

Karen Geertsema en Germa Lourens

– mr. dr. K.E. Geertsema is redactiesecretaris van dit blad en docent migratierecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen, mr. G.H. Lourens is werkzaam bij Nidos¹.

Over divergerende rechtspraak

Wettig ophouden en artikel 8 van de Dublinverordening

Rechtbanken zijn het erover eens dat ‘wettig ophouden’ in de Dublinverordening niet betekent dat de staatssecretaris niet-begeleide minderjarigen kan overdragen aan een lidstaat waar een meerderjarig gezins- of familielid zich mogelijk wettig zal ophouden na overdracht. Wat het dan wel precies betekent, daarover bestaat geen eenduidige lijn. Karen Geertsema en Germa Lourens analyseren de divergerende jurisprudentie en concluderen dat de Afdeling rechtseenheid moet scheppen. Want kinderen lopen schade op door de lange Dublinprocedures.

1. Inleiding

Momenteel is een veelvoorkomende vluchtsamenstelling die van een kind zonder zijn of haar ouders maar samen met een ander meerderjarig gezins- of familielid (broer, zus, oom, tante of grootouder). Via een andere EU-lidstaat, waar zij eerder om internationale bescherming verzochten of illegaal de grens overstaken, bereiken zij Nederland, waar zij beiden een

asielaanvraag indienen. Het kind wordt in zo'n geval aangemerkt als niet-begeleide minderjarige, omdat hij geen voor hem verantwoordelijke volwassene bij zich heeft, waarop Nidos wordt aangewezen als voogd. De Staatssecretaris van Justitie kan het meerderjarige familielid op grond van de Dublinverordening (hierna: Dvo)²

1 Germa Lourens schrijft dit artikel op persoonlijke titel.

2 Verordening (EU) nr. 604/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot vaststelling van de criteria en instrumenten om te bepalen welke lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van een verzoek om

overdragen aan de lidstaat waar hij of zij eerder asiel verzocht of illegaal de grens overstak. Vervolgens ziet de staatssecretaris zich voor de vraag gesteld of het kind niet eveneens kan worden overgedragen, zodat het kind en het meerderjarige familielid niet van elkaar gescheiden raken, of dat het belang van het kind vereist dat het asielverzoek in Nederland wordt behandeld.

Op dit moment is de gangbare praktijk dat de Staatssecretaris van Justitie in zo'n geval een terug- of overnameverzoek voor het meerderjarige familielid indient bij de lidstaat waar hij of zij eerder om asiel heeft verzocht dan wel illegaal de grens heeft overgestoken, en het vervolgens in het belang van het kind acht om niet gescheiden te raken van deze volwassene, waardoor de niet-begeleide minderjarige volgens de staatssecretaris ook moet worden overgedragen. Deze uitvoeringspraktijk heeft tot gevolg dat het kind in een lange procedure terecht komt. De Dublinprocedure duurt ten minste enkele maanden tot meer dan een jaar,³ waarna een inhoudelijke behandeling van het verzoek om internationale bescherming nog moet plaatsvinden.

Artikel 8, eerste en tweede lid, Dublinverordening

1. Indien de verzoeker een niet-begeleide minderjarige is, is de verantwoordelijke lidstaat de lidstaat waar een gezinslid of een broer of zus van de niet-begeleide minderjarige zich wettig ophoudt, voor zover dit in het belang van de minderjarige is. (...)
2. Indien de verzoeker een niet-begeleide minderjarige is met een familielid dat zich wettig in een andere lidstaat ophoudt, en het op basis van een individueel onderzoek vaststaat dat dat familielid voor hem kan zorgen, verenigt die lidstaat de minderjarige met zijn familielid en is die lidstaat de verantwoordelijke lidstaat, mits dit in het belang van de minderjarige is.

De wettelijke bepaling die in deze procedures centraal staat is artikel 8, eerste of tweede lid, van de Dublinverordening. Daarin zijn twee elementen essentieel, namelijk dat het meerderjarige familielid zich *wettig ophoudt* in de verantwoordelijke lidstaat en het *in het belang van het kind* is om het asielverzoek over te dragen. Verschillende rechtbanken hebben zich uitgelaten over de vraag of de huidige uitvoeringspraktijk in overeenstemming is met artikel 8 van de Dvo. Betekent de eerdere asielaanvraag of illegale inreis, wat de basis is voor de Dublinclaim, dat de meerderjarige broer of zus of het familielid zich daadwerkelijk wettig ophoudt in die andere lidstaat?

In dit artikel geven wij een overzicht van 10 rechtbankuitspraken uit 2019 waarin de toepassing van artikel 8 Dvo is

internationale bescherming dat door een onderdaan van een derde land of een staatloze bij een van de lidstaten wordt ingediend (Dublinverordening III). Voor cijfers over 2018 zie AIDA, 'The implementation of the Dublin III Regulation in 2018', www.asylumineurope.org (de update uit 2019 heeft geen betrekking op Nederland). Voor meer cijfers zie www.ec.europa.eu/eurostat/data (population/asylum and managed migration/asylum and Dublin statistics).

