

**Nikki Vreede** – mr. N. Vreede is advocaat bij Everaert  
Advocaten en docent vreemdelingenrecht bij SSR,  
trainingsinstituut voor de rechterlijke macht.

## Mvv-vrijstelling, 8 EVRM en evenredigheidsbeoordeling

# Een beetje willekeur is goed

Hoe zijn de mvv-vrijstellingsverzoeken beïnvloed door artikel 8 van het EVRM, de Gezinsherenigingsrichtlijn en het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel? Nikki Vreede beschrijft de geschiedenis en staat vooral stil bij de jurisprudentie, het beleid en de beslispraktijk sinds 2019. Sindsdien blijkt het evenredigheidsbeginsel in de vreemdelingenpraktijk namelijk tot wijzigingen te kunnen leiden. Al kan dat versoepelingen maar ook verscherpingen betekenen. Vreede concludeert dat in individuele gevallen recht kan worden gedaan door het mvv-vereiste te laten vallen, zonder dat er meteen een precedent wordt geschapen. ‘Want er zijn maar weinig gevallen echt gelijk.’

### 1. Inleiding

Artikel 8 van het EVRM, de implementatie van de Gezinsherenigingsrichtlijn en het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel zijn van grote invloed geweest op de – in eerste instantie volledig nationaalrechtelijke – mvv-vrijstellingsverzoeken. Inmiddels is deze materie bijna volledig Unierecht,<sup>1</sup> maar het duurde vrij lang voordat de invloed van de Gezinsherenigingsrichtlijn en het evenredigheidsbeginsel daadwerkelijk vorm kreeg.

Dit is de conclusie van de bijdrage van mij en mijn kantoorgenoot Bram van Melle aan de bundel over Europeanisering van het vreemdelingenrecht,<sup>2</sup> die op initiatief van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State vorig jaar werd uitgebracht ter gelegenheid van het twintigjarig bestaan van de Vreemdelingenwet 2000<sup>3</sup> (die op 1 april 2001 in werking trad). Wij richten ons in de bijdrage op de

1 C.A. Groenendijk & M.L. van Riel, ‘Migratierecht is bijna helemaal Unierecht’, *A&MR* 2017-9. Hoewel het EVRM strikt genomen internationaal recht is, tellen we het met het oog op deze bijdrage mee onder de noemer ‘Europeanisering’.

2 Dit artikel is een bewerking van en aanvulling op de bijdrage aan de bundel A.M. van Melle en N. Vreede, ‘Twintig jaar gezinshereniging en de toenemende invloed van artikel 8 van het EVRM en het Unierecht op het mvv-vereiste’, in M.M. Bosma & O. Van Loon (red.), *20 jaar Vreemdelingenwet 2000*, Den Haag: Boom Juridisch 2021.

machtiging tot voorlopig verblijf als voorwaarde voor een reguliere verblijfsvergunning.

In de bundel onderscheiden we grofweg vier periodes: allereerst de periode vanaf inwerkingtreding van de Vw 2000 tot 2007, waarin buitengewoon stevig vastgehouden werd aan het mvv-vereiste en waar een beroep op artikel 8 van het EVRM bij een verzoek om vrijstelling de facto niet mogelijk was. Dan volgt een (korte) periode (2007-2009) waarin enige ruimte voor toetsing aan artikel 8 van het EVRM wordt gevonden, maar slechts in zeer uitzonderlijke gevallen. Daarna volgt een periode die begint in 2009 op het moment dat artikel 8 van het EVRM wordt opgenomen in het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb 2000) als afzonderlijke vrijstellingsgrond van het mvv-vereiste.

Als slotstuk zien we de periode van maart 2019 tot heden, waarbij de Afdeling bestuursrechtspraak 'om' gaat en onder verwijzing naar het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel de wijze van (voorgescreven) toetsing ook daadwerkelijk lijkt aan te passen.

## 2. Invoering mvv-vereiste en hardheidsclausule

De vreemdeling die in aanmerking wil komen voor een reguliere verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, moet in het bezit zijn van een geldige mvv die is afgegeven voor het doel waarvoor de vreemdeling in Nederland wil verblijven.<sup>4</sup> Met het mvv-vereiste wordt beoogd het verblijf te reguleren van vreemdelingen van wie nog niet is vastgesteld dat zij in aanmerking komen voor een reguliere verblijfsvergunning in Nederland, door hen te dwingen hun aanvraag voor een verblijfsvergunning buiten Nederland af te wachten en de Nederlandse overheid niet voor een *fait accompli* te stellen. In de Vreemdelingenwet 2000 werd het mvv-vereiste als afwijzingsgrond voor een reguliere verblijfsvergunning opgenomen.<sup>5</sup> Naast een aantal concrete vrijstellingsgronden van het mvv-vereiste, bevatte het wetsvoorstel aanvankelijk een 'redelijkheidstoets', maar op aanraden van de Afdeling advisering van de Raad van State werd gekozen voor imperatieve afwijzingsgronden met een hardheidsclausule, omdat een redelijkheidstoets zou leiden tot onnodige en te voorkomen procedures.<sup>6</sup>

De hardheidsclausule werd opgenomen in artikel 3.71, vierde lid, van het Vb 2000.<sup>7</sup>

Het mvv-vereiste als imperatieve afwijzingsgrond kan buiten toepassing gelaten worden 'voor zover toepassing daarvan (...) zal leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard'. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat deze neergelegde bevoegdheid discretionair van aard en beperkt van omvang is. Gevallen waaromtrent is voorzien dat het mvv-vereiste niet zal kunnen worden tegengeworpen, zijn bij en krachtens artikel 17, eerste lid, van de Vw 2000 van dat vereiste uitgesloten, zodat toepassing van de

hardheidsclausule beperkt kan blijven tot zeer uitzonderlijke gevallen die door wet- en regelgever niet zijn voorzien.<sup>8</sup>

