



Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken

aan Kabinet Rutte IV
Postbus 20001
2500 EA Den Haag

contactpersoon Mr. D.J. de Jong
doorkiesnummer 06-46840910
datum 7 maart 2022
ons kenmerk ACVZ/ALG/2022/001
uw kenmerk
bijlage(n)
onderwerp

Internetconsultatie over het verbeteren van wetten en regels die mensen ernstig in de knel brengen

Geachte lezer,

Het thema 'effectieve rechtsbescherming' vormt de leidraad van één van de [programmaliijnen](#) van de adviesraad migratie (ACVZ). Omdat de strekking van uw internetconsultatie nauw aansluit bij dit onderwerp, brengt de adviesraad u graag een [serie commentaren](#) onder de aandacht die binnen de programmalijn wordt gepubliceerd en waarin we verkennen hoe de menselijke maat in het migratiebeleid centraler kan komen te staan.

De programmalijn gaat niet alleen over het recht op effectieve rechtsbescherming, maar ook over de uitvoerbaarheid van regelgeving. Met dit programma wil de adviesraad juridische, politieke en maatschappelijke ontwikkelingen in kaart brengen die van invloed zijn op (de werking van) effectieve rechtsbescherming. De adviesraad verstaat daaronder dat recht gedaan wordt aan de fundamentele rechten van mensen bij de totstandkoming en uitvoering van beleid, wet- en regelgeving en dat de menselijke waardigheid beschermd wordt. Met de verschillende kennis- en adviesproducten hoopt de raad te kunnen bijdragen aan een eerlijk en zorgvuldig migratiebeleid. Het vinden van de balans tussen de rechten en plichten van zowel burger als overheid is daarbij cruciaal. Rechten en plichten in het kader van effectieve rechtsbescherming spelen ook een rol bij bijvoorbeeld de inrichting van de asielpcedure en het vaststellen van inburgerings- en naturalisatievereisten.

Postadres

Postbus 20301
2500 EH Den Haag

bezoekadres

Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag

www.acvz.org

Twitter: [@ACVZ_advies](https://twitter.com/ACVZ_advies)

In de genoemde serie zijn inmiddels drie commentaren uitgebracht, waarin de volgende onderwerpen aan de orde komen:

1. Het op [afstand horen van asielzoekers](#). Daarin verkent de adviesraad hoe innovaties in het 'telehoren' en het 'schriftelijk horen' zich verhouden tot de rechtsbescherming van asielzoekers;
2. Het [boetestelsel in de Wet inburgering](#). De adviesraad komt in dit commentaar tot de conclusie dat de hoogte van de opgelegde boetes in strijd is met het evenredigheidsbeginsel;
3. De [intrekking van verblijfsvergunningen met terugwerkende kracht](#). In dit commentaar wordt beargumenteerd dat de intrekking van verblijfsvergunningen met terugwerkende kracht vaak op gespannen voet staat met het respecteren van EVRM-rechten (met name artikel 8 EVRM) en het belang van het kind.

Naast deze algemene brief zijn de vragen die in de internetconsultatie worden gesteld, ook nog eens voor ieder afzonderlijk commentaar apart beantwoord.

De adviesraad hoopt met zijn bijdrage de menselijke maat in wet- en regelgeving weer terug te kunnen brengen.

Tot een nadere toelichting zijn wij steeds bereid.

Met vriendelijke groet,

Voorzitter,



Monique Kremer

Secretaris,



Wolf Mannens

HET EVENREDIGHEIDSBEGINSEL BIEDT PERSPECTIEF

HERZIENING VAN DE BELANGENAFWEGING BIJ INTREKKING
VERBLIJFSVERGUNNING

Commentaar

De **adviesraad migratie (ACVZ)** is een onafhankelijk adviesorgaan ingesteld bij wet. De raad adviseert regering en parlement over migratie. Hij onderzoekt beleid en wetgeving en geeft aan waar verbeteringen mogelijk zijn. De adviesraad brengt praktische adviezen uit die gericht zijn op het oplossen van bestaande en te verwachten problemen.

