

De uitspraak Chavez-Vilchez: Unierechtelijke oplossing voor het restrictieve Nederlandse gezinsmigratiebeleid?



Naam: Charlotte Vanderhilt
Opleiding: Master Jeugdrecht Universiteit Leiden
Datum: oktober 2017
Scriptiebegeleider: dhr. dr. M.A.K. Klaassen
Trefwoorden: minderjarige Unieburger, Chavez-Vilchez, verblijfsrecht derdelander ouder



**Universiteit
Leiden**
Rechtsgeleerdheid

Voorwoord

Voor u ligt de afstudeerscriptie die ik de afgelopen maanden heb geschreven ten behoeve van de master Jeugdrecht. De inspiratie voor het schrijven van deze afstudeerscriptie op het gebied van gezinsmigratie is gelegen in het vrijwilligerswerk dat ik heb gedaan bij Vluchtelingenwerk Nederland, waarbij ik mezelf bezig hield met nareis. Tijdens mijn stageperiode bij Defence for Children kwam ik samen met Sander Schuitemaker tot het specifieke onderwerp van de scriptie wat betreft de uitspraak Chavez-Vilchez. Het onderwerp waarin het verblijfsrecht van een derdelander ouder bij een minderjarig Nederlands kind centraal staat was voor mij de uitgelichte kans om mijn interesse in zowel het jeugdrecht en het vreemdelingenrecht te kunnen combineren. Destijds waren de prejudiciële vragen die de Centrale Raad van Beroep heeft gesteld aanhangig bij het Europese Hof van Justitie en had Advocaat-Generaal Szpunar zijn conclusie geformuleerd. Tijdens het schrijfproces werd de uitspraak Chavez-Vilchez van het Europese Hof van Justitie gepubliceerd, wat ervoor zorgde dat het onderwerp van de afstudeerscriptie dynamisch en actueel is. Dit werd bevestigd door de zeer recente beleidswijziging van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie naar aanleiding van de uitspraak Chavez-Vilchez welke per 1 oktober 2017 in werking is getreden en mee is genomen in de afstudeerscriptie.

Graag wil ik van de gelegenheid gebruik maken om een aantal mensen te bedanken die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van dit onderzoek. Allereerst gaat mijn dank uit naar dr. M.A.K. Klaassen voor zijn begeleiding en fijne feedback, waardoor ik tot ruimere inzichten ben gekomen. Daarnaast wil ik mijn vriend Mark bedanken voor zijn steun, wijze raad en het bieden van een luisterend oor, niet alleen tijdens het schrijven van de afstudeerscriptie maar tijdens mijn gehele studietijd. Tevens wil ik mijn ouders bedanken voor hun onvoorwaardelijke steun de afgelopen jaren en hun behulpzaamheid waardoor ik de afstudeerscriptie tot een goed einde heb kunnen brengen. Tot slot wil ik graag mijn familie, vrienden en collega's bedanken voor hun interesse in het onderwerp en motiverende woorden. Ik wens een ieder veel plezier toe met het lezen van de scriptie.

Charlotte Vanderhilt

Dordrecht, oktober 2017

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Lijst van afkortingen	5
1. Inleiding en onderzoeksopzet	6
1.1 Inleiding	6
1.2 Onderzoeksopzet	8
1.3 Afbakening	8
1.4 Onderzoeksmethode	9
1.5 Hoofdstukindeling	9
2. Het gezinsmigratiebeleid in Nederland	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Recht op gezinsleven in Nederland: de reguliere procedure	12
2.2.1 Voorwaarden met betrekking tot de referent en de vreemdeling	12
2.2.2 Discretionaire bevoegdheid Minister	13
2.3 Toetsing aan het recht van de Europese Unie	14
2.3.1 Vrij verkeer van personen en Unieburgerschap	14
2.4 Het IVRK in het Nederlandse gezinsmigratiebeleid	16
3. De rechten in het IVRK met betrekking tot gezinsmigratie	18
3.1 Inleiding	18
3.2 Relevante verdragsbepalingen	18
3.2.1 Artikel 3, 9 en 10 IVRK en General Comment no. 6	18
3.2.2 Artikel 7 IVRK in combinatie met artikel 5, 9 en 18 IVRK	22
3.2.3 Algemene beginselen in art. 2, 3, 6 en 12 IVRK en General Comment no. 14	23
3.3 Tussenconclusie	25
4. Jurisprudentie van het Hof na de uitspraak Ruiz Zambrano en doorwerking daarvan in de nationale jurisprudentie	27
4.1 Inleiding	27
4.2 Ruiz Zambrano: verblijfsrecht derdelander ouder bij minderjarige Unieburger	27
4.2.1 Feiten en prejudiciële vragen	27
4.2.2 Overweging Hof	28
4.3 Opvolgende uitspraken na Ruiz Zambrano	29
4.3.1 Dereci	29
4.3.2 O. S. en L.	31
4.3.3 Alokpa	31
4.3.4 Enkele afsluitende opmerkingen	32
4.4 Jurisprudentie Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State	33
4.4.1 Unieburger ouder wordt geacht te kunnen zorgen voor minderjarige Unieburger	33
4.4.2 Unieburger ouder kan niet voor de minderjarige Unieburger zorgen	35
4.4.3 De rol van het gezag	36
4.5 Ontwikkeling Nederlands beleid omtrent het verkrijgen van een afgeleid verblijfsrecht	36
4.6 De uitspraak Chavez-Vilchez	38
4.6.1 Feiten en prejudiciële vragen	38
4.6.2 Overwegingen van het Hof	39
4.7 Analyse uitspraak Chavez-Vilchez	41
4.7.1 Het hogere belang van het kind	41
4.7.2 De rechtspositie van de derdelander ouder	43
4.8 Tussenconclusie	45
5. De gevolgen van de uitspraak Chavez-Vilchez	47
5.1 Inleiding	47
5.2 Gevolgen reguliere gezinsmigratiebeleid: de rol van het kind als referent	47

<i>5.3 Gevolgen op basis van het Unieburgerschap</i>	49
5.3.1 Wijze van vaststellen afhankelijkheidsverhouding	49
5.3.1.1 Kritiek op huidige wijze van vaststellen afhankelijkheidsverhouding	49
5.3.1.2 Gevolgen Chavez-Vilchez voor wijze vaststellen afhankelijkheidsverhouding	51
5.3.2 Ontbreken weging belang van het kind	52
5.3.2.1 Kritiek op ontbreken belang van het kind	52
5.3.2.2 Gevolgen Chavez-Vilchez voor de weging van het belang van het kind	53
5.3.3 Bewijslastverdeling en motivering	54
5.3.3.1 Kritiek huidige bewijslastverdeling en motivering	54
5.3.3.2 Gevolgen Chavez-Vilchez voor de bewijslastverdeling en motivering	55
<i>5.4 Tussenconclusie</i>	56
6. Conclusie en aanbevelingen	58
6.1 <i>Conclusie</i>	58
6.2 <i>Aanbevelingen</i>	61
7. Literatuurlijst	63

Lijst van afkortingen

Afdeling	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Comité	VN-Comité voor de Rechten van het Kind
CRvB	Centrale Raad van Beroep
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
EU-recht	Recht van de Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
Handvest	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
Hof	Europese Hof van Justitie
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
MvT	Memorie van Toelichting
Vb	Vreemdelingenbesluit
Vc	Vreemdelingencirculaire
VN	Verenigde Naties
Vw	Vreemdelingenwet
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie

1. Inleiding en onderzoeksopzet

1.1 Inleiding

Het “gezinsmigratiebeleid moet op de schop”¹ en “Nieuwe kansen voor verzorgende ouders van Nederlandse kinderen”². Zo luiden de eerste berichten na de uitspraak van het Europese Hof van Justitie (hierna: het Hof) in de zaak Chavez-Vilchez op 10 mei 2017. De zaak Chavez-Vilchez omvat acht zaken van derdelander moeders met een of meer minderjarigen in de leeftijd van 4 tot en met 9 jaar die de Nederlandse nationaliteit bezitten. De minderjarigen ontlenen hun nationaliteit aan hun Nederlandse vader.³ Een van de zaken is de zaak van de Rwandese J. Uwituze. Mevrouw Uwituze heeft de Rwandese nationaliteit en haar dochter Habibatou is geboren uit een relatie met een Nederlandse vader, waardoor Habibatou de Nederlandse nationaliteit heeft. Mevrouw Uwituze en de vader van haar dochter zijn gescheiden. Haar aanvraag voor een verblijfsvergunning regulier is afgewezen, waardoor mevrouw Uwituze geen recht heeft op verstrekkingen en op basis daarvan Nederland zal moeten verlaten.⁴

Uit het bovenstaande voorbeeld volgt dat het nationale vreemdelingenrecht het boogde gezinsleven van een derdelander moeder met een Nederlands kind kan doorkruisen. In een dergelijk geval wordt er door derdelander ouders regelmatig een beroep gedaan op het recht van de Europese Unie (hierna: EU-recht) en dan met name het Unieburgerschap van de minderjarige. In 2011 heeft het Hof zich in de zaak Ruiz Zambrano voor het eerst uitgelaten over de mogelijkheid of een derdelander ouder een verblijfsrecht kan ontlenen aan het Unieburgerschap van zijn minderjarige kind.⁵ Op grond van art. 20 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) hebben Unieburgers het recht om op het grondgebied van de Unie te verblijven. Het Hof bepaalde dat de heer Ruiz Zambrano en zijn vrouw een verblijfsrecht konden ontlenen aan de Belgische nationaliteit – en daarmee het Unieburgerschap – van hun in België geboren kind. Dit wordt daarom ook wel een ‘afgeleid verblijfsrecht’ van de minderjarige genoemd. Als de derdelander ouders geen verblijfsrecht zouden

¹ Defence for Children 2017.

² De Jong 2017.

³ Art. 3 en 4 Rijkswet op het Nederlanderschap.

⁴ ABRvS 6 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2135.

⁵ HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*).

krijgen, dan zou hun Belgische kind gedwongen worden niet alleen België, maar tevens het grondgebied van de Unie te verlaten. De minderjarigen waren dermate afhankelijk van de ouders dat zij niet zonder de zorg van de derdelander ouder op het grondgebied van de Unie zouden kunnen verblijven. Volgens het Hof was dat in strijd met art. 20 VWEU.⁶

Naar aanleiding van de uitspraak Ruiz Zambrano heeft het Nederlandse gezinsmigratiebeleid met betrekking tot het EU-recht zich gevormd om een beroep te kunnen doen op het Unieburgerschap van de minderjarige zoals vervat in art. 20 VWEU zodat de derdelander ouder een verblijfsrecht kan verkrijgen. Het Nederlandse beleid met betrekking tot het Unieburgerschap is dermate ingericht dat dient te worden aangetoond dat een Unieburger ouder niet voor een kind kan zorgen, ook niet met behulp van derden, in welk geval de derdelander ouder een afgeleid verblijfsrecht van de minderjarige kan verkrijgen. Dit beleid heeft tot gevolg gehad dat er in 2016 van de 340 verzoeken van derdelander ouders voor een verblijfsrecht op basis van het Unieburgerschap van hun minderjarige Nederlandse kind 230 aanvragen werden afgewezen.⁷ De Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) was er niet van overtuigd dat art. 20 VWEU in het Nederlandse beleid dusdanig restrictief moet worden opgevat en stelde om die reden prejudiciële vragen aan het Hof. Op 10 mei 2017 heeft het Hof een baanbrekende uitspraak gedaan.⁸ De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (hierna: staatssecretaris) heeft als gevolg daarvan op 14 juli 2017 in een kamerbrief aangegeven dat het beleid met betrekking tot het Unieburgerschap dient te worden gewijzigd.⁹ Tijdens dit onderzoek is door de staatssecretaris een beleidswijziging aangekondigd, welke met ingang van 1 oktober 2017 in werking is getreden.¹⁰

⁶ HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09, r.o. 42-46 (*Ruiz Zambrano*).

⁷ *Kamerstukken II* 2016/17, 19 637, nr. 2338.

⁸ HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15 (*Chavez-Vilchez*).

⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 19 637, nr. 2338.

¹⁰ *Stb.* 2017, nr. 53847, p. 11-12.

1.2 Onderzoeksopzet

Gezien de relevantie van de uitspraak Chavez-Vilchez voor het Nederlandse gezinsmigratiebeleid zal in dit onderzoek de volgende hoofdvraag centraal staan:

Op welke wijze zou Nederland het gezinsmigratiebeleid ten aanzien van het verkrijgen van een verblijfsrecht door een derdelander ouder van een Unieburger minderjarige vorm moeten geven naar aanleiding van de uitspraak Chavez-Vilchez en wat kan daarbij worden afgeleid uit het IVRK en de visie van het VN-Kinderrechtencomité?

Deze vraag zal worden beantwoord door middel van de volgende deelvragen:

- Op welke wijze is het huidige Nederlandse gezinsmigratiebeleid met betrekking tot het verkrijgen van een verblijfsrecht door een derdelander ouder vormgegeven?
- Welke rechten volgen er uit het IVRK met betrekking tot gezinsmigratie en wat is daarbij de visie van het VN-Kinderrechtencomité?
- Welke gevolgen heeft de uitspraak Chavez-Vilchez voor het Nederlandse gezinsmigratiebeleid met betrekking tot het verkrijgen van een verblijfsrecht door een derdelander ouder?

1.3 Afbakening

In verband met de omvang van het onderzoek is ervoor gekozen de focus te leggen op de individuele rechtsbescherming van een minderjarig Nederlands kind waarbij het gaat om het verblijfsrecht van een derdelander ouder en de andere ouder, evenals de minderjarige, de Nederlandse nationaliteit heeft. Op grond van art. 4 Rijkswet op het Nederlanderschap verkrijgt een minderjarige de Nederlandse nationaliteit indien de Nederlandse ouder ten tijde van de geboorte van de minderjarige getrouwd was met een derdelander ouder dan wel indien de Nederlandse ouder de minderjarige voor de geboorte heeft erkend. Vanuit de rechtspositie van de minderjarige wordt bezien wat de gevolgen zijn van de uitspraak Chavez-Vilchez voor het Nederlandse gezinsmigratiebeleid en op welke wijze het Nederlandse gezinsmigratiebeleid naar aanleiding daarvan dient te worden vormgegeven. Om die reden zal niet nadrukkelijk in

worden gegaan op het risico van rechtsmisbruik dat zowel de oorspronkelijke uitspraak Ruiz Zambrano als de uitspraak van het Hof in de zaak Chavez-Vilchez in zich hebben. Er vindt namelijk discussie plaats over dat Ruiz Zambrano en Chavez-Vilchez tot gevolg kunnen hebben dat ouders een kind verwekken met als doel een verblijfsrecht af te dwingen in het land van verblijf dan wel dat Nederlanders een kind erkennen met als doel dat de derdelander ouder een verblijfsrecht kan verkrijgen, de zogenoemde schijnerkenning.

1.4 Onderzoeksmethode

Het onderzoek laat zich omschrijven als een theoretische analyse. Er worden verdrags- en wetsbepalingen, jurisprudentie en literatuur geïnterpreteerd.

1.5 Hoofdstukindeling

In het eerste hoofdstuk, de inleiding, worden het onderwerp dat in het onderzoek centraal staat en de opzet geïntroduceerd, waarna in hoofdstuk 2 het Nederlandse gezinsmigratiebeleid met betrekking tot een derdelander ouder en een minderjarig Nederlands kind wordt besproken. Daarbij zal de verhouding tussen het reguliere gezinsmigratiebeleid en het beleid met betrekking tot het Unieburgerschap worden behandeld. Tevens wordt ingegaan op de rol die het IVRK speelt in het Nederlandse gezinsmigratiebeleid. In hoofdstuk 3 worden de voor het gezinsmigratiebeleid relevante bepalingen uit het IVRK en de daarbij behorende General Comments besproken. Vervolgens wordt in hoofdstuk vier uiteengezet welke uitspraken het Hof heeft gedaan ten aanzien van het verblijfsrecht van een derdelander ouder bij een Unieburger minderjarige. Tevens zal worden ingegaan op de wijze waarop de jurisprudentie van het Hof door de Afdeling wordt geïnterpreteerd op basis waarvan het beleid met betrekking tot het Unieburgerschap tot stand is gekomen. Voorts zal een analyse worden gemaakt van de uitspraak Chavez-Vilchez van het Hof van 10 mei 2017, waarbij het belang van het kind en de rechtspositie van de derdelander ouder voorop zullen staan. In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op de gevolgen van de uitspraak Chavez-Vilchez voor het Nederlandse gezinsmigratiebeleid. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen het reguliere gezinsmigratiebeleid en het beleid met betrekking tot het Unieburgerschap en zal er nader aandacht worden besteed aan het restrictieve

reguliere gezinsmigratiebeleid dat de basis heeft gevormd voor de uitspraak Chavez-Vilchez. Hoofdstuk 6 bevat ten slotte de conclusie van het onderzoek waarbij tevens aanbevelingen worden geformuleerd.

2. Het gezinsmigratiebeleid in Nederland

2.1 Inleiding

Het Nederlandse gezinsmigratiebeleid wordt aan de ene kant gevormd door de beleidsregels inzake de reguliere verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, waar het nareisbeleid onder valt. Daarnaast is er regelgeving welke zijn oorsprong vindt in het EU-recht, dat (regels ter implementatie van) de Gezinsherenigingsrichtlijn¹¹, de Burgerschapsrichtlijn¹² en het Unieburgerschap¹³ omvat. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het Nederlandse gezinsmigratiebeleid, waarbij wordt gericht op het beleid met betrekking tot derdelander ouders en het minderjarige Nederlandse kind. Derdelander ouders met een minderjarig Nederlands kind kunnen aan de ene kant een beroep doen op de verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd met als verblijfsdoel verblijf bij een familie- of gezinslid. Daarnaast kunnen zij een beroep doen op het EU-recht, meer specifiek de Burgerschapsrichtlijn en het Unieburgerschap.

De centrale vraag in dit hoofdstuk is hoe de verblijfsvergunning regulier zich verhoudt tot het beleid inzake het recht van de Europese Unie. In hoeverre zijn er voor een derdelander ouder op basis van de reguliere procedure mogelijkheden om een verblijfsvergunning te verkrijgen bij een minderjarig Nederlandse kind? Tevens wordt er aandacht besteed aan de rol van het IVRK in het Nederlandse gezinsmigratiebeleid, in het bijzonder met betrekking tot het belang van het kind. Aangezien het nareisbeleid en de Gezinsherenigingsrichtlijn alleen van toepassing zijn op derdelanders die zich willen herenigen met derdelanders, zijn deze niet relevant voor zaken waarin het gaat om een derdelander ouder met een minderjarig Nederlands kind. Om die reden wordt een behandeling daarvan achterwege gelaten.

¹¹ Richtlijn 2003/86/EG.

¹² Richtlijn 2004/38/EG.

¹³ Artikel 20 en 21 VWEU.

2.2 Recht op gezinsleven in Nederland: de reguliere procedure

2.2.1 Voorwaarden met betrekking tot de referent en de vreemdeling

Aan de verlening van de verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd zijn een aantal algemene voorwaarden verbonden.¹⁴ Daarnaast gelden er specifieke voorwaarden ten aanzien van het verblijfsdoel verblijf als familie- of gezinslid.¹⁵ Deze voorwaarden hebben betrekking op de persoon die naar Nederland wil komen (de vreemdeling), de persoon bij wie verblijf wordt beoogd (de referent), het middelenvereiste en de openbare orde. Wat betreft de persoon van de vreemdeling komen op grond van art. 3.14 Vreemdelingenbesluit (hierna: Vb) de echtgenoot of de partner van 21 jaar of ouder van de in Nederland verblijvende referent in aanmerking voor een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd met als verblijfsdoel verblijf als familie- of gezinslid. Daarnaast kunnen minderjarige biologische of juridische kinderen van de in Nederland gevestigde hoofdpersoon die feitelijk behoren tot¹⁶ en in het land van herkomst feitelijk behoorden tot het gezin van de hoofdpersoon een verblijfsvergunning ontlenen aan art. 3.14 Vb. Ten aanzien van de persoon van de referent zijn de specifieke voorwaarden opgenomen in art. 3.15 Vb. De referent dient de leeftijd van 21 jaar te hebben bereikt en de Nederlandse nationaliteit te bezitten dan wel een rechtmatig verblijf in Nederland te hebben. De reden dat een dergelijke leeftijdsgrens van 21 jaar is gesteld is gelegen in de inkomenseis die geldt voor de referent.¹⁷ De verblijfsvergunning kan worden geweigerd indien de vreemdeling als een gevaar voor de openbare orde wordt aangemerkt.¹⁸

Uit het bovenstaande volgt dat het begrip ‘gezin’ in het Vreemdelingenbesluit zeer beperkt wordt uitgelegd. De mogelijkheid om aan andere familieleden dan de echtgenoot, partner of minderjarige kinderen een verblijfsvergunning te verlenen is immers sinds 1 oktober 2012 uit het Vreemdelingenbesluit geschrapt.¹⁹ Het enigszins problematische gevolg daarvan is dat in zaken waarin een derdelander ouder in Nederland wenst te verblijven bij een minderjarig Nederlands kind niet in aanmerking

¹⁴ Artikel 16 Vreemdelingenwet.

