

1. De hier centraal staande uitspraak handelt in de kern over de vraag of de verplichting om bij de tenuitvoerlegging van de Terugkeerrichtlijn (Richtlijn 2008/115/EG) rekening te houden met het belang van het kind (artikel 5 aanhef en onder a van de Terugkeerrichtlijn) ook geldt indien een op de Richtlijn gebaseerde maatregel niet direct op een kind wordt toegepast en daarmee slechts indirect op een kind van invloed kan zijn. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU/Hof) oordeelt dat de genoemde verplichting ook in deze situaties geldt. In het navolgende vat ik de belangrijkste passages van de uitspraak samen (onder 2-6) en geef ik een analyse van de relevantie van deze uitspraak voor de praktijk (onder 7-8).
2. De voornoemde rechtsvraag kwam in België op in de zaak waarbij M.A. een terugkeerbesluit met inreisverbod kreeg opgelegd. M.A. is vader van een kind met de Belgische nationaliteit en stelde in de procedure dat dit besluit op gespannen voet stond met het belang van zijn kind. De Raad voor Vreemdelingenrechtbetwistingen oordeelde in beroep dat slechts met het 'belang van het kind' rekening moet worden gehouden indien de betrokken bestuurlijke beslissing uitdrukkelijk op dat kind is gericht. Nadat M.A. daartegen cassatieberoep heeft ingesteld, heeft de Belgische Raad van State aanleiding gezien om de kwestie als prejudiciële vraag aan het HvJEU voor te leggen.
3. Bij de beantwoording van de gestelde prejudiciële vraag benadrukt het HvJEU allereerst in punt 32 dat artikel 5 aanhef en onder a van de Terugkeerrichtlijn een algemene regel bevat die de lidstaten bindt zodra zij de Terugkeerrichtlijn uitvoeren. Het HvJEU voegt daar in één adem aan toe dat daarvan sprake is in de voorliggende situatie; de situatie waarbij aan een onrechtmatig verblijvende derdelander een terugkeerbesluit met inreisverbod wordt uitgereikt, terwijl die derdelander de vader is van een rechtmatig op het grondgebied verblijvend minderjarig kind. Daarmee is de kern van de prejudiciële vraag in feite al beantwoord en in punt 33 wordt nog eens expliciet bevestigd dat de verplichting uit artikel 5 aanhef en onder a van de Terugkeerrichtlijn niet enkel geldt in geval een terugkeerbesluit zich tot een minderjarige zelf richt. Het HvJEU wijst er daarbij op dat het dit al eerder had geoordeeld in het K.A.-arrest (HvJEU 8 mei 2018, K.A. e.a., C-82/16, punt 107, JV 2018/108 nt P. Boeles, ve18001034).
4. Ter nadere onderbouwing van dit oordeel wijst het HvJEU verder op het doel van artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn en op de algemene opzet van deze richtlijn als geheel. Wat betreft het doel van artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn wordt gewezen op overwegingen 22 en 24 van de considerans van deze richtlijn; in laatstgenoemde overweging wordt in algemene zin bepaald dat in de Terugkeerrichtlijn de grondrechten en beginselen in acht moeten worden genomen die in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest) worden erkend.  
In overweging 22 wordt specifiek bepaald dat lidstaten bij de uitvoering van de Terugkeerrichtlijn conform het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) het 'belang van het kind' en overeenkomstig het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) de eerbiediging van het gezinsleven voorop moeten stellen. Het HvJEU leidt uit deze overwegingen af dat artikel 5 van de Terugkeerrichtlijn niet restrictief uitgelegd mag worden (punt 35).
