

Kritische analyse uitspraken Afdeling over gezinsband tussen vaders en kinderen

Grondrechten: beperking of versterking van het recht op gezinshereniging?

Omdat niet zou zijn gebleken van hechte en persoonlijke banden tussen de vaders en hun biologische kinderen, oordeelde de Afdeling onlangs in vier zaken dat de staatssecretaris terecht had beslist dat de gezinsband onvoldoende was aangetoond.¹ De vaders – allen referent bij een mvv-aanvraag – voldoen wel aan de voorwaarden uit Hoofdstuk IV van de Gezinsherenigingsrichtlijn. Jorg Werner geeft een kritische analyse van de vier uitspraken² en concludeert dat ze op gespannen voet staan met de Gezinsherenigingsrichtlijn, met jurisprudentie van het EHRM over juridisch ouderschap en met het recht van het kind op gezinsleven.

1. Vier uitspraken

In alle vier de uitspraken gaat de staatssecretaris in hoger beroep tegen uitspraken van de Amsterdamse vreemdelingenkamer van de Rechtbank Den Haag. In die uitspraken is steeds gewezen op een uitspraak van de Amsterdamse meervoudige kamer (mk), waarin kort samengevat is geoordeeld dat de beleidsregel uit par. B7/3.8.1 van de Vreemdelingen-circulaire 2000 (Vc) strijdig is met artikel 4 lid 1 juncto artikel 16 lid 1 van de Gri.³ Die beleidsregel geeft een uitwerking aan het bepaalde in artikel 3.14 aanhef en onder c van het Vreemdelingenbesluit 2000 (Vb) en bepaalt dat tussen een ouder en een niet staande een huwelijk of daarmee gelijkwaardige relatie geboren kind slechts gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM bestaat indien aan de relatie voldoende invulling wordt gegeven. Tegen dit oordeel komt de staatssecretaris op in alle zaken.

Hoewel de staatssecretaris nooit hoger beroep heeft ingesteld tegen de genoemde mk-uitspraak, gaat de Afdeling in de vier uitspraken uitgebreid in op het oordeel van de vreemdelingenkamer Amsterdam, om daar vervolgens van af te wijken. Inhoudelijk start de Afdeling met het uiteenzetten van de methode waarop het volgens jurisprudentie van het HvJ EU bepalingen van het Unierecht moet uitleggen. Als de taalversies geen verschil laten zien, moet de tekst volgens de Afdeling worden uitgelegd aan de hand van de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt. Daarbij moet rekening worden gehouden met de eigen Unierechtelijke terminologie, waarbij rekening moet worden gehouden met de bewoordingen van de bepalingen alsook met de context, met de doelstelling van de regeling waarin die bepaling staat en ook met de ontstaansgeschiedenis. Tot slot wijst de ABRvS erop dat de considerans kan dienen om de inhoud van de Gri te preciseren.⁴

De staatssecretaris heeft zich in de procedures op het standpunt gesteld dat zijn in genoemde beleidsregels neergelegde visie op gezinsleven tussen ouders en buiten huwelijk of daaraan gelijkwaardige relatie geboren kinderen in de Gri een grondslag vindt in artikel 16 lid 1 aanhef en onder b van

1 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2366, ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2467, ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2469, ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2466. Volledigheidshalve meld ik dat in twee van de vier zaken een kantoorgenoot van ondergetekende als advocaat optrad, zelf heb ik daarbij echter geen rol gehad.

2 Hij gaat ook kort in op een uitspraak van de Afdeling die daarop inhoudelijk voortbouwt: ABRvS 10 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2940.

3 Rechtbank Den Haag, zp. Amsterdam, 15 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16613. Volledigheidshalve meld ik hier dat een kantoorgenote en ikzelf de vreemdeling in deze zaak gezamenlijk hebben bijgestaan.

4 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2366, r.o. 4.2.

de Gri. In deze bepaling staat dat het verzoek om gezinshereniging door de lidstaten mag worden geweigerd of kan worden ingetrokken wanneer de referent 'geen werkelijk huwelijks- of gezinsleven' (meer) onderhoudt met het gezinslid of de gezinsleden. Bij het in algemene zin bespreken van deze bepaling, geeft de Afdeling vier belangrijke punten mee voor de toepassing van deze bepaling.

Ten eerste verwijst de Afdeling naar de toelichting van de Europese Commissie (EC) bij de Gri,⁵ waaruit volgt dat het vereiste van werkelijk gezinsleven dient om oneigenlijk gebruik van het recht op gezinshereniging tegen te gaan. Ten tweede wijst de Afdeling op het doel van dit recht zoals genoemd door de EC in dezelfde toelichting, namelijk het handhaven of herstellen van het kerngezin. Ten derde is van belang dat de Afdeling uit het arrest Chakroun⁶ afleidt dat het begrip werkelijk gezinsleven in overeenstemming moet zijn met het grondrecht op eerbiediging van gezinsleven als bedoeld in artikel 8 van het EVRM en artikel 7 van het Handvest. Ten vierde wijst de Afdeling er op dat, omdat in de aanhef van het eerste lid van artikel 4 van de Gri – waarin de begunstigen van de Gri staan opgesomd – expliciet wordt verwezen naar artikel 16 van de Gri, de beslissingsautoriteit al bij de beoordeling van de aanvraag rekening kan houden met eventueel oneigenlijk gebruik.⁷

Wat betreft de implementatie van artikel 4 lid 1 aanhef en onder c van de Gri in artikel 3.14 aanhef en onder c van het Vb, vat de Afdeling samen dat beide bepalingen drie cumulatieve criteria bevatten. De vereisten dat sprake moet zijn van juridisch en/of biologisch ouderschap en van gezag, zijn volgens de Afdeling identiek. Het criterium uit de Gri dat het kind ten laste moet komen aan de referent, is in artikel 3.14 van het Vb vertaald naar het criterium dat het kind feitelijk tot het gezin van de referent moet behoren. Op deze wijze is naar het oordeel van de Afdeling ook invulling gegeven aan de vereisten dat sprake moet zijn van financiële of materiële steun en van werkelijk gezinsleven uit artikel 16 van de Gri. Naar het oordeel van de Afdeling zijn artikel 4 lid 1 aanhef en onder c en artikel 16 eerste lid aanhef en onder b van de Gri hiermee correct geïmplementeerd in de Nederlandse wet- en regelgeving, mits deze wijze van implementeren niet strijdig is met artikel 8 van het EVRM.⁸