Wel werd al voorzien dat deze hardheidsclausule mogelijk zou worden ingeroepen in zaken waarin artikel 8 van het EVRM tot mvv-vrijstelling zou moeten leiden.<sup>9</sup> Toch zou het nog tot 2009 duren voordat artikel 8 van het EVRM als zelfstandige mvv-vrijstellingsgrond werd opgenomen.<sup>10</sup>

**Gevallen waaromtrent is voorzien dat het mvv-vereiste niet kan worden tegengeworpen, zijn in de wet uitgesloten van dat vereiste, zodat toepassing van de hardheidsclausule beperkt kan blijven tot zeer uitzonderlijke gevallen.**

## 3. Mvv-vrijstelling in de rechtspraak

### 3.1 Jurisprudentie 2000-2007

De Afdeling bestuursrechtspraak bevestigde op 28 september 2004<sup>11</sup> de harde<sup>12</sup> lijn van de minister: toepassing van de hardheidsclausule voor vrijstelling van het mvv-vereiste is beperkt tot zeer uitzonderlijke gevallen en voor een beoordeling van een verzoek van een in Nederland aanwezige vreemdeling om vrijstelling van het mvv-vereiste op grond van artikel 8 van het EVRM bestaat geen ruimte. De Afdeling bestuursrechtspraak kende betekenis toe aan het feit dat de uit het mvv-vereiste voortvloeiende verplichting Nederland te verlaten in beginsel tijdelijk van aard is. Een beroep op artikel 8 van het EVRM kon volgens de Afdeling bestuursrechtspraak alleen worden beoordeeld bij een mvv-aanvraag vanuit het buitenland indien blijkt dat de betreffende vreemdeling niet voldoet aan de voorwaarden voor gezinshereniging terwijl de vreemdeling betoogt dat artikel 8 van het EVRM ertoe noopt hem toe te laten.<sup>13</sup>

De in hetzelfde jaar (2004) geïmplementeerde Gezinsherenigingsrichtlijn<sup>14</sup> bracht geen wijzigingen in het beleid over toepassing van de hardheidsclausule in gezinsherenigingszaken bij verzoeken om mvv-vrijstelling.<sup>15</sup> In de hierop volgende jaren werd stevig de hand gehouden aan de lijn die is ingezet met de Afdelingsuitspraak van 28 september 2004. Zo volgden er uitspraken van de Afdeling

4 Dit mvv-vereiste bestond al voor de inwerkingtreding van de huidige Vreemdelingenwet, maar dan als reden om een aanvraag buiten behandeling te stellen. *Kamerstukken II 1998/99, 26732* nr. 3, p. 26-27. Eerst in artikel 52 van het Vreemdelingenbesluit (oud) en daarna in artikel 16a van de Vreemdelingenwet (oud).

5 *Stb.* 1998, 613.

6 *Kamerstukken II 1998/99, 26732*, A p. 14-15.

7 Nu art. 3.71, derde lid, van het Vb 2000.

8 *Kamerstukken II 1999/00, 26732*, nr. 7, p. 108-109.

9 *Stb.* 2000, 497, p.140.

10 *Stb.* 2009, 198 en *Stcrt.* 2009, 1637.

11 ABRvS 28 september 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR3843, *RV* 2004, 26. Daarvoor deed zij wel al uitspraken over *sec de* toepassing van de hardheidsclausule, een beoordeling die terughoudend werd getoetst, zie ABRvS 26 juni 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AH9212, *JV* 2003/257, en ABRvS 9 december 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AO4069, *JV* 2004/63.

12 Hard, naar huidige, post-toeslagenaffaire maatstaven voor toetsing van de evenredigheid.

13 Boeles noemt dit – niet geheel ten onrechte – een lokettentruc: het maakt immers toetsing aan artikel 8 van het EVRM procedureel onmogelijk bij een verzoek om mvv-vrijstelling; P. Boeles, 'De aanval op de gezinshereniging en de rol van het internationale recht', *MR* 2005, afl. 4, p. 116-126.

14 *Stb.* 2004, 496.

15 De richtlijn bevat slechts een facultatieve bepaling die voorziet in aanvaarding van mvv-vrijstelling door de lidstaten in 'passende gevallen' (art. 5, derde lid). Uit de transponeringstabel bij het wijzigingsbesluit volgt dat de regering aannam dat bestaande regelgeving (3.71, tweede en vierde lid, van het Vb 2000) hierin al voorzorg en Nederland deze facultatieve bepaling al heeft geïmplementeerd.

bestuursrechtspraak van 25 januari 2006<sup>16</sup> en 10 oktober 2006. Waar de rechtbank in de Nota van Toelichting bij invoering van de hardheidsclausule leest dat bij een verzoek om vrijstelling van het mvv-vereiste een toets aan artikel 8 van het EVRM dient plaats te vinden, ziet de Afdeling dat niet.<sup>17</sup> En in de uitspraak van oktober 2006<sup>18</sup> gaf de Afdeling een oordeel over het beroep op artikel 8 van het EVRM als vrijstellingsgrond voor het mvv-vereiste van een Marokkaanse vreemdeling die betoogde dat zij, als zij terug zou moeten naar Marokko om een mvv aan te vragen, geen gezinsleven meer heeft in Nederland en om die reden een beroep op artikel 8 van het EVRM in het kader van de mvv-aanvraag geen kans van slagen meer heeft. Zoals Boeles opmerkte: door deze lokketentric wordt de vreemdeling gedwongen een recht op te geven alvorens een beroep op dit recht te kunnen doen. Dit betoog treft geen doel bij de Afdeling bestuursrechtspraak. De op 28 september 2004 ingezette koers werd gehandhaafd.