5. Ook meent het Hof dat artikel 24 lid 2 van het Handvest en artikel 3 van het IVRK, waarop artikel 24 lid 2 van het Handvest is gebaseerd, zelf ruim zijn geformuleerd en daarmee ook van toepassing zijn op besluiten die niet gericht zijn tegen een minderjarige, maar wel aanzienlijke gevolgen met zich meebrengen voor deze minderjarige (punt 36-37). Het Hof verwijst daarbij ook rechtstreeks naar General Comment 14 van het VN-Kinderrechtencomité (CRC/C/GC/14, ve13001825), waarin wordt uitgelegd dat de verplichting uit artikel 3 van het IVRK ook ziet op maatregelen die een kind slechts indirect raken.
6. Wat betreft de algemene opzet van de Terugkeerrichtlijn wijst het Hof er op dat wanneer de Uniewetgever zou hebben beoogd dat enkel met het belang van het kind rekening wordt gehouden wanneer aan een kind een terugkeerbesluit (en inreisverbod) was opgelegd, dit dan wel expliciet kenbaar gemaakt zou zijn (zie punt 39-40). Ten tweede wijst het Hof er op dat uit artikel 5 aanhef en onder b van de Terugkeerrichtlijn volgt dat bij de tenuitvoerlegging van deze richtlijn rekening gehouden moet worden met het familie- en gezinsleven van de derdelander aan wie een terugkeerbesluit (en evt. inreisverbod) wordt opgelegd. Het Hof wijst daarbij op eigen vaste jurisprudentie waaruit volgt dat het recht op eerbiediging van het familieleven uit artikel 7 van het Handvest uitgelegd moet worden in samenhang met de verplichting uit artikel 24 van het Handvest om het 'belang van het kind' prioriteit te geven. Tot slot wijst het Hof nog op de artikelen 7 lid 2 en 14 lid 1 van de Terugkeerrichtlijn waaruit afgeleid kan worden dat ook met het 'belang van het kind' rekening gehouden moet worden wanneer een terugkeerbesluit (en evt. inreisverbod) niet aan een kind zijn gericht.

7. Gelet op deze argumenten concludeert het Hof dus duidelijk dat ook met het 'belang van het kind' rekening gehouden moet worden wanneer een terugkeerbesluit (en evt. inreisverbod) niet aan een kind zelf zijn opgelegd. Dit is wat mij betreft geen verrassende uitkomst. Eigenlijk is het eerder verrassend dat de Belgische Raad van State het nodig vond om over dit onderwerp prejudiciële vragen te stellen, want het komt immers niet zelden voor dat de op artikel 3 van het IVRK en artikel 24 van het Handvest gebaseerde verplichting om rekening te houden met het 'belang van het kind' een rol opeist in procedures die het kind slechts indirect aangaan.
8. Toch is de uitspraak relevant, want waar het Belgisch recht in ieder geval nog een concrete verplichting bevat om bij het nemen van een verwijderingsbesluit rekening te houden met het 'belang van het kind', daar kent het Nederlands recht geen enkele concrete implementatie van het bepaalde in artikel 5 aanhef en onder a van de Terugkeerrichtlijn. De onderhavige uitspraak benadrukt de verplichting om bij het opleggen van een terugkeerbesluit (al dan niet gezamenlijk met een inreisverbod) altijd het 'belang van het kind' in acht genomen moet worden, een verplichting die bovendien van het Hof niet restrictief uitgelegd mag worden. De Nederlandse praktijk is hiermee niet in overeenstemming. Allereerst biedt het Nederlands recht geen juridisch kader voor het meewegen van het 'belang van het kind' bij het opleggen van een terugkeerbesluit (evt. met inreisverbod), maar m.i. gebeurt het meewegen van het 'belang van het kind' bij het opleggen van een terugkeerbesluit (evt. i.c.m. een inreisverbod) in de praktijk ook zelden tot nooit. Recentelijk heeft het HvJEU voor het opleggen van een terugkeerbesluit aan alleenstaande minderjarige vreemdelingen (amv) geoordeeld dat het 'belang van het kind' daarbij een prominente rol moet spelen en dat de Nederlandse praktijk daarmee op gespannen voet staat (zie: HvJEU 14 januari 2021, C-441/19, TQ, JV 2021/48, ve21000103). Ook in zaken waarbij een terugkeerbesluit (evt. met inreisverbod) wordt opgelegd aan een direct familielid van een kind, geldt blijkens de onderhavige uitspraak dus de verplichting om concreet rekening te houden met het belang van het kind.
