

Commissie Meijers

permanente commissie van deskundigen in
internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen-
en strafrecht

CM2108 Onnodig restrictieve uitleg Unierecht staat menselijke maatvoering in de weg

1. Inleiding

De Tweede Kamer voert op 24 juni 2021 een rondetafelgesprek over de menselijke maatvoering in het asiel- en vreemdelingenrecht. Aanleiding hiervoor is dat steeds meer signalen komen dat de zeer restrictieve uitvoering van de wet die de grondslag vormde voor de toeslagenaffaire, ook voorkomt in andere delen van het bestuursrecht. In een bundel van vreemdelingenadvocaten en een artikel in het *Nederlands Juristenblad* is aandacht gevraagd voor de parallellen tussen de toeslagenaffaire en het vreemdelingenrecht.¹

De Commissie Meijers becommentarieert sinds 1991 de regelgeving van de EU en de uitvoering daarvan in Nederland op het gebied van het vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht. Uitgangspunten voor de Commissie Meijers zijn de bewaking van de liberale rechtstaat en de fundamentele rechten van de mens. Vanuit deze expertise wil de Commissie Meijers een bijdrage leveren aan het debat over de menselijke maatvoering in het migratierecht.

De Commissie Meijers constateert dat het Europees migratie- en asielrecht veelal zeer restrictief wordt geïnterpreteerd en toegepast door de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid. Hierbij is er consequent onvoldoende oog voor het EU-evenredigheidsbeginsel en de menselijke maatvoering. Dit leidt niet alleen tot schrijnende situaties, maar ook tot extra procedures. Het gaat daarbij niet alleen om procedures in (hoger) beroep, maar ook nationale vreemdelingenrechters plaatsen steeds vaker vraagtekens bij de strikte uitvoering van het Unierecht, getuige het toenemend aantal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU (HvJEU).² Bovendien luidt het antwoord van het HvJEU op een prejudiciële vraag van een Nederlandse vreemdelingenrechter doorgaans dat het Nederlandse beleid inderdaad moet worden aangepast. Zelfs daarna wordt echter vaak gekozen voor een te restrictieve uitleg van het arrest van het Hof, wat opnieuw tot procedures leidt. Al deze procedures kosten geld en tijd en leiden tot langdurige stress en onzekerheid bij de betrokken migranten. Problematisch is verder dat er in Nederland een opmerkelijke voorkeur is om EU-migratierichtlijnen vooral in uitvoeringsregels om te zetten, terwijl in andere lidstaten tenminste de hoofdlijnen worden omgezet in wetgeving in formele zin met medewerking van het parlement.³

In deze notitie betoogt de Commissie Meijers dat de systematisch restrictieve uitleg en toepassing van het Unierecht schadelijke gevolgen heeft voor de menselijke maatvoering in het migratierecht. Een loyale uitvoering van het Unierecht kan bijdragen aan de kwaliteit van individuele besluitvorming,

¹ SVMA/VAJN, 'Ongehoord; Onrecht in het vreemdelingenrecht', [hier](#) te lezen; K. Geertsema e.a., 'Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht', *NJB* 2021/14, 1046-1053, [hier](#) te lezen.

² K. Geertsema e.a., 'Ongezien onrecht in het vreemdelingenrecht', *NJB* 2021/14, 1052.

³ A. Böcker en A. Terlouw, *De gelaagdheid van de vreemdelingenregelgeving in historisch en vergelijkend perspectief*, Deventer, 2013 (Kluwer), p. 121.

Commissie Meijers

permanente commissie van deskundigen in
internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen-
en strafrecht

recht doen aan schrijnende situaties, en de noodzaak verminderen voor nationale rechters om via de prejudiciële procedure bij het HvJ EU een adequate naleving van het Unierecht te bewerkstelligen.

De Commissie Meijers roept de Tweede Kamer op, als medewetgever en controleur van de staatssecretaris, om toe te zien op een toepassing van het Unierecht die recht doet aan het doel van de regelgeving en de kwetsbare positie waarin vreemdelingen zich bevinden.

