

# Uitspraak van de Maand

In deze rubriek maandelijks een kort commentaar bij een actuele uitspraak

CRvB 18 maart 2013, LJN: BZ3853, BZ3854 en BZ3855:

## De reikwijdte van het declaratoir verblijfsrecht

**ERIK SCHEERS** - MR. E. SCHEERS IS ADVOCaat BIJ EVERAERT  
ADVOCATEN TE AMSTERDAM

Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EU (verder: HvJ EU) dat rechtmatig verblijf op grond van het Unierecht van rechtswege ontstaat. Hier is geen overheidsbeslissing voor nodig, je hebt het of je hebt het niet. De lidstaat kan wel ter vaststelling van dit verblijfsrecht een verblijfskaart verstrekken, maar deze verblijfskaart is slechts declaratoir van aard.<sup>1</sup>

Het niet hebben van zo'n verblijfskaart betekent niet dat het verblijf daarmee onrechtmatig is, er kan hiervoor hooguit een boete worden opgelegd. Ook zonder verblijfskaart of besluit heeft de Unieburger dus rechtstreeks op grond van het Unierecht het recht hier te verblijven. Richtlijn 2004/38/EG over het verblijfsrecht van Unieburgers en hun familieleden (hierna: de Verbljfsrichtlijn) koppelt wel enkele voorwaarden aan dit verblijfsrecht. Waar de eerste drie maanden het bezit van een paspoort nog voldoende is (artikel 6), geldt na deze drie maanden dat de Unieburger in het gastland werknemer of zelfstandige moet zijn, dan wel economisch niet-actief of student is en beschikt over een ziektekostenverzekering en voldoende bestaansmiddelen om te voorkomen dat er een beroep wordt gedaan op het sociale bijstandstelsel van het gastland (artikel 7, lid 1, sub a, b en c). Wat gebeurt er nu als er niet wordt voldaan aan deze voorwaarden, wordt het verblijfsrecht dan beëindigd? En eindigt dit dan ook van rechtswege, of is hier een expliciete beslissing van het bestuursorgaan voor nodig? Deze aspecten komen terug in een drietal uitspraken van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) van 18 maart 2013.

<sup>1</sup> Richtlijn 2004/38, overweging 11 van de considerans, vgl. zaak 48/75, Royer, r.o. 23-28, zaak 8/77, Salgulo, r.o. 4-8 en zaak C-325/09, Dias, r.o. 48-54.

### Uitgangspunt: er is en blijft verblijfsrecht, zolang het tegendeel niet is bewezen

In deze trits (tussen)uitspraken over het recht op bijstand bepaalde de CRvB dat bij een Unieburger verblijfsrecht op grond van het Unierecht wordt aangenomen, zolang de (on)rechtmatigheid van het verblijf niet nader is onderzocht en geen besluit is genomen over het vervallen van het verblijfsrecht. Voor de beoordeling van het recht op bijstand is het van belang of de aanvrager rechtmatig in Nederland verblijft. Zoals de CRvB hier oordeelt, is het daarbij niet aan het college van B&W om zelfstandig vast te stellen dat de Unieburger geen verblijfsrecht meer heeft en op grond daarvan een uitkering te weigeren. In de drie uitspraken overweegt de CRvB dat het beginsel van Unietrouw (artikel 4, lid 3 VEU) met zich meebrengt dat de autoriteiten van de lidstaten met elkaar in overleg treden met het oog op een nuttige toepassing van het Unierecht, wat des te meer geldt voor autoriteiten binnen een lidstaat. Het ligt bij de beoordeling van het recht op bijstand dan ook op de weg van het college van B&W om, in overleg met de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (hierna: de staatssecretaris), te onderzoeken of aan het Unierecht een verblijfsrecht in Nederland kan worden ontleend. Als er onduidelijkheden bestaan over het verblijfsrecht, bijvoorbeeld omdat er wel besluiten zijn van de staatssecretaris hierover, maar deze niet eenduidig zijn,<sup>2</sup> ligt het op de weg van het college van B&W navraag te doen naar het verblijfsrecht.