9. Interessanter dan de door de Belgische Raad van State gestelde prejudiciële vraag is de vraag hoe bij het opleggen van een terugkeerbesluit (evt. in combinatie met een inreisverbod) invulling gegeven moet worden aan het 'belang van het kind'. Gelet op het feit dat het in dit type casus altijd gaat om een indirect belang van een kind bij de procedure van een derdelander, zal het vaak gaan om de belangen van het kind bij het uitoefenen van gezinsleven met de derdelander. Dit zijn belangen die doorgaans ook al in een verblijfsrechtelijke procedure zelf zijn beoordeeld en in veel van die procedures verplichten het IVRK, het Unierecht en/of artikel 8 van het EVRM reeds tot het (zwaarwegend) meewegen van het 'belang van het kind'. De vraag kan worden gesteld of die weging dan bij een terugkeerbesluit anders uit kan vallen dan in de verblijfsrechtelijke procedure. Een definitief antwoord op die vraag heb ik uiteraard ook niet, maar ik zal in het navolgende een paar dingen aanstippen die hierbij mogelijk relevant kunnen zijn. Echte duidelijkheid kan waarschijnlijk pas worden verkregen door het stellen van nieuwe prejudiciële vragen.
10. Allereerst is te denken aan de situatie waarbij in de verblijfsrechtelijke procedure wel aan het 'belang van het kind' getoetst zou moeten worden, maar dit om de één of andere reden niet is gebeurd en er vervolgens een terugkeerbesluit (en evt. inreisverbod) opgelegd wordt. Nu is dit primair natuurlijk een gebrek aan de verblijfsrechtelijke beoordeling zelf, maar toch kan het relevant zijn om het kindbelang dan desnoods in het kader van het terugkeerbesluit (en evt. inreisverbod) aan de orde te stellen. Zelf heb ik bijvoorbeeld meermaals gezien dat een beroep van een ouder op een afgeleid verblijfsrecht op grond van artikel 20 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), verblijf bij Nederlands kind, strandt op het vereiste dat de ouder zijn nationaliteit en identiteit moet aantonen. Dan is dat voor de IND doorgaans op zichzelf reden om af te wijzen, zonder dat er verder nog naar het 'belang van het kind' wordt gekeken. Doorgaans wordt dan ook een terugkeerbesluit genomen (dit is op zichzelf al merkwaardig, want een terugkeerbesluit kan alleen aan een derdelander worden opgelegd en hoe stel je het 'derdelanderschap' vast als iemands nationaliteit onbekend is, maar dat terzijde). Omdat de IND in een dergelijke situatie puur vanwege de toetsingsvolgorde in de verblijfsprocedure niet toekomt aan het 'belang van het kind', kan het dan relevant zijn dat in het kader van het terugkeerbesluit alsnog naar het 'belang van het kind' wordt gekeken.