Colofon

Het evenredigheidsbeginsel biedt perspectief
Herziening van de belangenafweging bij intrekking verblijfsvergunning

Uitgave van de adviesraad migratie (ACVZ), Den Haag, februari 2022

Adviesraad migratie (ACVZ)

Turfmarkt 147

2511 DP 's-Gravenhage

acvz@acvz.org

www.adviescommissievoorvreemdelingenzaken.nl

Tel: 070 3704300



1 Inleiding

In zijn [programmalijs effectieve rechtsbescherming](#) verkent de Adviesraad Migratie (ACVZ) in een serie commentaren hoe de menselijke maat in het migratiebeleid centraler kan komen te staan. De adviesraad verstaat daaronder dat recht gedaan wordt aan de fundamentele rechten van mensen bij de totstandkoming en uitvoering van beleid, wet- en regelgeving en dat de [menselijke waardigheid](#) beschermd wordt. Het doel van deze serie commentaren is om te verkennen of er wel voldoende aandacht is voor de menselijke maat bij de totstandkoming en uitvoering van het migratiebeleid.

In dit derde commentaar in de serie '[de menselijke maat in het migratiebeleid](#)' staat het met terugwerkende kracht intrekken van verblijfsvergunningen centraal. Deze vorm van intrekken is een maatregel die lange tijd niet voorkwam in het migratierecht en waar de Vreemdelingenwet en het Vreemdelingenbesluit ook niet in voorzien. Pas tussen 2005 en 2007 werd er beleid gemaakt om het verblijfsrecht vaker met terugwerkende kracht in te trekken. Dan ging het er bijvoorbeeld om dat in het verleden onjuiste inlichtingen waren verstrekt, of dat er redenen van openbare orde waren of omdat niet langer aan de voorwaarden van de verblijfsvergunning werd voldaan. Die intrekking gebeurt in de praktijk meer en meer na een aanzienlijk tijdsverloop tussen het feit en de daadwerkelijke intrekking van het verblijfsrecht. Zonder grondige evenredigheidstoets en rechtvaardiging in het individuele geval staat deze praktijk echter op gespannen voet met de menselijke maat. Om die reden is dan ook op dit beleid in de juridische literatuur kritiek geuit.¹ Een uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) van 2 februari 2022 biedt opening om daar opnieuw naar te kijken.² De voorzitter van de ABRvS had in deze en twee andere zaken³ een conclusie gevraagd van staatsraden advocaat-generaal (AG's) over de evenredigheidstoets. Die conclusie is uitgebracht op 7 juli 2021.⁴

In dit commentaar wordt aan de hand van drie casussen inzichtelijk gemaakt welke bezwaren zoal kleven aan de (automatische) toepassing van terugwerkende kracht op de intrekking van verblijfsvergunningen. Wij beschrijven de conclusie en de uitspraak en analyseren de openingen die deze bieden om tegemoet te komen aan de menselijke maat.

¹ Zie bijvoorbeeld: Noot F.T. Groenewegen bij ABRvS 17 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1294, AB 2015/390; Noot M.A.G. Reurs bij ABRvS 30 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3294, JV 2018/71; Boeles, P., Wat is de ruimte voor intrekking van verblijfsvergunningen met terugwerkende kracht?, A&MR 2019-3, p. 6-109; Noot T. de Lange bij ABRvS 8 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2398, JV 2020/206.

² ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:258.

³ ABRvS 2 februari 2022, 202006932/3/A3 en 202000475/2/A3.

⁴ Conclusie van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

2 De huidige praktijk van intrekking van verblijfsvergunningen met terugwerkende kracht

In deze paragraaf zijn drie casussen opgenomen die gaan over de intrekking van verblijfsvergunningen. De vergunningen hebben ieder betrekking op verschillende verblijfsdoelen.⁵ De eerste twee uitspraken gaan over reguliere verblijfsdoelen, verblijf bij familie- of gezinsleden respectievelijk arbeid als kennismigrant. De derde uitspraak heeft betrekking op intrekking van een verblijfsvergunning asiël voor onbepaalde tijd.