Het criterium dat het kind feitelijk tot het gezin moet behoren, is uitgewerkt in par. B7/3.2.1 en de eerdergenoemde par. B7/3.8.1 van de Vc en daarmee gelijkgesteld aan de beleidsmatige uitwerking van het begrip gezins- en of familieleven uit artikel 8 van het EVRM. Het aannemen van gezinsleven in de zin van deze bepaling tussen een ouder en een niet staande een huwelijk of gelijkwaardige relatie geboren kind is daarbij voor de IND afhankelijk gemaakt van het 'voldoende invulling' geven aan de relatie.

De Afdeling leidt vervolgens uit het L-arrest⁹ af dat bij een niet staande een huwelijk of daarmee gelijkwaardige relatie geboren kind de enkele biologische verwantschap tussen ouder en kind onvoldoende is om gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM aan te nemen. Of in een dergelijke situatie van gezinsleven sprake is, is volgens de Afdeling in essentie een kwestie van feitelijke aard, waarbij de eventuele samenwoning

van belang is, maar ook andere aspecten relevant kunnen zijn, zoals de aard van de relatie tussen de ouder en het kind en de getoonde interesse en inzet van de ouder voor het kind.

Gelet hierop komt de Afdeling tot het oordeel dat de vreemdelingenkamer Amsterdam in de mk-uitspraak en de daarop gebaseerde uitspraken, ten onrechte heeft geoordeeld dat par. B7/3.8.1 van de Vc in strijd is met de Gri.¹⁰ De Afdeling voegt daaraan toe dat geen aanleiding bestaat voor het stellen van prejudiciële vragen, aangezien redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over de wijze waarop het Unierecht uitgelegd moet worden.¹¹

Gezinsleven in de zin van artikel 8 EVRM tussen ouder en biologisch kind is in de Vreemdelingencirculaire afhankelijk gemaakt van het 'voldoende invulling' geven aan de relatie.

In alle vier de zaken komt de Afdeling tot de conclusie dat de staatssecretaris zich terecht op het oordeel heeft gesteld dat niet is gebleken van beschermenswaardig gezinsleven als bedoeld in artikel 8 van het EVRM. Ik acht het voor dit artikel niet van belang om in detail in te gaan op de precieze omstandigheden die tot deze conclusie hebben geleid. Wel valt op dat geen enkele aandacht uitgaat naar het bestaan van (eventuele) juridische gezinsbanden tussen de referent en zijn kinderen en dat de Afdeling het standpunt van de staatssecretaris aanvaardt dat de feitelijke uitoefening van de gezinsband onvoldoende aannemelijk is gemaakt nu het niet met objectieve bewijsmiddelen is gestaafd.

2. Werkelijk gezinsleven en doel en systematiek van de Gri

Mooi aan de uitspraken is dat de Afdeling voorafgaand aan de daadwerkelijke beoordeling een overtuigend en inzichtelijk toetsingskader weergeeft van de wijze waarop het Unierecht uitgelegd moet worden. De wijze waarop dit kader vervolgens wordt toegepast, roept echter vragen op. De eerste stap van het door de Afdeling geschetste kader, het vergelijken van taalversies van de Gri, levert geen problemen op. Volgens de Afdeling moet daarna gekeken worden naar de systematiek en de doelstelling van de Gri, waarbij tevens relevantie toekomt aan de eigen terminologie van het Unierecht, de context van de bepaling die uitgelegd moet worden en de totstandkomingsgeschiedenis daarvan.

Bij het nemen van deze stappen, is het allereerst jammer dat de Afdeling niet wat langer stilstaat bij de plaats van artikel 16 in de Gri. Artikel 16 van de Gri is opgenomen in hoofdstuk VII van de Gri, met als titel 'Sancties en beroepsmogelijkheden'. Nog vrij recent kende de Afdeling in een andersoortige procedure grote betekenis toe aan de plaats van artikel 16 van de Gri en concludeerde daaruit dat artikel 16 van de Gri een sanctienorm betreft.¹² De nadruk op het sanctionerende karakter van artikel

5 (COM)2002 225 FINAL, p. 9.

6 HvJ EU 4 maart 2010, Chakroun, C-578/08, JV 2010/177

7 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2366, r.o. 4.4.

8 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2366, r.o. 4.5.

9 EHRM 1 juni 2004, L. t. Nederland, 45582/99.

10 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2366, r.o. 4.7.

11 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2366, r.o. 4.8.

12 Zie: ABRvS 26 april 2017, 201604740/1/V1, ECLI:NL:RVS:2017:1109, r.o. 3.6 (tweede alinea).

16 Gri zou bijvoorbeeld relevant kunnen zijn voor de bewijslastverdeling; ligt de bewijslast bij het opleggen van een sanctie immers niet in beginsel bij het bestuursorgaan en niet bij de belanghebbende(n)?