11. Ten tweede is denkbaar dat het serieus meewegen van het 'belang van het kind' beperkingen met zich meebrengt voor het opleggen van een inreisverbod. Relevant is daarbij dat het Hof eerder heeft geoordeeld dat het begrip 'belang van het kind' uit artikel 24 lid 2 van het Handvest mede ingevuld moet worden aan de hand van het recht van het kind uit artikel 24 lid 3 van het Handvest op regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met de beide ouders. Het Hof heeft namelijk

eerder geoordeeld dat de eerbiediging van laatstgenoemd recht onbetwistbaar een belang van elk kind is (zie: HvJEU 23 december 2009, C-403/09, *Deticek*, punt 54, ve1000012). Het opleggen van een inreisverbod aan een ouder van een kind maakt het onmogelijk om regelmatig persoonlijk contact tussen de ouder en het kind op het grondgebied van de Unie te hebben, immers zelfs kortdurende bezoeken aan de EU zijn dan niet toegestaan. Afhankelijk van de individuele omstandigheden en de omstandigheden in het land van herkomst van de ouder aan wie het inreisverbod wordt opgelegd, wordt het wellicht zelfs helemaal onmogelijk om regelmatig persoonlijk contact tussen de ouder en het kind te hebben na oplegging van een inreisverbod aan de ouder. Artikel 5 aanhef en onder a van de Terugkeerrichtlijn verplicht aldus om het belang van het kind om 'regelmatig persoonlijk contact tussen de ouder en het kind te kunnen hebben' meegewogen moet worden bij het opleggen van een inreisverbod en het is goed voorstelbaar dat deze weging een andere uitkomst heeft dan het meewegen van hetzelfde belang in een puur verblijfsrechtelijk besluit.

12. Tot slot is de vraag relevant hoe ver de betekenis van artikel 5 aanhef en onder a van de Terugkeerrichtlijn en artikel 24 van het Handvest reiken. Potentieel is die invloed erg groot, maar waarschijnlijk kan dat pas duidelijk worden doormiddel van nieuw te stellen prejudiciële vragen. In het navolgende bepleit ik waarom er veel voor te zeggen is dat de invloed van de genoemde artikelen bij het opleggen van terugkeerbesluiten erg groot kan zijn.
13. Ik heb er hiervoor op gewezen dat het HvJEU zelf het 'belang van het kind' eerder mede heeft ingevuld aan de hand van het recht uit artikel 24 lid 3 van het Handvest. M.i. is artikel 24 van het Handvest echter de toegangspoort tot veel meer bescherming voor de rechten van het kind dan nu (nog) gangbaar is. Ik doel er daarmee op dat het Hof in punt 37 voor de uitlegging van artikel 24 lid 2 van Handvest verwijst naar artikel 3 van het IVRK, maar dat er daarnaast goede redenen zijn om te betogen dat eigenlijk naar het IVRK als geheel gekeken moet worden (het navolgende is grotendeels gebaseerd op eerdere publicaties, zoals: J. Werner, 'Your children are (not) your children', *Tijdschrift voor Jeugdrecht* 2020-3, p. 78-79). Volgens de officiële toelichting bij het Handvest is artikel 24 van het Handvest gebaseerd op het IVRK in het algemeen en met name op de artikelen 3, 9 (lid 3), 12 en 13 van het IVRK (zie: Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten (2007/C/303/02)). Die laatstgenoemde artikelen zijn ook het meest concreet terug te lezen in artikel 24 van het Handvest, maar dat laat onverlet dat het IVRK als geheel de basis vormt voor artikel 24 van het Handvest. Ik wijs er in dit verband op dat het Hof al in 2006 heeft geoordeeld dat het IVRK als geheel deel uit maakt van de algemene beginsel van het unierecht (Zie: HvJEG 26 juni 2006, *Parlement t. de Raad*, C-540/03, JV 2006/313, punt 35 en 37, ve06000854. Zie: hierover ook: P. Boeles, M. den Heijer, G. Lodder & K. Wouters, *European Migration Law*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2014, p. 45) en dat Het Handvest naar het oordeel van het HvJEU gezien moet worden als een tekst die uitdrukking geeft aan de algemene beginselen van het Unierecht (HvJEG 26 juni 2006, *Parlement t. de Raad*, C-540/03, JV 2006/313, punt 38, ve06000854). Ook waar het Handvest bepaalde algemene beginselen onvolledig weergeeft, gelden zij nog steeds volledig als Unierechtelijk beginsel (zie: HvJEU 11 december 2014, *Boudjlida*, C-249/13, punt. 30-34, ve15000252). Artikel 24 van het Handvest moet aldus tegen de achtergrond van het gehele IVRK worden begrepen.