*Casus 1: Verblijf bij echtgenoot*⁶

Aya is op 25 juli 2008 gehuwd met de Nederlander Coos. Aya en Coos hebben minderjarige kinderen met de Nederlandse nationaliteit, die de eerste jaren van hun leven in Tunesië hebben gewoond. Op 3 maart 2010 is aan Aya een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd verleend met als doel verblijf bij echtgenoot. Deze vergunning is verlengd op 13 april 2011. Op 22 januari 2016 heeft Aya een aanvraag tot verlenging van de verblijfsvergunning ingediend. Bij besluit van 7 juni 2016 heeft de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (de staatssecretaris) de aanvraag afgewezen en de verblijfsvergunning met terugwerkende kracht tot 1 januari 2012 ingetrokken. Vanaf die datum werd niet meer voldaan aan de voorwaarden waaronder de verblijfsvergunning was verleend. Coos ontving sinds die datum een uitkering naar de norm voor gehuwden op grond van de Wet werk en bijstand en vervolgens per 1 januari 2015 op grond van de Participatiewet. Aya voorzag niet langer met eigen middelen in haar levensonderhoud en voldeed daarmee niet langer aan het middelenvereiste.

Uitspraak rechtbank

De rechtbank oordeelt dat Aya verwijtbaar niet tijdig doorgegeven heeft dat haar inkomenssituatie was gewijzigd. De rechtbank is van oordeel dat de staatssecretaris zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de belangenafweging niet in het voordeel van Aya uitvalt, omdat Aya en Coos niet hebben aangetoond voldoende inspanningen te hebben verricht om het beroep op de openbare kas te voorkomen en onvoldoende hebben aangetoond dat zij niet in staat waren om (wederom) zelfstandig te beschikken over voldoende middelen van bestaan. Aya en Coos hebben ook niet onderbouwd dat zij inspanningen hebben gedaan om inkomsten te verwerven door te solliciteren. De rechtbank oordeelt met betrekking tot artikel 8 EVRM dat de staatssecretaris in redelijkheid meer gewicht heeft kunnen toekennen aan het algemeen belang dan aan het persoonlijk belang van Aya bij verblijf in Nederland.

⁵ De namen in de casussen zijn fictief.

⁶ Uitspraak rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg, 14 juni 2017, ECLI: NL:RBDHA: 2017:7110.

Belang van het kind

Deze zaak betreft een gezin met twee Nederlandse minderjarige kinderen. De rechtbank heeft terughoudend getoetst of de staatssecretaris *in redelijkheid* tot het besluit heeft kunnen komen om de verblijfsvergunning van Aya in te trekken. Dat besluit heeft grote consequenties voor het gezinsleven van Aya. Zij wordt geacht Nederland te verlaten. Aya en Coos hebben de keuze waar de kinderen verblijven, die gaan met Aya mee naar Tunesië of blijven bij Coos in Nederland. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat het hele gezin vertrekt naar Tunesië. Het belang van de kinderen is niet kenbaar in de besluitvorming betrokken. Volstaan is met de vaststelling dat er geen objectieve belemmeringen zijn om het gezinsleven voort te zetten in Tunesië. Ten tijde van het intrekingsbesluit besloeg de periode van verblijf in Nederland ten minste acht jaar. Een periode waarin jonge kinderen die opgroeien en onderwijs volgen sterke banden opbouwen met Nederland.