In deze periode hechtte de Afdeling veel waarde aan het feit dat het besluit om een vreemdeling niet vrij te stellen van het mvv-vereiste, geen definitieve ontzegging van het verblijf van die vreemdeling in Nederland betreft.<sup>19</sup> Omdat het verblijf van een vreemdeling buiten Nederland van beperkte duur is (voor de duur van de mvv-aanvraag), en omdat in het kader van de mvv-aanvraag een toets aan artikel 8 van het EVRM kan plaatsvinden. Deze overweging kwam ook in redelijk recente rechtspraak nog wel eens terug, maar wordt nu door de IND en de rechtspraak niet langer gehanteerd.<sup>20</sup>

### 3.2 Theoretisch omgaan in 2007

Eind 2007 leek er dan toch een wijziging te komen in deze jurisprudentielijn. Hoewel niet expliciet, leek de Afdeling bestuursrechtspraak in de uitspraak van 9 november 2007 'om' te gaan, door te erkennen dat het vasthouden aan het mvv-vereiste in een concreet geval, zij het alleen in een zeer uitzonderlijk geval, in strijd kan zijn met artikel 8 van het EVRM.<sup>21</sup> Ook in daaropvolgende uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak werd deze lijn herhaald: schending van artikel 8 van het EVRM is theoretisch mogelijk, maar door de in beginsel tijdelijke aard van de verplichting Nederland te verlaten, zal dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zo zijn.<sup>22</sup> Deze vraag stond los van de vraag of artikel 8 van het EVRM in dat geval noopt tot vergunningverlening.

Op 29 februari 2008 overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak nog expliciet dat het beroep op de beslissing van het EHRM inzake *Ibrahim Mohamed* en het arrest *Rodrigues da Silva* in dat verband niet slaagde, omdat het EHRM niet

had geoordeeld dat in een procedure waarin het mvv-vereiste is tegengeworpen, moest worden beoordeeld of artikel 8 van het EVRM ook tot vergunningverlening zou moeten leiden.<sup>23</sup>

Hoewel de uitvoeringspraktijk de (nationaal)rechterlijke toets doorstond, leidde deze wel tot meer procedures bij het EHRM: 385 klachten gericht tegen Nederland in 2008 over mvv-vrijstelling en schending artikel 8 van het EVRM.<sup>24</sup> In veel van deze procedures werd een schikking getroffen door het alsnog verlenen van een verblijfsvergunning. Dit leidde tot een koerswijziging in het beleid. Op voorstel van toenmalig staatssecretaris Albayrak op 29 oktober 2008 werd in 2009 artikel 8 van het EVRM als zelfstandige mvv-vrijstellingsgrond toegevoegd aan artikel 3.71, tweede lid, Vb 2000.<sup>25</sup>

### 3.3 Jurisprudentie na 2009

Na de wijziging van het Vb 2000 veranderde de toetsing aan artikel 8 van het EVRM in het kader van een verzoek om mvv-vrijstelling: rechterlijke instanties gingen uitvoerig verwijzen naar vaste jurisprudentie van het EHRM over een *fair balance* tussen de belangen van de vreemdeling en die van de Nederlandse staat, in het kader van artikel 8 van het EVRM.<sup>26</sup> Maar omdat het EHRM aan staten een 'certain margin of appreciation' gaf, moesten rechters 'enigszins terughoudend' zijn bij hun beoordeling van die *fair balance*. Daardoor neigde de toetsing eerder terughoudend dan vol te zijn.

In 2013 behandelde de Afdeling bestuursrechtspraak voor het eerst de verenigbaarheid van het mvv-vereiste (en de vrijstellingsmogelijkheid) met de Gezinsherenigingsrichtlijn.<sup>27</sup> Op dat moment is de Gezinsherenigingsrichtlijn immers al van grote invloed geweest op andere onderdelen van het gezinsherenigingsbeleid, zoals het middelenvereiste<sup>28</sup> en hoogte van de leges.<sup>29</sup> De Afdeling oordeelde dat het mvv-vereiste in algemene zin toelaatbaar is, ook indien aan alle overige materiële voorwaarden voor gezinshereniging wordt voldaan. Ook de inbedding van de vrijstellingen (o.a. art. 8 van het EVRM en de hardheidsclausule) werd verenigbaar geacht met de Gezinsherenigingsrichtlijn. Omdat de nationale regelgeving voldoende ruimte zou bieden voor een individuele afweging of in een concreet geval – ondanks het niet voldoen aan het mvv-vereiste – moet worden beoordeeld of voldaan wordt aan de materiële

16 ABRvS 25 januari 2006, 200507329/1, JV 2006/108, waarin een streep wordt gezet door de overweging van de rechtbank dat uit de Nota van Toelichting bij invoering van de hardheidsclausule volgt dat bij een verzoek om vrijstelling van het mvv-vereiste een toets aan artikel 8 van het EVRM dient plaats te vinden; *Stb.* 2000, 497, p. 140.  
 17 ABRvS 25 januari 2006, 200507329/1, JV 2006/108.  
 18 ABRvS 10 oktober 2006, 200604137/1, ECLI:NL:RVS:2006:AZ0292, JV 2006/435. Zie bijvoorbeeld ook: ABRvS 7 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA1201.  
 19 Immers, het staat geenszins van tevoren vast dat het verblijf van de vreemdeling buiten Nederland daadwerkelijk tijdelijk van aard is. Om te kunnen vaststellen dat het verblijf tijdelijk is, zou eerst beoordeeld moeten worden of aan alle overige materiële voorwaarden voor de verblijfsvergunning voor gezinshereniging wordt voldaan; dan hoeft de vreemdeling bij de mvv-aanvraag geen beroep op artikel 8 van het EVRM te doen.  
 20 ABRvS 9 november 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB8365.  
 21 ABRvS 14 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC4751 en ABRvS 15 januari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC2489.