<sup>2</sup> In de uitspraak met LJN-nr. BZ3853 was er bijvoorbeeld sprake van zo'n onduidelijkheid. De desbetreffende burger van de Unie was eerder ongewenst verklaard en deze ongewenstverklaring was hierna ingetrokken. Het was echter onduidelijk wat de consequenties waren van deze intrekking van de ongewenstverklaring voor het verblijfsrecht. In het ene besluit staat dat de ongewenstverklaring wordt ingetrokken, maar dat de verblijfsbeëindiging in stand blijft, terwijl in het andere besluit is vermeld dat betrokkene rechtmatig verblijf kan genieten. In de gevallen waarin geen sprake is van zo'n onduidelijkheid en het verblijfsrecht nimmer eerder is ingetrokken, dient te worden uitgegaan van dit verblijfsrecht en kan dit verblijfsrecht alleen nadien – en dus na overleg tussen de instanties – door de verantwoordelijke staatssecretaris worden ingetrokken.

Indien sprake is van rechtmatig verblijf, dient te worden beoordeeld of met het verzoek om bijstand de rechtmatigheid aan het verblijf in Nederland is komen te ontvallen. Als er geen sprake is van dergelijke onduidelijkheden en het verblijfsrecht nimmer eerder is ingetrokken, dient dus van rechtmatig verblijf te worden uitgegaan. Dit geldt zolang door de staatssecretaris geen besluit is genomen over de beëindiging van het verblijfsrecht. De essentie van deze CRvB-uitspraken is dus duidelijk: er is rechtmatig verblijf, zolang het tegendeel niet is bewezen.

Dit is overigens niets nieuws onder de zon. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft al in 2003 overwogen, dat het verblijfsrecht wordt aangenomen indien en zolang het onderzoek naar de beperkingen en voorwaarden niet heeft uitgewezen dat daaraan niet wordt voldaan (let op de haar zo kenmerkende dubbele ontkenningen!).<sup>3</sup> Begin dit jaar deed de Afdeling eveneens uitspraak in een belastingzaak waarin sprake was van een verblijfstatus die op grond van het Turkse associatierecht van rechtswege was ontstaan. De Afdeling overwoog daarin dat voorafgaand overleg tussen de Belastingdienst en de staatssecretaris in dat geval was aangewezen en dat in die zaak niet zonder meer kon worden uitgegaan van de in de GBA opgenomen verblijfstitel.<sup>4</sup>

Ook de IND heeft in haar beleid in de Vreemdelingencirculaire onder B10/2.5.1 opgenomen dat het rechtmatig verblijf van een onderdaan van de EU dat vanaf de inreis rechtmatig is, slechts met een beschikking kan worden beëindigd. De CRvB verwijst hier dan ook naar.

De hier besproken CRvB-uitspraken volgen op een reeks eerdere CRvB-uitspraken die specifiek ging over de vaststelling van verblijfsrecht op grond van artikel 20 van het VWEU, oftewel het zogenaamde Zambrano-verblijfsrecht.<sup>5</sup> Ook in Zambrano-situaties kan de uitkeringsinstantie er niet zomaar vanuit gaan dat er geen sprake is van een verblijfsrecht. De CRvB heeft in deze uitspraken in een drietal kinderbijslagzaken geoordeeld dat onderzocht moet worden of de kinderen feitelijk worden verplicht het grondgebied te verlaten als een verblijfsrecht aan de ouder wordt ontzegd. Indien hiervan sprake is, kan de ouder een rechtstreeks verblijfsrecht ontleenen aan het Unierecht, te weten artikel 20 van het Verdrag tot Werking van de Europese Unie (VWEU). Ook dit onderzoek moet in overleg tussen de staatssecretaris en in dit geval de Sociale Verzekeringsbank (Svb) plaatsvinden. Dit is overigens nog niet zo makkelijk. Verblijfsrecht van een Unieburger kan eenvoudigweg worden vastgesteld aan de hand van een paspoort; bij zijn gehuwde partner en kinderen volstaat een enkele blik in de huwelijks- en geboorteakten. Bij een Zambrano-verblijfsrecht zal echter onderzocht moeten worden of

het Nederlandse kind een ouder heeft die in staat is in Nederland of een andere lidstaat voor hem te zorgen. Een dergelijke indringender beoordeling geldt ook voor de ongehuwde partner van een Unieburger, die zal moeten aantonen dat hij of zij een duurzame relatie heeft met deze Unieburger.