14. Het voorgaande sluit overigens ook aan bij de verwijzing door het Hof in onderhavige zaak naar General Comment 14 van het VN-Kinderrechtencomité (CRC/C/GC/14, ve13001825), daarin staat voor de uitleg van artikel 3 van het IVRK centraal dat het begrip 'belang van het kind' materieel ingevuld moet worden aan de hand van de rechten die in het IVRK staan genoemd. Het feit dat het Hof relevantie toekent aan dit General Comment geeft mogelijk aanleiding om artikel 24 van het Handvest meer in het licht van het IVRK als geheel te gaan beschouwen bij het uitleggen van het Unierecht.
15. Wat is nu concreet de relevantie van het voorgaande? Ik zal die vraag niet uitputtend behandelen, maar geef één duidelijk voorbeeld van een relevant IVRK-artikel. Wanneer de artikelen 5 aanhef en onder a van de Terugkeerrichtlijn en 24 lid 2 van het Handvest ingevuld zouden worden aan de hand van de artikelen uit het IVRK, zou het verbod op het scheiden van ouders en kinderen uit artikel 9 lid 1 van het IVRK uiterst relevant zijn bij het nemen van terugkeerbesluiten jegens derdelander ouders van rechtmatig verblijvende kinderen. Artikel 9 lid 4 van het IVRK geeft enkele voorbeelden van de scheiding van ouders en kinderen in de betekenis van dit artikel en noemt daarbij letterlijk 'verbanning' en 'deportatie' van een ouder of het kind. Het taalgebruik wijkt hier wat af van wat in het vreemdelingenrecht gebruikelijk is, maar het lijkt zeer aannemelijk dat het nemen van een terugkeerbesluit jegens een ouder van een rechtmatig verblijvend kind een vorm van scheiding is in de zin van artikel 9 van het IVRK, in het bijzonder in de situatie waarbij de ouder eerder zelf een verblijfsrecht heeft gehad dat het uitoefenen

van gezinsleven met dit kind mogelijk maakte. Artikel 9 lid 1 van het IVRK verplicht staten te waarborgen dat ouders en kinderen niet van elkaar worden gescheiden en kent daarop slechts één uitzondering; de situatie waarbij de scheiding juist noodzakelijk is in het belang van het kind zelf (zie hierover: M. Goeman & J. Werner, *Gezinnen in de knel. Een analyse van het belang van het kind in het Europese en Nederlandse gezinsmigratiebeleid*, Leiden: Defence for Children 2015, ve15001075, p. 37). Het opleggen van een terugkeerbesluit (eventueel i.c.m. een inreisverbod) aan een ouder van een rechtmatig verblijvend kind, staat daarmee op gespannen voet met artikel 9 van het IVRK en m.i. daarmee tevens met artikel 24 van het Handvest en artikel 5 aanhef en onder a van de Terugkeerrichtlijn.

16. Potentieel kan de toepassing van artikel 24 van het Handvest in het licht van de IVRKartikelen aldus een grote invloed op het vreemdelingenrecht hebben. Tot nu nog toe is die invloed uitgebleven. Dit komt met name omdat het IVRK in de nationale jurisprudentie vaak slechts een kleine rol is toegedicht. Vaak zijn de argumenten hiervoor – al dan niet terecht – ontleend aan de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Nu het IVRK echter geldt als algemeen beginsel van Unierecht, is er veel voor te zeggen dat dit verdrag via een andere juridische route alsnog van relevantie kan zijn voor het Unierecht. Hoe groot die rol daadwerkelijk is, is vooral afhankelijk van de antwoorden die het HvJEU geeft op prejudiciële vragen. En daarmee dus van het lef van nationale rechters om af en toe eens een gewaagde vraag over dit thema aan het HvJEU voor te leggen. Ik ben benieuwd wat de toekomst op dit punt in petto heeft.

**Mr. J. Werner**

**Advocaat bij Hagg advocaten**