¹⁵ Artikel 3.14 tot en met 3.22a Vb.

¹⁶ De invulling van het vereiste ‘feitelijk te behoren tot het gezin’ wordt ingevuld aan de hand van het door het EHRM bepaalde begrip family life.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 26 732, nr. 98, p. 2. De referent dient op grond van art. 3.22 lid 1 sub a Vb 2000 een duurzaam en zelfstandig te beschikken over een netto-inkomen dat gelijk is aan de bijstandsnormen als bedoeld in de Algemene Bijstandwet.

¹⁸ Art. 3.20 Vb.

¹⁹ *Stb.* 2012, nr. 148.

komt als vreemdeling op grond van art. 3.14 Vb en de minderjarige, gezien de leeftijdsgrens die is opgenomen in art. 3.15 Vb, niet kan worden aangemerkt als referent. Voor de toelating van een derdelander ouder bij een minderjarig Nederlands kind kent Nederland niet expliciet een wettelijke regel.²⁰ Een derdelander ouder kan om die reden op basis van art. 3.13 lid 1 Vb geen reguliere verblijfsvergunning verkrijgen. De enige mogelijkheid die er voor de derdelander ouder op basis van het reguliere gezinsmigratiebeleid overblijft is een beroep te doen op de discretionaire bevoegdheid die de Minister heeft op grond van art. 3.13 lid 2 Vb.

2.2.2 Discretionaire bevoegdheid Minister

In art. 3.13 lid 2 Vb is opgenomen dat de Minister ook als er niet wordt voldaan aan de voorwaarden in art. 3.16 tot en met 3.22a Vb een reguliere verblijfsvergunning kan verlenen. Indien de afwijzing van een aanvraag in strijd zou zijn met het recht op gezinsleven zoals vervat in art. 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM), dient de Minister van zijn discretionaire bevoegdheid gebruik maken om alsnog een reguliere verblijfsvergunning te verlenen.²¹ De Minister kan van deze bevoegdheid zowel ambtshalve gebruik maken dan wel op verzoek beslissen. Een dergelijke toets aan art. 8 EVRM wordt ook wel een 'resttoets' genoemd.²² De beleidsregels omtrent art. 8 EVRM zijn uitgewerkt in paragraaf B7/3.8 Vreemdelingscirculaire (hierna: Vc). Uit paragraaf B7/3.8.3 Vc volgt dat om te kunnen bepalen of een weigering van het verblijf van de vreemdeling in strijd is met art. 8 EVRM er een belangenafweging dient te worden gemaakt. Daarnaast is er door de IND een werkinstructie bij art. 8 EVRM opgesteld om beslismedewerkers van de IND handvatten te bieden bij hun beoordeling of een besluit al dan niet in strijd is met art. 8 EVRM.²³ Op basis van de werkinstructie dienen alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking te worden genomen, waaronder het belang van het kind.²⁴ Er bestaat in

²⁰ Lodder & Rodrigues 2012, p. 99.

²¹ Klaassen & Lodder, *A&MR* 2014, p. 40.

²² Cleton 2017, p. 16.

²³ IND-Werkinstructie nr. 2015/4. De werkinstructie kan niet worden aangemerkt als een beleidsdocument, er wordt richting gegeven aan de verschillende elementen die in de afweging dienen te worden betrokken.

²⁴ EHRM 31 januari 2006, JV 2006/90 (Rodrigues da Silva t. Nederland), m.nt. Boeles. Het belang van het kind is in de werkinstructie opgenomen naar aanleiding van de uitspraak Jeunesse van het EHRM.

beginsel een verblijfsrecht in Nederland op grond van art. 8 EVRM indien er objectieve belemmeringen zijn om het gezinsleven ergens anders uit te oefenen, zoals in het land van herkomst.

In zaken waarbij het gezinsleven aan is gegaan terwijl de verblijfsstatus van een van de betrokkenen onzeker was en de gezinsleden zich hiervan bewust waren, komt de uitzetting volgens het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) slechts in 'exceptional circumstances' in strijd met art. 8 EVRM.²⁵ Het EHRM laat hierbij een grote beoordelingsvrijheid aan de Staat. Met betrekking tot de weging van het belang van het kind dient volgens het EHRM, om een effectieve bescherming van het belang van het kind mogelijk te maken, te worden gekeken naar de uitvoerbaarheid, haalbaarheid en proportionaliteit van het verwijderen van een buitenlandse ouder.²⁶

De discretionaire bevoegdheid van de Minister klinkt als een mogelijkheid voor een derdelander ouder om alsnog een reguliere verblijfsvergunning te kunnen verkrijgen bij zijn minderjarige Nederlandse kind. De bevoegdheid uit art. 3.13 lid 2 Vb is zelfs opgenomen in het aanvraagformulier voor het verblijfsdoel 'familie en gezin'. In de praktijk is het voor een derdelander ouder moeilijk om op basis van art. 8 EVRM een verblijfsvergunning te verkrijgen, aangezien de Staat daarbij een zeer ruime beoordelingsmarge heeft en er vaak in het land van herkomst een mogelijkheid bestaat tot gezinsleven, zodat alleen nog een beroep op het unieburgerschap van het minderjarige kind mogelijk is.²⁷

2.3 Toetsing aan het recht van de Europese Unie

2.3.1 Vrij verkeer van personen en Unieburgerschap

Het vrije verkeer van personen is een van de vier fundamentele vrijheden binnen het EU-recht.²⁸ De grondslag voor het vrije verkeer van personen is verspreid opgenomen in het VWEU.²⁹ Het vrije verkeer is onder meer te vinden in art. 21 VWEU, waaruit volgt dat Unieburgers het recht hebben vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven. Daarnaast vormt de Burgerschapsrichtlijn een uitwerking van de

²⁵ EHRM 31 januari 2006, JV 2006/90 (Rodrigues da Silva t. Nederland), m.nt. Boeles.

²⁶ EHRM 3 oktober 2014, JV 2014/343 (Jeunesse t. Nederland) m.nt. P. Boeles, par. 109.

²⁷ College voor de Rechten van de Mens 2014, p. 50.

²⁸ Klaassen & Rodrigues, *European Journal of Migration and Law* 2017-2, p. 202.

²⁹ Ankersmit & Geursen, *A&MR* 2011/4, p. 157.

vrijheden in het VWEU welke betrekking heeft op het recht van vrij verkeer en verblijf van Unieburgers en hun familieleden op het grondgebied van de lidstaten van de EU. De richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in art. 8.7 tot en met art. 8.25 Vb en de beleidsregels zijn te vinden in paragraaf B10/2 Vc. De Burgerschapsrichtlijn vereist echter dat Unieburgers zich begeven naar of verblijven in een andere lidstaat dan waarvan zij de nationaliteit bezitten en hun familieleden die hen begeleiden of zich bij hen voegen.³⁰ Een derdelander ouder van een minderjarig Nederlands kind kan om die reden geen beroep doen op de Burgerschapsrichtlijn, aangezien de minderjarige in Nederland verblijft en het recht op vrij verkeer in het algemeen niet in Nederland uitoefent.

De uitspraak Ruiz Zambrano van het Hof in 2011 heeft ervoor gezorgd dat het Unieburgerschap een bron werd voor gezinshereniging.³¹ In de uitspraak Ruiz Zambrano werd namelijk voor het eerst het leerstuk van de 'zuiver interne situatie' verlaten.³² Dat door het Hof ontwikkelde leerstuk houdt in dat wanneer het feitencomplex zich afspeelt binnen één lidstaat het Unierecht niet van toepassing is.³³ Daarbij ging het in de zaak Ruiz Zambrano specifiek om artikel 20 VWEU waarin de definitie is opgenomen van het begrip Unieburger en op basis waarvan Unieburgers het recht hebben om op het grondgebied van de Unie te verblijven.³⁴ Art. 20 VWEU vereist niet dat er sprake dient te zijn van een grensoverschrijdend element. Naar aanleiding van de uitspraak Ruiz Zambrano heeft zich het EU-beleid ontwikkeld voor wat betreft het verblijfsrecht van een derdelander ouder bij een Unieburger minderjarige, welke is opgenomen in paragraaf B10/2.2 Vc. Opmerking verdient hierbij dat, zoals reeds is beschreven, in paragraaf B10/2 Vc ook de beleidsregels zijn opgenomen die gelden voor vreemdelingen die in Nederland willen verblijven op grond van de Burgerschapsrichtlijn. Dat heeft te maken met de implementatie van de Burgerschapsrichtlijn in Nederland. De Burgerschapsrichtlijn wordt in Nederland namelijk naar analogie toegepast op het Unieburgerschap. Door derdelander ouders die

³⁰ Artikel 3 Richtlijn 2004/38/EG.

³¹ HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*) en Klaassen en Rodrigues 2017, p. 204.

³² Ankersmit & Geursen, *A&MR* 2011/4, p. 157.

³³ Davies, *A&MR* 2011, p. 276.

³⁴ Op grond van art. 20 lid 1 VWEU zijn burgers van de Unie degenen die de nationaliteit bezitten van een lidstaat. In het tweede lid van art. 20 VWEU is opgenomen dat Unieburgers onder meer het recht hebben om zich vrij op het grondgebied van de Unie te verplaatsen en er vrij te verblijven.

geen verblijfsrecht kunnen verkrijgen op basis van het reguliere gezinsmigratiebeleid wordt sinds de uitspraak Ruiz Zambrano een beroep gedaan op het Unieburgerschap van hun minderjarige Nederlandse kind. De uitspraak Chavez-Vilchez van het Hof van 11 mei 2017 is een vervolg op de uitspraak Ruiz Zambrano en biedt handvatten voor zaken waarbij een van de ouders derdelander is en de andere ouder, net zoals de minderjarige, de Nederlandse nationaliteit heeft. De uitspraak Ruiz Zambrano en Chavez-Vilchez van het Hof worden nader besproken in hoofdstuk 4.

2.4 Het IVRK in het Nederlandse gezinsmigratiebeleid

Over de toepassing van het IVRK in het Nederlandse gezinsmigratiebeleid bestaat geen wetgeving noch beleid. Bij vreemdelingrechtelijke beslissingen wordt niet standaard aandacht besteed aan de rechten en de belangen van kinderen.³⁵ De enige verwijzing naar het IVRK die kan worden gevonden is dat er in de werkinstructie behorende bij de toetsing aan art. 8 EVRM een apart hoofdstuk is opgenomen ten aanzien van de weging van het belang van het kind.³⁶ Het belang van het kind komt verder in de vreemdelingenwetgeving en het vreemdelingenbeleid niet aan de orde, waarvan de oorzaak is gelegen in de rechtstreekse werking van art. 3 IVRK. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) oordeelde oorspronkelijk dat art. 3 IVRK niet een ieder verbindende bepaling is in de zin van art. 93 en 94 Grondwet.³⁷ Die visie heeft de Afdeling in 2012 enigszins bijgesteld door te bepalen dat art. 3 IVRK in zoverre rechtstreekse werking heeft, dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het kind dienen te worden betrokken. De bestuursrechter hoeft daardoor alleen te toetsen of het bestuursorgaan zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van het kind en dus bij de uitoefening van zijn bevoegdheden binnen de grenzen van het recht is gebleven. Volgens de Afdeling heeft deze toets een terughoudend karakter. Wat betreft het gewicht dat aan het belang van het kind moet worden toegekend in een concreet geval heeft art. 3 IVRK geen rechtstreekse werking, aangezien het geen norm bevat die zonder nadere uitwerking in nationale regelgeving

³⁵ Reneman, *A&MR* 2011, p. 350.

³⁶ Is opgenomen in de werkinstructie naar aanleiding van de uitspraak Jeunesse van het EHRM. Zie daarvoor *Kamerstukken II* 2014/15, 32 317, nr. 282 inclusief bijbehorende bijlage.

³⁷ ABRvS 12 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3394, r.o. 2.5.1.

door de rechter direct toepasbaar is.³⁸ De motivering van de Afdeling is daarin gelegen dat art. 3 IVRK nadere uitwerking behoeft in wetgeving of beleid.³⁹ Ondanks de ontwikkeling in de nationale jurisprudentie ten aanzien van art. 3 IVRK waaruit meer mogelijkheden voortvloeien om te toetsen aan het belang van het kind blijft de toets aan het IVRK beperkt. In het navolgende hoofdstuk wordt ingegaan op de relevante bepalingen voor het verblijfsrecht van een derdelander ouder bij een minderjarig Nederlands kind.

³⁸ Zie bijvoorbeeld ABRvS 7 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3716, r.o. 2.3.8 en ABRvS 23 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6235, r.o. 2.5.2.

³⁹ ABRvS 16 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8383, r.o. 2.1.

3. De rechten in het IVRK met betrekking tot gezinsmigratie

3.1 Inleiding

Uit het voorgaande hoofdstuk volgt dat er in het Nederlandse gezinsmigratiebeleid nauwelijks gerefereerd wordt aan het IVRK. De enige verwijzing naar het IVRK die kan worden gevonden is dat het belang van het kind, zoals omschreven in art. 3 IVRK, op is genomen in de werkinstructie behorende bij de toetsing aan art. 8 EVRM. Dit is opvallend, aangezien het IVRK een verdrag is dat holistische werking heeft. Dat betekent dat alle rechten in het verdrag even belangrijk zijn, zowel de afzonderlijke rechten als alle rechten in zijn geheel dragen bij aan de ontwikkeling van het kind.⁴⁰ Artikel 3 IVRK is, tezamen met het non-discriminatiebeginsel in artikel 2, het recht op ontwikkeling in artikel 6 en het recht om gehoord te worden in artikel 12 IVRK, een van de vier algemene beginselen die het verdrag bevat en fundamenteel zijn voor de implementatie van alle andere rechten in het verdrag.⁴¹ Gezien het bovenstaande zal in dit hoofdstuk een overzicht worden gegeven van de relevante rechten in het IVRK die betrekking hebben op het recht op gezinsleven tussen een derdelander ouder en een minderjarige Unieburger en de daarbij behorende General Comments ⁴² van het VN-Kinderrechtencomité (hierna: het Comité).

3.2 Relevante verdragsbepalingen

3.2.1 Artikel 3, 9 en 10 IVRK en General Comment no. 6

De hoofdbepalingen in het IVRK die specifiek betrekking hebben op de eenheid van het gezin zijn art. 9 en 10 IVRK.⁴³ Art. 9 IVRK is gericht op de scheiding van ouders en kind en art. 10 IVRK ziet op gezinshereniging.⁴⁴ Beide artikelen hebben als doel het kind te beschermen tegen een scheiding van de ouders en zijn er op gericht om de gezinseenheid in stand te houden.⁴⁵ Een dergelijke benadering volgt eveneens uit de Preambule van het verdrag, waaruit volgt dat een kind voor de volledige en

⁴⁰ Blaak e.a. 2012, p. 9.

⁴¹ Idem, p. 10.

⁴² General Comments hebben geen bindend karakter, maar zijn gezaghebbende bronnen waarin een bepaald artikel uit het IVRK wordt geïnterpreteerd door het Comité.

⁴³ Werner & Goeman 2015, p. 18.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Detrick 1999, p. 191.

harmonische ontplooiing van zijn ⁴⁶ persoonlijkheid dient op te groeien in een gezinsomgeving.⁴⁷

In lid 1 van art. 9 IVRK is opgenomen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders tegen hun wil, tenzij de bevoegde autoriteiten, onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat deze scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind. Daaruit volgt dat het artikel twee essentiële principes bevat: ten eerste dat kinderen niet zouden moeten worden gescheiden van hun ouders, tenzij het in het belang van het kind is, en ten tweede dat alle procedures die op grond daarvan kinderen scheiden van hun ouders eerlijk moeten zijn.⁴⁸ Uit het gedeelte ‘tenzij het in het belang van het kind is’ kan worden afgeleid dat het belang van het kind niet de eerste overweging dient te zijn maar de enige en fundamentele overweging: het belang van het kind is bepalend.⁴⁹ In art. 9 lid 1 IVRK lijkt het principe van het belang van het kind sterker te zijn gewaarborgd dan het belang van het kind in art. 3 IVRK. In artikel 3 IVRK is opgenomen dat het belang van het kind een eerste overweging dient te vormen bij alle maatregelen die kinderen betreffen. Het artikel laat daarmee ruimte voor het afwegen van andere belangen en doelstellingen, terwijl het belang van het kind in art. 9 IVRK wordt omgezet in een norm die het de overheersende factor maakt bij het bepalen of een kind van zijn ouders tegen hun wil kan worden gescheiden.⁵⁰

De vraag is hoe art. 9 IVRK zich verhoudt tot immigratiezaken, met name zaken waarbij het gaat om het verkrijgen van een verblijfsrecht door een derdelander ouder bij zijn minderjarige kind. In het eerste lid van art. 9 IVRK lijkt het te gaan om zaken die rechtstreeks verband houden met de scheiding van ouders en kind.⁵¹ Bij immigratiezaken is de scheiding van ouders en kind het gevolg van een beslissing omtrent verblijf of uitzetting, maar geen beslissing die rechtstreeks verband houdt met de scheiding.⁵² Toch is een verwijzing naar uitzetting te vinden in het vierde lid van art. 9 IVRK. Daarin is uitzetting opgenomen als voorbeeld van een situatie waarbij de

⁴⁶ De minderjarige wordt voor de leesbaarheid in het navolgende aangeduid in de mannelijke vorm, uiteraard kunnen hieronder ook meisjes worden verstaan.

⁴⁷ IVRK, preambule par. 6.

⁴⁸ Hodgkin & Newell 2007, p. 121.

⁴⁹ Abram 1995, p. 418.

⁵⁰ Idem, p. 419.

⁵¹ Nissen 2013, p. 17.

⁵² Idem.

scheiding van ouder en kind een gevolg is van een maatregel van de staat. In dergelijke situaties hebben familieleden van het familielid dat is uitgezet het recht om informatie te ontvangen over de verblijfplaats van dat familielid.⁵³ Uit art. 9 lid 4 IVRK kan aan de ene kant worden afgeleid dat ook officiële handelingen die niet direct tot scheiding van ouder en kind leiden, zoals uitzetting, onder art. 9 IVRK vallen.⁵⁴ Dat zou betekenen dat bij het nemen van beslissingen op het gebied van immigratie een verplichting bestaat om te zorgen dat een kind niet van zijn ouders wordt gescheiden.⁵⁵ Wel dient daarbij te worden opgemerkt dat in het IVRK niet specifiek is opgenomen wat het recht van een kind om niet te worden gescheiden van zijn ouders inhoud in immigratiezaken.⁵⁶ Aan de andere kant kan het vierde lid van art. 9 IVRK worden begrepen als een uitzondering op de algemene regel in het eerste lid.⁵⁷ Volgens de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) bij het IVRK volgt uit het vierde lid dat indien er sprake is van uitzetting slechts aanspraak kan worden gemaakt op inlichtingen over het verblijf van het afwezige familielid.⁵⁸ Er worden in dat geval geen absolute en expliciete rechten aan kinderen toegekend die worden bedreigd met een scheiding van een ouder als gevolg van uitzetting van de ouder.⁵⁹ Het is de vraag in hoeverre een dergelijke benadering stand kan houden. De woorden ‘een dergelijke scheiding’ wijzen erop dat eerder in artikel 9 IVRK is aangegeven om wat voor scheiding het gaat.⁶⁰ Aangezien er in het vierde lid geen andere definitie is opgenomen wat onder scheiding wordt verstaan, leidt Werner daaruit af dat hieronder eveneens scheiding van ouder en kind vanwege een onrechtmatig verblijf van de ouder kan worden begrepen.⁶¹

Artikel 10 IVRK opent onder verwijzing naar de verplichtingen in art. 9 IVRK dat aanvragen van een kind of een ouder met betrekking tot gezinshereniging met welwillendheid, menselijkheid en spoed moeten worden behandeld. Wel dient er op grond van art. 10 lid 1 IVRK bij aanvragen met betrekking tot gezinshereniging rekening te worden gehouden met de verplichting om kinderen niet van hun ouders te scheiden, tenzij dit in het belang van het kind is. Daarnaast worden kinderen en hun ouders in het

⁵³ Werner & Goeman 2015, p. 18.