Als deze beoordeling leidt tot een positief besluit waarbij het verblijfsrecht wordt vastgesteld, betekent dit ook hier niet dat er pas vanaf het moment van dit besluit – of de aanvraag daarvoor – sprake is van verblijfsrecht. Ook hier heeft het besluit louter declaratoire werking en is er sprake van een rechtstreeks aan het Unierecht ontleend verblijfsrecht. Uit deze CRvB-uitspraken maak ik verder op dat, indien er sprake is van verblijfsrecht, de Unieburger door verdragsconforme toepassing van de Algemene Kinderbijslagwet ook aanspraak heeft op kinderbijslag.

Deze aanpak van de CRvB schept dus een duidelijke en logische bevoegdheidsverdeling: de uitkeringsinstantie gaat over de toekenning van een uitkering, de staatssecretaris (IND) gaat over het verblijfsrecht en zal moeten bepalen of het aanvragen van een uitkering gevolgen voor het verblijfsrecht heeft. Daarbij lijkt er een kenmerkend onderscheid te zijn tussen Unieburgers en derdelanders. Bij Unieburgers moet van het rechtmatig verblijf worden uitgegaan. Indien niet direct duidelijk is of het Unierecht van toepassing is maar er wel aanknopingspunten zijn, rust er een onderzoeksplicht op de uitkeringsinstantie en de staatssecretaris.

Over derdelanders zonder aanknopingspunten met het Unierecht zeggen deze uitspraken niets. In die gevallen lijkt te kunnen worden uitgegaan van de geregistreerde verblijfsstatus, uiteraard tenzij er concrete aanwijzingen zijn dat deze onjuist is.

### **Beroep bijstandsuitkering niet per definitie einde rechtmatig verblijf**

Het gaat in deze CRvB-uitspraken overigens niet louter om een kwestie van bevoegdheidsverdeling. Even belangrijk is dat het enkele beroep op een bijstandsuitkering niet per definitie impliceert dat het rechtmatig verblijf van de Unieburger komt te vervallen. Dit vloeit rechtstreeks voort uit artikel 14, derde lid, van de Verblijfsrichtlijn, waarin duidelijk staat dat een beroep van de Unieburger of zijn familieleden op het sociale bijstandsstelsel van het gastland niet automatisch leidt tot een verwijderingsmaatregel.<sup>6</sup> Het vloeit ook voort uit punt 16 van de considerans van de Verblijfsrichtlijn, waarin staat welke aspecten bij een dergelijke verwijderingsmaatregel moeten worden betrokken:

**'Begunstigden van het verblijfsrecht mogen niet van het grondgebied worden verwijderd zolang zij geen onredelij-**

3 ABRvS 7 juli 2003, 200302625/1 en 7 juli 2003, ve03001128, 200302048/1, JV 2003/431 nt C.A. (allebei nu gepubliceerd op de website, zie [www.raad-vanstate.nl](http://www.raad-vanstate.nl)) en ABRvS 14 november 2007, ve07002335, LJN: BB7789.

4 ABRvS 16 januari 2013, ve13000294, LJN: BY8507.

5 CRvB 17 december 2012, LJN: BY6416, JV 2013/106 nt P.E. Minderhoud, ve13000072, BY6418, ve13000072 en BY5173. Voor meer informatie over het 'Zambrano-verblijfsrecht' verwijs ik naar diverse bijdragen die eerder hierover zijn verschenen in A&MR, waaronder 'Het Zambrano-criterium in Nederland: een tussenstand' van G.G. Lodder in A&MR 2013/1, ve13000385 en 'O. en S. en L.: Volgende stap in de versterking van de positie van het kind?' in A&MR 2013/1, ve13000411.