23 ABRvS 29 februari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6604, MR 2008/17; EHRM 12 mei 2005, *Ibrahim Mohamed tegen Nederland*, 1872/04, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000187204, JV 2005/303; EHRM 31 januari 2006, *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer tegen Nederland*, 50435/99, ECLI:CE:ECHR:2006:0131JUD005043599, JV 2006/90.  
 24 A.M. Reneman, M.Reurs & S. van Walsum, 'Onzichtbare zaken', *NAV* 2009/2, p. 88.  
 25 *Kamerstukken II* 2008/09, 19 637, nr. 1235, p. 2-3.  
 26 Zie uitspraken ABRvS 14 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:926; 11 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:73; en 28 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:974. *Rodrigues Da Silva en Hoogkamer tegen Nederland* (n. 23); EHRM 14 juni 2011, *Osman tegen Denemarken*, 55597/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0614JUD003805809; EHRM 28 juni 2011, *Nunez tegen Noorwegen*, 55597/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0628JUD005559709; en EHRM 4 december 2012, *Butt tegen Noorwegen*, 47017/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1204JUD00470170.  
 27 ABRvS 8 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:3389.  
 28 ABRvS 27 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA1990, JV 2013/275, n.a.v. HvJ EU 4 maart 2010, *Chakroun*, C-578/08, ECLI:EU:C:2010:117.  
 29 ABRvS 9 oktober 2012 ECLI:NL:RVS:2012:BY0145, JV 2012/470, n.a.v. HvJ EU 26 april 2012, *Commissie tegen Nederland*, C-508/10, ECLI:EU:C:2012:243.

vereisten, werd geen afbreuk gedaan aan het doel of nuttig effect van de Gezinsherenigingsrichtlijn.<sup>30</sup>

Getuigt het niet van excessief formalisme<sup>31</sup> om vast te houden aan het mvv-vereiste als aan alle overige materiële voorwaarden van de verblijfsvergunning wordt voldaan? Deze vraag stelde ook het EHRM in 2005 en daarna in 2007 aan de Nederlandse overheid<sup>32</sup> en is in huidige aanvragen met een verzoek om mvv-vrijstelling nog altijd relevant. Niettemin leidde het niet tot vrijstelling, ook niet in samenhang met de overige aangevoerde omstandigheden; het was (en is nog steeds) vast beleid in de Vreemdelingencirculaire 2000.<sup>33</sup>

#### 4. Introductie Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel in 2019

**Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak kan toepassing van het mvv-vereiste in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel, onder andere bij bijzondere afhankelijkheid van de vreemdeling vanwege gezondheidsproblemen, in combinatie met het voldoen aan alle materiële vereisten.**

Op 29 maart 2019 komt hier dan toch verandering in.<sup>34</sup> Tot dan werd er alleen aan artikel 8 van het EVRM getoetst en was de hardheidsclausule bikkelhard en niet de route om de evenredigheid beoordeeld te krijgen. In deze uitspraak toetst de Afdeling de evenredigheid buiten die bepaling van het EVRM en in het kader van de hardheidsclausule. Het betreft een zaak waarbij een Somalische vrouw, die al sinds 2007 in Nederland verbleef, om gezinshereniging (met vrijstelling mvv-vereiste) verzoekt met haar Nederlandse partner. Ze voldoet aan alle materiële vereisten, maar heeft geen mvv. De vreemdeling beroept zich op de Gezinsherenigingsrichtlijn en het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel, onder verwijzing naar het arrest *Yön* van het HvJ EU.<sup>35</sup>

Op grond van het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel (artikel 52 van het EU-Handvest) moeten beperkingen op de uitoefening van de in het handvest erkende rechten en vrijheden bij wet worden gesteld, dienen ze noodzakelijk te zijn en te beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de

bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.<sup>36</sup> Dit noopt tot een algehele en individuele belangenafweging bij de beoordeling van een aanvraag of rechtszaak van een vreemdeling.

Uit *Yön* – en eerdere arresten van het HvJ EU – volgt dat voorwaarden voor gezinshereniging, zoals een mvv-vereiste, zijn toegestaan, maar de regels voor de uitvoering van een dergelijke verplichting mogen niet verder gaan dan noodzakelijk is om het nagestreefde doel te verwezenlijken.<sup>37</sup> Dat het in *Yön* een gezinsherenigingszaak betrof waarbij ook het Turks Associatierecht een rol speelde, doet gelet op de beoordeling van de Afdeling bestuursrechtspraak niet af aan een breder toepassingsbereik.

De Afdeling bestuursrechtspraak overweegt dat onder bepaalde omstandigheden, waaronder een vanwege gezondheidsproblemen van een vreemdeling bijzondere afhankelijkheid van referent, in combinatie met het feit dat een vreemdeling aan alle materiële vereisten voldoet, volgens het HvJ EU toepassing van het mvv-vereiste in strijd kan zijn met het evenredigheidsbeginsel. Dergelijke gevallen zullen zich voordoen wanneer een vreemdeling bijzondere, persoonlijke feiten en omstandigheden aanvoert, die wellicht op zichzelf genomen niet voldoende zijn voor vrijstelling van het mvv-vereiste, maar in combinatie met de omstandigheid dat die vreemdeling aan alle materiële vereisten van de gevraagde verblijfsvergunning voldoet, er wel toe kunnen leiden dat het verder zou gaan dan noodzakelijk is indien de staatssecretaris vast zou houden aan het mvv-vereiste. Concreet betekent dit dat wanneer een vreemdeling dergelijke feiten en omstandigheden aanvoert, de staatssecretaris moet beoordelen of het onevenredig bezwarend zou zijn om vast te houden aan het mvv-vereiste indien die vreemdeling daarnaast aan alle

materiële vereisten zou voldoen.