In onderhavige zaken lijkt de Afdeling echter in het geheel geen betekenis toe te kennen aan de plaats van artikel 16 binnen de Gri-systematiek. Wel kent de Afdeling grote en misschien zelfs wel beslissende betekenis toe aan het feit dat in de aanhef van artikel 4 lid 1 van de Gri wordt verwezen naar artikel 16 als voorwaarde. Hoofdstuk II van de Gri, waar artikel 4 is opgenomen gaat over de gezinsleden die voor toelating in aanmerking kunnen komen in het kader van de Gri. Tussen de hoofdstukken waarin artikel 4 en artikel 16 staan, worden de materiële voorwaarden voor verblijf besproken in Hoofdstuk IV over de 'vereisten voor de uitoefening van het recht op gezinshereniging', waarin in het geheel niet wordt ingegaan op het hebben van werkelijk gezinsleven als voorwaarde voor gezinshereniging. De systematiek van de Gri is op dit punt als een verkeersbord dat voor één bestemming meerdere richtingen tegelijkertijd aanwijst; het vereiste van 'werkelijk gezinsleven' uit artikel 16 van de Gri geldt zelf qua plaats binnen de systematiek van de Gri niet als voorwaarde, maar lijkt vooral een sanctienorm. Dat wordt bevestigd door het feit dat de bepaling inhoudelijk ook niet is opgenomen in het hoofdstuk van de Gri met de voorwaarden voor gezinshereniging. In het hoofdstuk dat over de begunstigden van het recht op gezinshereniging gaat, wordt echter wel naar deze bepaling verwezen als ware het een voorwaarde voor verblijf. Een systematische analyse of een analyse waar bij de nadruk ligt op de context van artikel 16 van de Gri, kan kortom onmogelijk uitkomst bieden voor de betekenis van de bepaling en de plaats die deze heeft in de aanvraagfase.

Dit is van belang voor de wijze waarop de Afdeling de andere aspecten relevant acht voor de uitleg van de Gri, namelijk het doel en de totstandkoming van de Gri. Bij de bespreking van deze twee elementen beperkt de Afdeling zich met de verwijzing naar twee (samenhangende) standpunten van de EC: 1) het vereiste van daadwerkelijk gezinsleven dient ter voorkoming van misbruik van het recht op gezinshereniging; 2) het doel van het recht op gezinshereniging is het herstellen of handhaven van de eenheid van het kerngezin. Over beide punten hierna een paar opmerkingen.

De enkele vaststelling dat het begrip 'werkelijk gezinsleven' dient ter voorkoming van misbruik, lijkt op zichzelf beschouwd vooral een aanwijzing dat de EC de bepaling ziet in de context van de sanctienormen en niet in de context van de toelatingsvoorwaarden.¹³ Onduidelijk blijft hoe de Afdeling de interpretatie van de EC eigenlijk inpast in de eigen beoordeling, die daar haaks op lijkt te slaan. Een relevante vergelijking hierbij is de benadering door de EC van schijnrelaties.¹⁴ De EC bespreekt ook schijnrelaties in de context van het bestrijden van misbruik. De relevantie van de vergelijking met schijnrelaties ligt er allereerst in dat een schijnrelatie volgens de EC pas wordt aangenomen als het enig doel van het aangaan van de relatie ligt in het verkrijgen van een verblijfsrecht voor

één van de partners, en daarmee dus niet in het doel om met het verblijfsrecht samen te kunnen wonen. Wanneer deze definitie van schijnrelaties – als vorm van misbruik – analoog wordt toegepast op onderhavige casusposities, zou voor het aannemen van misbruik dus vast moeten staan dat het enig doel van het gebruik van het recht op gezinshereniging ligt in het verkrijgen van een verblijfsrecht voor het kind en daarmee dus niet primair dient om met de in Nederland verblijvende ouder gezinsleven uit te oefenen. Een voorbeeld hiervan zou zijn dat een vader een kind naar Nederland haalt met het enig doel zijn kind aan een Nederlandse universiteit te laten studeren. Dat zou dan een vorm van misbruik van het recht op gezinshereniging zijn. Van belang is nu dat bij een dergelijke benadering misbruik aanzienlijk minder snel aangenomen kan worden dan de Afdeling nu doet.

Bij analoge toepassing van de EC-definitie van schijnrelaties zou vast moeten staan dat het enig doel van het gebruik van het recht op gezinshereniging ligt in het verkrijgen van een verblijfsrecht voor het kind.

Ten tweede is de vergelijking met schijnrelaties relevant omdat de EC daarbij een scheiding maakt tussen enerzijds de plicht voor de aanvrager om de relatie aan te tonen en anderzijds de bewijslast voor de Staat om aan te tonen dat er sprake is van misbruik. Een dergelijke scheiding wordt niet gemaakt door de Afdeling en daarom is het enigszins raadselachtig waarom de Afdeling eigenlijk naar het standpunt van de EC verwijst.

Het is bovendien een gemiste kans dat de Afdeling niet wat nader is ingegaan op de totstandkoming van het criterium 'werkelijk gezinsleven', want de achtergrond van dit criterium lijkt de sleutel te bevatten om de op twee gedachten hinkende systematiek van de Gri (zoals hiervoor besproken) te begrijpen. Strik beschrijft in haar proefschrift onder andere de totstandkomingsgeschiedenis van de Gri, waaruit blijkt dat Nederland in de onderhandelingen sterk heeft ingezet op het opnemen van het 'feitelijke gezinsband'-criterium als materiële voorwaarde in de Gri.¹⁵ De Nederlandse pogingen om een dergelijk criterium op te nemen als voorwaarde voor verblijf, werden tijdens de onderhandelingen echter niet begrepen, dan wel afgekeurd door de andere lidstaten. Ook de EC voelde weinig voor een extra voorwaarde. Die strategie mislukte dan ook en werd daarom bijgesteld door te bewerkstelligen dat het ontbreken van een dergelijke gezinsband als afwijzingsgrond in de Gri wordt opgenomen. Die strategie slaagde wel en leidde tot het vereiste van werkelijk gezinsleven uit artikel 16 van de Gri. Vlak voor een uiteindelijk politiek compromis wordt bereikt, weet Nederland bovendien een verwijzing naar dit artikel in artikel 4 van de Gri opgenomen te krijgen, waardoor ineens de suggestie wordt gewekt dat het criterium een toelatingsvoorwaarde is.¹⁶ Strik citeert in haar boek een medewerker

13 T. Strik, C. Ullersma en J. Werner, 'Nareis: het 'feitelijke gezinsband'-criterium in internationaal perspectief, *A&MR* 2012-9, p. 469.