Casus 2: Kennismigrant⁷

Barun heeft een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd onder de beperking 'arbeid als kennismigrant' bij bedrijf X. Zijn gezinsleden hebben een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd onder de beperking 'verblijf als familie- of gezinslid'. De verblijfsvergunningen worden bij besluit van 21 maart 2016 met terugwerkende kracht ingetrokken per 1 juni 2015, omdat Barun van 1 juni 2015 tot 1 november 2015 werkzaam was voor een niet-erkend referent, zodat hij niet voldeed aan de beperking waaronder de verblijfsvergunning was verleend. Bedrijf X is een erkend referent. Na reorganisatie van het bedrijf werkte Barun bij bedrijf Y, een dochteronderneming van bedrijf X, een niet-erkend referent. Barun is vervolgens op 1 november 2015 weer in dienst getreden bij bedrijf X. Nadat de staatssecretaris bedrijf Y had erkend als referent, is Barun op 1 maart 2016 weer in dienst getreden bij dat bedrijf.

Uitspraak ABRvS

De rechtbank achtte intrekking in strijd met het evenredigheidsbeginsel omdat juiste toepassing van de regels over het erkend referentschap zien op het handelen of nalaten van de werkgever, terwijl de intrekking van de verblijfsvergunning uitsluitend negatieve gevolgen heeft voor de vreemdeling.⁸ De ABRvS komt tot een ander oordeel omdat ook de vreemdeling het verwijt kan worden gemaakt dat hij de staatssecretaris niet tijdig heeft geïnformeerd over de wijziging van werkgever. De ABRvS overweegt dat de gevolgen van het ontstane verblijfs gat - nadat opnieuw een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd was verleend - geen aanleiding hoefde te zijn voor de staatssecretaris om af te zien van de intrekking van de verblijfsvergunningen van Barun en zijn gezinsleden. Het gevolg daarvan is dat zij pas na vijf jaar in aanmerking kunnen komen voor verblijfsvergunningen voor onbepaalde tijd en later kunnen naturaliseren. Deze nadelige gevolgen zijn

⁷ ABRvS 30 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3294.

⁸ Motivering rechtbank ontleend aan noot M.A.G. Reurs bij de uitspraak van de Afdeling, JV 2018/71.

naar het oordeel van de ABRvS niet onevenredig in verhouding tot de met de intrekking beoogde doelen.

Gevolgen verblijfs gat

Barun voldeed niet meer aan de voorwaarden van zijn verblijfsvergunning voor het verrichten van arbeid als kennismigrant toen hij overstapte van het moederbedrijf, dat als referent was erkend, naar een niet erkend dochterbedrijf. Voor het belang van de intrekking heeft de staatssecretaris erop gewezen dat met het strikt hanteren van het erkend referentschap wordt beoogd te voorkomen dat de kennismigrantenregeling een sluiproute wordt om de normale referentenprocedure te omzeilen. Barun heeft geen enkel voordeel gehad van de overstap naar het dochterbedrijf. Nadat de fout was ontdekt is Barun terug overgestapt naar het moederbedrijf en weer bij het dochterbedrijf in dienst getreden nadat dat bedrijf ook als referent was erkend. Barun kan weliswaar een nieuwe verblijfsvergunning aanvragen als kennismigrant bij het dochterbedrijf, de consequentie is dat er sprake is van een verblijfs gat en de eerdere periode van legaal verblijf niet meetelt voor het verkrijgen van een sterker verblijfsrecht en bij naturalisatie.⁹

Casus 3: Intrekking verblijfsvergunning asiel¹⁰

De aan Dabir verleende verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd is door de staatssecretaris ingetrokken. De verblijfsvergunning aan Dabir is ingetrokken omdat door de ouders van Dabir onjuiste dan wel onvolledige gegevens zijn verstrekt. Op grond van artikel 35, eerste lid, onder a, Vreemdelingenwet kan een verblijfsvergunning asiel voor onbepaalde tijd worden ingetrokken als de vreemdeling onjuiste gegevens heeft verstrekt dan wel gegevens heeft achtergehouden terwijl die gegevens tot afwijzing van de aanvraag tot het verlenen of verlengen van de verblijfsvergunning zouden hebben geleid. Met de vreemdeling worden zijn wettelijk vertegenwoordigers gelijkgesteld.