Hieronder illustreren we onnodig strikte uitleg van Unierecht met drie voorbeelden:

- Minderjarige Unieburgers met een ouder uit een derde land zonder verblijfsrecht.
- Minderjarige asielzoekers voor wie er in het land van herkomst geen adequate opvang is.
- Asielzoekers die een opvolgende asielaanvraag hebben ingediend.

Aan het slot van deze notitie doen we drie aanbevelingen.

2. De arresten *Ruiz Zambrano* en *Chavez-Vilchez*: ouders van Nederlandse kinderen

In het arrest *Ruiz Zambrano* uit 2011 oordeelde het HvJEU over de situatie van een minderjarige Unieburger met een ouder uit een derde land. Het Hof oordeelde dat deze ouder het recht heeft om bij het kind te verblijven, als het vertrek van de ouder ertoe zou leiden dat het kind feitelijk wordt gedwongen om deze ouder te volgen.⁴ Als een kind gedwongen zou worden om uit de EU te vertrekken, is dit een schending van de rechten van het kind die verbonden zijn aan het burgerschap van de Unie. Let wel: in de praktijk gaat dit om Nederlandse kinderen die slechts wensen dat hun niet-Nederlandse ouder bij hen in Nederland mag verblijven om voor hen te zorgen en bij te dragen aan hun opvoeding.

De staatssecretaris koos in 2011 voor een zeer restrictieve uitleg van dit arrest. Alleen als de andere ouder, ongeacht gezagsverhouding, wens van betrokkenen of feitelijke zorg, objectief niet in staat was om voor het Nederlandse kind te zorgen, werd verblijf aan de ouder uit een derde land toegekend. Die uitleg werd door de Afdeling bevestigd. De Afdeling weigerde prejudiciële vragen te stellen over deze uitleg, die nauwelijks rekening hield met de belangen van de betrokken kinderen. Het kwam er immers op neer dat volgens de Afdeling een kind pas werd gedwongen de EU te verlaten, als zelfs de theoretische mogelijkheid was uitgesloten dat de andere ouder alle zorg op zich zou nemen.

Nadat de Centrale Raad van Beroep wel prejudiciële vragen over die restrictieve uitleg had gesteld, bleek de uitleg van de staatssecretaris en de Afdeling onjuist. Het HvJ EU acht in het arrest *Chavez-Vilchez* uit 2017 de vraag of een ouder de wettelijke, affectieve en/of financiële last voor het kind draagt wel degelijk van belang. Het Hof wees in het arrest op de centrale betekenis die in deze zaken aan het belang van de betrokken kinderen moet worden gehecht.⁵

⁴ HvJEU 8 maart 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124.

⁵ HvJEU 10 mei 2017, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354.

Commissie Meijers

permanente commissie van deskundigen in
internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen-
en strafrecht

Nu volgt de Afdeling echter opnieuw de restrictieve uitleg die de staatssecretaris aan het tweede arrest en het relevante EU-recht geeft. In drie uitspraken van de Afdeling van 16 april 2021 speelt het belang van het kind, waaraan het Hof van Justitie juist een grote betekenis toekent, geen zichtbare rol.⁶ Zo worden aan de verzorgende ouder van een jong Nederlands kind vrijwel onmogelijke bewijsvereisten gesteld om aan te tonen dat er sprake is van zodanige afhankelijkheid dat het niet-toestaan van verblijf aan de niet-Nederlandse ouder ook gevolg heeft voor het verblijf van het Nederlandse kind. Ook zou een Nederlands kind wiens Nederlandse vader na een ziekbed in Nederland is overleden haar niet-Nederlandse moeder naar Spanje moeten volgen ook al staat niet vast of dat kind in dat land wordt toegelaten. De Afdeling volgt dus tien jaar na dato nog steeds een onnodig restrictieve lijn, die uiteindelijk slechts zal leiden tot meer onnodige procedures en meer onnodige onzekerheid voor de betrokkenen.