⁵⁴ Abram 1995, p. 420.

⁵⁵ Idem, p. 419.

⁵⁶ Nissen 2013, p. 83.

⁵⁷ Idem, p. 17.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 1992/93, 22 855, nr. 3, p. 21.

⁵⁹ Nissen 2013, p. 18.

⁶⁰ Baan 2002, p. 35.

⁶¹ Werner & Goeman 2015, p. 18.

tweede lid het recht geboden om persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met beide ouders te onderhouden.

Uit het bovenstaande volgt dat uit art. 9 en 10 IVRK niet gemakkelijk is af te leiden op welke manier de artikelen met elkaar samenhangen in immigratiezaken en dan met name in zaken waarbij het gaat om het al dan niet toekennen van een verblijfsrecht aan een derdelander ouder van een minderjarige Unieburger. Tijdens de voorbereidende werkzaamheden van het opstellen van de artikelen werd door de voorzitter van de werkgroep een verklaring afgelegd waaruit volgde dat:⁶²

“Article 6 (now 9) of this Convention is intended to apply to separations that arise in domestic situations, whereas Article 6 bis (now 10) is intended to apply to separations involving different countries and relating to cases of family reunification. Article 6 bis (now 10) is not intended to affect the general right of States to establish and regulate their respective immigration laws in accordance with their international obligations.”

Met deze interpretatieve verklaring van de werkgroep werd bedoeld dat art. 9 IVRK niet van toepassing is op migratierechtelijke situaties. Een dergelijke verklaring bepaalt echter niet hoe art. 9 IVRK dient te worden geïnterpreteerd.⁶³ Uit de literatuur kan worden afgeleid dat er tussen art. 9 en art. 10 IVRK geen harde grens kan worden getrokken, aangezien er inmiddels verschillende tussenvormen zijn aangenomen.⁶⁴ Ook het Comité trekt geen harde grens tussen art. 9 en 10 IVRK. Het Comité heeft in General Comment 6 ten aanzien van alleenstaande minderjarige vreemdelingen opgenomen dat indien gezinshereniging in het land van herkomst niet mogelijk is, de rechten van art. 9 en 10 IVRK in werking treden en de beslissingen met betrekking tot gezinshereniging in dat land regelen.⁶⁵ Daaruit kan ten eerste worden afgeleid dat het Comité van oordeel is dat art. 9 IVRK toepasbaar is bij immigratiezaken. Meer specifiek in gevallen waarin sprake is van een (mogelijke) uitzetting van een derdelander ouder als gevolg van het niet toekennen van een verblijfsrecht kan worden aangevoerd dat, ondanks dat het Comité zich alleen heeft uitgesproken over kinderen die in een ander land verblijven dan waarvan zij de nationaliteit hebben, dezelfde factoren analoog kunnen worden

⁶² Hodgkin & Newell 2007, p. 125.

⁶³ Detrick 1999, p. 113.

⁶⁴ Werner & Goeman 2015, p. 18, Van Os & Rodrigues, *NTM/NJCM-Bull* 2013, p. 30.

⁶⁵ CRC General Comment No. 6, par. 83 (CRC/GC/2005/6).

toegepast op minderjarige Unieburgers.⁶⁶ Het Comité heeft daar echter nog geen aandacht aan besteed.⁶⁷ De vraag naar de inroepbaarheid van art. 9 IVRK in immigratiezaken hangt tevens samen met rechtstreekse werking. In de Memorie van Toelichting bij de Goedkeuringswet IVRK wordt alleen de rechtstreekse werking van art. 9 lid 3 IVRK benoemd.⁶⁸ Volgens Doek heeft het eerste lid rechtstreekse werking en kan er een beroep op worden gedaan in zaken waarbij het gaat om het al dan niet verstrekken van een verblijfsvergunning aan een derdelander ouder van een Nederlandse minderjarige.⁶⁹ Volgens hem behelst art. 9 lid 1 IVRK een ondubbelzinnige norm die als concrete toetsingsmaatstaf kan worden gebruikt.⁷⁰ Toch volgt er volgens De Vries uit art. 9 IVRK geen absolute verplichting van de Staat om een verblijfsrecht toe te kennen aan een ouder, wanneer het behouden van de eenheid van de familie niet in strijd is met de belangen van het kind. Er dient te worden bezien of het familieleven ook kan worden uitgeoefend buiten de lidstaat.⁷¹

3.2.2 Artikel 7 IVRK in combinatie met artikel 5, 9 en 18 IVRK

Artikel 7 lid 1 IVRK omvat meerdere rechten, zoals het recht van een kind om na de geboorte ingeschreven te worden, het recht op een naam en nationaliteit en voor zover mogelijk het recht zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd. In het kader van dit onderzoek zal alleen het recht van een minderjarige om, voor zover mogelijk, door zijn ouders te worden verzorgd worden besproken. Volgens Hodgkin en Newell dient dit recht te worden gelezen in samenhang met art. 5 (ouderlijke verantwoordelijkheid), 9 (zoals hierboven uitgewerkt: het recht om niet gescheiden te worden van ouders) en 18 (verantwoordelijkheid van ouders) IVRK.⁷²

Art. 7 IVRK omvat het recht een kind om door zijn ouders te worden verzorgd. Door de woorden 'voor zover mogelijk' in art. 7 lid 1 IVRK is een beperking aangebracht op het recht van het kind om door zijn ouders te worden verzorgd. Volgens Hodgkin en Newell kan een kind niet door zijn ouders worden verzorgd indien de ouders zijn

⁶⁶ Klaassen, *Jeugdrecht in de Praktijk* 2015/6, p. 33.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Kamerstukken II 1992/93, 22 855, nr. 3, p. 9. Zie over rechtstreekse werking verder: Pulles, *Nederlands juristenblad* 2011, p. 233 en Pulles & Wörst, *FJR* 2012/64, p. 185.

⁶⁹ Blaak e.a. 2012, p. 747.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ De Vries 2013, p. 144.

⁷² Hodgkin & Newell 2007, p. 108.

overleden of het kind hebben afgestaan.⁷³ Uit de beperking ‘voor zover mogelijk’ kan worden afgeleid dat de opvoeding door ouders in het belang van het kind moet zijn en dit recht slechts kan worden geweigerd indien het realiseren daarvan absoluut onmogelijk is.⁷⁴ Wanneer een kind van zijn ouder wordt gescheiden als gevolg van een beslissing omtrent het verblijfsrecht van de ouder zal het kind mogelijk niet meer door een ouder kunnen worden verzorgd, wat in strijd zou kunnen zijn met art. 7 IVRK. Wel dienen op grond van art. 7 lid 2 IVRK de situaties waarin het voor een kind onmogelijk is om door zijn ouders te worden verzorgd te zijn geregeld bij wet.⁷⁵

Daarnaast dienen Staten op grond van art. 5 IVRK de verantwoordelijkheden, rechten en plichten van ouders waar het gaat om de begeleiding van het kind te respecteren. Deze ‘ouderlijke verantwoordelijkheid’ wordt nader uitgewerkt in art. 18 IVRK, waarin is opgenomen dat Staten zich ertoe verplichten om alles te doen wat in hun vermogen ligt om ervoor te zorgen dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het kind kunnen dragen. Staten dienen in wetgeving en voorzieningen de autonomie van ouders vast te leggen en ouders te faciliteren zodat zij hun ouderlijke autonomie kunnen realiseren.⁷⁶ Het niet toekennen van een verblijfsrecht aan een derdelander ouder kan een negatief effect hebben op de verplichtingen die de ouder heeft jegens zijn kind, waardoor de ouder zijn primaire rol als opvoeder en beschermer van het kind niet meer in dezelfde mate op zich kan nemen en kan vervullen.

3.2.3 Algemene beginselen in art. 2, 3, 6 en 12 IVRK en General Comment no. 14

Op grond van art. 2 IVRK dienen lidstaten de rechten die in het verdrag beschreven zijn te eerbiedigen voor ieder kind, zonder discriminatie van welke aard dan ook en ongeacht onder meer geboorte of andere omstandigheden van het kind of van zijn of haar ouders.⁷⁷ Daarnaast dienen lidstaten alle passende maatregelen te nemen om te waarborgen dat het kind wordt beschermd tegen alle vormen van discriminatie of bestraffing op grond van de omstandigheden of activiteiten van zijn ouders.⁷⁸ Volgens Abram en Cardol kan onder de woorden ‘geboorte of andere omstandigheid van het kind

⁷³ Idem, p. 109.

⁷⁴ Blaak e.a., p. 185.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Cardol, *A&MR* 2013, p. 378.

⁷⁷ Artikel 2 lid 1 IVRK.

⁷⁸ Artikel 2 lid 2 IVRK.

of zijn ouders' in lid 1 van art. 2 IVRK ook het burgerschap en de verblijfsstatus worden verstaan.⁷⁹ Het niet toekennen van een verblijfsrecht aan een derdelander ouder kan ertoe leiden dat andere rechten in het IVRK worden ondermijnd, zoals het recht op gezinsleven dat in paragraaf 2.2.1 is besproken.⁸⁰ Op basis van art. 2 lid 2 IVRK dient het recht op gezinsleven voor alle kinderen gelijk te zijn en is het in strijd met art. 2 lid 2 IVRK indien de rechten van een kind worden beperkt als gevolg van de migratiestatus van ouders.⁸¹

Zoals reeds in paragraaf 3.2.1 is benoemd bepaalt art. 3 IVRK dat bij alle maatregelen die kinderen betreffen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, de belangen van het kind de eerste overweging dienen te vormen. Het besluit om een ouder al dan niet een verblijfsvergunning te verstrekken is in eerste instantie gericht op de ouder zelf en niet op het kind.⁸² Toch volgt uit General Comment 14 dat het belang van het kind in art. 3 IVRK zowel besluiten omvat die kinderen direct als indirect raken. Verblijfsrechtelijke besluiten die primair zien op een ouder vallen daardoor ook onder het toepassingsbereik van art. 3 IVRK.⁸³ Tevens dienen volgens het Comité de bepaling en de beoordeling van het belang van het kind uitgevoerd te worden in het kader van een eventuele scheiding van een kind van de ouders.⁸⁴ Indien de relatie tussen kind en ouder wordt verbroken als gevolg van migratie het behoud van de familie-eenheid in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling van het belang van het kind.⁸⁵ Steenbergen merkt op dat de bepaling kan worden aangemerkt als een procedurele garantie. Bij beslissingen die het kind betreffen dient beredeneerd en aangetoond te worden dat de belangen van het kind zijn vastgesteld en in overweging zijn genomen en hoe deze belangen zijn afgewogen tegen andere factoren.⁸⁶

Op basis van art. 6 lid 2 IVRK dienen Staten de mogelijkheid tot ontwikkeling van een kind te waarborgen. Volgens het Comité dient de term ontwikkeling in de ruimste zin van het woord te worden geïnterpreteerd, waarbij onder meer de spirituele,

⁷⁹ Abram 1995, p. 417 en Blaak e.a., p. 724.

⁸⁰ Committee on the Rights of the Child 2012, p. 3.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

⁸³ CRC General Comment No. 14, par. 14 (CRC/C/GC/14).

⁸⁴ Idem, par. 58.

⁸⁵ Idem, par. 66.

⁸⁶ Steenbergen e.a. 1999, p. 231.

mentale, psychische en sociale ontwikkeling van een kind dient te worden betrokken.⁸⁷ Het recht op ontwikkeling speelt een essentiële rol in het beschermen van het recht op gezinsleven voor kinderen in de context van migratie. Indien geen verblijfsvergunning wordt verstrekt aan een derdelander ouder kan dat een directe en vaak negatieve invloed op de leefomstandigheden van een kind hebben.⁸⁸ Het recht op gezinseenheid is nauw verbonden met de verantwoordelijkheid van ouders om te zorgen voor de leefomstandigheden van het kind die de ontwikkeling van het kind waarborgen.

Tot slot hebben kinderen op grond van art. 12 IVRK het recht om hun mening te geven over zaken die hen aangaan, waarbij aan die mening passend belang dient te worden gehecht in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid. Aangezien beslissingen tot het al dan niet verstrekken van een verblijfsrecht aan derdelander ouders tevens de minderjarige treffen, dient de deelname van minderjarigen in dergelijke beslissingen te worden gegarandeerd. Daarbij moet rekening worden gehouden met hun leeftijd en rijpheid.⁸⁹

3.3 Tussenconclusie

Uit dit hoofdstuk volgt dat het IVRK niet een bepaling kent waaruit rechtstreeks volgt dat het Nederlandse gezinsmigratiebeleid dient te voorzien in een regeling met betrekking tot gezinshereniging tussen een derdelander ouder en een minderjarig Nederlands kind. Desondanks kan uit de bewoordingen van art. 9 en 10 IVRK een dergelijk recht worden afgeleid. Uit het recht om er bij gezinsherenigingsaanvragen rekening mee te houden dat een kind in beginsel niet van een ouder mag worden gescheiden vloeit immers voort dat in ieder geval de mogelijkheid dient te bestaan om een gezinsherenigingsaanvraag met een derdelander ouder te kunnen verzoeken. Bij de invulling van een dergelijk recht dient het belang van het kind op grond van art. 3 IVRK voorop te staan, aangezien immigratierechtelijke beslissingen ook als beslissingen betreffende het kind kunnen worden aangemerkt. Dit impliceert dat het belang van het kind, zoals in de huidige wet- en regelgeving ontbreekt, dient te worden verankerd in het Nederlandse gezinsmigratiebeleid en nader te worden gespecificeerd middels een combinatie van art. 5, 7, 9, 10 en 18 IVRK. Daaruit kan worden afgeleid dat de belangen

⁸⁷ CRC General Comment No. 5, par. 12 (CRC/GC/2003/5).

⁸⁸ Committee on the Rights of the Child 2012, p. 4.

⁸⁹ Idem.

van het kind zwaarder dienen te wegen dan het belang van de Nederlandse staat bij een restrictief toelatingsbeleid met betrekking tot gezinsmigratie. Immers de kern van het IVRK is dat het minderjarige Nederlandse kind dient op te groeien in een gezinsomgeving. De rechten en verantwoordelijkheden van de derdelander ouder dienen te worden gerespecteerd en het minderjarige Nederlandse kind heeft het recht om door zijn ouders te worden verzorgd. Dit laatste impliceert dat het Nederlandse gezinsmigratiebeleid dermate ingericht dient te zijn dat een minderjarige door zowel de derdelander ouder als de Nederlandse ouder kan worden verzorgd. Alleen dan kan de ontwikkeling van het minderjarige Nederlandse kind worden gewaarborgd en wordt voorkomen dat een minderjarige onterecht de dupe wordt van het gedrag van zijn ouders ingevolge art. 2 lid 2 IVRK.

4. Jurisprudentie van het Hof na de uitspraak Ruiz Zambrano en doorwerking daarvan in de nationale jurisprudentie

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 is reeds benoemd dat het Hof in 2011 een revolutionaire uitspraak heeft gedaan in de zaak Ruiz Zambrano. Het Hof ontwikkelde daarin het zogenoemde Zambrano-criterium, welke ziet op de mogelijkheid tot het verkrijgen van een afgeleid verblijfsrecht door een derdelander ouder bij een minderjarige Unieburger.⁹⁰ Het door het Hof ontwikkelde criterium in de uitspraak Ruiz Zambrano werd nadien verder uitgewerkt in de daarop volgende jurisprudentie. De uitspraak Chavez-Vilchez van het Hof van 11 mei 2017 is een vervolg op de uitspraak Ruiz Zambrano. In dit hoofdstuk zal in worden gegaan op de jurisprudentie van het Hof met betrekking tot het verkrijgen van een afgeleid verblijfsrecht door een derdelander ouder in het kader van het Unieburgerschap naar aanleiding van de uitspraak Ruiz Zambrano. Tevens wordt de – restrictieve – uitleg die de ABRvS heeft gegeven aan de uitspraken van het Hof besproken, aan de hand waarvan het Nederlandse beleid ten aanzien van het verkrijgen van een afgeleid verblijfsrecht door een derdelander ouder bij een minderjarig Nederlands kind zich heeft gevormd. Tot slot zal de uitspraak Chavez-Vilchez nader worden toegelicht en wordt een analyse gemaakt waarbij in wordt gegaan op het belang van het kind en de rechtspositie van de derdelander ouder.

4.2 Ruiz Zambrano: verblijfsrecht derdelander ouder bij minderjarige Unieburger

4.2.1 Feiten en prejudiciële vragen

De zaak Ruiz Zambrano gaat over een uit Colombia afkomstig gezin waarvan de in België woonachtige ouders en het oudste kind de Colombiaanse nationaliteit hebben. Tijdens hun verblijf in België krijgt het Colombiaanse echtpaar nog twee kinderen. Op basis van het destijds geldende Belgische nationaliteitsrecht, verkregen deze twee kinderen de Belgische nationaliteit. Kinderen die in België werden geboren en geen andere

⁹⁰ C-34/09, EU:C:2011:124 (*Ruiz Zambrano*).

nationaliteit hadden, kregen namelijk de Belgische nationaliteit.⁹¹ Beide kinderen zijn daardoor Unieburger op grond van art. 20 VWEU.⁹² De kinderen hebben België nooit verlaten, waardoor zij geen gebruik hebben gemaakt van hun recht op vrij verkeer.⁹³ De Colombiaanse ouders hebben een verblijfsvergunning aangevraagd welke, evenals de aanvraag van de werkloosheidsuitkering door meneer Zambrano, werd geweigerd. Naar aanleiding daarvan stelt de Belgische arbeidsrechter prejudiciële vragen aan het Hof. De kern daarvan was of een derdelander bloedverwant in opgaande lijn een verblijfsvergunning en een arbeidsvergunning dient te krijgen, indien hij zijn Unieburger kinderen van jonge leeftijd ten laste heeft.⁹⁴

4.2.2 Overweging Hof

Volgens het Hof verzet art. 20 VWEU zich tegen nationale maatregelen die tot gevolg hebben dat Unieburgers het effectieve genot van de belangrijkste aan hun status van Unieburger ontleende rechten wordt ontzegd.⁹⁵ Daarvan is sprake indien een derdelander ouder het recht wordt ontzegd te verblijven en een arbeidsvergunning wordt geweigerd, in een lidstaat van Unie waarvan zijn kinderen staatsburger zijn en te zijnen laste komen.⁹⁶ De reden hiervoor is naar het oordeel van het Hof dat een dergelijke weigering ertoe zal leiden dat de minderjarige Unieburgers feitelijk worden gedwongen het grondgebied van de Europese Unie te verlaten om hun ouders te

⁹¹ Artikel 10 van het destijds geldende Wetboek van de Belgische nationaliteit luidde: *Belg is het kind geboren in België en dat, op gelijk welk ogenblik voor de leeftijd van achttien jaar of voor de ontvoogding voor die leeftijd, staatloos zou zijn, indien het die nationaliteit niet bezat.* Op 28 december 2006 trad de volgende toevoeging aan het artikel in werking: *Het eerste lid zal evenwel niet van toepassing zijn indien het kind een andere nationaliteit kan verkrijgen, mits zijn wettelijke vertegenwoordiger(s) administratieve handelingen verrichten bij de diplomatieke of consulaire overheden van het land van de ouders of van één van hen.*

⁹² Naar aanleiding van de uitspraak Ruiz Zambrano is het Belgische recht omtrent het verkrijgen van de Belgische nationaliteit gewijzigd. In art. 6 van de Wet van 4 december 2012 tot wijziging van het Wetboek van de Belgische nationaliteit teneinde het verkrijgen van de Belgische nationaliteit migratieneutraal te maken is opgenomen:

Volgende kinderen zijn Belg op grond van geboorte in België :

1° het kind in België geboren, voor zover minstens één van de ouders :

a) zelf in België is geboren;

⁹³ Doordat de minderjarige Unieburgers nooit gebruik hadden gemaakt van hun recht op vrij verkeer, merkte het Hof op dat richtlijn 2004/38/EU niet van toepassing was.

