

**Noot Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 8 april 2013, 201111404/1/V2, Mvv-vereiste.**

*M.A.K. Klaassen, Institute of Immigration Law, Leiden University*

**Keywords: Family reunification, visa, proportionality, Directive 2003/86/EC, immigration**

1. Mag het Mvv-vereiste worden tegengeworpen ook als aan alle andere substantieve voorwaarden voor gezinshereniging wordt voldaan? Daarover gaat de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 8 April 2013. De bevoegdheid van lidstaten om van aanvragers van gezinshereniging te verlangen dat zij hun aanvraag in het buitenland indienen is in overeenstemming met artikel 5 lid 3 van Richtlijn 2003/86/EG inzake het recht op gezinshereniging (de Gezinsherenigingsrichtlijn). Hierin staat dat verzoeken tot gezinshereniging worden ingediend en behandeld wanneer de gezinsleden buiten het grondgebied van de lidstaat van verblijf van de gezinshereniger verblijven. In de tweede paragraaf van de bepaling staat dat in afwijking hiervan een lidstaat in passende gevallen kan aanvaarden dat een verzoek wordt ingediend wanneer de gezinsleden zich reeds op zijn grondgebied bevinden. De vraag die in deze zaak aan de orde is, is of een lidstaat ook verplicht kan worden geacht om op grond van de Gezinsherenigingsrichtlijn een aanvraag in behandeling te nemen die wordt ingediend in de lidstaat zelf. In 2019 heeft de Afdeling haar standpunt in dit kader enigszins genuanceerd. Dit bespreek ik aan het einde van deze annotatie.

2. De feiten van de zaak kunnen als volgt worden samengevat. De referent is een Chinees staatsburger en is geboren in 1942. Hij heeft in Nederland een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd en geniet een AOW-uitkering. Daarnaast is hij uitbater van een eigen onderneming. Zijn vrouw heeft eveneens de Chinese nationaliteit en is geboren in 1976. In 2008 is ze naar Nederland gereisd om haar echtgenoot te bezoeken. Na afloop van haar visum is ze echter in Nederland gebleven. In 2009 heeft ze een aanvraag tot een verblijfsvergunning ingediend om in het kader van gezinsvorming bij haar echtgenoot in Nederland te kunnen blijven. Deze aanvraag is door de Staatssecretaris afgewezen omdat de aanvraagster niet in het bezit is van een geldige Machtiging tot voorlopig verblijf (Mvv) en omdat ze niet in aanmerking komt voor vrijstelling van dit vereiste. Behalve het Mvv-vereiste voldoet de aanvraag aan alle andere materiële voorwaarden.

3. De Rechtbank 's-Gravenhage Zittingsplaats Roermond doet op 30 September 2011 uitspraak in deze zaak. De rechtbank overweegt dat het Hof van Justitie van de EU (HvJEU) in *Chakroun* (opgenomen in deze bundel) heeft geoordeeld dat de bevoegdheden die de staat heeft om voorwaarden te stellen aan gezinshereniging die voortkomen uit de Gezinsherenigingsrichtlijn strikt dienen te worden uitgelegd. De Rechtbank oordeelt dat de Staatssecretaris op juiste wijze toepassing heeft gegeven aan de Gezinsherenigingsrichtlijn. De Rechtbank stelt dat het voldoen aan alle materiële voorwaarden geen reden is om niet aan de procedurele voorwaarde, die het Mvv-vereiste is, te voldoen. Boeles had in een notitie ingediend bij de Rechtbank aangevoerd dat een recht op gezinshereniging ontstaat door het voldoen aan de materiële voorwaarden en dat als aan deze voorwaarden wordt voldaan er geen procedurele beletselen mogen worden tegengeworpen. De Rechtbank overweegt dat er geen reden zou bestaan om een facultatieve uitzonderingsbepaling in Artikel 5 lid 3

Gezinsherenigingsrichtlijn op te nemen als enkel het voldoen aan de materiële voorwaarden bepalend zou zijn voor de vraag of er een recht op gezinshereniging bestaat.

4. De Afdeling gaat op 8 april 2013 mee met deze redenering van de Rechtbank. De Afdeling stelt dat indien uitoefening van het recht op gezinshereniging enkel afhankelijk zou zijn van het voldoen aan de materiële voorwaarden voor gezinshereniging, de procedurele voorwaarden zoals de verplichting om een aanvraag in te dienen als buiten de gastlidstaat wordt verbleven niet zouden zijn opgenomen in de Gezinsherenigingsrichtlijn en dat er bovendien geen reden zou bestaan om een uitzonderingsbepaling in artikel 5 lid 3 Gezinsherenigingsrichtlijn op te nemen. De Afdeling onderbouwt deze stelling met een verwijzing naar de ontstaansgeschiedenis van de Gezinsherenigingsrichtlijn. In een conceptversie had de Europese Commissie voorgesteld om de mogelijkheid van afwijking van de voorwaarde dat een aanvraag wordt ingediend en behandeld wanneer de aanvrager zich buiten het grondgebied van de gastlidstaat bevindt een verplichtend karakter heeft wanneer dit op grond van humanitaire redenen noodzakelijk is. Uiteindelijk heeft de wetgever hier echter een facultatieve bepaling van gemaakt, wat volgens de Afdeling laat zien dat er uit de bepaling geen verplichting tot het toestaan dat een aanvraag in Nederland wordt ingediend, kan worden afgeleid. Bovendien biedt de Nederlandse implementatie van het Mvv-vereiste volgens de Afdeling voldoende ruimte voor een individuele belangenafweging. De Afdeling noch de Rechtbank hebben aanleiding gezien om in deze zaak prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU.