Uitspraak ABRvS

De ABRvS heeft geoordeeld dat het niet van belang is of het de vreemdeling kan worden toegerekend onjuiste, dan wel onvolledige gegevens te hebben verstrekt, zodat het ook niet van belang is of het die vreemdeling zelf was die onjuiste gegevens heeft verstrekt dan wel gegevens heeft achtergehouden. De ABRvS is voorts van oordeel dat hieruit tevens moet worden afgeleid dat persoonlijke omstandigheden van de vreemdeling die tot het verstrekken van onjuiste gegevens dan wel het achterhouden van gegevens hebben geleid, ook niet van belang kunnen zijn.

Verwijtbaarheid en de rechten van het kind

De verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de vreemdeling speelt geen rol bij de vraag of de verblijfsvergunning kan worden ingetrokken. Een kleine

⁹ Zie voor de wijze waarop de Immigratie- en Naturalisatiedienst omgaat met verblijfs gaten: Roelofs, S.J.H.M., *EU-migratierichtlijnen voorkomen en dichten verblijfs gaten*, A&MR 2021-1, p. 004-010.

¹⁰ ABRvS 12 september 2007, ECLI:RVS:NL:2007:BB3792, JV 2007/475.

verwijtbaarheid kan zo grote gevolgen hebben. Bovendien wordt een kind vereenzelvigd met het gedrag van zijn ouders en hierdoor verliest hij zijn verblijfsrecht. Dit staat op gespannen voet met het discriminatieverbod uit artikel 2, tweede lid, van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind. Bovendien speelt het belang van het kind geen enkele rol bij de intrekking van de verblijfsvergunning met terugwerkende kracht.

Tussenconclusie

Uit de drie casussen blijkt dat de toekenning van terugwerkende kracht aan een intrekking grote gevolgen heeft voor betrokkenen. Met de intrekking met terugwerkende kracht wordt beoogd rechtsherstel te bewerkstelligen. Dat wil zeggen dat een onrechtmatige situatie wordt hersteld. De periode waarover rechtsherstel van kracht is, wordt rechtens irrelevant, dat betekent dat de vreemdeling aan die periode geen rechten kan ontleen. Dit heeft, zoals blijkt uit de casussen, als consequentie dat geen belang wordt gehecht aan het familie- en gezinsleven dat is opgebouwd of ontwikkeld tijdens de periode waarvan later bleek dat er geen sprake was van rechtmatig verblijf. Dit terwijl betrokkenen feitelijk wel in staat zijn gesteld privé-, familie- en gezinsleven uit te oefenen en verder te ontwikkelen. Het juridisch irrelevant beschouwen van perioden van feitelijk verblijf en de ontwikkeling van sterke banden met het land van verblijf gedurende die periode staan op gespannen voet met de wijze waarop het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) aan artikel 8 EVRM toetst en het belang van het kind, neergelegd in het VN-Kinderrechtenverdrag.¹¹ Een ander punt is dat in veel gevallen een alles-of-niets-benadering wordt toegepast.¹² De mate van verwijtbaarheid speelt geen rol indien vastgesteld wordt dat onjuiste of onvolledige gegevens zijn verstrekt die ertoe hebben geleid dat een verblijfsvergunning is verleend.

3 Conclusie en uitspraak ABRvS over het evenredigheidsbeginsel

In de conclusie van 7 juli 2021 wordt het verschil tussen bestraffende en niet-bestrafende bestuurlijke sancties toegelicht. Bestrafende sancties, voornamelijk bestuurlijke boetes, worden indringend (vol) getoetst aan het evenredigheidsbeginsel. De bestuursrechter beoordeelt de hoogte van de straf in het licht van de aard en de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid van de overtreder, de persoon van de overtreder en diens persoonlijke omstandigheden. Niet-bestrafende sancties worden terughoudend getoetst; de

¹¹ Met name artikel 3, eerste lid, van het VN-Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind: Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.