⁹⁴ HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*).

⁹⁵ *Idem*, para. 42.

⁹⁶ *Idem*, para. 43.

volgen.⁹⁷ Daarnaast loopt de derdelander ouder het risico dat hij niet over voldoende middelen van bestaan beschikt om in het onderhoud van hem zelf en zijn gezin te voorzien indien hem een arbeidsvergunning wordt geweigerd. Ook in dat geval zouden volgens het Hof de minderjarige Unieburgers het grondgebied van de Europese Unie moeten verlaten. In beide situaties verkeren de kinderen in de feitelijke onmogelijkheid om de belangrijkste Unieburgerschapsrechten uit te kunnen oefenen, namelijk het mogen verblijven op het grondgebied van de Unie.⁹⁸

De bovenstaande overweging van het Hof wordt het Zambrano-criterium genoemd: het ontzeggen van het effectieve genot van de belangrijkste Unieburgerschapsrechten van minderjarige kinderen is in strijd met art. 20 VWEU.⁹⁹ Het gaat daarbij om het zogenoemde effectiviteitsbeginsel. Lidstaten zijn in eerste instantie zelf bevoegd om de betrekkingen met hun onderdanen te regelen. Op het moment dat de nationale maatregelen tot gevolg hebben dat de Unieburgerschapsrechten worden ontdaan van hun effectiviteit, heeft de situatie voldoende aanknopingspunten met het Unierecht.¹⁰⁰ In de zaak Ruiz Zambrano is art. 20 VWEU in het geding, aangezien de kinderen hun Unieburgerschapsrecht om te verblijven op het grondgebied van de Unie alleen kunnen effectueren indien hun derdelander ouders ook een verblijfsrecht krijgen binnen de Unie. Minderjarige kinderen zijn namelijk afhankelijk van hun ouders.¹⁰¹ Indien hun ouders niet binnen het grondgebied van de Unie mogen verblijven zullen de kinderen hun ouders automatisch volgen, wat tot gevolg heeft dat zij niet op het grondgebied van de Unie kunnen verblijven. Dit is in strijd met de rechten van Unieburgers die zijn neergelegd in art. 20 lid 2 VWEU.

4.3 Opvolgende uitspraken na Ruiz Zambrano

4.3.1 Dereci¹⁰²

In de zaak Dereci gaat het om vijf verschillende situaties die er allen door worden gekenmerkt dat de minderjarige Unieburgers niet financieel afhankelijk zijn van de

⁹⁷ HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09, r.o. 44 (*Ruiz Zambrano*).

⁹⁸ *Idem*.

⁹⁹ HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09, r.o. 46 (*Ruiz Zambrano*).

¹⁰⁰ Ankersmit & Geursen, *A&MR* 2011/4, p. 160-161.

¹⁰¹ Werner & Goeman 2015, p. 56.

¹⁰² HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (*Dereci*).

derdelander ouder ten behoeve van hun levensonderhoud.¹⁰³ De vragen die centraal staan zijn wat er onder 'de belangrijkste aan de status van Unieburger ontleende rechten' dient te worden verstaan en wanneer iemand feitelijk verplicht zou zijn het grondgebied van een lidstaat te verlaten.¹⁰⁴

In de uitspraak beperkt het Hof de reikwijdte van art. 20 VWEU. Ten eerste stelt het Hof dat het feitelijk verplicht worden niet alleen ziet op het vertrek uit een lidstaat, maar tevens het grondgebied van de Unie te moeten verlaten.¹⁰⁵ Het Hof beschouwt het Zambrano-criterium als een criterium van zeer bijzondere aard dat ziet op gevallen waarin bij uitzondering een verblijfsrecht niet kan worden ontzegd aan een derdelander die familie is van de Unieburger en het secundaire recht inzake het verblijfsrecht van derde landen niet van toepassing is, aangezien anders de nuttige werking zou worden ontnomen aan het Unieburgerschap.¹⁰⁶ Daarnaast is het volgens het Hof niet voldoende om aan te nemen dat bij de weigering van een verblijf de effectieve werking van het Unieburgerschap onder druk staat, indien het voor een staatsburger wenselijk is om economische redenen of om de familie-eenheid te behouden op het grondgebied van de Unie te verblijven.¹⁰⁷ Ten derde laat het Hof de vraag naar de toepasselijkheid van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest) over aan de nationale rechters.¹⁰⁸ Volgens het Hof dient de nationale rechter te bepalen of de zaken onder het Unierecht vallen, in welk geval de nationale rechter kan beoordelen of art. 7 Handvest is aangetast. Indien door de nationale rechter wordt geoordeeld dat een zaak niet onder het Unierecht valt, dienen de zaken alsnog in het licht van art. 8 EVRM te worden beoordeeld.¹⁰⁹ Dit wordt volgens Boeles de 'Dereci-scheiding' genoemd, aangezien er voortaan steeds na moet worden gegaan of een situatie binnen of buiten het toepassingsbereik van het Unierecht valt.¹¹⁰

¹⁰³ HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (*Dereci*).

¹⁰⁴ Lodder, *A&MR* 2013, p. 5.

¹⁰⁵ HvJ EU 15 november 2011, C-256/11, r.o. 66 (*Dereci*).

¹⁰⁶ *Idem*, para. 67.

¹⁰⁷ *Idem*, para. 68.

¹⁰⁸ *Idem*, para. 72 en Lodder, *A&MR* 2013, p. 6.

¹⁰⁹ HvJ EU 15 november 2011, C-256/11, r.o. 69 (*Dereci*).

¹¹⁰ Boeles, *A&MR* 2012-5/6, p. 244.

4.3.2 O. S. en L.¹¹¹

Een nadere uitwerking van het Zambrano-criterium werd gegeven in de zaak O.S. en L. Het Hof oordeelde dat het de afhankelijkheidsverhouding is tussen de minderjarige Unieburger en de derdelander ouder die het nuttig effect van het Unieburgerschap van de minderjarige in het geding kan brengen, aangezien juist die afhankelijkheid ertoe leidt dat de Unieburger het grondgebied van zowel de lidstaat als de Unie dient te verlaten.¹¹² Tevens formuleerde het Hof een aantal afhankelijkheidsfactoren, namelijk de wettelijke, financiële en affectieve afhankelijkheid aan de hand waarvan kan worden beoordeeld wanneer er sprake is van een afhankelijkheidsverhouding tussen de minderjarige Unieburger en de derdelander ouder.¹¹³ Om te bepalen wie de wettelijke last draagt over de minderjarige Unieburger is het van belang om te weten hoe het ouderlijk gezag is verdeeld.¹¹⁴ Het Hof overweegt dat de vraag wie het gezag heeft over de minderjarige relevant is voor de vraag of de Unieburgers feitelijk de voornaamste aan hun status van Unieburger verbonden rechten zouden kunnen uitoefenen.¹¹⁵ Hiermee geeft het Hof aan dat het gezag meegewogen dient te worden op nationaal niveau. In de uitspraak Chavez-Vilchez is het Hof nader ingegaan op de afhankelijkheidsverhouding tussen een derdelander ouder en een minderjarige Unieburger, welke in paragraaf 4.6 zal worden besproken.

4.3.3 Alokpa¹¹⁶

In de zaak Alokpa gaat het Hof verder in op de vraag of een derdelander moeder een afgeleid verblijfsrecht kan ontlenen aan haar Franse tweeling op grond van art. 20 VWEU. In deze zaak was er een Unieburger ouder, echter had de vader de kinderen alleen aangegeven en geholpen bij de aanvraag van een Frans identiteitsdocument. Er was geen sprake van gezinsleven met de Franse kinderen. Uit de uitspraak volgt dat het onduidelijk is wanneer een Unieburger ouder als geschikt kan worden geacht voor de minderjarige Unieburger te zorgen.¹¹⁷ Het Hof oordeelt: “In dit verband heeft Alokpa,

¹¹¹ HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C357/11 (*O.S. en L.*).

¹¹² Idem, para. 56.

¹¹³ Biersteker e.a. 2015, p. 7.

¹¹⁴ HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C357/11, r.o. 56 (*O.S. en L.*).

¹¹⁵ Idem, para. 51.

¹¹⁶ HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12 (*Alokpa*).

¹¹⁷ Weterings, *A&MR* 2013, p. 404.

zoals de advocaat-generaal in de punten 55 en 56 van zijn conclusie heeft opgemerkt, als moeder van Jarel en Eja Moudoulou en als persoon die sedert hun geboorte alléén daadwerkelijk voor hen zorgt, een afgeleid recht om deze kinderen te begeleiden en met hen op het Franse grondgebied te verblijven.”¹¹⁸ Uit de uitspraak volgt niet dat de positie van de vader enig belang heeft voor de beoordeling van het Hof.¹¹⁹ Uit de conclusie van de Advocaat-Generaal blijkt zelfs dat een potentiële rol van een vader niet afdoet aan, maar juist een overweging is die in aanmerking moet worden genomen bij de bepalingen in het Handvest.¹²⁰ Het Hof maakt hiermee duidelijk dat de aanwezigheid van een Unieburger ouder niet behelst dat die ouder geschikt is om voor de minderjarige Unieburger te zorgen en dat het aan de lidstaat is om te bepalen of de derdelander ouder daadwerkelijk alleen voor de minderjarige Unieburger zorgt.¹²¹

4.3.4 Enkele afsluitende opmerkingen

Met de ontwikkeling van het Zambrano-criterium werd voor de derdelander ouder de mogelijkheid gecreëerd om onder omstandigheden een afgeleid verblijfsrecht te kunnen ontleen aan de minderjarige Unieburger, vanwege het effectief genot van de Unieburgerschapsrechten. Het verblijfsrecht van een derdelander ouder blijkt daardoor te zijn ingegeven door het Unieburgerschap van de kinderen. De uitspraak impliceert dat kinderen als primair rechthebbenden worden beschouwd, waaraan de derdelander ouders onder bepaalde omstandigheden een afgeleid verblijfsrecht kunnen ontleen.¹²² Toch geeft het Hof met de zogenoemde Dereci-scheiding geen duidelijkheid over de toepassing van het Handvest. Om die reden is er tot dan toe onduidelijkheid over de toepasbaarheid van art. 24 Handvest in dergelijke zaken, waarin de rechten van het kind zijn vervat.¹²³ Vanuit een kinderrechtelijk perspectief is dit opvallend. Ondanks dat het

¹¹⁸ HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12, r.o. 34 (*Alokpa*).

¹¹⁹ Weterings, *A&MR* 2013, p. 404.

¹²⁰ HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12, (Conclusie. A-G P. Mengozzi r.o. 22).

¹²¹ Werner & Goeman 2015, p. 57.

¹²² *Idem*, p. 56.

¹²³ Op grond van art. 24 lid 1 Handvest hebben kinderen het recht op bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn. Tevens mogen zij vrijelijk hun mening uiten waaraan in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid passend belang wordt gehecht. Daarnaast is in lid 2 opgenomen dat de belangen van het kind een essentiële overweging vormen bij handelingen in verband met kinderen, ongeacht of deze worden verricht door overheidsinstanties of particuliere instellingen. Op grond van lid 3 hebben zij recht op regelmatige persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders.

belang van het kind niet expliciet in de uitspraak Ruiz Zambrano en de daarop volgende uitspraken is opgenomen, blijkt het belang van het kind daarbij wel impliciet een rol te spelen.¹²⁴ Want, zo vragen Klaassen en Rodrigues zich af, waarom zouden de kinderen van het echtpaar Zambrano worden gedwongen het grondgebied van de Unie te moeten verlaten indien hun ouders een verblijfsrecht wordt geweigerd? Zouden de kinderen niet door anderen opgevangen kunnen worden, zoals een pleeggezin? Die optie wordt door het Hof niet benoemd, aangezien kinderen het recht hebben om te worden verzorgd door hun ouders en met hen gezinsleven te hebben.¹²⁵ De verblijfsrechten van minderjarige Unieburgers zouden illusoir zijn indien hun ouders het grondgebied van de Unie zouden moeten verlaten.¹²⁶ Het Hof lijkt te erkennen dat het in het belang van het kind is om bij zijn ouders op te groeien. Een vraag die tot dan toe door het Hof onbeantwoord is gebleven, is hoe het belang van het kind dient te worden gewogen in zaken waarin er zowel een derdelander ouder als Unieburger ouder is. Daarbij ontstaat tevens de vraag op welke wijze in die gevallen de afhankelijkheidsverhouding dient te worden vastgesteld, om te kunnen bepalen of de derdelander ouder een verblijfsrecht kan ontlenen aan art. 20 VWEU.¹²⁷

4.4 Jurisprudentie Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State

4.4.1 Unieburger ouder wordt geacht te kunnen zorgen voor minderjarige Unieburger

De situatie waarin er sprake is van een derdelander ouder en een Unieburger ouder bleek zich juist voor te doen in de Nederlandse praktijk. De Afdeling heeft voor het eerst op 7 maart 2012 in een viertal uitspraken, waarin het zowel gaat om een derdelander ouder als een derdelander ouder én een Unieburger ouder, uiteengezet welke betekenis aan het Zambrano-criterium dient te worden toegekend.¹²⁸ De zaken verschillen voor wat betreft de relatie tussen de ouders. In twee zaken zijn de ouders met elkaar

¹²⁴ Zie: Werner & Goeman 2015, p. 57, Klaassen, *Jeugdrecht in de Praktijk* 2015/6, p. 6, Klaassen & Rodrigues, *European Journal of Migration and Law* 2017-2, p. 19 en Beltman & Zijlstra, *Journaal Vreemdelingenrecht* 2013, p. 294.

¹²⁵ Lodder & Rodrigues 2012, 113. Zie tevens art. 7 en 9 IVRK.

¹²⁶ Klaassen & Rodrigues, *European Journal of Migration and Law* 2017-2, p. 20.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ ABRvS 7 maart 2012, 201011743/1/V1, ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8623, ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8619 m.nt. T. de Lange en P.R. Rodrigues en ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8631.

getrouwd.¹²⁹ In een zaak is de echtgenoot overleden en verblijven de moeder en kinderen in Indonesië.¹³⁰ In een andere zaak is de verblijfplaats van de Nederlandse vader onbekend en draagt hij op geen enkele wijze bij aan de verzorging en opvoeding van de minderjarige.¹³¹

Uit de uitspraken kan worden afgeleid dat indien een ouder traceerbaar is, alleen in zeer bijzondere situaties door de Afdeling wordt aangenomen dat er tussen de derdelander ouder en de minderjarige Unieburger een afhankelijkheidsrelatie bestaat. Volgens de Afdeling dient te worden onderzocht of de minderjarige geen andere keus heeft dan met de derdelander ouder het grondgebied van de Unie te verlaten. De Lange en Rodrigues merken op dat de Afdeling hiermee een strenger criterium lijkt te hanteren dan 'feitelijk wordt verplicht' in de zaak Dereci.¹³² Volgens hen is het criterium in Dereci een betere aanduiding, aangezien de minderjarige niet in de positie is om een keuze te maken.¹³³ Daarnaast stelt het Hof dat het niet voldoende is om te stellen dat een ouder niet voor het kind kan zorgen vanwege een verminderd arbeidsvermogen en psychische problematiek. Volgens de Afdeling dient te worden aangetoond dat een ouder niet met hulp en ondersteuning van derden, zoals maatschappelijke instellingen, voor een kind kan zorgen. Van leden van een dergelijk gezin kan volgens de Afdeling worden verwacht dat zij gebruik maken van de mogelijkheid om aanspraak te maken op verstrekkingen en om hulp te ontvangen als daarmee kan worden voorkomen dat een Unieburger feitelijk wordt verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten.¹³⁴

De uitspraken die nadien zijn beoordeeld door de Afdeling zien op de situatie van jonge minderjarige Unieburgers met een Nederlandse ouder en een Unieburger ouder. De overweging dat van een gezin dat bestaat uit een ouder die burger is van een derde land en een Unieburger ouder mag worden verlangd dat zij gebruik maken van maatschappelijke instellingen voor ondersteuning bij bijvoorbeeld de zorg en opvoeding is in meerdere uitspraken door de Afdeling bevestigd.¹³⁵

¹²⁹ ABRvS 7 maart 2012, 201011743/1/V1, r.o. 2.2 en ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8619 m.nt. T. de Lange en P.R. Rodrigues, r.o. 2.5.4.

¹³⁰ ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8631, r.o. 2.1.

¹³¹ ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8623, r.o. 2.3.1.

¹³² ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8619 m.nt. T. de Lange en P.R. Rodrigues.

¹³³ Idem.

¹³⁴ ABRvS 7 maart 2012, 201011743/1/V1, r.o. 2.3.4 en ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8619, r.o. 2.5.4.

¹³⁵ Zie onder andere: ABRvS 20 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW005, r.o. 2.4.3, ABRvS 24 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4298, r.o. 2.5.4, ABRvS 15 november 2012,

Uit het bovenstaande volgt dat ook al is de derdelander ouder de primaire verzorger, dit geen concrete aanwijzing vormt voor de conclusie dat de Unieburger ouder niet met hulp feitelijk voor het kind zou kunnen zorgen. De derdelander ouder dient aan te tonen dat de Unieburger ouder met behulp van maatschappelijke instellingen niet voor een minderjarige Unieburger kan zorgen. Ook indien de derdelander ouder stelt voor de minderjarige Unieburger te moeten zorgen aangezien hij in het levensonderhoud voorziet, is geen concrete aanwijzing dat de Unieburger ouder niet met behulp van aanspraken voor de minderjarige Unieburger kan zorgen.¹³⁶

4.4.2 Unieburger ouder kan niet voor de minderjarige Unieburger zorgen

De vraag die overblijft is wanneer de Afdeling aanneemt dat een Unieburger ouder niet geacht kan worden zorg te dragen voor de minderjarige Unieburger. Volgens de Afdeling is de Unieburger ouder niet in staat om voor een minderjarige Unieburger te kunnen zorgen, indien de ouder overleden¹³⁷ of gedetineerd¹³⁸ is. Daarnaast komt de Afdeling tot een dergelijk oordeel indien, zoals hierboven genoemd, de ouder buiten beeld is doordat de verblijfplaats van deze ouder onbekend is.¹³⁹ Tevens neemt de Afdeling aan dat de Unieburger niet met behulp van derden voor een minderjarige Unieburger kan zorgen indien de kans groot is dat de minderjarige dan uit huis zal worden geplaatst vanwege psychische of lichamelijke klachten van ouders.¹⁴⁰ Hieruit volgt dat een beroep op het Zambrano-criterium vanwege psychische of lichamelijke klachten kan slagen, echter is dit alleen mogelijk indien dergelijke klachten uit overgelegde stukken blijken.¹⁴¹ Tot slot heeft de Afdeling geoordeeld dat een kind niet aan een Unieburger

ECLI:NL:RVS:2012:BY4039, r.o. 2.3, ABRvS 10 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1345, r.o. 2.4.2, ABRvS 8 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:131, r.o. 4.1 en ABRvS 1 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1417, r.o. 5.4.

¹³⁶ ABRvS 20 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:4026, r.o. 2.8.6, ABRvS 24 april 2012.

ECLI:NL:RVS:2012:BW4298, r.o. 2.3.4 en ABRvS 19 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2060, r.o. 4.6.

¹³⁷ ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8631, r.o. 2.7.9.

¹³⁸ ABRvS 10 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1345, r.o. 2.4.5 en ABRvS 31 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19094, r.o. 5.6.

¹³⁹ ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8623, r.o. 2.3.8 en ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8631, r.o. 2.7.10.