14 Zie in deze de verwijzing in de Richtsnoeren bij de Gri (COM(2014) 210 final, p. 27 en 28.) naar de Richtsnoeren bij de Verblijfsrichtlijn (Richtlijn 2004/38/EG); COM(2009) 313 definitief, p. 16-17. In laatst genoemde richtsnoeren wordt uitgegaan van een strikte definitie van misbruik middels schijnhuwelijken – een huwelijk met het enkele doel het in de Richtlijn neergelegde recht op vrij verkeer te kunnen genieten – en wordt de bewijslast van het bestaan van dergelijke huwelijken bij de lidstaat gelegd.

15 T. Strik, *Besluitvorming over asiel- en migratierichtlijnen. De wisselwerking tussen nationaal en Europees niveau*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 98-100.

16 T. Strik, *Besluitvorming over asiel- en migratierichtlijnen. De wisselwerking tussen nationaal en Europees niveau*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 98-100.

van de EC die beschrijft op welk politiek gevoelig en enigszins chaotisch moment de verwijzing in artikel 4 naar artikel 16 tot stand is gekomen:

'De verwijzing naar de toelatingsvoorwaarden is er op het laatst tussen door geglipt, toen er nog zoveel onenigheid over onderwerpen bestond. Ik heb daar wel op gewezen, maar het ging al naar Scifa en Coreper, en dat zijn andere onderhandelingen. Daar zitten geen experts, dus niet iedereen weet daar wat zo'n zin precies betekent en welke consequenties daaraan vastzitten.'¹⁷

De hiervoor beschreven geschiedenis verklaart de dubbele signalen die de systematiek van de Gri afgeeft. De Gri leunt op twee gedachten, waarbij de grondgedachte is dat het criterium 'werkelijk gezinsleven' welbewust is geplaatst in hoofdstuk VII over sancties en beroepsmogelijkheden, omdat het bedoeld is om misbruik tegen te gaan en juist niet is bedoeld als verleningsvoorwaarde. De verwijzing naar artikel 16 in artikel 4 van de Gri laat echter een diametraal daar tegenover liggende gedachte zien, waarbij het criterium juist wel wordt beschouwd als een toelatingsvoorwaarde. Deze innerlijke spanning in de Gri toont in feite een onopgelost politiek geschilpunt aan de onderhandelingstafel, een spanning die eigenlijk stof zou moeten zijn voor het stellen van prejudiciële vragen.

Zeker wanneer bij de uitleg van artikel 16 van de Gri ook nader naar het doel van de Gri en naar de jurisprudentie van het HvJ EU wordt gekeken. Het wonderlijke nu is dat de Afdeling in de uitspraken niet ingaat op het doel van de Gri, maar in plaats daarvan op het doel van het recht op gezinshereniging zoals de EC dit heeft geformuleerd. Dit heeft tot gevolg dat het lijkt alsof sprake is van een spanning tussen het doel het kerngezin te handhaven of te herstellen en het recht op gezinshereniging zelf. Zo lijkt het door de Afdeling geciteerde doel te miskennen dat ook gezinsvorming onder het recht op gezinshereniging valt (vgl: artikel 2 aanhef en onder d van de Gri). Ook ligt in het doel van de EC erg de nadruk op het door gezinshereniging beschermen van het kerngezin als geheel, terwijl de Gri in artikel 4 lid 1 van de Gri ook expliciet een recht op gezinshereniging verschafft aan kinderen met de referent, zonder dat de andere ouder tevens mee herenigt. Ook geeft artikel 4 lid 1 van de Gri de kinderen van de echtgenoot van de referent (dus niet zijnde de kinderen van de referent zelf) een recht op gezinshereniging. Dit relativeert duidelijk de nadruk op de gedachte van de EC dat het bij de Gri altijd moet gaan om de hereniging van het kerngezin (als geheel).

Curieuzer nog is dat de Afdeling de opvatting van de EC als leidend ziet en niet het oordeel van het HvJ EU. Ten eerste vanwege het bindend gezag dat toekomt aan de oordelen van het, terwijl de stukken van de EC, alhoewel relevant, niet bindend zijn. Maar ook omdat het toch geen publiek geheim genoemd kan worden dat het HvJ EU in de jurisprudentie over de Gri bij herhaling het doel van de Gri heeft gedefinieerd als het 'bevorderen van gezinshereniging' en dit doel als uitgangspunt neemt voor de uitleg van de Gri. Zo overweegt het HvJ EU dat uit dit doel moet worden afgeleid dat voorwaarden die de Gri aan gezinshereniging stelt strikt uitgelegd moeten worden en geen afbreuk mogen doen aan het nuttig effect van de Gri.¹⁸

Het is merkwaardig dat de Afdeling deze vaste HvJ EU-jurisprudentie niet heeft betrokken bij de uitleg van de Gri in deze vier zaken. Niet alleen vanwege de miskenning van die HvJ EU-jurisprudentie en de relevantie die de Afdeling zelf in algemene zin toekent aan het doel van de Gri bij de interpretatie van Unierechtelijke bepalingen, maar ook omdat het zo'n belangrijk aspect van de uitspraken van de Afdeling is dat artikel 16 van de Gri als voorwaarde – en niet als sanctienorm – gezien moet worden. Juist uit de aangehaalde jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat het doel van de Gri verplicht tot een strikte interpretatie van de voorwaarden die aan gezinshereniging gesteld mogen worden. De matiging van de voorwaarden aan de hand van het doel van de Gri als vast element voor het uitleggen van de Gri, ontbreekt hier en dat heeft onmiskenbaar invloed op de uitkomst van de uitspraken.

Het HvJ EU geeft een strikte interpretatie van de voorwaarden aan gezinshereniging – dat die matiging in de vier zaken ontbreekt heeft onmiskenbaar invloed op de uitkomst ervan.