¹² Die benadering doet denken aan de alles-of-niets-benadering in de Kindertoeslagaffaire, zie bijvoorbeeld uitspraak ABRvS 20 november 2013, ECLI:NL:RVS:2012:21754.

bestuursrechter beoordeelt slechts of er sprake is van willekeur. De intrekking van een verblijfsvergunning wordt aangemerkt als een niet-bestrafende bestuurlijke sanctie. De intrekking is immers niet gericht op bestraffing (leedtoevoeging), maar op het herstellen van een onwenselijke situatie, namelijk een vreemdeling die een verblijfsvergunning heeft maar niet (meer) aan de daaraan te stellen voorwaarden voldoet.

In de conclusie wordt nader ingegaan op de drie evenredigheidstoetsen die in het bestuursrecht worden onderscheiden: de terughoudende toets van artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), de EU-rechtelijke toets vastgelegd in artikel 52, derde lid, van het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie en de toetsing bij de beperking van EVRM-rechten en vrijheden.

Evenredigheidsbeginsel in de Awb

Artikel 3:4, tweede lid, van de Awb bepaalt dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. Het betreft een doel-middel beoordeling. Uit de onderliggende stukken bij deze wet volgt dat de bestuursrechter alleen tot vernietiging van een besluit dient over te gaan indien het bestuursorgaan *redelijkerwijs* niet kon menen, dat er sprake was van een evenredigheid tussen het doel en de gevolgen van het aangewende middel.¹³ De bestuursrechter toetst op dit moment terughoudend of aan het evenredigheidsbeginsel uit de Awb wordt voldaan.

Het evenredigheidsbeginsel in het Europese recht

De toetsing aan het evenredigheidsbeginsel is stevig verankerd in het EU-recht. Het is een algemeen beginsel van Unierecht vastgelegd in artikel 52, derde lid, van het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie (het Handvest). Het Hof van Justitie van de EU onderzoekt bij de toetsing van besluiten eerst of het daarmee nagestreefde doel legitiem is. Vervolgens toetst hij het besluit aan het evenredigheidsbeginsel met een doel-middel-toets waarin drie stappen kunnen worden onderscheiden:

- 1) is het besluit geschikt om het doel te bereiken?
- 2) is het besluit noodzakelijk om het doel te bereiken?
- 3) is de maatregel evenwichtig?¹⁴

Het Unierechtelijk evenredigheidsbeginsel is van toepassing op het moment dat de situatie zich binnen de reikwijdte van het EU-recht bevindt. Dit is in het vreemdelingenrecht meestal, maar niet altijd, het geval.¹⁵

Toetsing bij de beperking van EVRM-rechten en vrijheden

Grote betekenis wordt bij de uitleg van het Unierecht toegekend aan de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). De

¹³ Van Buuren, P.J.J. en Borman, T.C., *Algemene wet bestuursrecht, Tekst & Commentaar*, Kluwer, zevende druk, p. 96.

¹⁴ Conclusie van 7 juli 2021, zie noot 5, p. 69.

¹⁵ Groenendijk, K. & Van Riel, M., *Migratierecht is bijna helemaal Unierecht*, *A&MR* 2017-9, p. 405-414.

uitleg van EVRM-rechten en vrijheden door het EHRM is binnen de werkingssfeer van het EU-recht bindend voor de uitleg van de daarmee corresponderende rechten in het Handvest. Bij EVRM-rechten kan gedacht worden aan het eigendomsrecht (artikel 1 Protocol I EVRM) en het recht op privé- en gezinsleven (artikel 8 EVRM). Beperking van de EVRM-rechten en vrijheden, moet (i) bij wet zijn voorzien, (ii) noodzakelijk zijn in een democratische samenleving op grond van een algemeen belang of ter bescherming van de belangen van anderen en (iii) evenredig zijn in het licht van dat algemene belang. Voor zover een niet-bestraffende bestuurlijke sanctie of maatregel een beperking van een EVRM-recht inhoudt, moet zij dus door de onafhankelijke rechter kunnen worden getoetst op evenredigheid. De intensiteit van de EVRM-toetsing is een glijdende schaal, van zeer terughoudend tot zeer indringend, waarbij de mate van indringendheid in de concrete zaak afhankelijk is van vooral de aard en het belang van getroffen belangen en rechten en de aard en de ernst van de inbreuk.¹⁶