¹⁴⁰ ABRvS 26 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9025, r.o. 6.4, ABRvS 2 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1147, r.o. 3.6.

¹⁴¹ ABRvS 6 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5044, r.o. 2.4.6.

ouder kan worden toevertrouwd indien er sprake is van huiselijk geweld door de Unieburger ouder.¹⁴²

Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de Afdeling de afhankelijkheidsverhouding tussen een derdelander ouder en Unieburger minderjarige in lijkt te vullen aan de hand van de verhouding tussen de Unieburger ouder en de minderjarige Unieburger.

4.4.3 De rol van het gezag

De Afdeling heeft ook invulling gegeven aan de rol die het gezag speelt in zaken waarbij er sprake is van een derdelander ouder en een Unieburger ouder. Volgens de Afdeling is de bestaande verdeling van het gezag geen relevant aspect in situaties waarbij het gaat om een ouder die het eenhoofdig gezag heeft.¹⁴³ In verschillende zaken oordeelt het Hof dat de enkele stelling dat de Unieburger ouder niet het gezag over de kinderen heeft onvoldoende is, aangezien de derdelander ouder niet aannemelijk heeft gemaakt dat de Unieburger ouder – al dan niet mede – met het gezag zou kunnen worden belast.¹⁴⁴ Hieruit kan worden afgeleid dat het de Afdeling gaat om de potentiële verdeling van het gezag, de daadwerkelijke verdeling van het gezag wordt niet van belang geacht.

4.5 Ontwikkeling Nederlands beleid omtrent het verkrijgen van een afgeleid verblijfsrecht

Door Minister Leers¹⁴⁵ werd uit de vier uitspraken van de Afdeling van 7 maart 2012 afgeleid dat alleen indien er een objectieve belemmering bestaat voor de Nederlandse ouder om voor het minderjarige Nederlandse kind te zorgen, een verblijfsrecht kan worden ontleend aan de derdelander ouder indien de minderjarige anders de Unie moet verlaten.¹⁴⁶ De uitspraken Ruiz Zambrano en Dereci en de nadien gepubliceerde jurisprudentie van de Afdeling werden in het Nederlandse beleid¹⁴⁷ met betrekking tot

¹⁴² ABRvS 20 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1349, r.o. 1.3. Zie ook Klaassen & Lodder, *A&MR* 2016, p. 40.

¹⁴³ Werner & Goeman 2015, p. 61.

¹⁴⁴ Zie onder andere: ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4921 r.o. 2.3.4, ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0833, r.o. 5.6, ABRvS 3 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8706 r.o. 3.3 en ABRvS 13 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3615, r.o. 4.4.

¹⁴⁵ Destijds de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 19 637, nr. 1561, p. 3.

¹⁴⁷ Destijds opgenomen in B2/10 Vreemdelingencirculaire.

het verblijf van een derdelander ouder bij een minderjarige Nederlands kind opgenomen.¹⁴⁸ Voorwaarden die werden gesteld waren dat de derdelander een Nederlands kind heeft, over het kind de feitelijke zorg heeft dan wel op zich zal nemen – het kind ten laste komt van hem – en de minderjarige de derdelander ouder dient te volgen bij het onthouden van een verblijfsvergunning aan de derdelander ouder.¹⁴⁹ De minderjarige hoeft de derdelander ouder niet te volgen indien er een Nederlandse ouder is die feitelijk voor het kind kan zorgen, eventueel met gebruik van hulp en ondersteuning bij de zorg en opvoeding die van overheidswege en door maatschappelijke instellingen wordt geboden. Onder ‘andere ouder’ worden geen andere familieleden of kennissen verstaan.¹⁵⁰ In 2013 werd aan het beleid¹⁵¹ toegevoegd dat de Nederlandse ouder feitelijk voor het kind kan zorgen indien die ouder niet het gezag heeft over het kind en de derdelander ouder niet heeft aangetoond dat het gezag niet aan de Nederlandse ouder kan worden toegekend. Tevens werd opgenomen dat de Nederlandse ouder niet voor het kind kan zorgen als deze ouder zich in detentie bevindt.¹⁵² Vervolgens heeft er in 2014 een beleidswijziging plaatsgevonden.¹⁵³ Het beleid met betrekking tot het verblijf van een derdelander ouder bij een Unieburger minderjarige werd sindsdien opgenomen in B10/2.2 Vc.¹⁵⁴ Het bovenstaande is een beschrijving van het beleid zoals vormgegeven voor de recente beleidswijziging van 1 oktober 2017 door de staatssecretaris naar aanleiding van de uitspraak Chavez-Vilchez.

¹⁴⁸ *Stb.* 2012, nr. 26248.

¹⁴⁹ *Stb.* 2012, nr. 26248, p. 16.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 17.

¹⁵¹ Destijds opgenomen in B7/3.9 Vreemdelingen-circulaire.

¹⁵² *Stb.* 2013, nr. 8389, p. 61.

¹⁵³ *Stb.* 2014, nr. 8761.

¹⁵⁴ Tot deze beleidswijziging waren de voorwaarden opgenomen in B7/3.9 Vc. Een geslaagd beroep op de uitspraak Ruiz Zambrano leidde tot verlening van een verblijfsvergunning als bedoeld in art. 14 Vreemdelingenwet (Vw). Bij de uitspraak van 9 augustus 2013 oordeelde de Afdeling dat een geslaagd beroep op Ruiz Zambrano zou leiden tot een rechtmatig verblijf in de zin van art. 8 sub e Vw. Om die reden werd het beleid overgeheveld van B7/3.9 Vc naar B10/2.2 Vc.

4.6 De uitspraak Chavez-Vilchez

4.6.1 Feiten en prejudiciële vragen

De restrictieve uitleg van de uitspraak Ruiz Zambrano door de Afdeling in zaken met betrekking tot een derdelander ouder en een minderjarige Unieburger riep vragen op. Acht derdelander moeders waarvan de aanvraag tot verkrijging van een verblijfsvergunning was afgewezen en om die reden geen aanspraak konden maken op verstrekkingen stelden hoger beroep in bij de CRvB.¹⁵⁵ In de acht zaken gaat het om derdelander moeders met een of meer minderjarigen in de leeftijd van 4 tot en met 9 jaar die de Nederlandse nationaliteit hebben, ontleent aan hun Nederlandse vader. In alle acht zaken zijn de minderjarigen erkend door hun vader en zijn de ouders niet meer bij elkaar. De minderjarige Unieburgers hebben hun hoofdverblijfplaats bij hun moeder.¹⁵⁶ In twee van de acht zaken hebben de derdelander ouder en de Unieburger ouder gezamenlijk het gezag over de minderjarige, in de overige zaken heeft alleen de derdelander ouder de daadwerkelijke dagelijkse zorg voor het kind. Drie van de Unieburger ouders dragen bij in het onderhoud van de minderjarige Unieburger. De contacten tussen de Unieburger ouder en de minderjarige variëren. In drie gevallen is er geen contact en in een geval nauwelijks. In de overige vier gevallen is het contact wisselend van geen omgangsregeling tot drie weekenden per maand.¹⁵⁷ De derdelander moeders verbleven ten tijde van de geboorte van de kinderen tussen de vier en acht jaar in Nederland. Vier derdelander moeders verbleven in een gemeentelijke (nood)opvang.

De acht derdelander moeders menen een afgeleid verblijfsrecht te kunnen ontlenen aan hun minderjarige Unieburger kinderen.¹⁵⁸ Ook de CRvB was er niet van overtuigd dat art. 20 VWEU dusdanig restrictief dient te worden opgevat, zoals de Afdeling dat doet, in gevallen waarin er een derdelander ouder is met een minderjarige Unieburger. Om die reden heeft de CRvB drie prejudiciële vragen gesteld aan het Hof over de acht zaken die bij hen voor lagen onder de naam Chavez-Vilchez.¹⁵⁹ Ten eerste de vraag of art. 20 VWEU aldus dient te worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat

¹⁵⁵ Volgens het koppelingsbeginsel in artikel 10 Vreemdelingenwet 2000 kan namelijk alleen aanspraak worden gemaakt op de toekenning van verstrekkingen in geval iemand een rechtmatig verblijf heeft.

¹⁵⁶ HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15, r.o. 41 (*Chavez-Vilchez*).

¹⁵⁷ Idem, para. 43.

¹⁵⁸ CRvB 16 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:665.

¹⁵⁹ Idem, r.o. 4.8.

een lidstaat aan een derdelander, die de dagelijkse en daadwerkelijke zorg heeft voor zijn minderjarige Unieburger kind het recht van verblijf in die lidstaat ontzegt. Daarnaast de vraag of het daarbij van belang is dat de wettelijke, financiële en/of affectieve last niet geheel bij deze ouder rust en dat niet is uitgesloten dat de andere Unieburger ouder feitelijk in staat zou kunnen zijn om voor het kind te zorgen. De derde vraag betreft de verdeling van de bewijslast, waarbij de CRvB de vraag stelde of op de zorgende derdelander ouder de bewijslast rust dat de Unieburger ouder de zorg voor het kind niet op zich kan nemen.¹⁶⁰ Op 10 mei 2017 heeft het Hof uitspraak gedaan in de zaak Chavez-Vilchez.

4.6.2 Overwegingen van het Hof

In drie van de acht zaken had de derdelander moeder inmiddels een verblijfsvergunning verkregen, waarvan twee in België en één in Nederland.¹⁶¹ In deze zaken waren de prejudiciële vragen wel nog van belang voor de aanspraak op verstrekkingen. Aangezien in een van de acht zaken gebruik was gemaakt van het recht op vrij verkeer – de ouders en de minderjarige hadden in Duitsland gewoond – herhaalt het Hof ten eerste dat de instanties in de lidstaat na dienen te gaan of de minderjarige Unieburger een verblijfsrecht kan ontleen aan art. 21 VWEU en Richtlijn 2004/38. Daarop kan een beroep worden gedaan indien de kinderen hebben verbleven in een andere lidstaat. Op het moment dat aan art. 21 VWEU en Richtlijn 2004/38 geen verblijfsrecht kan worden ontleend, volgt de vraag of de minderjarige Unieburger een verblijfsrecht kan ontleen aan art. 20 VWEU.¹⁶²

Daarna gaat het Hof nader in op art. 20 VWEU. Het Hof overweegt dat voor alle acht zaken dient te worden beoordeeld welke ouder de daadwerkelijke zorg over het kind heeft en of er een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen het kind en de derdelander ouder, om te kunnen bepalen of de minderjarige Unieburger het risico loopt het grondgebied van de Unie te moeten verlaten waardoor hem het effectieve genot van zijn Unieburgerschapsrechten wordt ontzegd.¹⁶³ Daarvoor dient

¹⁶⁰ CRvB 16 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:665, r.o. 4.8.

¹⁶¹ HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15, r.o. 44 (*Chavez-Vilchez*).

¹⁶² Zie HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12 (*Alopa*), HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12 (*Moudoulou*), HvJ EU 30 juni 2016, C-115/15 (*NA*) en HvJ EU 13 september 2016, C-165/14 (*Rendon Marin*). Zie tevens Haag 2017.

¹⁶³ HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15, para. 70 (*Chavez-Vilchez*).

ten eerste te worden vastgesteld wie de verzorgende ouder is. In dat verband verwijst het Hof naar de uitspraak O.S. en L waarin is bepaald dat het van belang is om te bepalen wie het gezag over het kind heeft en of de derdelander ouder de wettelijke, financiële en affectieve last heeft over de minderjarige Unieburger. Het Hof overweegt daarbij: “In het kader van die beoordeling dienen de bevoegde autoriteiten rekening te houden met het recht op eerbiediging van het gezinsleven zoals dat is neergelegd in artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarbij dat artikel moet worden gelezen in samenhang met de verplichting tot inachtneming van het in artikel 24, lid 2, van dat Handvest erkende hogere belang van het kind.”¹⁶⁴ De omstandigheid dat de Nederlandse ouder de dagelijkse daadwerkelijke zorg voor de minderjarige Unieburger kan en wil dragen is daarvoor volgens het Hof relevant, maar niet doorslaggevend om te bepalen of een kind genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten.¹⁶⁵ Dit impliceert dat zelfs als er een Unieburger ouder aanwezig is, een minderjarige kan worden gedwongen het grondgebied van de Unie te moeten verlaten. Om tot een dergelijke vaststelling te komen moeten volgens het Hof, in het hogere belang van het kind, alle betrokken omstandigheden in de beschouwing worden betrokken. Het Hof noemt daarbij factoren als: de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate van zijn affectieve relatie met zowel de Unieburger ouder als de derdelander ouder en het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het van de derdelander ouder zou worden gescheiden.¹⁶⁶

Vervolgens gaat het Hof in op de derde prejudiciële vraag. Het Hof oordeelt dat de derdelander ouder de benodigde gegevens dient te verschaffen waaruit blijkt dat de minderjarige Unieburger het grondgebied van de Unie zou moeten verlaten indien aan de derdelander ouder een verblijfsrecht wordt geweigerd.¹⁶⁷ De nationale autoriteiten dienen er daarbij volgens het Hof voor te waken dat de toepassing van nationale voorschriften betreffende de bewijslast niet afdoet aan de nuttige werking van art. 20 VWEU.¹⁶⁸ Voorts is het Hof van mening dat de bewijslast van de derdelander ouder wordt gedeeld met de nationale autoriteiten, waar het Hof oordeelt dat: “aan de hand van de door de onderdaan van een derde land verstrekte gegevens het nodige

¹⁶⁴ HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15, para. 70 (*Chavez-Vilchez*).

¹⁶⁵ *Idem*, para. 71.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ *Idem*, para. 75.

¹⁶⁸ *Idem*, para. 76.

onderzoek te doen om vast te stellen waar de ouder die onderdaan van die lidstaat is woont en om te onderzoeken, in de eerste plaats of die ouder daadwerkelijk alleen de dagelijkse daadwerkelijke last voor het kind kan en wil dragen en, in de tweede plaats, of er al dan niet een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen het kind en de ouder die onderdaan is van een derde land.” Daaruit volgt of een kind bij weigering van een verblijfsrecht aan de derdelander ouder het effectieve genot van de Unieburgerschapsrechten wordt ontzegd, aangezien de minderjarige in dat geval genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten.¹⁶⁹

4.7 Analyse uitspraak Chavez-Vilchez

4.7.1 Het hogere belang van het kind

Het Hof heeft in de uitspraak Chavez-Vilchez nadrukkelijk een overweging opgenomen met betrekking tot de toepasbaarheid van art. 7 en 24 lid 2 Handvest. In de uitspraak Dereci liet het Hof het nog aan de nationale instanties of het Handvest al dan niet van toepassing was. Het Hof overwoog destijds dat het bij de toets aan art. 20 VWEU alleen gaat om de vraag of er een feitelijke verplichting bestaat het grondgebied van de Unie te verlaten, de wens om de gezinseenheid te bewaren was volgens het Hof niet voldoende daarvoor.¹⁷⁰ Het Hof gaf niet aan hoe aan de grondrechten in art. 7 en art. 24 Handvest dienen te worden getoetst en of deze toets überhaupt onderdeel uitmaakt van de toets aan art. 20 VWEU.¹⁷¹ Met de uitspraak Chavez-Vilchez heeft het Hof aan deze onduidelijkheid een einde gemaakt. Volgens het Hof dient bij de beoordeling welke ouder de daadwerkelijke zorg over het kind heeft en of er een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen het kind en de derdelander ouder rekening te worden gehouden met het recht op gezinsleven in art. 7 Handvest in samenhang met het hogere belang van het kind in art. 24 lid 2 Handvest. De bewoordingen ‘in samenhang met’ impliceren dat het Hof art. 24 lid 2 Handvest niet als onderdeel van, maar als aanvulling op art. 7 Handvest ziet.¹⁷² Daaruit kan worden afgeleid dat het Hof aan art. 24 lid 2 Handvest zelfstandige betekenis heeft willen toekennen bij de toets aan art. 20 VWEU. De belangen van het kind spelen daardoor niet impliciet een rol, de

¹⁶⁹ HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15, r.o. 77 (*Chavez-Vilchez*).

¹⁷⁰ HvJ EU 15 november 2011, C-256/11, r.o. 72 (*Dereci*).

¹⁷¹ Lodder, *A&MR* 2013, p. 9.

¹⁷² HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15, m.nt. Groenendijk (*Chavez-Vilchez*).

belangen van het kind dienen nadrukkelijk te worden overwogen bij het bepalen van de afhankelijkheidsverhouding.

De opname van art. 24 Handvest heeft tot gevolg dat er een aantal rechten uit het IVRK zijn geïncorporeerd bij de toets aan art. 20 VWEU. Uit de toelichting op art 24 VWEU volgt namelijk dat het artikel is gebaseerd op de artikelen 3, 9 lid 3, 12 en 13 IVRK.¹⁷³ Het is opvallend dat niet wordt uitgelegd waarom er specifiek voor die vier artikelen is gekozen. Waarom zouden art. 9 en 10 IVRK, die betrekking hebben op de eenheid van het gezin, niet zijn verbonden aan art. 7 Handvest? In het kader van het recht op gezinsleven zou dat meer voor de hand liggend zijn geweest.¹⁷⁴ Wel dient te worden opgemerkt dat een keuze voor dergelijke artikelen niet impliceert dat met de overige rechten in het IVRK geen rekening hoeft te worden gehouden. Ten eerste volgt uit art. 53 Handvest dat art. 24 Handvest niet zo mag worden uitgelegd dat er afbreuk wordt gedaan aan het IVRK, waardoor bij de toepassing van art. 24 Handvest altijd dient te worden bezien of de rechten in het IVRK zich niet daartegen verzetten.¹⁷⁵ Daarnaast is door het Hof met name in de zaak *Parlement t. Raad* al eerder erkend dat het IVRK dient als inspiratiebron voor het gemeenschapsrecht, waardoor het IVRK al een rol had verworven binnen het Unierecht.¹⁷⁶

Daarnaast heeft het Hof gekozen voor de bewoordingen ‘het hogere belang van het kind’.¹⁷⁷ De vraag die daarbij kan worden gesteld is wat het Hof verstaat onder dit ‘hogere’ belang. Het is opvallend dat niet in alle vertalingen is gekozen voor de opname van het woord ‘hogere’. In de Engelstalige versie wordt namelijk alleen verwezen naar ‘the best interests of the child’. Daarentegen verwijst de Franstalige versie met de bewoordingen ‘l’intérêt supérieur de l’enfant’ wel naar de hogere belangen van het kind.¹⁷⁸ Aan de ene kant kan hieruit worden afgeleid dat ‘hogere’ terugslaat op ‘een essentiële overweging’ in art. 24 lid 2 Handvest. Dat toont aan dat kinderen eigen autonome belangen hebben en niet alleen de belangen van volwassenen volgen.¹⁷⁹ Anderzijds zou het Hof met het opnemen van ‘hogere’ ook de belangen van het kind

¹⁷³ PbEU 2007, C-303/02, p. 25.

¹⁷⁴ Stalford 2012, p. 43.

¹⁷⁵ Reneman, *A&MR* 2011, p. 354.

¹⁷⁶ HvJ EU 26 juni 2006, C-540/03, r.o. 57 (*Parlement t. Raad*), m.nt. Boeles.

¹⁷⁷ HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15, r.o. 70 (*Chavez-Vilchez*).

¹⁷⁸ Vergelijk rechtsoverweging 70 in zowel de Franstalige als de Engelstalige versie van de uitspraak *Chavez-Vilchez* van het Hof.

¹⁷⁹ BCHV 2013, p. 16 e.v.

extra hebben willen benadrukken, door de belangen van het kind de doorslaggevende betekenis te geven en dus voorop te stellen bij het onderzoeken welke ouder de daadwerkelijke zorg over een kind heeft en de afhankelijkheidsverhouding tussen de derdelander ouder en de minderjarige Unieburger. Dat de belangen van het kind voorop dienen te worden gesteld volgt ook uit de conclusie van Advocaat-Generaal Szpunar. De Advocaat-Generaal haalt in zijn conclusie aan dat het beginsel dat het belang van het kind voorop moet staan een van de beginselen is die eigen zijn aan de rechtsorde van de Unie.¹⁸⁰ Ongeacht of het Hof al dan niet bewust de keuze heeft gemaakt om 'hogere' voor het belang van het kind op te nemen, zou de laatste benadering moeten worden gevolgd. Beslissingen met betrekking tot het verblijfsrecht van de derdelander ouder kunnen immers een grote impact op de minderjarige Unieburger hebben en er zelfs toe leiden dat hun meest fundamentele recht om op het grondgebied van de Unie te verblijven geschonden wordt. Het belang van het kind dient om die reden altijd voorop te worden gesteld bij beslissingen omtrent het verblijfsrecht van derdelander ouders.