Een ander probleem is het oordeel van de Afdeling dat de niet-Nederlandse ouder slechts een tijdelijk verblijfsrecht zou hebben (ook als dat 18 jaar duurt) en dus geen permanent verblijfsrecht kan verwerven en ook nooit kan naturaliseren. In 2020 heeft opnieuw een rechtbank prejudiciële vragen gesteld om na te gaan of die uitsluiting van het permanente verblijfsrecht van de ouder wel in overeenstemming is met het EU-recht.⁷ Het Nederlandse kind zal immers meestal gebaat zijn met stabiel en zeker verblijfsrecht van de zorgende ouder, ook nadat hij of zij 18 jaar is geworden.

Er is in totaal twintig keer hoger beroep ingesteld bij de ABRvS tegenuitspraken van eerstelijns rechters over het arrest Chavez-Vilchez, negen keer door de vreemdeling en elf keer door de Staatssecretaris. De staatssecretaris verzet zich systematisch tegen voor de vreemdeling gunstige uitspraken. De Afdeling verklaarde de hoger beroepen van de staatssecretaris op één na steeds gegrond. Slechts drie van de negen hoger beroepen van vreemdelingen werden gegrond verklaard.

De door de strenge Nederlandse jurisprudentie getroffen zijn bijna altijd Nederlandse kinderen met een migratieachtergrond. Een van de ouders is dan geen Nederlander. Dat zou geen reden mogen zijn om verblijfsrecht aan die ouder bij diens Nederlandse kind te onthouden.⁸

3. Het arrest LH : de waarde van bewijs bij opvolgende aanvragen

In asielzaken hangt in de praktijk veel af van bewijs: de asielzoeker moet bewijzen dat hij in zijn land van herkomst gevaar loopt of dreigt te worden vervolgd. Maar in het Nederlands asielrecht worden aan dit bewijscriterium zeer hoge eisen gesteld. Er is sprake van een cultuur van wantrouwen, waarbij een asielzoeker ervan wordt verdacht niet de waarheid te spreken of te frauderen. Hoewel

⁶ ABRvS 16 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:788, 789 en 790.

⁷ Rb Den Haag, zp. Amsterdam, 24 november 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:11785.

⁸ Zie VU Migration Law Clinic, Reviewing the application of Chavez-Vilchez in the Netherlands November 2020 Migration Law Clinic www.migrationlawclinic.org.

Commissie Meijers

permanente commissie van deskundigen in
internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen-
en strafrecht

ongetwijfeld sprake is van zulke praktijken, gaat dit wantrouwen vooral ten koste van de overgrote meerderheid van oprecht verklarende asielzoekers.

Een concreet voorbeeld hiervan is de Nederlandse behandeling van bewijsstukken in opvolgende asielaanvragen. Hierbij geldt de eis dat de asielzoeker de authenticiteit van het bewijsstuk moet kunnen aantonen. Hierdoor wordt bijvoorbeeld een kopie van een arrestatiebevel, waarin staat dat de asielzoeker wordt gezocht door de autoriteiten van het land van herkomst zonder inhoudelijke beoordeling terzijde geschoven. Ditzelfde geldt voor een ondersteunend document, zoals een brief van de brandweer uit Afghanistan, waarvan niet kan worden vastgesteld dat het authentiek is omdat er geen referentiemateriaal bestaat bij Bureau Documenten van de IND.⁹ Er wordt geen individuele beoordeling gemaakt van de vraag of het wel van de asielzoeker kan worden verwacht om meer bewijs te leveren.