Uit het arrest *Yön* volgt volgens de Afdeling bestuursrechtspraak dat de staatssecretaris al deze omstandigheden in hun onderlinge samenhang moet beoordelen. Indien de staatssecretaris tot de conclusie komt dat vasthouden aan het mvv-vereiste onevenredig bezwarend is, zal hij vervolgens toekomen aan de vraag of die vreemdeling ook daadwerkelijk aan alle materiële vereisten voldoet. Zo ja, dan zal de staatssecretaris de vreemdeling, onder toepassing van de hardheidsclausule, vrij moeten stellen van het mvv-vereiste.

De vraag of een vreemdeling aan alle materiële vereisten voor de gevraagde verblijfsvergunning voldoet, speelt in zulke gevallen dus al een rol bij de beantwoording van de vraag of de vreemdeling van het mvv-vereiste moet worden vrijgesteld (en niet pas daarna). De Afdeling bestuursrechtspraak gaat hier in theorie dus ‘om’, al blijft het in individuele gevallen moeilijk om aan te tonen dat tegenwerping van het mvv-vereiste in onderlinge samenhang bezien onevenredig uitpakt.<sup>38</sup>

30 We treffen hier nog geen verwijzing naar het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel aan, maar voor zover we kunnen zien was daar in deze zaken ook geen beroep op gedaan.

31 Bovendien was de forse kritiek dat het vasthouden aan het mvv-vereiste in dergelijke gevallen tegengesteld is aan het doel van de Gezinsherenigingsrichtlijn, namelijk het bevorderen van gezinshereniging, en niet het effectief beheer van migratiestromen; zie bijvoorbeeld Eva Hilbrink tijdens de Presentatie Werkgroep Rechtsbijstand Vreemdelingenzaken (WRV), Tegenwerping mvv-vereiste en/of illegaal verblijf van 6 december 2018, te raadplegen via *Migratieweb*, ve19000152.

32 EHRM, *Jomanday tegen Nederland*, 31893/05, ECLI:CE:ECHR:2009:1020DEC003189305 (klacht van 29 augustus 2005); EHRM, *Dinic tegen Nederland*, 7137/07, brief van 29 oktober 2007, *Migratieweb* ve07002255; de procedures werden uiteindelijk van de rol gehaald omdat er een schikking werd getroffen.

33 ABRvS 24 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1986; paragraaf B1/4.1. van de Vc 2000.

34 ABRvS 29 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1001, JV 2019/99 m.nt. P. Boeles.

35 HvJ EU 7 augustus 2018, *Yön*, C-123/17, ECLI:EU:C:2018:63, over uitleg van het associatierecht.

36 Zoals Roelofs in zijn artikel in *A&MR* opmerkt, kent vrijwel elke nationale verplichting tot toelating van een vreemdeling een Unierechtelijke positiefrechtelijke pendant; S.H.J.M. Roelofs, 'EU-migratierichtlijnen voorkomen en dichten verblijfsogaten', *A&MR* 2021-1, p. 4-10.

37 In 2015 kwam daar ook nog een bijstelling van het vereiste van inburgering in het buitenland bij: HvJ EU 9 juli 2015, *Ken A*, C-153/14, ECLI:EU:C:2015:453, JV 2015/232, m.nt. C.A. Groenendijk.

38 ABRvS 14 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:471, ABRvS 16 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:759 en ABRvS, 22 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1095.

## 5. In de praktijk versoepeling en aanscherping

Naar verwachting blijft het aantal verzoeken om mvv-vrijstelling aanzienlijk en zal de rol van het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel toenemen. Zeker na de ervaring met wereldwijde pandemieën, verregaande en langdurige reisrestricties en striktere toelatingsvoorwaarden.

### 5.1 Versoepeling in 2021

Dat hebben we allereerst gezien tijdens de coronapandemie, waarin vreemdelingen vast kwamen te zitten in Nederland en niet terug konden keren naar hun land van herkomst om daar hun mvv-procedure op te starten of hun mvv op te halen. Waar de staatssecretaris in eerste instantie overging tot een praktische oplossing door verlenging van de 90-dagen termijn voor het ophalen van de mvv naar 180 dagen<sup>39</sup>, werd al gauw opgeroepen tot een soepelere – lees: meer evenredige – omgang met mvv-vrijstellingsverzoeken.

### Het blijft in individuele gevallen moeilijk om aan te tonen dat tegenwerping van het mvv-vereiste in onderlinge samenhang bezien onevenredig uitpakt.

Het duurde nog tot april 2021 voor er volledig versoepeld beleid werd aangekondigd.<sup>40</sup> Tot die tijd werd in beginsel strikt vastgehouden aan het moeten ophalen van een mvv in land van herkomst na inwilliging van een TEV-aanvraag. Als iemand geen mvv kon ophalen in het land van herkomst of bestendig verblijf, mocht de mvv bij hoge uitzondering in een ander land worden opgehaald.

Jansen-Mahfoud schreef over een zaak waarin de vreemdeling zonder geldig Schengenvisum of rechtmatig verblijf naar Luxemburg werd gestuurd om daar de mvv op te halen, in plaats van in Rusland of Syrië.<sup>41</sup> Dat de Nederlandse overheid op dat moment alle reisbewegingen strikt afraadde om de verspreiding van het coronavirus tegen te gaan en de vreemdeling ook nog eens noodgedwongen zonder geldig visum door andere EU-landen moest reizen met aangescherpte grenscontroles, werd voor het gemak even vergeten.