Ook een ander vast element uit de HvJ EU-jurisprudentie ontbreekt in de beoordeling door de Afdeling. Al vanaf het eerste arrest over de Gri, *Parlement tegen de Raad*, legt het HvJ EU de nadruk op de erkenning van het idee dat de Gri een subjectief recht op gezinshereniging bevat en dat lidstaten geen beoordelingsmarge toekomt zodra voldaan is aan de voorwaarden.¹⁹ Hoewel het HvJ EU zich hierbij baseert op artikel 4 lid 1 van de Gri en de Afdeling dit artikel bepaald niet miskent, roept het oordeel van de Afdeling spanning op met het subjectief recht op gezinshereniging. Voor het kunnen aannemen van het subjectief recht op gezinshereniging lijkt het voor het HvJ EU namelijk cruciaal dat de voorwaarden en verplichtingen precies zijn omschreven. Dat de Afdeling het recht op gezinshereniging afhankelijk laat zijn van het in 'voldoende mate' invulling geven aan de ouder-kind-band (vgl. par. B7/3.8.1 van de Vc), leidt ertoe dat het recht op gezinshereniging in individuele gevallen minder precies vastgesteld kan worden en een ruimere beoordelingsmarge aan de lidstaat laat. Met deze uitspraken laat de Afdeling lidstaat Nederland voorzichtig wat beoordelingsmarge afknabbelen van het subjectief recht op gezinshereniging.

Tot slot is het belangrijk om nog stil te staan bij het oordeel van de Afdeling dat het vereiste uit artikel 4 lid 1 aanhef en onder c van de Gri, dat het kind 'ten laste' van de referent moet komen, correct is vertaald in het vereiste uit artikel 3.14 aanhef en onder c van het Vb dat het kind feitelijk tot het gezin van de referent moet behoren. Het is dit begrip uit de Vb dat vervolgens is uitgewerkt aan de hand van artikel 8 van het EVRM, waarbij de Afdeling een sterke nadruk legt op de feitelijke uitoefening van het gezinsleven door ouder en kind. De Afdeling besteedt daarbij echter geen aandacht aan de vraag of deze uitleg van het Unierechtelijke begrip 'ten laste komen aan' overeenstemt met de jurisprudentie van het HvJ EU.

17 T. Strik, *Besluitvorming over asiel- en migratierichtlijnen. De wisselwerking tussen nationaal en Europees niveau*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 99-100.

18 Vgl. HvJ EU 4 maart 2010, *Chakroun*, C-578/08, *JV* 2010/177, pnt. 43; HvJ EU 6 december 2012, *O, S & L*, C-356/11 en C-357/11, *JV* 2013/87, pnt. 74; HvJ EU 9 juli 2015, *K & A*, C-153/14, *JV* 2015/232, pnt. 50; HvJ EU 21 april 2016, *Khachab*, C-558/14, *JV* 2016/171, pnt. 25.

19 HvJ EG 26 juni 2006, *Parlement t. de Raad*, C-540/03, *JV* 2006/313, pnt. 60.

In de jurisprudentie over artikel 20 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) heeft het HvJ EU aangenomen dat het bij 'ten laste komen' gaat om de 'wettelijke, financiële of affectieve last' over het kind.²⁰ Cruciaal hierbij is het woord 'of'. Het gaat volgens het HvJ EU dus niet om een cumulatief vereiste. In plaats daarvan kan zowel uit de financiële afhankelijkheid van het kind, als door een affectieve band met het kind, als uit de wettelijke verantwoordelijkheid voor het kind (bijvoorbeeld door ouderlijk gezag) worden afgeleid dat een kind ten laste komt aan een ouder. Deze uitleg van het HvJ EU lijkt een minder restrictieve interpretatie te bevatten dan de uitleg die in de Nederlandse systematiek aan het criterium uit artikel 3.14 van de Vb is gegeven.

3. De Gri en grondrechten

Bij dit alles is de cruciale vraag welke rol aan grondrechten toekomt bij de uitleg van de Gri. De Afdeling oordeelt dat uit het *Chakroun*-arrest volgt dat het begrip 'werkelijk gezinsleven' uit artikel 16 van de Gri uitgelegd moet worden aan de hand van artikel 8 van het EVRM. Het merkwaardige nu is dat het begrip 'werkelijk gezinsleven' niet voorkomt in dit arrest. Wat staat er wel in *Chakroun*? Daarin herhaalt het HvJ EU in algemene zin hetgeen is opgenomen onder het tweede punt van de considerans van de Gri, namelijk dat maatregelen aangaande gezinshereniging in overeenstemming moeten zijn met de in talrijke internationale rechtsinstrumenten neergelegde verplichting om het gezin te beschermen en het gezinsleven te respecteren. De Gri eerbiedigt naar het oordeel van het Hof namelijk de grondrechten en de beginselen die met name zijn erkend in artikel 8 van het EVRM en in het Handvest.²¹ Concreet gaat het voor het HvJ EU in *Chakroun* om de uitleg van artikel 7 van de Gri. Die bepaling krijgt naar aanleiding van de aandacht voor artikel 8 van het EVRM (dan wel artikel 7 van het Handvest) niet opeens dezelfde betekenis als die bepaling(en), maar het HvJ EU garandeert een uitleg van artikel 7 van de Gri die recht doet aan de bescherming uit het grondrecht van artikel 8 van het EVRM en 7 van het Handvest. In essentie gaat het daarmee om een grondrechtconforme uitleg. De uitleg door de Afdeling waarbij het begrip 'werkelijk gezinsleven' in feite wordt gelijkgesteld aan een zeer specifieke betekenis van artikel 8 van het EVRM, volgt in ieder geval niet dwingend uit het *Chakroun*-arrest.