4.7.2 De rechtspositie van de derdelander ouder

Nu het Hof uitspraak heeft gedaan in de zaak Chavez-Vilchez is het interessant om te bezien wat de rechtspositie van een derdelander ouder van een Unieburger minderjarige is. Het Hof herhaalt in de uitspraak Chavez-Vilchez in eerste instantie dat indien het recht op vrij verkeer niet is uitgeoefend, maar het gaat om een situatie die een onlosmakelijke band heeft met het recht van een Unieburger op vrij verblijf, de bevoegdheden van lidstaten zijn beperkt om voorschriften vast te stellen met betrekking tot het inreis- en verblijfsrecht.¹⁸¹ Het Hof oordeelt daarbij dat in alle acht zaken in de zaak Chavez-Vilchez na moet worden gegaan of de minderjarige Unieburger gedwongen wordt het grondgebied van de Unie te verlaten bij het weigeren van een verblijfsrecht aan de derdelander ouder. Daarvan zou volgens het Hof dus ook sprake kunnen zijn indien er eveneens een Unieburger ouder is. Dit impliceert dat vanwege de toepassing van het Unierecht de beleidsruimte van de Staat om immigratie te controleren wordt beperkt. De Staat dient er namelijk zorg voor te dragen dat het nuttig effect van de Unieburgerschapsrechten van deze minderjarige Unieburger – het

¹⁸⁰ HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15 (*Chavez-Vilchez*), conclusie A-G Szpunar.

¹⁸¹ HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15, r.o. 64 (*Chavez-Vilchez*).

verblijfsrecht op het grondgebied van de Unie – niet wordt ontnomen wanneer er tevens een Unieburger ouder is. In een dergelijk geval kan de derdelander ouder alsnog een verblijfsrecht verkrijgen.

Bovenstaande roept de vraag op of er door de Staat dan helemaal geen grenzen kunnen worden gesteld aan een verblijfsrecht van een derdelander ouder op grond van art. 20 VWEU? In september 2016 heeft het Hof daaromtrent uitspraak gedaan in de zaken *Rendón Marín en C.S.*,¹⁸² waarbij het ging om twee derdelander ouders die een strafbaar feit hadden begaan, terwijl zij alleen de zorg voor een minderjarige Unieburger droegen. Het Hof diende de vraag te beantwoorden of er een uitzondering kan worden gemaakt op de regel dat een familielid van een Unieburger niet uit de Unie als geheel mag worden gezet als dit tot gevolg zou hebben dat de Unieburger zelf feitelijk verplicht is het grondgebied van de Unie te verlaten, terwijl de verzorgende ouder een strafblad heeft. Het Hof oordeelde in beide zaken dat een dergelijke uitzondering mogelijk is, indien het verblijf van een ouder een risico vormt voor de openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid.¹⁸³ Deze uitzonderingen mogen volgens jurisprudentie van het Hof op dit gebied en de beginselen die zijn vastgelegd in de Burgerschapsrichtlijn worden toegepast. Op basis van art. 27 Burgerschapsrichtlijn moet de bedreiging werkelijk, actueel en voldoende ernstig zijn en is het onvoldoende als de derdelander ouder alleen een strafblad heeft. Het Hof voegde er in de uitspraak *C.S.* nog aan toe dat, omdat de uitzetting van een ouder op basis van deze uitzonderingen tot het ontnemen van effectief genot van de Unieburgerschapsrechten kan leiden, de uitzetting van een ouder binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. Daardoor dient bij een overweging tot uitzetting rekening te worden gehouden met art. 7 Handvest en art. 24 lid 2 Handvest.¹⁸⁴ Terugkomend op het belang van het kind is het hier relevant om te vermelden dat *Chavez-Vilchez* dus niet de eerste uitspraak van het Hof waarin het belang van het kind op grond van art. 24 Handvest nadrukkelijk wordt betrokken. Wel is er sprake van een geheel andere context. In het geval van situaties zoals in de zaak *Chavez-Vilchez* is uitzetting alleen mogelijk indien de situatie buiten de werkingssfeer van het Unierecht valt, waardoor geen afweging met betrekking tot het

¹⁸² HvJ EU 13 september 2016, C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675 (*Rendón Marín*) en HVJ EU 13 september 2016, C-304/14 (ECLI:EU:C:2016:674).

¹⁸³ *Idem.*

¹⁸⁴ HvJ EU 13 september 2016, C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675 r.o. 66 (*Rendón Marín*) en HVJ EU 13 september 2016, C-304/14 r.o. 36 (ECLI:EU:C:2016:674).

belang van het kind op grond van art. 24 lid 2 Handvest hoeft plaats te vinden.¹⁸⁵ Bij uitzetting van een derdelander ouder als gevolg van het begaan van een strafbaar feit, besliste het Hof in de zaak C.S. dat de uitzetting juist wel binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, waardoor het belang van het kind ingevolge art. 24 lid 2 Handvest meegewogen moet worden. Bovenstaande impliceert dat het Hof het belang van het kind in art. 24 lid 2 Handvest koppelt aan de toets of een minderjarige Unieburger gedwongen zou worden het grondgebied van de Unie te verlaten indien de derdelander ouder geen verblijfsrecht krijgt, waardoor hen het effectieve genot van hun Unieburgerschapsrechten wordt ontzegd.

4.8 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is gebleken dat het Hof met de uitspraak Ruiz Zambrano voor de derdelander ouder de mogelijkheid heeft gecreëerd om op grond van art. 20 VWEU een verblijfsrecht te kunnen ontleen aan het Unieburgerschap van de minderjarige, indien nationale maatregelen tot gevolg hebben dat de minderjarige het grondgebied van de Unie dient te verlaten. Een van de vragen die na de uitspraak Ruiz Zambrano onbeantwoord bleef was hoe om dient te worden gegaan met situaties waarbij een van de ouders, net zoals de minderjarige, Unieburger is. Die situatie bleek zich in Nederland regelmatig voor te doen. In tegenstelling tot de verwachting van Minister Leers had de uitspraak Ruiz Zambrano daardoor wel degelijk veel gevolgen voor de Nederlandse praktijk. De Afdeling paste de uitspraak Ruiz Zambrano op deze situaties in verschillende uitspraken toe en hanteerde daarbij een vrij restrictieve lijn. Alleen indien er objectieve belemmeringen bestaan voor de Nederlandse ouder om voor de minderjarige te zorgen kan een verblijfsrecht worden ontleend aan de derdelander ouder.

De gevolgen van de uitspraak Ruiz Zambrano voor Nederland lijken rechtstreeks voort te vloeien uit de toepassing van het Unieburgerschap op basis van art. 20 VWEU. Afgevraagd kan worden of dit wel het geval is. Zoals in hoofdstuk 2 benoemd wordt vanwege het strenge reguliere gezinsmigratiebeleid door derdelander ouders een beroep gedaan op het Unieburgerschap van de minderjarige. De restrictieve toepassing van de uitspraak Ruiz Zambrano door de Afdeling in situaties waarbij een van de ouders,

¹⁸⁵ HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15 (*Chavez-Vilchez*), m.nt. Groenendijk.

net zoals de minderjarige, Unieburger is resulteerde in de drie prejudiciële vragen die de CRvB in de zaak Chavez-Vilchez aan het Hof heeft gesteld. Naar aanleiding daarvan oordeelde het Hof dat indien de minderjarige Unieburger in vergaande mate afhankelijk is van de derdelander ouder het Unierecht zich verzet tegen elke handeling die ertoe leidt dat de minderjarige het effectief genot wordt ontnomen van zijn Unieburgerschapsrechten. Daarbij werden voor het eerst het belang van het kind in art. 24 Handvest en het recht op gezinsleven in art. 7 Handvest betrokken. De prejudiciële vragen in de zaak Chavez-Vilchez zouden echter niet zijn ontstaan indien het reguliere gezinsmigratiebeleid minder streng zou zijn geweest. Hierop zal in het volgende hoofdstuk nader worden ingegaan.

5. De gevolgen van de uitspraak Chavez-Vilchez

5.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is ingegaan op de jurisprudentie van het Hof, waaronder de uitspraak Chavez-Vilchez. Het Hof heeft daarin nader gespecificeerd op welke wijze een derdelander ouder een verblijfsrecht kan ontleen aan het Unieburgerschap van de minderjarige. In dit hoofdstuk staan de gevolgen van de uitspraak Chavez-Vilchez voor het Nederlandse gezinsmigratiebeleid centraal in het licht van het IVRK en de visie van het Comité zoals reeds geschetst in hoofdstuk 3. Aangezien het gaat om het Nederlandse gezinsmigratiebeleid zal de focus liggen op minderjarige Nederlandse kinderen die een derdelander moeder en een Nederlandse vader hebben. In zal worden gegaan op zowel het reguliere gezinsmigratiebeleid als op het gezinsmigratiebeleid met betrekking tot het EU-recht. Bij het beleid met betrekking tot het Unieburgerschap zullen drie deelonderwerpen worden besproken: de wijze van vaststellen van de afhankelijkheidsverhouding, het belang van het kind en de bewijslastverdeling en motivering.

5.2 Gevolgen reguliere gezinsmigratiebeleid: de rol van het kind als referent

Het Hof heeft met de uitspraak Chavez-Vilchez een Unierechtelijke oplossing gecreëerd voor het nationale probleem dat een derdelander ouder op basis van het Nederlandse gezinsmigratiebeleid geen reguliere verblijfsvergunning kan verkrijgen. Immers, zoals uit paragraaf 2.2.1 volgt is de kern van het probleem dat een minderjarige niet kan worden aangemerkt als referent op grond van art. 3.15 Vb. Het restrictieve karakter van het Nederlandse gezinsmigratiebeleid heeft als het ware tot gevolg gehad dat derdelander ouders een beroep doen op het Unieburgerschap van de minderjarige en het Unierecht hiermee een hoger beschermingsniveau biedt dan het Nederlandse gezinsmigratiebeleid. De vraag die kan worden gesteld is of een beroep door de derdelander ouder op het Unieburgerschap van de minderjarige wel vereist is om een verblijfsrecht te kunnen krijgen. Zou de oplossing voor het probleem dat in het reguliere gezinsmigratiebeleid gezinshereniging tussen de derdelander ouder en de minderjarige niet mogelijk is niet rechtstreeks gevonden kunnen worden bij de relevante bepalingen

in het IVRK in plaats van dat het wordt afgeleid van het Unieburgerschap van de minderjarige?

Zoals reeds benoemd in paragraaf 3.3 volgt uit het IVRK niet rechtstreeks dat het reguliere gezinsmigratiebeleid dient te voorzien in een regeling die gezinshereniging van een derdelander ouder, zoals de acht moeders in de zaak Chavez-Vilchez, met een minderjarig Nederlands kind mogelijk maakt. Desondanks is de kern van het IVRK dat het in het belang van het kind is om op te groeien in een gezinsomgeving. Daarbij kan uit art. 9 en 10 IVRK worden afgeleid dat de Staat er in het kader van gezinshereniging rekening mee dient te houden dat een derdelander ouder en een minderjarig Nederlands kind niet van elkaar worden gescheiden wegens het onrechtmatig verblijf van die ouder, tenzij dat in het belang van het kind is. De minderjarige heeft immers het recht heeft om door zijn ouders, waaronder de derdelander ouder, te worden verzorgd.¹⁸⁶ Het Comité benadrukt zelfs dat Staten zich moeten onthouden van het uitzetten van een derdelander ouder en dat nationale regelgeving dient te worden heroverwogen indien het de uitzetting van een derdelander ouder tot gevolg kan hebben.¹⁸⁷ Gesteld kan worden dat daarvan eveneens sprake is als in het reguliere gezinsmigratiebeleid de mogelijkheid van gezinshereniging van een derdelander ouder bij een minderjarig Nederlands kind algeheel ontbreekt. Dit wordt nog versterkt door het non-discriminatiebeginsel in art. 2 IVRK, op basis waarvan het minderjarigen niet moeilijker gemaakt mag worden om aanspraak te kunnen maken op gezinshereniging. Gezien het bovenstaande lijkt de zeer beperkte uitleg van het gezin in het huidige reguliere gezinsmigratiebeleid niet te voldoen aan de centrale positie die het gezin, en dan met name de ouder-kind relatie, in het IVRK inneemt. Om meer recht te doen aan de bepalingen in het IVRK zou in het reguliere gezinsmigratiebeleid de mogelijkheid moeten worden gecreëerd dat gezinshereniging van een derdelander ouder bij een minderjarig Nederlands kind mogelijk is, in die zin dat het kind kan worden aangemerkt als referent. In een dergelijk geval wordt er tevens meer recht gedaan aan de verplichting in art. 10 IVRK om gezinsherenigingsaanvragen met welwillendheid, menselijkheid en spoed te behandelen. Met name voor wat betreft de welwillendheid zal het duiden op een positieve grondhouding van de Staat die in het huidige restrictieve gezinsmigratiebeleid lijkt te ontbreken. Een beroep op het Unieburgerschap van de

¹⁸⁶ Zie art. 7 IVRK.

¹⁸⁷ Committee on the Rights of the Child 2012, par. 84.

minderjarige is dan in beginsel niet nodig om een verblijfsvergunning te kunnen verkrijgen.

5.3 Gevolgen op basis van het Unieburgerschap

In deze paragraaf wordt behandeld wat de gevolgen van de uitspraak Chavez-Vilchez zijn indien uitsluitend wordt gekeken naar het Nederlandse gezinsmigratiebeleid dat gericht is op het Unieburgerschap, zoals opgenomen in B10/2.2 Vc. Aan de hand van drie deelonderwerpen wordt ten eerste de kritiek op het huidige beleid en de jurisprudentie van de Afdeling weergegeven, waarna de gevolgen van de uitspraak Chavez-Vilchez zullen worden besproken.

5.3.1 Wijze van vaststellen afhankelijkheidsverhouding

5.3.1.1 Kritiek op huidige wijze van vaststellen afhankelijkheidsverhouding

De Afdeling heeft de uitspraak Zambrano ingekaderd en restrictief uitgelegd.¹⁸⁸ Veelal lijkt de feitelijke aanwezigheid en mogelijke beschikbaarheid van een andere ouder die, eventueel met hulp en ondersteuning van derden, voor de minderjarige kan zorgen bepalend te zijn.¹⁸⁹ Vanuit de praktijk, en dan met name de jeugdrechtspraktijk, wordt hier terecht kritiek op geleverd. In het geval de derdelander ouder het eenhoofdig gezag heeft over de minderjarige, wordt namelijk van die ouder verwacht na te gaan of de Nederlandse ouder niet mede met het gezag kan worden belast.¹⁹⁰ Indien beide ouders hiermee instemmen kan dit gemakkelijk worden gerealiseerd door het gezag te laten aantekenen in het gezagsregister.¹⁹¹ Volgens Cardol wordt een wijziging van het gezag in dat geval gebruikt als dwangmiddel om de derdelander ouder te bewegen mee te werken aan het eigen vertrek, waaraan geen rechterlijke toets ten grondslag ligt en dus ook geen weging van het belang van het kind plaatsvindt.¹⁹² Dit is een zeer zorgelijke situatie. Het ouderlijk gezag dient juist ter bescherming van het kind en is in het belang

¹⁸⁸ Zie paragraaf 4.4.

¹⁸⁹ Cardol, *A&MR* 2013, p. 377.

¹⁹⁰ De derdelander moeder kan dit doen door samen met de Nederlandse ouder het gezamenlijk gezag te laten aantekenen dan wel op grond van 1:253c Burgerlijk Wetboek. Overigens kan de Nederlandse vader ook zelf een verzoek daartoe indienen op grond van art. 1:253o Burgerlijk Wetboek.

¹⁹¹ Zie vorige noot: art. 1:253c Burgerlijk Wetboek.

¹⁹² Cardol, *A&MR* 2013, p. 378.

van het kind. Door het potentiële gezag in te zetten om in de verblijfsrechtelijke procedure een beslissing te kunnen nemen, wordt geen recht gedaan aan de belangen van het kind die op grond van General Comment no. 14 een individuele beoordeling vereisen.¹⁹³ Aan de andere kant zal de derdelander ouder de rechter moeten verzoeken om gezamenlijk met het gezag te worden belast indien de Nederlandse ouder daarmee niet instemt. In dat geval is wél het leidende criterium of het gezamenlijk gezag al dan niet in het belang van het kind is en wordt daaraan door de rechter getoetst.¹⁹⁴ Indien de minderjarige in een adequate opvoedingsrelatie door de derdelander ouder wordt opgevoed, zal een verzoek om gezamenlijk gezag namelijk worden afgewezen.

Nissen en Cardol stellen gezien het bovenstaande vraagtekens bij het vereiste dat de derdelander ouder dient aan te tonen of de Nederlandse ouder al dan niet met het gezag kan worden belast. Een dergelijke wijze van vaststellen van de afhankelijkheidsverhouding staat op gespannen voet met het IVRK.¹⁹⁵ Het verwachten dat de derdelander ouder nagaat of de Nederlandse ouder eveneens met het gezag kan worden belast waardoor het eigen vertrek wordt gefaciliteerd, lijkt niet in overeenstemming te zijn met de plicht die de overheid op grond van art. 5 en 18 IVRK heeft om de verantwoordelijkheden van de derdelander ouder te respecteren en mogelijk te maken dat de verantwoordelijkheden van die ouder worden erkend. Dit wordt ook onderschreven door het Comité.¹⁹⁶ Bij beslissingen met betrekking tot de ouderlijke verantwoordelijkheid is het belang van het kind het enige, leidende criterium. Bij die beoordeling dient volgens het Comité rekening te worden gehouden met het recht van de minderjarige om zijn relatie met beide ouders te behouden.¹⁹⁷ Dit geldt tevens voor wat betreft het huidige vereiste of de Nederlandse ouder al dan niet met hulp en ondersteuning van derden voor de minderjarige kan zorgen. Het daarvan afhankelijk stellen of de derdelander ouder een verblijfsrecht kan krijgen is niet in overeenstemming met het recht van de minderjarige om door zijn beide ouders te worden verzorgd en opgevoed op grond van art. 7 IVRK.¹⁹⁸

¹⁹³ CRC General Comment No. 14, par. 46 (CRC/C/GC/14).

¹⁹⁴ Cardol, *A&MR* 2013, p. 379.

¹⁹⁵ ABRvS 20 december 2012 ECLI:NL:RVS:2012:BY8239, met noot E. Nissen en Cardol, *A&MR* 2013, p. 379.

¹⁹⁶ CRC General Comment No. 14, par. 58-70 (CRC/C/GC/14).

¹⁹⁷ *Idem*.

¹⁹⁸ Zie ook: Peers 2017.