Vraag is natuurlijk ook hoe het vasthouden aan het mvv-vereiste in een dergelijk geval bijdraagt aan de achterliggende doelstelling van het mvv-vereiste, het reguleren van migratiestromen. Van een evenredige oplossing, waarbij alle omstandigheden van het geval werden betrokken, was in ieder geval geen sprake. Dat het vasthouden aan het mvv-vereiste in dergelijke gevallen zijn doel voorbijschiet, ziet ook J.W. Schaper, directeur Juridische Zaken bij de IND:

‘Dan schiet je echt je doel voorbij. Kijk, als het gaat om reguliere aanvragen wordt zo’n 95% ingewilligd, waarvan grofweg 85% binnen het bestaande beleid. Waar het om gaat is dat je die 10 tot

15% herkent waarin dat niet het geval is. Daarvoor moet je maatwerk leveren.’<sup>42</sup>

Het gaat dus om maatwerk, zoeken naar de evenredige oplossing in een individueel geval. Tijdens de coronapandemie werd die maatwerkoplossing voor een groot deel van de vreemdelingen die in Nederland vast kwamen te zitten, gevonden in de tijdelijke versoepeling van het mvv-vereiste. De vreemdeling moest aan een aantal voorwaarden voldoen, waaronder dat er al een mvv-aanvraag was ingediend toen de vreemdeling nog in het land van herkomst was, en de vreemdeling moest voor een bepaalde datum Nederland zijn ingereisd.<sup>43</sup> Problematisch was dat veel vreemdelingen in Nederland vast kwamen te zitten tijdens een kort bezoek, terwijl zij nog geen mvv-aanvraag hadden ingediend. Nog daargelaten dat het een vreemde voorwaarde is dat de vreemdeling Nederland moet zijn ingereisd hangende een in land van herkomst ingediende mvv-aanvraag, omdat de aanwezigheid van de vreemdeling in Nederland tijdens de mvv-procedure tot afwijzing van de aanvraag kan leiden.<sup>44</sup> In de praktijk gold een versoepeld beleid voor mvv-vrijstelling op grond van de hardheidsclausule, waaraan vervolgens zeer restrictief werd getoetst door de staatssecretaris. Hierdoor vielen veel vreemdelingen buiten de boot, hoewel zij individuele omstandigheden konden aanvoeren waarom zij geen mvv konden ophalen in hun land van herkomst. Uiteindelijk paste de staatssecretaris het beleid aan in die zin dat ook vreemdelingen die later Nederland waren ingereisd en die nog geen mvv-procedure in land van herkomst hadden opgestart, vrijgesteld konden worden van het mvv-vereiste.

De Afdeling bestuursrechtspraak oordeelde in een zaak van een Cubaanse vreemdeling die een beroep had gedaan op het versoepelde beleid, dat de rechtbank, door te overwegen dat het moeilijke reizen niet maakt dat het onevenredig is om het mvv-vereiste tegen te werpen, ten onrechte eraan voorbij ging dat de versoepelingsregeling juist vanwege de tijdelijke reisbeperkingen in het leven was geroepen.<sup>45</sup> Het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak bevestigt in feite dat het versoepelde beleid de uitwerking is van een evenredigheidsbeoordeling, niet in een individueel geval maar juist vanwege een uitzonderlijke situatie die een grote groep vreemdelingen treft.

Ook in de huidige situatie in Rusland en Oekraïne zien we dat de staatssecretaris zoekt naar een maatwerkoplossing in de vorm van versoepeld beleid voor een groep, in plaats van een individuele toets per geval. Dat is uiteraard ook begrijpelijk, want een individuele evenredigheidsbeoordeling vergt tijd en dus mankracht en daar is nou juist een tekort aan bij de IND. Voor Russen geldt er op dit moment nog geen versoepeld mvv-vrijstellingsbeleid, maar in de praktijk merken we wel dat door individuele beslismedewerkers soepeler wordt omgegaan met het ophalen van een mvv in een ander land dan Rusland, als de vreemdeling zich al buiten Rusland bevindt. Dit onder meer gelet op Poetins mobilisatieoproep, geruchten over uitreisverboden uit

39 Kamerstuk I 02-11 2020, 953099, 19637/266, Brief SvJ&V over de gevolgen van de COVID-19-pandemie voor het migratiebeleid, 5 -10-2020

40 Zie <https://bit.ly/3YwUoQl>.

41 E.J.M.C. Jansen-Mahfoud, ‘IND zet vreemdelingen klem. Tijdens coronacrisis mvv ophalen in land van herkomst’, *A&MR* 2021-1, p. 11-16.

42 ‘Met elkaar praten is altijd beter dan over elkaar praten’, *VreemdelingenVisie* 2022/9, afl. 36, zie <https://bit.ly/3Yz9nJC>.

43 Zie: <https://bit.ly/3YwUoQl>.

44 Hoofdstuk B1/3.3.1 Vc 2000.

45 ABRvS 25 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1196, *JV* 2022/113.

Rusland voor mannen en het gebrek aan rechtstreekse reismogelijkheden tussen Rusland en de Europese Unie.<sup>46</sup> Uitzonderlijke situaties vergen natuurlijk een maatwerkoplossing, het liefst in de vorm van heldere en toetsbare voorwaarden. Maar dat betekent niet dat dan geen ruimte meer bestaat om in die gevallen waar niet aan de voorwaarden van een versoepeld mvv-vrijstellingsbeleid wordt voldaan, een evenredigheidsbeoordeling los te laten op de individuele omstandigheden van die vreemdeling.

### Een maatwerkoplossing voor uitzonderlijke situaties, in de vorm van heldere en toetsbare voorwaarden, sluit geen evenredigheidsbeoordeling uit in die gevallen waar niet aan de voorwaarden van een versoepeld mvv-vrijstellingsbeleid wordt voldaan.