3.1 Artikel 8 EVRM en artikel 7 Handvest

De uitleg die de ABRvS geeft aan artikel 8 van het EVRM is bovendien problematisch. Die specifiek gekozen uitleg vindt zijn oorzaak allereerst in een kunstmatig scherpe scheiding tussen enerzijds het zijn van juridisch ouder (inclusief het hebben van ouderlijk gezag) en anderzijds het vereiste van het in voldoende mate invulling geven aan de ouder-kind-band. Het juridisch ouderschap is een juridisch feit dat wordt geregeld in het nationaal recht (van verblijf van het kind) en het 'voldoende invullings'-vereiste is een op artikel 8 van het EVRM gebaseerd criterium van feitelijke aard. Deze uitleg leidt er toe dat het recht op gezinsleven uit artikel 8 van het EVRM een beperkende rol krijgt in de uitleg van het recht op gezinshereniging uit de Gri. De relevantie van het hebben van juridisch ouderschap en ouderlijk gezag – een eis die letterlijk uit de tekst van artikel 4 van de Gri volgt – wordt geminimaliseerd onder verwijzing

naar EHRM-jurisprudentie over het bestaan van gezinsleven bij biologisch ouderschap. De vraag kan worden gesteld of dit niet afdoet aan het karakter van artikel 8 van het EVRM als minimumnorm. Het EHRM heeft in de jurisprudentie benadrukt dat het EVRM de bescherming op nationaal niveau bekrachtigt in plaats van beperkt.²² Kan artikel 8 van het EVRM dan wel afdoen aan gezinsleven dat volgens nationaal recht – in de vorm van juridisch ouderschap en/of gezag – moet worden erkend?

In de literatuur wordt bovendien wel aangenomen dat ook een juridische band, zeker wanneer sprake is van ouderlijk gezag, geldt als een vorm van gezinsleven die onder de bescherming van artikel 8 van het EVRM valt.²³ Hiervoor wordt steun gevonden in EHRM-jurisprudentie. Zo oordeelde het EHRM in het Nielsen-arrest dat:

'It should be observed at the outset that family life in the Contracting States encompasses a broad range of parental rights and responsibilities in regard to care and custody of minor children. The care and upbringing of children normally and necessarily require that the parents or an only parent decide where the child must reside and also impose, or authorize others to impose, various restrictions on the child's liberty. Thus the children in a school or other educational or recreational institution must abide by certain rules which limit their freedom of movement and their liberty in other respects. Likewise a child may have to be hospitalised for medical treatment. Family life in this sense, and especially the rights of parents to exercise parental authority over their children, having due regard to their corresponding parental responsibilities, is recognized and protected by the Convention, in particular by Article 8 (art. 8). Indeed the exercise of parental rights constitutes a fundamental element of family life.'²⁴

De Afdeling minimaliseert de relevantie van juridisch ouderschap en ouderlijk gezag (dat uit artikel 4 Gri volgt) onder verwijzing naar EHRM-jurisprudentie over gezinsleven bij biologisch ouderschap.

Uit de geciteerde uitspraak lijkt te volgen dat juridisch ouderschap op zichzelf al gezinsleven oplevert in de zin van artikel 8 van het EVRM en bovendien dat de uitoefening van ouderschapsrechten ook beschermd worden door artikel 8 van het EVRM. In de Nederlandse jurisprudentie is dit gegeven ook terug te vinden in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zo oordeelde de HR in 2005 dat vanwege het feit dat een vader zijn kind had erkend, er gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM aangenomen moest worden.²⁵

Deze lijn in de jurisprudentie is niet onderkend door de Afdeling, die gezinsleven tussen ouders en buiten huwelijk of daaraan gelijkwaardige relatie geboren kinderen – in navolging van de staatssecretaris – volledig afhankelijk maakt

20 HvJ EU 6 december 2012, O, S & L, C-356/11 en C-357/11, JV 2013/87, pnt. 56 en HvJ EU 10 mei 2017, *Chavez-Vilchez e.a.*, C-133/15, pnt. 68.

21 HvJ EU 4 maart 2010, *Chakroun*, C-578/08, JV 2010/177, pnt. 44.

22 EHRM 30 januari 1998, *United Communist Party of Turkey t. Turkije*, 19392/92, par. 28.

23 Zie bijv. K.M. de Vries, 'Right to Respect for Private and Family Life', in P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2018, p. 715 e.v. en M.R. Bruning, T. Liefwaard en P. Vlaardingerbroek, *Sdu Commentaar Jeugdrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 1569.

24 EHRM 28 november 1988, *Nielsen t. Denemarken*, 10929/84, par. 61.

25 Zie: HR 27 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS7054, r.o. 3.4.

van de vraag naar het in 'voldoende mate' invulling geven aan de gezinsband. Het is dan ook opvallend dat de Afdeling in de vier uitspraken slechts in één zaak aandacht besteedt aan de vraag of de referent ouderlijk gezag heeft en dat dan ook nog in een zaak waar dat ouderlijk gezag betwist wordt door de staatssecretaris.²⁶

In de recentere uitspraak van 10 september 2018 waarbij de vader de enige ouder met ouderlijk gezag was en de moeder was overleden, kent de Afdeling geen enkele betekenis toe aan het ouderlijk gezag van de vader en herhaalt daarbij wat betreft artikel 8 van het EVRM de overwegingen uit de vier uitspraken van 18 juli 2018.²⁷

Gelet op de aangehaalde jurisprudentie is er veel voor te zeggen om bij de beoordeling of sprake is van gezinsleven grote waarde toe te kennen aan het hebben van ouderlijk gezag door de referent. Dit impliceert immers zowel juridisch ouderschap, als het hebben van gezinsleven in de zin van artikel 8 van het EVRM. Van belang daarbij is dat dit ook een mogelijkheid biedt om het bestaan van gezinsleven veel preciezer vast te stellen en te objectiveren. Dat houdt het subjectief recht op gezinshereniging in zijn volheid in stand. Het is wrang te zien dat het bestaan van gezinsleven in de uitspraken van de Afdeling nu afhankelijk wordt gemaakt van een 'voldoende mate' van feitelijke invulling, maar dat het bewijs over de feitelijke invulling tegelijkertijd deels terzijde is geschoven omdat het niet uit een objectieve bron afkomstig is. De eis dat het gezinsleven feitelijk van aard moet zijn en niet (alleen) formeel van aard, maar dat het bewijs daarvan juist weer objectief moet zijn, kan bezwaarlijk worden opgevat als een strikte interpretatie van de door de Afdeling erkende voorwaarde. Bovendien lijkt het op gespannen voet te staan met de vrije bewijsleer in het algemeen bestuursrecht.