De AG's stellen in hun conclusie dat de bestuursrechter bij de toetsing aan artikel 3:4, tweede lid, van de Awb niet langer terughoudend moet toetsen, maar meer moet aansluiten bij de bewoordingen van deze bepaling. Zij adviseren een geïntegreerde benadering waarin het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb bij oplegging van niet-bestraffende sancties wordt toegepast conform de in het Unierecht en de beperking van EVRM-rechten gebruikte drietraps-doel-middeltoetsing.¹⁷

Uitspraak ABRvS

De uitspraak Harderwijk is van belang voor de intrekking van verblijfsvergunningen met terugwerkende kracht. De conclusie van 7 juli 2021 ziet in de kern op drie situaties:

- i) het bestreden besluit berust op een discretionaire bevoegdheid (al dan niet ingevuld met beleidsregels);
- ii) het bestreden besluit berust op een gebonden bevoegdheid die haar grondslag vindt in een algemeen verbindend voorschrift niet zijnde een wet in formele zin;
- iii) het bestreden besluit berust op een gebonden bevoegdheid die haar grondslag vindt in een wet in formele zin.

In de zaak Harderwijk is de eerste situatie aan de orde. Ook de intrekking van verblijfsvergunningen betreft de toepassing van een discretionaire bevoegdheid. De staatssecretaris heeft de bevoegdheid om een verblijfsvergunning in te trekken.¹⁸ Deze bevoegdheid is nader uitgewerkt in lagere regelgeving¹⁹, het Vreemdelingenbesluit en in beleidsregels, de Vreemdelingencirculaire.²⁰

¹⁶ Conclusie van 7 juli 2021, zie noot 5, p. 79.

¹⁷ Conclusie van 7 juli 2021, zie noot 5, p. 112.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld artikel 19 Vreemdelingenwet met betrekking tot de verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd: De verblijfsvergunning voor bepaalde tijd kan worden ingetrokken op de gronden bedoeld in artikel 18, eerste lid, (...).

¹⁹ Zie voor de verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd, hoofdstuk 3, paragraaf 5, Vreemdelingenbesluit.

²⁰ Zie voor de verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd, B1/6 Vreemdelingencirculaire.

De ABRvS oordeelt in de uitspraak dat invulling gevend aan een minder terughoudende toetsing meer aansluiting moet worden gezocht bij de Unierechtelijke evenredigheidstoets. De drie stappen die worden onderscheiden bij toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in het Unierecht (de geschiktheid, de noodzaak en de evenwichtigheid) spelen een rol bij de toetsing van een besluit aan de norm van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb. Het is volgens de ABRvS geen automatisme; de bestuursrechter zal van geval tot geval moeten bepalen of en zo ja op welke wijze de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de evenwichtigheid van de maatregel (uitdrukkelijk) bij de toetsing moeten worden betrokken.²¹

De ABRvS onderschrijft dat er voor de beoordeling en de toetsing van de evenredigheid twee belangrijke oriëntatiepunten zijn:

- (i) de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen;
- (ii) de ingrijpendheid van het besluit en de mate waarin het fundamentele rechten van de belanghebbenden aantast.