Dat het evenredigheidsbeginsel in zijn algemeenheid in het bestuursrecht flink terrein wint, zien we onder meer terug in recente jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtpraak over beboeting op grond van de Wet arbeid vreemdelingen en woningsluiting.<sup>47</sup> In die laatste uitspraak geeft de Afdeling bestuursrechtpraak de bestuursrechter in de nationale rechtspraak een duidelijk kader voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in de vorm van een drietrapsraket. De bestuursrechter dient bij het toetsen aan het evenredigheidsbeginsel onderscheid te maken tussen de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid van het overheidsbesluit. Als daarvoor aanleiding is, toetst de bestuursrechter (1) of het besluit geschikt is om het doel te bereiken, (2) of het een noodzakelijke maatregel is of dat met een minder vergaande maatregel kon worden volstaan en (3) of de maatregel in het concrete geval evenwichtig is. In de Wav-uitspraak<sup>48</sup> oordeelt de Afdeling bestuursrechtpraak dat de Beleidsregel boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen 2017 ten onrechte geen onderscheid maakt tussen opzet, grove schuld en normale verwijtbaarheid bij het vaststellen van het toepasselijke boetenormbedrag. Eerder achtte de Afdeling bestuursrechtpraak het voldoende dat de Beleidsregel 2017 de mogelijkheid tot matiging van het boetenormbedrag bij verminderde verwijtbaarheid biedt. In de uitspraak van 2 februari jl. zie ik een doorwerking van het evenredigheidsbeginsel, omdat de Afdeling duidelijk maakt af te willen van geautomatiseerde beboeting van overtredingen van de Wav.

Ook in de vreemdelingenpraktijk zien we dat de evenredigheid leidt tot meer permanente beleidswijzigingen. Zo is de Vreemdelingencirculaire aangepast in die zin dat het niet aan de vreemdeling wordt toegerekend dat er niet voor afloop van de aan hem verleende vergunning om verlenging van die verblijfsvergunning is gevraagd, als de verlengingsaanvraag is ingediend binnen vier weken na afloop van die

vergunning.<sup>49</sup> Dit om onnodige gaten tussen twee vergunningen te voorkomen.

Het ontstaan van een verblijfs gat leidt tot onevenredige consequenties voor een vreemdeling, onder meer omdat hij vijf jaar onafgebroken verblijf op grond van een verblijfsvergunning moet hebben gehad om een permanente verblijfsvergunning te verkrijgen of Nederlander te worden. Daardoor leidt het tot meer procedures waarbij de vreemdeling zich beroept op de evenredigheid.<sup>50</sup> Ook de adviescommissie vreemdelingenzaken (ACVZ) concludeert dat het beleid van de staatssecretaris om verblijfsvergunningen met terugwerkende kracht in te trekken, leidt tot onnodige verblijfs gaten en onevenredige gevolgen voor de vreemdeling en diens gezinsleden.<sup>51</sup>

Dat daar door de staatssecretaris gehoor aan is gegeven en op beleidsniveau ook daadwerkelijk verandering in is gebracht, getuigt van de onmiskenbare invloed van het (Unierechtelijk) evenredigheidsbeginsel.

Ook de per 22 december 2022 verruimde toepassing van de hardheidsclausule bevestigt dat de evenredigheid en de oproep tot het hanteren van de menselijke maat aanleiding is geweest om binnen het migratiedomein kritisch te kijken naar de menselijke maat en individuele belangen.<sup>52</sup>

## 5.2 Aanscherping eind 2022

Dat de evenredigheid echter ook gebruikt kan worden om voorwaarden aan te scherpen, zien we in de per 1 oktober 2022 heringevoerde mvv-plicht voor Turkse onderdanen.<sup>53</sup> De staatssecretaris geeft in zijn brief aan de Tweede Kamer aan dat uit het arrest *Yön* volgt dat aanscherping van het mvv-vereiste niet strijdig hoeft te zijn met het associatierecht als het maar mogelijk is rekening te houden met de bijzondere individuele omstandigheden van de vreemdeling. Het herinvoeren van het mvv-vereiste voor Turkse onderdanen wordt evenredig geacht, omdat zij vrijgesteld kunnen worden van het mvv-vereiste als aan alle voorwaarden wordt voldaan én er bovendien sprake is van bijzondere individuele omstandigheden, dan wel vrijgesteld kunnen worden op grond van de hardheidsclausule en dus de evenredigheid die voor iedere vreemdeling geldt. Ook voor Turkse onderdanen komt het dus in beginsel aan op een individuele evenredigheidsbeoordeling bij mvv-vrijstelling.

En daar gaat het vaak mis. Ondanks de besproken jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtpraak vereist de staatssecretaris in individuele gevallen nog altijd zeer uitzonderlijke omstandigheden die nopen tot toepassing van de hardheidsclausule en het evenredigheidsbeginsel, alvorens de omstandigheid te betrekken dat mogelijk aan alle overige voorwaarden van gezinshereniging is voldaan. Van een integrale toetsing van alle omstandigheden van

49 Wbv 2022/14, *Stcrt.* 2022, 16773.

50 Roelofs stond bij deze onevenredige gevolgen van verblijfs gaten stil in S.H.J.M. Roelofs, 'EU-migratierichtlijnen voorkomen en dichten verblijfs gaten', *A&MR* 2021-1, p. 4-10.

51 ACVZ-commentaar, *Het evenredigheidsbeginsel biedt perspectief. Herziening van de belangenafweging bij intrekking verblijfsvergunning*, 25 februari 2022, *Migratieweb* ve22000530.

52 WBV 2022/28, *Stcrt.* 2022/34598, verruiming van toepassing hardheidsclausule waardoor met name in gezinsherenigingszaken waarin jonge kinderen met rechtmatig verblijf betrokken zijn of de referent ziek is en afhankelijk van zorg, sneller tot mvv-vrijstelling wordt overgegaan.

53 *Kamerstuk* II 05-07-2022, 3884708, 32824/366.