3.2 IVRK en artikel 24 Handvest

Verder is het opvallend dat de Afdeling zich voor wat betreft de grondrechtconforme uitleg van de Gri beperkt tot de toepassing van artikel 8 van het EVRM. Weliswaar wordt die bepaling in het Chakroun-arrest aangehaald als ondergrens voor de interpretatie van de Gri, maar in een aantal zaken betreft het HvJ EU daarnaast ook expliciet het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind en het daarop gebaseerde artikel 24 van het Handvest. Zo volgt uit het O, S & L-arrest dat het HvJ EU verwacht dat bepalingen van de Gri aan de hand van artikel 7 van het Handvest en artikel 24 leden 2 en 3 van het Handvest worden uitgelegd.²⁸ Uit deze jurisprudentie volgt dat het HvJ EU deze specifiek kinderrechtelijke bepalingen als materieel aanvullend beschouwt ten opzichte van artikel 8 van het EVRM en artikel 7 van het Handvest.²⁹ Nu in onderhavige zaak zo duidelijk de belangen van kinderen aan de orde zijn, is het vreemd om de grondrechtconforme uitleg van de Gri te beperken tot een uitleg aan de hand van artikel 8 van het EVRM.

In de uitspraak van 10 september 2018 wordt door de Afdeling wel kort ingegaan op artikel 5 lid 5 van de Gri (verplichting terdege rekening te houden met het belang van het kind) en artikel 24 lid 3 van het Handvest.³⁰ In navolging van de juris-

prudentie van de Afdeling over artikel 3 van het IVRK³¹ en artikel 24 lid 2 van het Handvest³² behelst deze toets een zeer terughoudende beoordeling van de vraag of door de staatssecretaris überhaupt rekenschap is gegeven van de belangen van de kinderen. In casu acht de Afdeling het al voldoende dat in de besluitvorming is betrokken dat het kind in deze zaak – dat in haar land van herkomst na de dood van haar moeder zonder ouder woont – steeds zelfstandiger is geworden en een beroepsopleiding volgt. De materiële leegheid van het begrip 'belang van het kind' in de benadering door de Afdeling is opvallend. Als in de besluitvorming maar iets over het kind is overwogen, is het al goed genoeg, zo lijkt het. Deze benadering staat in schril contrast met de benadering van de EC, die in navolging van het VN-Kinderrechtencomité³³ vindt dat artikel 5 lid 5 van de Gri uitgelegd moet worden aan de hand van de bepalingen uit het IVRK.³⁴ Vooral opvallend aan de uitspraak van 10 september 2018 is dat de Afdeling slechts aandacht aan het 'belang van het kind' besteedt in het kader van een resttoets. De relevante bepalingen van de Gri – in casu artikel 4 en 16 van de Gri – worden aldus niet uitgelegd aan de hand van artikel 5 lid 5 van de Gri, artikel 24 Handvest of het IVRK. Terwijl de Afdeling deze bepalingen van de Gri in de uitspraken van 18 juli 2018 wel uitlegde aan de hand van een specifieke uitleg van artikel 8 van het EVRM. Zoals gezegd staat dit op gespannen voet met jurisprudentie van het HvJ EU en miskent dit dat de genoemde kinderrechtelijke bepalingen zich goed lenen om het Gri nader in te vullen.

Uit artikel 24 lid 3 van het Handvest volgt het recht van het kind om regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met zijn beide ouders te onderhouden. In het arrest *Deticek* heeft het Hof bepaald dat eerbiediging van dit recht onbetwistbaar een belang van elk kind is. Uit deze uitspraak valt voorts af te leiden dat het Hof van oordeel is dat bepalingen van Unierecht niet uitgelegd kunnen worden op een wijze die dat grondrecht zou schenden.³⁵ In jurisprudentie over de Gri heeft het HvJ EU hier aan gerefereerd.³⁶ Dit op zichzelf is al veelzeggend. Weliswaar is het recht en belang van het kind om contact met de ouders te onderhouden iets anders dan het hebben van een verblijfsrecht in hetzelfde land als de ouder(s), maar voor een grondrechtconforme uitleg van de Gri is dit onmiskenbaar van betekenis. Belangrijk is daarbij vooral dat dit grondrecht van het kind op direct contact met zijn ouders geen eisen stelt aan de precieze gezinsband. Om dit te begrijpen is het IVRK van belang, en de daaruit volgende wijze waarop vanuit het kinderrechtenspectief naar gezinsleven wordt gekeken.

Allereerst is daarbij de plaats van het IVRK binnen het Unierecht van belang. Het HvJ EU heeft in het arrest *Parlement t. de Raad* erkend dat het IVRK als geheel deel uit maakt van de algemene beginselen van het Unierecht.³⁷ Het Handvest moet naar het oordeel van het HvJ EU worden gezien als een tekst

26 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2366.

27 ABRvS 10 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2940.

28 Zie HvJ EU 6 december 2012, O, S & L, C-356/11 en C-357/11, *JV* 2013/87, pnt. 76. Zie hierover ook: Battjes in: *JV* 2013/262.

29 Zie hierover ook: T.P.A. Weterings, 'Volgende stap in de versterking van de positie van het kind', *A&MR* 2013-1, p. 31-32.