5.3.1.2 Gevolgen Chavez-Vilchez voor wijze vaststellen afhankelijkheidsverhouding

Na de uitspraak Chavez-Vilchez kunnen de strikte uitleg van de Afdeling, en als gevolg daarvan het beleid met betrekking tot het vaststellen van de afhankelijkheidsverhouding, niet in stand blijven om te kunnen beoordelen of de minderjarige gedwongen wordt het grondgebied van de Unie te verlaten indien een derdelander ouder een verblijfsrecht wordt ontzegd. Staatssecretaris Dijkhoff van Veiligheid en Justitie heeft in zijn brief van 14 juli 2017 dan ook beaamd dat het beleid dient te worden aangepast.¹⁹⁹ Opvallend is dat door de staatssecretaris, net zoals in het huidige beleid in B10/2.2 Vreemdelingencirculaire, ten eerste lijkt te worden bezien of de Nederlandse ouder al dan niet voor de minderjarige kan en wil zorgen. Indien dat het geval is, dient er volgens de staatssecretaris namelijk pas te worden aangetoond dat de scheiding met de derdelander ouder die daaruit voortvloeit geen negatieve gevolgen heeft voor de minderjarige. Dit lijkt een te beperkte uitleg van de uitspraak Chavez-Vilchez te zijn. In een dergelijk geval wordt de focus wederom gelegd op de mogelijkheden van de Nederlandse ouder om voor de minderjarige te zorgen, terwijl het Hof heeft benadrukt dat het een relevant maar tevens niet doorslaggevend gegeven is. Dit wordt nog versterkt doordat uit art. 5, 7 en 18 IVRK volgt dat de minderjarige het recht heeft om door beide ouders te worden verzorgd en de staat die verantwoordelijkheden van beide ouders dient te respecteren. Om meer recht doen aan art. 5, 7 en 18 IVRK zou het beleid daarom dermate dienen te worden gewijzigd dat er gelijk gewicht in de schaal wordt gelegd voor wat betreft de weging van de afhankelijkheidsverhouding van de Nederlandse en de derdelander ouder, waarbij een mogelijke uitkomst is dat de minderjarige van beide ouders afhankelijk is. Op een dergelijke wijze voldoet de Staat meer aan zijn positieve verplichting om te erkennen dat in beginsel beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de opvoeding en ontwikkeling van het minderjarige Nederlandse kind kunnen dragen. Daarbij gaat het volgens het Hof wat betreft de afhankelijkheid om de daadwerkelijk verzorgende ouder en niet om degene die de feitelijke zorg voor de minderjarige draagt, zoals in het huidige beleid is opgenomen. Uiteindelijk zullen de belangen van het kind de toets dienen te vormen om de daadwerkelijke afhankelijkheid vast te stellen.²⁰⁰ Hoe een

¹⁹⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 19 637, nr. 2338.

²⁰⁰ HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15, r.o. 71 (*Chavez-Vilchez*).

dergelijke toets vorm dient te worden gegeven zal in de volgende paragraaf worden toegelicht.

5.3.2 Ontbreken weging belang van het kind

5.3.2.1 Kritiek op ontbreken belang van het kind

De belangrijkste bepaling die uit het IVRK en art. 24 Handvest voortvloeien is dat het belang van het kind een eerste overweging dient te vormen bij de beslissing op de aanvraag tot toekenning van een verblijfsrecht aan een derdelander ouder. In de huidige Nederlandse praktijk met betrekking tot het Unieburgerschap wordt een dergelijke weging van het belang van het kind niet nadrukkelijk uitgevoerd. Doordat primair wordt bezien of een derdelander ouder voor de minderjarige kan zorgen, vindt de weging vanuit het perspectief van de ouder plaats en niet vanuit het perspectief van het kind.²⁰¹ In de jurisprudentie over verblijf van een derdelander ouder bij een minderjarig Nederlands kind wordt dan ook vrijwel geen invulling gegeven aan het belang van het kind. Dit heeft er onder meer mee te maken dat er in het huidige systeem slechts marginaal getoetst wordt of de staatssecretaris de belangen van het kind heeft betrokken en aan het belang van het kind deels rechtstreekse werking wordt toegekend door de Afdeling.²⁰²

De visie van de Afdeling dat het belang van het kind nader moet worden geconcretiseerd in wet- en regelgeving is niet in overeenstemming met de vereisten in art. 3 IVRK en art. 24 Handvest. Het criterium in art. 3 IVRK is geadresseerd aan 'rechterlijke instanties' en ondanks dat de rechterlijke instanties niet in art. 24 Handvest zijn opgenomen, kunnen deze tevens worden ingelezen in 'publieke autoriteiten'.²⁰³ Dit impliceert dat bij de totstandkoming van art. 3 IVRK het doel van de lidstaten is geweest dat ook de rechter de belangen van het kind voorop dient te stellen. Dat de bestuurlijke en wetgevende instanties op grond van art. 4 IVRK de belangen van het kind op dienen te nemen in regelgeving, betekent niet dat de Afdeling wordt ontslagen van de plicht die is opgenomen in art. 3 IVRK. Het belang van rechterlijke controle op de toepassing van het belang van het kind is bij het ontbreken van wet- en regelgeving nog groter.²⁰⁴ Bovendien heeft het Comité in General Comment no. 14 zelfs nadrukkelijk opgenomen

²⁰¹ Cardol, *A&MR* 2013, p. 377.

²⁰² Kalverboer & Beltman, *FJR* 2014-7/8, p. 2. Zie tevens paragraaf 2.4.

²⁰³ Rodrigues & Klaassen 2017, p.

²⁰⁴ Werner & Goeman 2015, p. 20.

dat aan art. 3 lid 1 IVRK rechtstreekse werking toekomt en volgt het gewicht dat aan het belang van het kind dient te worden toegekend uit het artikel zelf.²⁰⁵ De belangen van het kind dienen immers ‘voorop’ te worden gesteld.

5.3.2.2 Gevolgen Chavez-Vilchez voor de weging van het belang van het kind

Het meest in het oog springende gevolg van de uitspraak Chavez-Vilchez is zoals uit paragraaf 4.7 volgt dat bij het bepalen van de afhankelijkheidsverhouding de belangen van het minderjarige Nederlandse kind op grond van art. 24 Handvest voorop dienen te staan. Het Hof heeft immers aan het belang van het kind in art. 24 lid 2 Handvest zelfstandige betekenis willen toekennen bij de toets aan art. 20 VWEU.²⁰⁶ In plaats van te beoordelen of de Nederlandse ouder aan één van de onder B10/2.2 Vc genoemde voorwaarden voldoet dan wel kan voldoen zodat wordt aangenomen dat hij voor de minderjarige kan zorgen dient er daarom, zoals ook uit het IVRK volgt, een individueel en op de specifieke omstandigheden van het geval gebaseerd assessment te worden gemaakt van de belangen van het kind bij het bepalen van de afhankelijkheidsverhouding.²⁰⁷ Gezien het holistische karakter van het IVRK dient een dergelijk assessment te worden ingericht middels de voor de concrete situatie relevante bepalingen. Bij gevallen zoals in de zaak Chavez-Vilchez kan worden gedacht aan een combinatie van art. 5, 7, 9, 10 en 18 IVRK, waaruit volgt dat vooral het behoud van de familiale omgeving en het handhaven van banden en relaties met de derdelander ouder dienen te worden meegewogen.²⁰⁸ De minderjarige heeft volgens het Comité immers het recht op stabiliteit en continuïteit in de opvoeding om zich op een voor de minderjarige juiste wijze te kunnen ontwikkelen.²⁰⁹

Het Hof heeft aan het belang van het kind nader invulling willen geven met het benoemen van bijzondere omstandigheden zoals de leeftijd van de minderjarige, zijn emotionele en lichamelijke ontwikkeling, de mate van affectieve relatie met beide ouders en het risico dat voor het evenwicht zal ontstaan als de minderjarige wordt gescheiden van de derdelander ouder. De door het Hof genoemde elementen kunnen als

²⁰⁵ CRC General Comment No. 14, par. 6 (CRC/C/GC/14).

²⁰⁶ Zie paragraaf 4.7.1.

²⁰⁷ CRC General Comment No. 14, par. 46 (CRC/C/GC/14).

²⁰⁸ Werner & Goeman 2015, p. 40

²⁰⁹ CRC General Comment No. 14, par. 84 (CRC/C/GC/14).

richtinggevend worden beschouwd. Bij de vaststelling van het belang van het kind spelen meerdere aspecten een rol. Zo heeft het Comité in General Comment no. 14 een niet limitatieve lijst opgenomen van elementen waarmee rekening zou moeten worden gehouden bij de bepaling van het belang van het kind in een concrete situatie. Daarnaast is het wenselijk om aansluiting te zoeken bij het zogenoemde BIC-model van Kalverboer en Zijlstra, waarbij een koppeling is gemaakt van het recht op ontwikkeling en het belang van het kind. Ook het UNHCR heeft een model opgesteld waarmee de belangen van het kind kunnen worden bepaald.²¹⁰ Gezien het bovenstaande verdient het aanbeveling om het belang van het kind te verankeren en nader te concretiseren in het gezinsmigratiebeleid met betrekking tot het Unieburgerschap.

5.3.3 Bewijslastverdeling en motivering

5.3.3.1 Kritiek huidige bewijslastverdeling en motivering

Op de bewijslastverdeling in het vreemdelingenrecht zijn de wet- en regelgeving van het bestuursrecht van toepassing. In art. 3:2 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en art. 4:2 lid 2 Awb zijn daardoor de wederzijdse verplichtingen van de derdelander ouder en de staatssecretaris neergelegd.²¹¹ Zoals eerder is vermeld kent het vreemdelingenrecht geen wet- en regelgeving waarin uitgelegd wordt wat het belang van het kind inhoudt en dat de staatssecretaris bij elk besluit waarbij minderjarigen betrokken zijn de belangen van het kind in het concrete geval moet bepalen. Daardoor geldt vanuit het bestuursrecht enkel de regel op grond van art. 4:2 lid 2 Awb dat de verantwoordelijkheid bij de aanvrager van het verblijfsrecht ligt om feiten en omstandigheden aan te voeren die betrokken moeten worden bij de beoordeling van de verblijfsvergunning. Op basis daarvan is het vaste jurisprudentie van de Afdeling dat de derdelander ouder door het aanvoeren van feiten en omstandigheden aannemelijk dient te maken dat de Nederlandse ouder niet voor het minderjarige Nederlandse kind kan zorgen alvorens een verblijfsvergunning kan worden verkregen.²¹² Als er geen concreet juridisch kader is reikt de onderzoeksplicht van de staatssecretaris in procedures waarbij het gaat om beschikkingen op aanvraag op grond van art. 3:2 Awb momenteel

²¹⁰ Beltman & Zijlstra, *Journaal Vreemdelingenrecht* 2013, p. 5.

²¹¹ Schuurmans, *NTB* 2004, p. 4.

²¹² Zie paragraaf 4.4.

niet zo ver dat hij gehouden is zelfstandig onderzoek te doen naar de belangen van het minderjarige Nederlandse kind en deze volledig in kaart te brengen.²¹³ Er wordt enkel vereist dat de staatssecretaris rekening houdt met de belangen van het kind, waaraan al voldaan is als hij de minderjarigheid vaststelt.²¹⁴ Een (eventuele) beoordeling van de belangen van het kind is dan geheel afhankelijk van de feiten en omstandigheden die de derdelander ouder aanvoert met betrekking tot het belang van het kind.²¹⁵ De huidige strikte interpretatie van art. 4:2 lid 2 Awb is niet in overeenstemming met art. 3 IVRK. Bij alle besluiten betreffende kinderen dienen onder meer de bestuurlijke autoriteiten, zoals de staatssecretaris, de belangen van de minderjarige een eerste overweging te vormen. Het ontbreken van wet- en regelgeving met betrekking tot het belang van het kind is er daardoor geen rechtvaardiging voor dat de bewijslast geheel bij de derdelander ouder berust en wat die ouder daarbij aanvoert aan feiten en omstandigheden met betrekking tot het belang van het kind. Dit wordt erdoor versterkt dat het uitgangspunt in het IVRK is dat de derdelander ouder en het minderjarige Nederlandse kind niet worden gescheiden, tenzij dat in het belang van het kind is. Om die reden berust op de staatssecretaris wel degelijk een onderzoeksplicht om onderzoek te doen naar de positie van minderjarigen die worden getroffen door zijn besluit. En met name indien de staatssecretaris negatief beslist op het verzoek een verblijfsrecht te verstrekken aan een derdelander ouder bij een minderjarig Nederlands kind, welke de scheiding van hen tot gevolg heeft, vraagt op basis van het IVRK en General Comment no. 14 om een zeer goede motivering.²¹⁶

5.3.3.2 Gevolgen Chavez-Vilchez voor de bewijslastverdeling en motivering

De algemene regel van bewijsrecht dat degene die bepaalde rechten inroept moet aantonen dat die rechten in zijn situatie van toepassing zijn en een dergelijke regel door het Unierecht wordt erkend, voerde de Nederlandse regering ook aan in de zaak Chavez-Vilchez.²¹⁷ Deze regel werd door het Hof – terecht – genuanceerd.²¹⁸ Als gevolg van een dergelijke overweging van het Hof kan niet vol worden gehouden dat de derdelander

²¹³ ABRvS 16 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8383, m.nt. Beltman.

²¹⁴ Werner & Goeman 2015, p. 65.

²¹⁵ Beltman & Zijlstra, *Journaal Vreemdelingenrecht* 2013, p. 6.

²¹⁶ CRC General Comment No. 14, par. 97 (CRC/C/GC/14).

²¹⁷ HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15, para. 74 (*Chavez-Vilchez*).

²¹⁸ Idem, para. 75.

ouder aannemelijk dient te maken dat de Nederlandse ouder niet voor het minderjarige Nederlandse kind kan zorgen. Zoals de staatssecretaris zelf ook heeft beschreven, zal de bewijslast meer dan voorheen verschuiven naar de overheid.²¹⁹ De derdelander ouder dient als gevolg van de uitspraak Chavez-Vilchez gegevens te verschaffen omtrent zijn verhouding met de minderjarige en de omstandigheden van de minderjarige. Dat zijn ook de gegevens waarover de derdelander ouder op grond van art. 4:2 lid 2 Awb redelijkerwijs kán beschikken. Hiermee wordt de bewijslast omgekeerd en de procedurele autonomie van de Nederlandse staat beperkt. De IND dient immers in het hogere belang van het kind nader onderzoek te doen naar de woonplaats van de Nederlandse ouder, na te gaan of de Nederlandse ouder de dagelijkse zorg voor de minderjarige kan en wil dragen en de afhankelijkheidsverhouding tussen de minderjarige en de derdelander ouder. Een dergelijke bewijslastverdeling doet meer recht aan de bepalingen in het IVRK. In een dergelijk geval kan de IND zich bij de vaststelling van de belangen van het kind laten bedienen door een onafhankelijk adviesorgaan, waarbij kan worden gedacht aan de Raad voor de Kinderbescherming.²²⁰ Immers, volgens het Comité dient het belang van het kind te worden onderzocht door professionals die verstand hebben van de ontwikkeling van kinderen.²²¹ Alleen dan kan de staatssecretaris op grond van art. 3:2 Awb een weloverwogen besluit nemen ten aanzien van het verblijfsrecht van de derdelander ouder bij het minderjarige Nederlandse kind en deugdelijk motiveren op welke wijze het belang van het kind is meegewogen, zodat het recht van de minderjarige om niet van zijn ouders te worden gescheiden beter kan worden gewaarborgd.²²²

5.4 Tussenconclusie

Uit dit hoofdstuk is gebleken dat het Hof met de uitspraak Chavez-Vilchez een oplossing heeft gecreëerd op Unierechtelijk niveau voor een probleem waarvan de oorsprong is gelegen in het reguliere gezinsmigratiebeleid in Nederland. Een recht op gezinshereniging van een derdelander ouder met een Unieburger minderjarige kan echter worden afgeleid uit het IVRK, waardoor die mogelijkheid dient te worden

²¹⁹ *Kamerstukken II* 2016/17, 19 637, nr. 2338.

²²⁰ CRC General Comment No. 14, par. 94 (CRC/C/GC/14).

²²¹ *Idem*.

²²² *Idem*, para. 97.

opgenomen in het reguliere gezinsmigratiebeleid. Indien uitsluitend wordt bezien wat de gevolgen zijn van de uitspraak Chavez-Vilchez voor het gezinsmigratiebeleid dat gericht is op het Unieburgerschap valt op dat het huidige beleid niet voldoet aan de uitspraak van het Hof, maar tegelijkertijd ook niet aan het IVRK en de visie van het Comité. De huidige wijze van vaststellen van de afhankelijkheidsverhouding waarbij wordt bezien of de Nederlandse ouder al dan niet voor het minderjarige Nederlandse kind kan zorgen staat op gespannen voet met het IVRK. Daarnaast ontbreekt het in het huidige beleid aan een op de specifieke omstandigheden van het geval gebaseerd assessment van de belangen van het kind, zoals vereist vanuit art. 3 IVRK en art. 24 Handvest. Tevens dient de bewijslastverdeling meer dan voorheen te worden verschoven naar de overheid en kan niet worden volgehouden dat de derdelander ouder aannemelijk dient te maken dat de Nederlandse ouder niet voor de minderjarige kan zorgen.

Bij brief van 14 juli 2017 heeft de staatssecretaris aangekondigd dat het beleid naar aanleiding van de uitspraak Chavez-Vilchez dient te worden aangepast. Op 29 september 2017 is de beleidswijziging gepubliceerd, welke op 1 oktober 2017 in werking is getreden. Daaruit volgt dat de staatssecretaris de overwegingen van het Hof in de uitspraak Chavez-Vilchez rechtstreeks heeft overgenomen in het beleid met betrekking tot het Unieburgerschap. Sindsdien kan een derdelander ouder een verblijfsrecht krijgen bij zijn minderjarige Nederlandse kind indien tussen de minderjarige en de derdelander ouder een dusdanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat de minderjarige gedwongen wordt het grondgebied van de Unie te verlaten als aan de derdelander ouder een verblijfsrecht wordt geweigerd. Bij het bepalen van de afhankelijkheidsverhouding dient de IND in het hogere belang van het kind alle relevante omstandigheden te betrekken. Er wordt in ieder geval aangenomen dat er een dusdanige afhankelijkheidsverhouding bestaat indien de derdelander ouder daadwerkelijk zorg- en/of opvoedingstaken verricht. De staatssecretaris heeft hiermee uitvoering gegeven aan de uitspraak Chavez-Vilchez van het Hof.

6. Conclusie en aanbevelingen

6.1 Conclusie

Sinds de uitspraak Ruiz Zambrano van het Hof is het Unieburgerschap een bron voor gezinshereniging tussen derdelander ouders en Unieburger minderjarigen. In navolging daarop heeft het Hof op 10 mei 2017 uitspraak gedaan in de zaak Chavez-Vilchez, waarbij het ging om de situatie dat een van de ouders derdelander is en de andere ouder, evenals de minderjarige, de Nederlandse nationaliteit heeft. Gezien de relevantie van deze uitspraak voor het Nederlandse gezinsmigratiebeleid stond in dit onderzoek de volgende vraag centraal:

Op welke wijze dient het Nederlandse gezinsmigratiebeleid ten aanzien van het verkrijgen van een verblijfsrecht door een derdelander ouder van een Unieburger minderjarige vorm te worden gegeven naar aanleiding van de uitspraak Chavez-Vilchez en wat kan daarbij worden afgeleid uit het IVRK en de visie van het VN-Kinderrechtencomité?

Het Nederlandse gezinsmigratiebeleid wordt enerzijds gevormd door het reguliere gezinsmigratiebeleid en anderzijds door het beleid dat gebaseerd is op het EU-recht met betrekking tot het Unieburgerschap. In het onderzoek is nader uitgediept hoe deze twee beleidsvormen zich tot elkaar verhouden om de uitspraak Chavez-Vilchez te kunnen positioneren in het Nederlandse gezinsmigratiebeleid. Gezien het feit dat in het Nederlandse gezinsmigratiebeleid geen wetgeving noch beleid bestaat over de toepassing van het IVRK, terwijl het beleid in overeenstemming dient te zijn met het IVRK, is in hoofdstuk 3 uitgebreid besproken welke rechten daaruit voortvloeien met betrekking tot gezinsmigratie.

Uit het onderzoek is gebleken dat de oorsprong van de uitspraak Chavez-Vilchez niet is gelegen in de toepassing van het Unieburgerschap op grond van art. 20 VWEU maar in het restrictieve karakter van het reguliere gezinsmigratiebeleid in Nederland. De uitspraak Chavez-Vilchez vormt een Unierechtelijke oplossing voor het nationale probleem dat een minderjarige niet als referent kan worden aangemerkt en een (derdelander) ouder niet kan worden beschouwd als vreemdeling. In het reguliere gezinsmigratiebeleid ontbreekt het aan een wettelijke regel op basis waarvan de

mogelijkheid tot gezinshereniging tussen een derdelander ouder en een minderjarig Nederlands kind wordt geboden. Een dergelijke restrictieve uitleg van het begrip 'gezin' is niet in overeenstemming met het IVRK en de visie van het Comité. In het IVRK neemt het gezin, en dan met name de ouder-kind relatie, een centrale positie in en dient er bij aanvragen met betrekking tot gezinshereniging rekening mee te worden gehouden dat een minderjarige niet van een ouder wordt gescheiden. Daaruit vloeit impliciet een recht van de minderjarige voort op gezinshereniging met een derdelander ouder, zodat naar de visie van het Comité de nationale wet- en regelgeving zouden moeten worden heroverwogen en tenminste de mogelijkheid moeten bieden dat een derdelander ouder een aanvraag tot gezinshereniging kan doen. Een dergelijke heroverweging van het beleid is er bij uitstek een gelegenheid voor om tevens het belang van het kind te verankeren die niet alleen in het huidige reguliere gezinsmigratiebeleid, maar in de gehele vreemdelingenwet- en regelgeving ontbreekt.