Met de introductie van de Procedurerichtlijn uit 2005 ontstond discussie over de vraag of de eisen die aan bewijs worden gesteld bij opvolgende aanvragen in overeenstemming zijn met Europese regelgeving. Unierechtelijke bepalingen over opvolgende asielaanvragen hebben naar de letter en geest meer aandacht voor de moeilijke bewijspositie van asielzoekers. De implementatie van deze richtlijn was voor de wetgever echter geen reden om de regelgeving hieromtrent aan te passen. Ook de ABRvS overwoog dat deze richtlijn niet noopte tot aanpassing van het beleid of haar eigen jurisprudentielijn.¹⁰

De introductie van de herziene Procedurerichtlijn in 2013 was een nieuwe kans om de strikte eisen die aan het bewijs worden gesteld, te verlaten. Maar de implementatie van deze herziene richtlijn bracht geen verandering op dit punt. De wetgever, de IND en de Afdeling hielden vast aan de eerdere interpretatie.¹¹ De Afdeling weigerde bovendien om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU.¹² Uiteindelijk stelde een eerstelijns rechter uit Den Bosch op 16 december 2019 wel vragen.¹³ Op 10 juni 2021 oordeelde het Hof van Justitie EU dat de IND opvolgende aanvragen niet mag afwijzen vanwege het enkele feit dat de asielzoeker de authenticiteit van een document niet kan aantonen. De interpretatie die door de overheid en de Afdeling jarenlang werd gevolgd, ondanks kritiek uit onder meer de wetenschap op deze lezing, blijkt onjuist.¹⁴ Het Hof oordeelt dat de Procedurerichtlijn geen enkel onderscheid maakt tussen een eerste verzoek om internationale bescherming en een volgend verzoek wat de aard van de documenten betreft die kunnen aantonen dat een asielzoeker in aanmerking komt voor een asielstatus.¹⁵ Dit betekent dat elk document dat door een asielzoeker ter staving van een asielverzoek is overgelegd, moet worden beschouwd als een element waarmee, bij de beoordeling van het asielverzoek, rekening dient te worden gehouden.

⁹ In onderliggende zaak van LH ging het onder andere om een brief van de brandweer.

¹⁰ ABRvS 7 juli 2010, 200907796/1/V2, JV 2010/323..

¹¹ Zie onder meer ABRvS, 17 juli 2018, 201709094/1/V2,; ABRvS, 19 juli 2018, 201706552/1/V2.

¹² ABRvS, 6 oktober 2017, 201604251/1/v2, ECLI:NL:RVS:2017:2718, JV 2017/247 nt. A.M. Reneman.

¹³ Rechtbank Den Haag, zp. Den Bosch, 16 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13451.

¹⁴ Zie A.M. Reneman, "Ne bis in idem-beginsel dient te worden ingeperkt", *A&MR* 2015, nr. 9/10.

¹⁵ HvJEU 10 juni 2021, *LH t. Nederland*, C-921/19, ECLI:EU:C:2021:478.

Commissie Meijers

permanente commissie van deskundigen in
internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen-
en strafrecht

Het is nog wachten op de reactie van de staatssecretaris op deze uitspraak. Duidelijk is wel al dat de staatssecretaris al ruim tien jaar geleden bij de implementatie van de Procedurerichtlijn uit 2005, had kunnen kiezen voor deze interpretatie die rekening houdt met de bedoeling van de regelgeving en oog heeft voor de bewijspositie van asielzoekers. Dit had onnodig leed en onnodige procedures kunnen besparen.

4. Het arrest *TQ*: belangen van het kind bij beslissingen inzake terugkeer

Op 14 januari 2021 sprak het HvJ EU zich uit over het Nederlandse beleid ten aanzien van alleenstaande minderjarigen (amv'ers) wier asielverzoek is afgewezen en die ten tijde van hun aanvraag ouder waren dan 15 jaar. Het beleid hield in dat met het besluit tot afwijzing van het asielverzoek aan deze amv'ers tegelijkertijd een terugkeerbesluit werd opgelegd, zonder voorafgaand aan dat besluit te onderzoeken of er voor de betreffende minderjarige adequate opvang was in het land van terugkeer. De betrokken minderjarigen werden vervolgens evenwel niet uitgezet, omdat de Terugkeerrichtlijn bepaalt dat dit enkel mogelijk is als de overheid zich heeft verzekerd van de beschikbaarheid van adequate opvang, en onderzoek daarnaar werd, zoals gezegd, niet verricht.