5. Voor de redenering van de Rechtbank en Afdeling valt wel iets te zeggen, maar er valt ook iets tegenin te brengen. De ontstaansgeschiedenis van artikel 5 lid 3 Gezinsherenigingsrichtlijn laat inderdaad zien dat van een dwingende bepaling in de onderhandeling van de Richtlijn door de wetgever een facultatieve bepaling is gemaakt. Maar betekent dat dan ook dat er nooit een verplichting kan worden afgeleid uit de tweede zin van artikel 5 lid 3 Gezinsherenigingsrichtlijn? Dat lijkt me een onjuiste conclusie. Artikel 5 lid 3 staat het lidstaten toe een aanvraag in behandeling te nemen wanneer de aanvrager zich reeds op het grondgebied van de lidstaat bevindt. Maar hiertoe was de lidstaat reeds bevoegd volgens artikel 3 lid 5 Gezinsherenigingsrichtlijn, die de mogelijkheid om gunstigere bepalingen vast te stellen of te handhaven onverlet laat. Als artikel 5 lid 3 aldus wordt geïnterpreteerd dat er geen verplichting uit kan volgen om gezinshereniging toe te laten als de aanvraag wordt ingediend binnen het grondgebied van de lidstaat zou de bepaling een dode letter zijn, omdat de lidstaat al de mogelijkheid van het toelaten van zulke verzoeken had volgens artikel 3 lid 5. Bovendien heeft het HvJEU in *Chakroun* bepaald dat de bevoegdheden tot het stellen van voorwaarden aan het recht op gezinshereniging die door de Richtlijn worden toegelaten strikt dienen te worden uitgelegd. Het is mij onduidelijk waarom deze eis enkel gesteld zou kunnen worden aan de materiële voorwaarden, en niet aan de procedurele voorwaarden.

6. In haar uitspraak van 29 maart 2019 heeft de Afdeling haar restrictieve lijn enigszins genuanceerd (ABRvS 29 maart 2019, *JV* 2019/99 m.nt. Boeles). De Afdeling gaat in deze uitspraak in op het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel en stelt dat de hardheidsclausule om te worden vrijgesteld van het mvv-vereiste zo moet worden uitgelegd dat de staatssecretaris, in bepaalde gevallen, de omstandigheid dat een vreemdeling aan alle materiële vereisten voldoet moet betrekken in zijn beoordeling of de vreemdeling in aanmerking komt voor vrijstelling van het mvv-vereiste. De vreemdeling moet daartoe bijzondere, persoonlijke feiten en omstandigheden aanvoeren die op zichzelf genomen niet voldoende zijn om te worden vrijgesteld van het mvv-vereiste, maar die in combinatie met de

omstandigheid dat de vreemdeling aan alle materiele vereisten voldoet ertoe zouden kunnen leiden dat het verder gaat dan noodzakelijk om vast te houden aan het mvv-vereiste.

7. Met deze enigszins genuanceerde toets moet het feit dat de vreemdeling aan alle materiele voorwaarden voldoet dus worden meegenomen in de beoordeling of een vreemdeling moet worden vrijgesteld van het mvv-vereiste. Het voldoen aan de materiele voorwaarden is hierin echter niet voldoende; de vreemdeling moet bijzondere, persoonlijke omstandigheden aanvoeren waarom het onredelijk bezwarend is om vast te houden aan het mvv-vereiste. Hiermee is, zonder dit aan het HvJEU voor te leggen, het mvv-vereiste volgens mij meer in lijn met de Gezinsherenigingsrichtlijn te komen. Ik zou het echter nog steeds wenselijk vinden dat de vraag of het mvv-vereiste überhaupt mag worden tegengeworpen indien aan alle materiele voorwaarden is voldaan alsnog voor te leggen aan het HvJEU.

**To be cited as: M.A.K. Klaassen, 'Noot Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 8 april 2013, 201111404/1/V2, Mvv-vereiste', in: K.M. Zwaan, S.G. Kok & E.R. Brouwer (eds.), Landmark cases on asylum and immigration law 1950-2019, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2019, pp. 345-346.**