46 Zie <https://bit.ly/3HMqDQ0> en: <https://bit.ly/3V6RMWk>.

47 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

48 ABRvS 13 juli 2022, 202006623/1/V6, met noot P. Krop, *JV* 2022/178, ve22001978, ECLI:NL:RVS:2022:1973.

het geval, inclusief de omstandigheid (in voorkomende gevallen) dat de vreemdeling aan alle overige voorwaarden van gezinshereniging voldoet, is in feite geen sprake, zeker niet in de aanvraagfase. De beslisspraktijk leert dat in de aanvraagfase strikt wordt vastgehouden aan het mvv-vereiste, ook als er individuele omstandigheden worden aangevoerd; pas in bezwaar wordt een individuele evenredigheidsbeoordeling gemaakt.

### Zowel in het kader van het inkomensvereiste als het mvv-vereiste, hanteert de staatssecretaris een piepsysteem voor een evenredigheidsbeoordeling, hetgeen ook door beslismedewerkers van de IND zelf wordt bevestigd.

Dit geldt ook voor situaties waarin in het kader van het middelenvereiste een beroep op de arresten van het HvJ EU in *Chakroun* en *Kachab* en de evenredigheid wordt gedaan. Uit die arresten volgt dat de staatssecretaris een inkomensvereiste mag stellen en in dat verband een richtbedrag mag hanteren, maar dat er altijd een individuele beoordeling van alle belangen moet worden gemaakt als de vreemdeling niet aan dat richtbedrag voldoet. Zowel in het kader van het inkomensvereiste als het mvv-vereiste, hanteert de staatssecretaris in feite een piepsysteem voor een evenredigheidsbeoordeling, hetgeen ook door beslismedewerkers van de IND zelf wordt bevestigd.<sup>54</sup> Dat wekt bevreemding, nu het aan de staatssecretaris is om naar aanleiding van door de vreemdeling bij een aanvraag verstrekte gegevens te beoordelen welke wet- en regelgeving op hem van toepassing is en aan welke rechtsbeginselen getoetst dient te worden.<sup>55</sup> Zelfs in die gevallen waarin de vreemdeling het evenredigheidsbeginsel niet expliciet noemt, dient de staatssecretaris te bekijken of de uitkomst van een toets aan de voorwaarden van een verblijfsvergunning tot een evenredige uitkomst leidt.

54 Dit is mij bekend uit informele contacten met beslismedewerkers van de IND en het is ook door een procesvertegenwoordiger van de IND op zitting zo verwoord. De uitleg was dat er in de aanvraagfase in feite geen tijd en ruimte is om een daadwerkelijke individuele beoordeling te maken, maar dat die ruimte er bij een eventueel bezwaar wel is. Maar dan moet de vreemdeling dus wel eerst 'piepen'.

55 ABRvS 22 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM3047; zie ook H. Oosterom-Staples, 'Redactioneel. Na zorgvuldige lezing alleen nog ondertekenen', *A&MR* 2022-6/7, p. 310.

## 6. Willekeur of het individuele geval recht doen?

Waarom zijn de staatssecretaris en de rechterlijke macht zo terughoudend om in vreemdelingenzaken daadwerkelijk een evenredigheidsbeoordeling te maken? Wellicht dat dit te maken heeft met angst voor willekeur of rechtsongelijkheid, zoals blijkt tijdens het symposium van de Specialisten Vereniging Migratierecht Advocaten (SVMA), op 13 oktober jl, waarin werd gereflecteerd op evenredigheid en menselijke maat.<sup>56</sup> Advocaten en vertegenwoordigers van de Raad van State, de rechtbanken en de IND bespraken de terugkerende vraag of het toetsen aan de evenredigheid en recht doen aan de specifieke omstandigheden van het individuele geval niet zou leiden tot willekeur en chaos.

Dat een evenredigheidstoetsing enige vorm van willekeur in de hand werkt, lijkt onvermijdelijk. Maar soms is enige willekeur te verkiezen boven restrictieve toetsing van voorwaarden zonder oog voor de uitwerking in het individuele geval. Misschien moeten we af van de angst voor willekeur en het vanuit een ander oogpunt benaderen. Gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld: ongelijke gevallen dus ongelijk. Door in het individuele geval tot de conclusie te komen dat vasthouden aan het mvv-vereiste of een andere algemene voorwaarde tot een onevenredige uitkomst voor die vreemdeling zou leiden, en dus die voorwaarde te laten vallen, wordt in dat individuele geval recht gedaan. Hierdoor wordt niet automatisch een precedent geschapen en een beroep op het gelijkheidsbeginsel in de hand gewerkt, want er zijn maar weinig gevallen echt gelijk.<sup>57</sup>

Uiteindelijk gaat het om het voorkomen van geautomatiseerde besluitvormingsprocessen en het hanteren van de menselijke maat in het individuele geval. Het gaat in het vreemdelingenrecht nou eenmaal over mensen. Zoals mijn oud-collega Barbara Wegelin zegt: vierkante wetgeving past niet altijd op de ronde vreemdeling.<sup>58</sup> En voor exact die gevallen hebben we gelukkig het evenredigheidsbeginsel. ◀

56 Dit gebeurde we naar aanleiding van de bundel van SVMA en VAJN, *Ongehoord. Onrecht in het vreemdelingenrecht*, april 2021, <https://bit.ly/3FZhwje>.

57 Zie bijvoorbeeld ook: K.E. Geertsema, 'Liever wat minder rechtsgelijkheid aan de randen van de pardonregeling? Gelijke schrijnende gevallen', *A&MR* 2017, afl. 6-7, p. 281-286.

58 B. Wegelin, 'De ronde vreemdeling, zijn advocaat en de vierkante regelgeving', *JV* 2017, 1/5.