6 Nu artikel 14 van de Richtlijn gaat over "behoud van het verblijfsrecht" en in de Richtlijn nergens wordt gesproken over beëindiging van het verblijfsrecht, maar alleen maar over verwijdering, lijkt met "een verwijderingsmaatregel" in dit artikel hetzelfde bedoeld te worden als "een beëindiging van het verblijfsrecht". De burger van de Unie kan ook slechts verwijderd worden als er geen sprake (meer) is van rechtmatig verblijf, oftewel, als het verblijfsrecht is beëindigd. De Richtlijn biedt bovendien geen ruimte voor een soort gedoogsituatie, in die zin dat het verblijfsrecht wordt beëindigd maar dat niet kan worden overgegaan tot verwijdering.

ke belasting vormen voor het socialebijstandsstelsel van het gastland. Een beroep op dat socialebijstandsstelsel mag bijgevolg niet automatisch aanleiding geven tot een verwijderingsmaatregel. Het gastland dient te onderzoeken of het gaat om tijdelijke problemen, en dient rekening te houden met de duur van het verblijf, de persoonlijke omstandigheden en het bedrag van de al uitgekeerde steun, om te kunnen uitmaken of de begunstigde een onredelijke belasting is geworden voor zijn socialebijstandsstelsel en of tot verwijdering wordt overgegaan. Er kunnen in geen geval verwijderingsmaatregelen worden genomen tegen personen die onder de door het Hof van Justitie vastgestelde definitie van werknemer, zelfstandige of werkzoekende vallen, behalve om redenen van openbare orde of openbare veiligheid.’

Dit was overigens ook voor de inwerkingtreding van deze Verbljfsrichtlijn al zo. Met verwijzing naar de overwegingen van het Hof van Justitie in de zaak *Baumbast*<sup>7</sup> overweegt de Afdeling in de hiervoor aangehaalde uitspraken uit 2003<sup>8</sup> over een van de voorlopers van de Verbljfsrichtlijn, richtlijn 90/364/EEG, en artikel 18 EG-Verdrag (thans artikel 20 VWEU):

‘(...) dat artikel 18, lid 1, EG elke burger het recht verleent om vrij op het grondgebied van de lidstaten te verblijven en te reizen. (...)

Het is juist dat het verblijfsrecht van burgers van de Unie op het grondgebied van een andere lidstaat wordt toegekend onder de beperkingen en voorwaarden die bij het EG-Verdrag en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld.

De toepassing van de beperkingen en voorwaarden die volgens artikel 18, lid 1, EG aan de uitoefening van dat recht van verblijf mogen worden gesteld, is echter vatbaar voor rechterlijke toetsing. Eventuele beperkingen van en voorwaarden voor dit recht beletten derhalve niet dat de bepalingen van artikel 18, lid 1, EG voor particulieren rechten doen ontstaan, welke zij in rechte geldend kunnen maken en welke de nationale rechter dient te handhaven (zie in die zin arrest van 4 december 1974, *Van Duyn*, 41/74, Jurispr. Blz. 1337, punt 7).

Wat de beperkingen en voorwaarden betreft die uit voorschriften van afgeleid recht voortvloeien, bepaalt artikel 1, lid 1, van richtlijn 90/364 dat de lidstaten van onderdanen van een lidstaat die op hun grondgebied willen verblijven, mogen verlangen dat zij voor zichzelf en hun familieleden een ziektekostenverzekering hebben die alle risico's in het gastland dekt en over toereikende bestaansmiddelen beschikken om te voorkomen dat zij tijdens hun verblijf ten laste van de bijstandsregeling van het gastland komen.

In elk geval gaan de in artikel 18 EG bedoelde en in richtlijn 90/364 vastgestelde beperkingen en voorwaarden uit van het idee dat de uitoefening van het verblijfsrecht van

burgers van de Unie ondergeschikt kan worden gemaakt aan de legitieme belangen van de lidstaten. In dit verband moet eraan worden herinnerd dat uit de vierde overweging van de considerans van richtlijn 90/364 blijkt dat degenen die het verblijfsrecht genieten, geen “onredelijke” belasting voor de algemene middelen van het gastland mogen vormen.