30 ABRvS 10 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2940, r.o. 4.2.

31 ABRvS 16 april 2013, 201211554/1/V4, *JV* 2013/229 m. nt van D. Beltman en *JV* 2017/26 m.nt. J. Werner.

32 Zie bijv. ABRvS 23 mei 2013, 201302213/1/V3, *JV* 2013/262 m.nt H. Battjes.

33 General comment No. 14. *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para 1), CRC/GC/14, Geneva: Committee on the Rights of the Child.

34 Zie de beantwoording door EC-lid Avramopoulos op vragen van het Europees Parlement, E-000345/2016 16.6.2016, ve16001226.

35 HvJ EU 23 december 2009, *Deticek*, C-403/09, pnt. 54-55.

36 HvJ EU 6 december 2012, O, S & L, C-356/11 en C-357/11, *JV* 2013/87, pnt. 76.

37 HvJ EG 26 juni 2006, *Parlement t. de Raad*, C-540/03, *JV* 2006/313, pnt. 35 en 37. Zie: hierover ook: P. Boeles, M. den Heijer, G. Lodder en K. Wouters, *European Migration Law*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia 2014, p. 45.

die uitdrukking geeft aan de algemene beginselen van het Unierecht.³⁸ Ook waar het Handvest bepaalde algemene beginselen onvolledig weergeeft, gelden zij nog steeds volledig als Unierechtelijk beginsel.³⁹ Dit is van belang omdat het Handvest een enigszins willekeurige weergave bevat van rechten uit het IVRK.⁴⁰ 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, 12 en 13 van het IVRK.⁴¹ De overige artikelen van het IVRK hebben binnen het Unierecht echter onverkort gelding in de hoedanigheid van algemeen beginsel.

Een interpretatie op basis van artikel 7 van het IVRK leidt onmiskenbaar tot een minder restrictieve uitleg dan volgt uit de uitspraken van de Afdeling.

In het IVRK wordt zeer uitgebreid aandacht besteed aan het recht op gezinsleven. De ouder-kind-relatie komt in totaal zo'n 37 keer aan de orde in het IVRK.⁴² Kenmerkend aan het IVRK is dat het de rechten van kinderen – los van de positie of het gedrag van de ouders⁴³ – zelfstandig beschermt. Heel duidelijk komt dat naar voren in artikel 7 van het IVRK, waarin het recht van het kind wordt erkend om – voor zover mogelijk – zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd. Dit algemene beginsel van Unierecht laat duidelijk zien dat zelfs als er geen feitelijke uitoefening van gezinsleven, noch juridisch ouderschap bestaat, er toch nog een recht van het kind op gezinsleven met de ouder bestaat. De beperking – 'voor zover mogelijk' – die artikel 7 van het IVRK geeft op het recht van het kind zijn ouders te kennen en door hen verzorgd te worden, heeft een specifieke achtergrond die niet op een migratiecasus ziet. Deze beperking is toegevoegd ter bescherming van de praktijk van geheime adoptie die in een aantal Verdragsstaten

bestaat. Met het invoegen van dit zinsdeel is voorkomen dat die praktijk afgeschaft zou moeten worden.⁴⁴ Artikel 7 van het IVRK bevat evenwel geen zelfstandig recht op gezinshereniging. Toch is deze bepaling zeker relevant om conform aan de in deze bepaling neergelegde gedachte over het recht op gezinsleven van het kind met zijn/haar ouder(s) de relevante bepalingen van de Gri te interpreteren. Een interpretatie op basis van artikel 7 van het IVRK leidt onmiskenbaar tot een minder restrictieve uitleg dan volgt uit de uitspraken van de Afdeling.

Uit het voorgaande volgt duidelijk dat het recht op gezinshereniging niet zozeer beperkt moet worden door het grondrecht op gezinsleven, maar aan de hand daarvan dient te worden ingevuld. Een interpretatie van het recht op gezinshereniging aan de hand van de grondrechten die het recht op gezinsleven beschermen, levert bovendien eerder een versterking op van dit recht dan een beperking.

4. Beperken of versterken

In de vier uitspraken van 18 juli jl. heeft de Afdeling bij de uitleg van de Gri sterk de nadruk gelegd op een bepaalde interpretatie van artikel 8 van het EVRM: er zou enkel een beschermingswaardige gezinsband bestaan tussen een ouder en zijn buiten huwelijk of gelijkwaardige relatie geboren kind als aan de band met het kind voldoende invulling wordt gegeven. Een dergelijk criterium volgt niet uit de Gri en staat daarmee zelfs op gespannen voet. Ten eerste laat de systematiek van de Gri onduidelijkheid bestaan over de vraag of de mate van uitoefening van gezinsleven als voorwaarde voor verblijf mag gelden en op wie daarbij de bewijslast ligt. Bovendien roept de inhoud van het gezinsbandbegrip van de Afdeling spanning op met jurisprudentie van het EHRM over juridisch ouderschap en met het recht en het belang van het kind om gezinsleven met zijn ouder(s) te kunnen onderhouden. Ten onrechte heeft de Afdeling het recht op gezinshereniging niet aan de hand van grondrechten versterkt, maar aan de hand daarvan juist beperkt.

38 HvJ EG 26 juni 2006, *Parlement t. de Raad*, C-540/03, JV 2006/313, pnt. 38.

39 Zie: HvJ EU 11 december 2014, *Boudjida*, C-249/13, pn.t 30-34.

40 Zie voor uitgebreidere kritiek hierover: 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, p. 49.

41 Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten, (2007/C/303/02).

42 G. Cardol, 'De betekenis van het Internationale Verdrag inzake de Rechten van het Kind voor gezinshereniging', *Migrantenrecht* 2007-07, p. 40.

43 Aan specifiek de zelfstandige rechtspositie van het kind ten opzichte van en in afhankelijkheid van de ouders heb ik uitgebreid aandacht besteed in: J. Werner, 'De (uitgestelde) rechtssubjectiviteit van het vreemdelingenkind', *A&MR* 2015-1.

44 S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1999, p. 153.