3

beoordeeld.⁴ De rechtbanken oordelen in al deze uitspraken dat de uitvoeringspraktijk waarbij kind en familie- of gezinslid worden overgedragen in strijd is met de Dublinverordening. Er zijn ons geen uitspraken bekend waarbij de rechtbank de Dublin-overdacht van de niet-begeleide minderjarige en het volwassen familielid geoorloofd acht. De rechtbankuitspraken ontvingen wij door betrokkenheid van Nidos bij de betreffende procedures. Op rechtspraak.nl is slechts één van die uitspraken gepubliceerd.⁵ De staatssecretaris ging tegen 5 uitspraken in hoger beroep, waarvan in 2 zaken nog gewacht wordt op een uitspraak en in 3 zaken het hoger beroep kennelijk ongegrond is verklaard.⁶ In 5 uitspraken stelde de staatssecretaris geen hoger beroep in. Na één uitspraak nam de staatssecretaris een nieuw besluit waartegen opnieuw beroep is ingesteld, dat gegrond is verklaard en waartegen de staatssecretaris alsnog hoger beroep instelde.⁷ In de overige 4 procedures is het asielverzoek van het kind na de uitspraak inhoudelijk in behandeling genomen.

Hoewel de rechtbanken alle beroepschriften tegen de voorgenomen Dublin-overdracht gegrond achtten, verschilt de wijze waarop zij tot dat oordeel komen. Wij onderscheiden in de rechtbankuitspraken drie soorten redenering: 1) 'wettig ophouden' betekent dat het familie- of gezinslid fysiek aanwezig moet zijn in de andere lidstaat, 2) 'wettig ophouden' betekent dat het familie- of gezinslid moet beschikken over een verblijfstitel of visum en 3) het zwaartepunt in de beoordeling ligt niet bij de betekenis van 'wettig ophouden', maar bij het belang van het kind.

Hoewel de rechtbanken alle beroepschriften tegen de voorgenomen Dublin-overdracht gegrond achten, verschilt de wijze waarop zij tot dat oordeel komen.

4. Rechtbank Den Haag, zp Rotterdam 1 augustus 2019, NL19.15980 (hoger beroep SvJ kennelijk ongegrond ABRvS 26 augustus 2019, 201905956); Rechtbank Den Haag, zp Utrecht 19 augustus 2019, NL 19.17034 (geen hoger beroep ingesteld, asielverzoek is inhoudelijk in behandeling genomen); Rechtbank Den Haag 29 augustus 2019, NL 19.12394 en NL19.12397, gevolgd door Rechtbank Den Haag zp Haarlem 21 november 2019, NL 19.25373 (beroep wederom gegrond, SvJ heeft hoger beroep ingesteld); Rechtbank Den Haag zp Haarlem 21 oktober 2019, NL 19.22926 (onbekend of SvJ hoger beroep heeft ingesteld); Rechtbank Den Haag zp Groningen 24 oktober 2019, NL 19.14905 (geen hoger beroep ingesteld, het asielverzoek is inhoudelijk in behandeling genomen); Rechtbank Den Haag zp Groningen 24 oktober 2019, NL 19.14909 en NL 19.14911 (geen hoger beroep ingesteld, het asielverzoek is inhoudelijk in behandeling genomen); Rechtbank Den Haag zp Den Bosch, 20 augustus 2019, NL19.15837 (hoger beroep SvJ ongegrond, ABRvS 14 oktober 2019 201906419), Rechtbank Den Haag zp Den Bosch 20 augustus 2019, NL 19.15833 (hoger beroep SvJ ongegrond, ABRvS 14 oktober 2019, 201909349/1 en Rechtbank Den Haag 27 september 2019, NL19.20458 (SvJ heeft hoger beroep ingesteld, in afwachting van uitspraak).
5. Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Den Bosch, 20 augustus 2019, ECLI:RBDHA:2019:8558.
6. De Afdeling past artikel 91 lid 2 Vw toe. Het is voornamelijk onduidelijk of de Afdeling inhoudelijk van oordeel is dat de rechtsvraag naar de betekenis van artikel 8 Dvo geen vraag in het belang van de rechtsontwikkeling of rechtseenheid is, of dat de staatssecretaris de grief hieromtrent niet goed heeft geformuleerd. Zie A. Verburg en T. Weber, 'De ramen van de Afdeling', in *A&MR* 2020-2, p. 63-67 en de reactie daarop van A. Terlouw elders in dit nummer. Zie ook ABRvS 15 januari 2020, 201908292/1 (ECLI:NL:RVS:2020:62), 202000049 (ECLI:NL:RVS:2020:63, JV 2020/40), 201909349/1 (ECLI:NL:RVS:2020:64) en 201901369/1 (ECLI:NL:RVS:2020:61, JV 2020/39).
7. Rechtbank Den Haag 29 augustus 2019, NL 19.12394 en NL19.12397, gevolgd door Rechtbank Den Haag zp Haarlem 21 november 2019, NL 19.25373 (beroep wederom gegrond, SvJ heeft hoger beroep ingesteld)