De intensiteit van de rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel hangt daarmee van zoveel factoren af, dat het om een glijdende schaal gaat waarop alle intensiteiten tussen vol en terughoudend toegepast moeten kunnen worden. De intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel wordt volgens de ABRvS bepaald door onder meer de aard en de mate van de beleidsruimte van het bestuursorgaan, de aard en het gewicht van de met het besluit te dienen doelen en de aard van de betrokken belangen en de mate waarin deze door het besluit worden geraakt. Naarmate die belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen van het besluit ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten, zal de toetsing intensiever zijn.²²

Zoals eerder opgemerkt is de discretionaire bevoegdheid om verblijfsvergunningen in te trekken vastgelegd in de Vreemdelingenwet en nader uitgewerkt in beleidsregels. De ABRvS heeft geoordeeld dat ook beleidsregels aan het evenredigheidsbeginsel worden getoetst. Artikel 3:4, tweede lid, van de Awb geldt ook voor beleidsregels. Als de (on)evenredigheid van een besluit tussen partijen in geschil is en dat besluit (mede) op een beleidsregel berust, dan toetst de bestuursrechter, al dan niet uitdrukkelijk, ook de evenredigheid van de beleidsregel. Als de beleidsregel zelf niet onrechtmatig is, toetst de bestuursrechter het bestreden besluit aan de norm van artikel 4:84 van de Awb.²³ Daarbij gelden dezelfde maatstaven als bij toetsing van een besluit (rechtstreeks) aan de norm van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb.²⁴

²¹ Zaak Harderwijk zie noot 3, punt 7.8.

²² Uitspraak Harderwijk, zie noot 3, punt 7.10.

²³ Artikel 4:84 Awb: Het bestuursorgaan handelt overeenkomstig de beleidsregel, tenzij dat voor een of meer belanghebbenden gevolgen heeft die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen.

²⁴ Uitspraak Harderwijk, zie noot 3, punt 7.11.

4. Gevolgen van de uitspraak van de ABRvS voor de intrekking van verblijfsvergunningen met terugwerkende kracht

De in de conclusie genoemde oriëntatiepunten volgend komt het in de toetsing dus aan op de vraag of de sanctie van intrekking van de verblijfsvergunning evenredig is met het te dienen algemeen belang. De intensiteit van de toetsing hangt af van de beslissingsruimte die het bestuursorgaan heeft. Hoe meer beslissingsruimte het bestuursorgaan heeft, hoe lager de intensiteit van de rechterlijke toetsing. De inhoud van de uitgeoefende bevoegdheid is een factor die bij deze besluiten zwaar weegt. Het verliezen van het verblijfsrecht heeft grote gevolgen voor betrokkenen waarbij fundamentele rechten, met name het recht op privé- en gezinsleven (artikel 8 EVRM), worden aangetast. Hieruit volgt dat besluiten tot intrekking van verblijfsvergunningen in beginsel *indringend* dienen te worden getoetst. Hierbij dient voldoende gewicht te worden toegekend aan het recht op privé- en gezinsleven en aan de belangen van het kind, zoals dat volgt uit het VN-Kinderrechtenverdrag. Bij toetsing aan het evenredigheidsbeginsel is geen plaats voor een alles-of-niets-benadering, de mate van verwijtbaarheid dient in de besluitvorming betrokken te worden. Ook ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan na het moment waarop de verblijfsvergunning met terugwerkende kracht wordt ingetrokken moeten een rol spelen bij de beoordeling van de evenredigheid van een maatregel.

5. Tot slot

Concluderend is de adviesraad migratie van oordeel, dat de terughoudende wijze waarop de Nederlandse bestuursrechter bij intrekkingen van verblijfsvergunningen met terugwerkende kracht toetst aan het evenredigheidsbeginsel, niet langer houdbaar is. Intrekkingen dienen indringend(er) te worden getoetst gelet op de bij deze besluiten betrokken belangen.

Intrekking met terugwerkende kracht van verblijfsvergunningen is problematisch omdat daarmee voorbijgegaan wordt aan het in die periode uitgeoefende privé-, familie- en gezinsleven en de belangen van kinderen. Dit pleit ervoor om niet met terugwerkende kracht in te trekken of hier in ieder geval terughoudend mee om te gaan. De adviesraad geeft de staatssecretaris in overweging om het beleid met betrekking tot intrekking van verblijfsvergunningen met terugwerkende kracht te herzien.