ Zie bijvoorbeeld ABRvS 28 december 2016, 201600232/1/A3, r.o. 9.