Deze beperkingen en voorwaarden moeten evenwel worden toegepast met inachtneming van de grenzen die het gemeenschapsrecht stelt en overeenkomstig de algemene beginselen ervan, in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel. Dit betekent dat de ter zake vastgestelde nationale maatregelen passend en noodzakelijk moeten zijn om het beoogde doel te bereiken [cursivering ES]. (zie in die zin arrest van 2 augustus 1993, *Alluè e.a.*, C-259/91, C-331/91 en C-332/91, Jurispr. blz. I-4309, punt 15). (...).’

De aanpak van het college van B&W in de hier besproken CRvB-zaken komt erop neer dat een beroep op het sociale bijstandsstelsel wel automatisch de conclusie met zich meebrengt dat het verblijfsrecht eindigt, zodat de Unieburger zou kunnen worden verwijderd. Dit is dus evident in strijd met de Verbljfsrichtlijn en de jurisprudentie daarover, die hiervoor een belangenafweging vereisen. Bij deze belangenafweging zullen niet alleen de achtergrond van deze uitkeringsaanvraag, maar ook de verblijfsduur, eventuele openbare-ordeaspecten en banden met de eigen lidstaat en Nederland moeten worden meegewogen. En wie kan deze afweging beter maken dan de enige instantie die over het verblijfsrecht gaat: de IND?

In de praktijk zou dit betekenen dat de staatssecretaris door een college van B&W, de SvB of de Belastingdienst ‘gedwongen’ kan worden een beslissing te nemen over het verblijfsrecht. Het kan hier bij een Unieburger dus slechts gaan om een beslissing over de beëindiging van het verblijfsrecht, nu van het verblijfsrecht zelf in eerste instantie moet worden uitgegaan. Dit betekent mijns inziens ook dat als de staatssecretaris weigert het verblijfsrecht te beëindigen, of hier gewoonweg geen besluit over neemt, dit verblijfsrecht vaststaat en hier bij de toekenning van bijstand vanuit dient te worden gegaan.

### **Beëindiging rechtmatig verblijf met terugwerkende kracht?**

Nu duidelijk is dat het verblijfsrecht van rechtswege ontstaat en slechts met een expliciet besluit van de staatssecretaris kan worden beëindigd, ligt nog de vraag voor of ook met terugwerkende kracht kan worden bepaald dat een verblijfsrecht in het verleden – en eventueel voor specifieke periodes in het verleden – niet heeft bestaan. Dit terugkijken naar en beoordelen van de situatie in het verleden speelt met name bij de vaststelling of er sprake is van duurzaam verblijfsrecht op grond van artikel 16 van de Verbljfsrichtlijn. Voor deze vaststelling dient te worden beoordeeld of de betrokken Unieburger of het gezinslid van deze Unieburger vijf jaar rechtmatig in Nederland heeft verbleven. Deze vraag naar de rechtmatigheid van het verblijf zal met name spelen bij de economisch niet-actieve Unieburger. Immers, de werknemer

7 Hof van Justitie, 17 september 2002, zaak C-413/99, *Baumbast*, Jur. 2002, blz. I-, JV 2002/466 m.nt. C.A. Groenendijk, ve03000284.  
8 Ibid 3.

en zelfstandige hebben ingevolge artikel 7, lid 1, onder a, automatisch verblijfsrecht. Mocht deze Unieburger niet aangemerkt kunnen worden als werknemer of zelfstandige, dan kan hij altijd nog terugvallen op de b-categorie: de economisch niet-actieve burger van de Unie. Voor deze categorie geldt enkel dat moet worden beschik over een geldige en dekkende ziektekostenverzekering en over voldoende bestaansmiddelen om te voorkomen dat er een beroep wordt gedaan op te het sociale bijstandstelsel. Zoals hiervoor is aangegeven, leidt een beroep op een bijstandsuitkering echter niet automatisch tot beëindiging van het verblijfsrecht; daarvoor zal sprake moeten zijn van een onredelijke belasting van het sociale bijstandstelsel.