Los van de redenatie dat de oorsprong van de uitspraak Chavez-Vilchez in het reguliere gezinsmigratiebeleid is gelegen, volgt uit de uitspraak Chavez-Vilchez dat in ieder geval het – eveneens restrictieve – Nederlandse gezinsmigratiebeleid met betrekking tot het Unieburgerschap niet in overeenstemming is met art. 20 VWEU. Op basis van het huidige beleid in B10/2.2 Vc dient de derdelander ouder aan te tonen dat de Nederlandse ouder niet, eventueel met behulp van derden, voor de minderjarige kan zorgen. Volgens het Hof dient echter te worden beoordeeld welke ouder de daadwerkelijke zorg over de minderjarige heeft en of er een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding is tussen de derdelander ouder en de minderjarige Unieburger. In het kader van die beoordeling dienen de rechten zoals vervat in art. 24 lid 2 Handvest en art. 7 Handvest te worden betrokken. Daarbij dient de derdelander ouder gegevens te verschaffen op basis waarvan de IND vervolgens nader onderzoek zal moeten doen. Naar aanleiding van de uitspraak Chavez-Vilchez zijn er in het onderzoek drie kernelementen onderzocht om te kunnen bepalen wat specifiek de gevolgen van de uitspraak Chavez-Vilchez zijn voor het gezinsmigratiebeleid met betrekking tot het Unieburgerschap, te weten de wijze van vaststelling van de afhankelijkheidsverhouding, het belang van het kind en de bewijslastverdeling en motivering.

Uit het onderzoek is gebleken dat het afhankelijk stellen van hulp en ondersteuning door derden om te kunnen bepalen of de Nederlandse ouder al dan niet voor de minderjarige kan zorgen niet in overstemming is met de visie van het Hof in de uitspraak Chavez-Vilchez. De feitelijke aanwezigheid en mogelijke beschikbaarheid van de Nederlandse ouder om voor de minderjarige te zorgen ondermijnt het recht van de minderjarige op stabiliteit en continuïteit in de opvoeding, zodat de minderjarige niet door beide ouders kan worden verzorgd indien daarmee het belang van het kind wordt gediend. Bovendien is gebleken dat in het geval van eenhoofdig gezag de derdelander ouder dient na te gaan of de Nederlandse ouder niet met het gezag kan worden belast. Het potentiële gezag wordt in een dergelijk geval gebruikt om een beslissing te nemen ten aanzien van het verblijfsrecht van de derdelander ouder, terwijl het gezag dient ter bescherming van de minderjarige. Daarmee wordt geen rekening gehouden met de verplichting van de Staat op grond van het IVRK om de verantwoordelijkheden van de derdelander ouder te respecteren en het belang van het kind het leidende criterium dient te zijn bij beslissingen inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid. De brief van de staatssecretaris van 14 september 2017 lijkt een te beperkte uitleg te zijn van de uitspraak van het Hof wat betreft de vaststelling van de afhankelijkheidsverhouding. De staatssecretaris lijkt – onterecht – de focus wederom te leggen op de Nederlandse ouder. Gelet op art. 7 IVRK dient er gelijk gewicht te worden toegekend aan de afhankelijkheid van de minderjarige van zowel de derdelander ouder als de Nederlandse ouder, zodat voldaan kan worden aan het recht van de minderjarige om door beide ouders te worden verzorgd.

Voorts vloeit uit de uitspraak Chavez-Vilchez voort dat de afhankelijkheidsverhouding dient te worden bepaald aan de hand van de belangen van het kind op grond van art. 24 Handvest. Gebleken is dat het Hof aan art. 24 lid 2 Handvest zelfstandige betekenis heeft willen toekennen bij de toets aan art. 20 VWEU, wat vereist dat de belangen van het kind nadrukkelijk dienen te worden meegewogen bij het bepalen van de afhankelijkheidsverhouding. Op basis van het IVRK en de visie van het Comité dient een individueel assessment van de belangen van de minderjarige onderdeel te zijn van het beleid met betrekking tot het Unieburgerschap. In het huidige gezinsmigratiebeleid met betrekking tot het Unieburgerschap ontbreekt een dergelijke toets. Ondanks dat aan art. 3 IVRK rechtstreekse werking toekomt volgens het Comité dient het belang van het kind te worden verankerd en nader te worden geconcretiseerd om aan de eis te voldoen dat

het belang van het kind voldoende wordt meegewogen in de beslissing of een derdelander ouder een afgeleid verblijfsrecht kan ontlenen aan het Unieburgerschap van de minderjarige. Op een dergelijke wijze kan er tevens een controle worden uitgevoerd door de rechter die de belangenafweging in dat geval vol zou kunnen toetsen.

Met betrekking tot de bewijslastverdeling en motivering is gebleken dat het Hof de algemene regel van bewijsrecht dat degene die bepaalde rechten inroept moet aantonen dat die rechten van toepassing zijn heeft genuanceerd. Doordat de derdelander ouder aannemelijk dient te maken dat de Nederlandse ouder niet voor de minderjarige kan zorgen wordt geen uitgebreid onderzoek gedaan naar het belang van het kind. Als gevolg van de uitspraak Chavez-Vilchez dient te bewijslastverdeling te worden omgekeerd, waarmee de procedurele autonomie van de staat wordt beperkt. In overeenstemming met het IVRK en de visie van VN-Kinderrechtencomité dient in een dergelijk geval het belang van het kind te worden bepaald door een professional, op basis waarvan de staatssecretaris een weloverwogen besluit met betrekking tot het verblijfsrecht deugdelijk kan motiveren.

6.2 Aanbevelingen

Gelet op het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de oplossing voor het probleem dat in het huidige reguliere gezinsmigratiebeleid een regeling ontbreekt voor gezinshereniging tussen een derdelander ouder en een Nederlandse minderjarige gevonden kan worden in de relevante bepalingen in het IVRK. Om die reden verdient het aanbeveling om naar aanleiding van de uitspraak Chavez-Vilchez de kern van het probleem aan te pakken in die zin, dat in het reguliere gezinsmigratiebeleid de mogelijkheid wordt gecreëerd dat de minderjarige als referent kan worden aangemerkt en de (derdelander) ouder als vreemdeling. De recente wijziging door de staatssecretaris van het gezinsmigratiebeleid met betrekking tot het Unieburgerschap als gevolg van de uitspraak Chavez-Vilchez biedt immers geen wezenlijke oplossing voor de oorsprong van het probleem welke is gelegen in het reguliere gezinsmigratiebeleid. Hiermee heeft de staatssecretaris de Unierechtelijke oplossing die het Hof heeft gecreëerd in de Vreemdelingencirculaire verankerd, terwijl het gelet op het IVRK en de visie van het Comité meer aannemelijk zou zijn om het reguliere

gezinsmigratiebeleid aan te passen. In een dergelijk geval is in beginsel een beroep op het Unieburgerschap van de minderjarige niet vereist voor de derdelander om een verblijfsrecht te kunnen verkrijgen. Om daarbij te kunnen voorkomen, of in ieder geval te kunnen minimaliseren, dat er misbruik wordt gemaakt van een dergelijke regeling, kan aansluiting worden gezocht bij de huidige openbare orde bepaling die is opgenomen in art. 3.20 Vb.

Tot slot is gebleken dat zowel ten behoeve van het reguliere gezinsmigratiebeleid als het beleid met betrekking tot het Unieburgerschap verankering en nadere concretisering van het belang van het kind gewenst is. In dit kader verdient het aanbeveling om het belang van het kind neer te leggen in de Vreemdelingenwet. Het huidige wetsvoorstel van Voortman en Kuiken ten aanzien van de verankering van het belang van het kind in de Vreemdelingenwet is daartoe een goed initiatief, maar vereist versteviging.²²³ Daarvoor kan aansluiting worden gezocht bij de visie van Herweijer dat het wenselijk is om in een wettelijke bepaling op te nemen dat het belang van het kind een eerste overweging dient te vormen, zodat er ruimte is om ook andere belangen af te wegen.²²⁴ In de wettekst dient in dat geval specifiek te worden opgenomen welke belangen dat zijn. Om het belang van het kind nader te concretiseren is het wenselijk om factoren waarmee het belang van het kind kan worden ingevuld op te nemen in de Vreemdelingencirculaire. Aansluiting kan worden gezocht bij de factoren die het Hof heeft benoemd in de uitspraak Chavez-Vilchez, de niet-limitatieve lijst van elementen in General Comment no 14 en het BIC-model van Kalverboer en Zijlstra. Tevens dient te worden aangegeven hoe het belang van het kind moet worden afgewogen, zodat in de toekomst integraal aan art. 3 IVRK kan worden getoetst.

²²³ Herweijer, *A&MR* 2017, p. 345.

²²⁴ *Idem*.

7. Literatuurlijst

Boeken

Abram 1995

E.F. Abram, *The Child's Right to Family Unity in International Immigration Law*, in *Law & Policy*, Vol. 17(4).

Blaak e.a. 2012

M. Blaak M, M. Bruning, S. Meuwese, M. Eijgenraam en M. Kaandorp, *Handboek Internationaal Jeugdrecht*, Leiden: Defence for Children 2012.

Detrick 1999

S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag: Kluwer Law International 1999.

Hodgkin & Newell 2007

R. Hodgkin en P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Switzerland: United Nations Children's Fund 2007.

Klaassen 2015

M.A.K. Klaassen, *The Right to Family Unification: Between Migration Control and Human Rights*, Meijers-reeks nr. 257, Leiden: 2015.

Lodder & Rodrigues 2012

G.G. Lodder en P.R. Rodrigues, *Het kind in het immigratierecht*, Den Haag: SDU-uitgevers 2012.

Nissen 2013

E. Nissen, *The Rights of Minor EU Member State Nationals Wishing to Enjoy Family Life with a Non-EU Parent in their Country of Nationality. A Study in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child*, Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Stalford 2012

H. Stalford, *Children and the European Union. Rights, welfare and accountability*, Oxford: Hart Publishing 2012.

Steenbergen e.a. 1999

J.D.M. Steenbergen, T.P. Spijkerboer, B.P. Vermeulen en R. Fernhout, *Internationaal immigratierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.

De Vries 2013

K. De Vries, *Integration at the Border. The Dutch Act on Integration Abroad and International Immigration Law*, Oxford: Bloomsbury Publishing PLC 2013.

Artikelen

Ankersmit & Geursen 2011

L.J. Ankersmit en W.W. Geursen, 'Ruiz Zambrano: de interne situatie voorbij', *A&MR* 2011/4, p. 156-164.

Beltman & Zijlstra 2013

D. Beltman en A.E. Zijlstra, 'De doorwerking van 'het belang van het kind' ex artikel 3 VRK in het migratierecht: vanuit een bottom-up benadering op weg naar een top-down toepassing', *Journal Vreemdelingenrecht* 2013, vol. 12, nr. 4, p. 286-306.

Boeles 2012

P. Boeles, 'Let op de Dereci-scheiding!', *A&MR* 2012-5/6, p. 244-246.

Cardol 2013

G. Cardol, 'Ruiz Zambrano vanuit familie- en jeugdrechtelijk perspectief', *A&MR* 2013, nr. 8, p. 376-382.

Davies 2011

G. Davies, 'Ruiz Zambrano en de non-EU ouders van (bijna) Nederlandse kinderen', *A&MR* 2011, nr. 7, p. 274-283.

Defence for Children 2017

Defence for Children, 'Uitspraak: gezinsmigratiebeleid moet op de schop',

www.defenceforchildren.nl.

Haag 2017

M. Haag, 'CASE C-133/15 Chavez-Vilchez and others – Taking EU Children's Rights Seriously', <https://europeanlawblog.eu/2017/05/30/case-c-13315-chavez-vilchez-and-others-taking-eu-childrens-rights-seriously/>.

De Jong 2017

M. De Jong, 'Nieuwe kansen voor verzorgende ouders van Nederlandse kinderen, 11 mei 2017', www.inlia.nl.

Herweijer 2017

M.A.C. Herweijer, 'In de kinderschoenen. Naar een volwassen benadering van het belang van het kind in het vreemdelingenrecht', *A&MR* 2017, nr. 8, p. 341-345.

Kalverboer & Beltman 2014

M. Kalverboer en D. Beltman, 'General Comment nummer 14 in vreemdelingenprocedures. De toepassing van General Comment 14 van het VN-Kinderrechtencomité ter doorbreking van de impasse ten aanzien van het 'belang van het kind'-beginsel in vreemdelingenprocedures', *FJR* 2014-7/8.

Klaassen 2015

M.A.K. Klaassen, 'Het "gedwongen-de-EU-als-geheel-te-verlaten-criterium" en het belang van het kind', *Jeugdrecht in de Praktijk* 2015/6.

Klaassen & Lodder 2014

M.A.K. Klaassen en G.G. Lodder, 'EU-recht en nationale ontwikkelingen Kroniek gezinshereniging I', *A&MR* 2014, nr. 1, p. 34-43.

Klaassen & Lodder 2016

M.A.K. Klaassen en G.G. Lodder, 'Kroniek Gezinshereniging. Januari 2014 – december 2015', *A&MR* 2016, nr. 1, p. 31-42.

Klaassen & Rodrigues 2017

M.A.K. Klaassen en P.R. Rodrigues, 'The best interests of the child in EU family reunification law: A plea for more guidance on the role of Article 24(2) Charter', *European Journal of Migration and Law* 2017-2.

Lodder 2013

G.G. Lodder, 'Het Zambrano-criterium in Nederland: een tussenstand', *A&MR* 2013, nr. 1, p. 4-10.

Van Os & Rodrigues 2013

C. van Os en P.R. Rodrigues, 'Op de hurken. Naar een kinderrechtenperspectief in het vreemdelingenrecht', *NTM/NJCM-Bull* 2013, jaargang 38, nr. 4.

Peers 2017

S. Peers, 'Think of the children: the ECJ clarifies the status of non-EU parents of EU citizen children living in their own Member State', <http://eulawanalysis.blogspot.nl/2017/05/think-of-children-ecj-clarifies-status.html>.

Pulles 2011

G.J. Pulles, 'Onduidelijkheid over de rechtstreekse werking van kernbepalingen van het VN-kinderrechtenverdrag', *Nederlands juristenblad* 2011, afl. 4, p. 231-234.

Pulles & Wöorst 2012

G.J.W. Pulles en L.C.J.M. Wöorst, 'Doorwerking van het IVRK: de wetgever geeft het voorbeeld', *FJR* 2012/64, afl. 7/8, p. 184-189.

Reneman 2011

M. Reneman, 'Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden', *A&MR* 2011, nr. 8, p. 349-362.

Schuurmans 2004

Y.E. Schuurmans, 'Bewijslastverdeling in een bestuursrechtelijke context', *NTB* 2004, nr. 1, p. 1-9.

Weterings 2013

T. Weterings, 'Alokpa e.a.: Ruiz Zambrano nu eindelijk verduidelijkt?', *A&MR* 2013, nr. 8, p. 401-404.

Rapporten

Baan 2002

E. Baan, *Gezinshereniging naar het VN-Kinderrechtenverdrag: een recht voor het kind en geen gunst*, Leiden: Universiteit Leiden 2002.

BCHV 2013

BCHV, *Kinderen in asiel: rekening houden met hun kwetsbaarheid en hoger belang*, Brussel: 2013.

Biersteker e.a. 2015

A. Biersteker, L. Dziedic en L. Navia-Rodriguez, *Verblijfsrecht voor de verzorgende ouder van een minderjarige Unieburger? Expert opinie in het kader van de prejudiciële vragen van de Centrale Raad van Beroep over de interpretatie van artikel 20 VWEU*, Amsterdam: Migration Law Clinic 2015.

Committee on the Rights of the Child 2012

Committee on the Rights of the Child, *Report of the 2012 day of general discussion. The rights of all children in the context of international migration*, Genève: Committee on the Rights of the Child 2012.

Cleton e.a. 2017

L. Cleton, L. Seiffert, H. Wörmann, *Gezinshereniging van derdelanders in Nederland*, Rijswijk: EMN 2017.

College voor de Rechten van de Mens 2014

College voor de rechten van de mens, *Gezinnen gezien? Onderzoek naar Nederlandse regelgeving en uitvoeringspraktijk in het licht van de Europese Gezinsherenigingsrichtlijn*, Utrecht: College voor de rechten van de mens 2014.

Werner & Goeman 2015

J. Werner en M. Goeman, *Gezinnen in de knel. Een analyse van het belang van het kind in het Europese en Nederlandse gezinsmigratiebeleid*, Leiden: Defence for Children 2015.

Richtlijnen en aanbevelingen

Richtlijn 2003/86/EG.

Richtlijn 2004/38/EG.

PbEU 2007, C-303/02, p. 25.

CRC General Comment No. 5, par. 12 (CRC/GC/2003/5).

CRC General Comment No. 6, par. 83 (CRC/GC/2005/6).

CRC General Comment No. 14, par. 14 (CRC/C/GC/14).

Jurisprudentie

Europese Hof van Justitie

HvJ EU 26 juni 2006, C-540/03, r.o. 57 (*Parlement t. Raad*), m.nt. Boeles.

HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09 (Ruiz Zambrano).

HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (Dereci).

HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C357/11 (O.S. en L.).

HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12 (Alokpa).

HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12 (*Moudoulou*),

HvJ EU 30 juni 2016, C-115/15 (*NA*).

HvJ EU 13 september 2016, C-165/14 (*Rendón Marin*).

HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15 (Chavez-Vilchez) m.nt. Groenendijk.

HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15 (*Chavez-Vilchez*), conclusie A-G Szpunar.

EHRM

EHRM 31 januari 2006, JV 2006/90 (Rodrigues da Silva t. Nederland), m.nt. Boeles.

EHRM 3 oktober 2014, JV 2014/343 (Jeunesse t. Nederland) m.nt. P. Boeles.

Nationale jurisprudentie

CRvB 16 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:665.

ABRvS 12 april 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA3394.

ABRvS 7 februari 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV3716.

ABRvS 7 maart 2012, 201011743/1/V1.

ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8623.

ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8619 m.nt. T. de Lange en P.R. Rodrigues.

ABRvS 7 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BV8631.

ABRvS 20 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW005.

ABRvS 20 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:4026.

ABRvS 24 april 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4298.

ABRvS 2 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW4921.

ABRvS 10 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1345.

ABRvS 6 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX5044.

ABRvS 23 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX6235.

ABRvS 17 oktober 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY0833.

ABRvS 15 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY4039.

ABRvS 20 december 2012 ECLI:NL:RVS:2012:BY8239.

ABRvS 19 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ2060.

ABRvS 3 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8706.

ABRvS 16 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ8383, m.nt. Beltman.

ABRvS 26 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9025.

ABRvS 13 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3615.

ABRvS 8 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:131.

ABRvS 2 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1147.

ABRvS 1 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1417.

ABRvS 31 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19094.

ABRvS 6 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2135.

ABRvS 20 april 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1349.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1992/93, 22 855, nr. 3.

Kamerstukken II 2001/02, 26 732, nr. 98.

Kamerstukken II 2011/12, 19 637, nr. 1561.

Kamerstukken II 2014/15, 32 317, nr. 282.

Kamerstukken II 2016/17, 19 637, nr. 2338.

Officiële publicaties

Stb. 2012, nr. 148.

Stb. 2012, nr. 26248.

Stb. 2013, nr. 8389.

Stb. 2014, nr. 8761.

Stb. 2017, nr. 53847.

IND-Werkinstructie nr. 2015/4.