In het arrest *TQ* heeft het HvJ EU geoordeeld dat de praktijk waarbij ten aanzien van alleenstaande minderjarige 15-plussers niet wordt onderzocht of er voor hen adequate opvang beschikbaar is in het land van terugkeer, maar wel een terugkeerbesluit wordt opgelegd dat vervolgens niet wordt uitgevoerd in afwachting van hun meerderjarigheid, in strijd is met de Terugkeerrichtlijn en met de rechten van het kind.¹⁶

De situatie waarin aan een amv'er een terugkeerbesluit is opgelegd terwijl hij niet kan worden uitgezet omdat er geen adequate opvang in het land van herkomst is, wordt door het HvJ EU omschreven als een situatie waarin de niet-begeleide minderjarige "in grote onzekerheid [verkeert] met betrekking tot zijn wettelijke status en zijn toekomst, onder meer wat betreft zijn opleiding, zijn band met zijn pleeggezin of de mogelijkheid om in de betrokken lidstaat te blijven."¹⁷ Een kind dient dus niet in een dergelijke onzekere situatie te worden gebracht.

In reactie op de uitspraak van het Hof in de zaak *TQ* is de staatssecretaris overgegaan tot het intrekken van de aan deze categorie kinderen opgelegde terugkeerbesluiten en er worden geen nieuwe terugkeerbesluiten opgelegd.¹⁸ Op die manier is geen sprake meer van een terugkeerbesluit zonder voorafgaand onderzoek naar beschikbare opvang in het land van terugkeer. Het gaat echter wederom om een te restrictieve interpretatie van een uitspraak van het Hof, omdat het door het Hof geconstateerde probleem niet is opgelost: de kinderen verblijven bij gebreke aan een verblijfsstatus immers nog steeds illegaal in Nederland, maar worden niet teruggestuurd. Zij verblijven nog steeds in de asielopvang maar moeten ook zogenaamde vertrekgesprekken voeren. De situatie waarin de niet-begeleide minderjarigen in grote onzekerheid verkeren met betrekking tot hun wettelijke status en hun toekomst, onder meer wat betreft hun opleiding, hun band met hun pleeggezin of de mogelijkheid om in de betrokken lidstaat te blijven, is dus onveranderd gebleven. Deze handelwijze is dan ook in

¹⁶ HvJ EU 14 januari 2021, *T.Q.*, C-441/19.

¹⁷ *TQ*, par. 52-53.

¹⁸ Zie Rechtbank Den Haag, 16 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2376; Rechtbank Den Haag, 22 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3941.

Commissie Meijers

permanente commissie van deskundigen in
internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen-
en strafrecht

strijd met het arrest van het Hof, en daarmee met de Terugkeerrichtlijn en artikel 24(2) van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

5. Conclusie

De besproken voorbeelden laten zien dat de Nederlandse wetgevende en uitvoerende macht, alsook de Afdeling, bij de implementatie en interpretatie van richtlijnen op de besproken onderwerpen, onvoldoende aandacht hebben voor onder meer het belang van Nederlandse kinderen met een buitenlandse ouder, van (minderjarige) vreemdelingen en de moeilijke bewijspositie van asielzoekers. Wanneer het Europese asiel- en migratierecht individuele rechten toekent, of bepaalt dat bij de besluitvorming individuele belangen in aanmerking moeten worden genomen, dan is Nederland verplicht om met oog voor de doelstelling van die bepalingen, de menselijke maatvoering in acht te nemen.

Aanbevelingen

- Zorg dat Europese regelgeving wordt uitgelegd en toegepast op een manier die recht doet aan de doelstelling van die regelingen.
- Zorg dat Europese richtlijnen, net zoals in bijna alle andere EU lidstaten, ook in Nederland worden geïmplementeerd in wetgeving in formele zin en niet vooral of alleen in uitvoeringsregels, zodat voorafgaande effectieve controle door de Tweede Kamer altijd mogelijk is.
- Controleer dat ook de arresten van de Europese Hoven conform de letter en geest worden uitgelegd en toegepast.