Kan de staatssecretaris na de vaststelling dat de betrokken Unieburger vijf jaar in Nederland heeft verbleven, ook nog met terugwerkende kracht toetsen of het verblijf in al die jaren 'rechtmatig' is geweest, in die zin dat voldaan moet zijn aan de voorwaarden van artikel 7 van de Verblijfsrichtlijn? Of moet met de vaststelling dat het verblijfsrecht in die hele periode nimmer is ingetrokken, uitgegaan worden van de rechtmatigheid van dit verblijf? Gezien de voorgaande opmerkingen over de rechtmatigheid van het verblijf en de vaststelling dat deze rechtmatigheid slechts kan worden beëindigd als de staatssecretaris hier een beslissing over heeft genomen, geldt mijns inziens het tweede. Dit is ook in lijn met het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel. Doet de Unieburger een beroep op het sociale bijstandstelsel, dan kan op dat moment en aan de hand van de daarbij te betrekken belangen worden beoordeeld of het verblijfsrecht wordt beëindigd.

Indien de Unieburger echter in de relevante vijfjaarsperiode nimmer een beroep heeft gedaan op het sociale bijstandstelsel, dan dient mijns inziens ook te worden aangenomen dat hij of zij over voldoende bestaansmiddelen heeft beschikt. De Verblijfsrichtlijn koppelt het beschikken over voldoende bestaansmiddelen immers rechtstreeks aan het voorkomen dat de Unieburger ten laste komt van de sociale bijstand.

Wil de staatssecretaris het verblijfsrecht na die vijf jaar alsnog intrekken, dan moet voldaan worden aan de restrictievere intrekkingsvoorwaarden van het duurzaam verblijfsrecht. Dit duurzaam verblijfsrecht ontstaat eveneens van rechtswege. Het is niet meer onderworpen aan de voorwaarden van Hoofdstuk III van de Verblijfsrichtlijn, waaronder ook de verblijfsvoorwaarden van artikel 7 vallen en kan ten gevolge artikel 16, lid 4, van de Verblijfsrichtlijn slechts worden verloren door een afwezigheid van meer dan twee achtereen-

volgende jaren uit het gastland. Voor duurzaam verblijvende Unieburgers geldt bovendien een restrictiever criterium voor verwijdering op grond van de openbare orde: er moet namelijk sprake zijn van ernstige redenen van openbare orde of openbare veiligheid (artikel 28 lid 2 Verblijfsrichtlijn).

De praktijk van de staatssecretaris dat pas na het verzoek om vaststelling van het duurzaam verblijfsrecht wordt bekeken of het verblijfsrecht in die afgelopen periode wel rechtmatig is geweest, in die zin dat alsnog wordt getoetst of in die gehele periode aan de verblijfsvoorwaarden is voldaan - waaronder de vraag of de economisch niet-actieve Unieburger wel in die gehele periode heeft beschikt over voldoende middelen -, houdt naar mijn mening geen stand. De staatssecretaris zal moeten kiezen: óf voortijds (dus voordat het duurzaam verblijfsrecht na vijf jaar van rechtswege is ontstaan) toetsen of er nog wordt voldaan aan de verblijfsvoorwaarden en eventueel het verblijfsrecht beëindigen, óf accepteren dat hij het duurzaam verblijfsrecht na vijf jaar rechtmatig verblijf zonder nadere voorwaarden moet vaststellen.

---

## Naschrift

*De schrijver van het artikel heeft zeer recent in een bij de rechtbank aanhangige zaak bericht ontvangen van de IND, waarin de IND het bestreden besluit intrekt en alsnog een duurzaam verblijfsrecht vaststelt. In deze zaak, waarin de betrokken Bulgaarse een gedeelte van de vijfjaarsperiode economisch niet-actief was, is het verblijf nooit met een besluit beëindigd. Het lijkt er dan ook op dat de IND alsnog vindt dat het declaratoir verblijfsrecht ook niet met terugwerkende kracht kan worden beëindigd.*