2. Juridisch kader

De Dublinverordening III beheerst het nationale asielrecht, en daardoor de rechtspraak, in grote mate. De rapportage vreemdelingenketen over de eerste periode 2019 laat zien dat van de 10.140 beroepschriften in asielzaken, 4.420 beroepschriften Dublinzaken betreffen.⁸ Uit de cijfers van Eurostat blijkt een enorme toename in Dublinoverdrachten vanaf 2016.⁹ De verdelingsregels uit de Dublinverordening zijn gebaseerd op het interstatelijk vertrouwensbeginsel.¹⁰ Uitgangspunt van de verdelingsregels is dat de asielprocedures en opvangomstandigheden binnen de EU hetzelfde niveau van bescherming bieden en dat daarom de lidstaat waar een asielzoeker zich als eerste heeft gemeld, verantwoordelijk is voor het asielverzoek. Daarnaast gelden ook de uitgangspunten dat het gezinsleven zo veel mogelijk moet worden bevorderd en gewaarborgd,¹¹ dat het belang van het kind de eerste overweging dient te zijn¹² en dat de lidstaat die begint met de behandeling van een asielverzoek, dat verzoek ook blijft behandelen.¹³ Uit de Dublinverordening volgen verschillende termijnen voor over- en terugnameverzoeken en de daaropvolgende overdrachtsbesluiten.¹⁴

2.1 Niet-begeleide minderjarige in Dublinverordening

Voor niet-begeleide minderjarigen zijn artikel 6 ('waarborgen voor minderjarigen') en artikel 8 ('minderjarigen') van de Dublinverordening van toepassing. Bij alle procedures dient het belang van het kind de eerste overweging te vormen.¹⁵ In artikel 6 lid 3 Dvo is bepaald dat lidstaten, om vast te stellen wat het belang van het kind is, nauw moeten samenwerken en in het bijzonder rekening moeten houden met de volgende factoren:

- de mogelijkheden van gezinshereniging;
 - het welzijn en de sociale ontwikkeling van de minderjarige;
 - veiligheid en beveiligingsoverwegingen, met name wanneer de minderjarige mogelijk het slachtoffer is van mensenhandel;
 - de standpunten van de minderjarige, in overeenstemming met zijn leeftijd en mate van volwassenheid.
- Qua verantwoordelijkheidsverdeling geldt grofweg dat de niet-begeleide minderjarige verenigd kan worden met een meerderjarige broer of zus (art. 8 lid 1 Dvo) of een familielid (art. 8 lid 2 Dvo) die zich wettig ophoudt in een andere lidstaat, mits dat in zijn belang is. Het derde lid heeft betrekking op de situatie dat meerdere gezins- en of familieleden zich in meer dan één lidstaat bevinden. Bij afwezigheid van gezins- of familieleden in de zin van artikel 8, eerste tot en met derde lid, Dvo wordt het asielverzoek behandeld in de lidstaat waar de niet-begeleide minderjarige op dat moment is (art. 8 lid 4 Dvo).¹⁶

Dit laatste is een wettelijke verankering van overwegingen van het HvJ EU in het arrest MA.¹⁷ In dit arrest overwoog het Hof dat een niet-begeleide minderjarige bijzonder kwetsbaar is, dat niet nodeloos gesleept moet worden met de minderjarige en dat daarom de lidstaat waar de minderjarige op dat moment is, de verantwoordelijke lidstaat is.¹⁸ Het Hof heeft in latere arresten bevestigd dat de kwetsbaarheid van niet-begeleide minderjarigen maakt dat in beroep moet kunnen worden opgekomen tegen de toepassing van de verantwoordelijkheidscriteria.¹⁹

2.2 Gezins- en familieleden

In artikel 8 Dvo wordt onderscheid gemaakt tussen gezinsleden en familieleden. Het eerste lid ziet op de situatie dat de minderjarige een *gezinslid of broer of zus* heeft die zich in een andere lidstaat wettig ophoudt, het tweede lid op de situatie dat de minderjarige een *familielid*, bijvoorbeeld een oom, tante of grootouder, heeft dat zich wettig ophoudt in een andere lidstaat. De definitie van gezinsdan wel familielid volgt uit artikel 2 onder g en h Dvo III. Uit de systematiek van artikel 8 Dvo volgt dat eerst moet worden vastgesteld of sprake is van meerderjarige gezins- of familieleden.

De tweede vraag die beantwoord moet worden is of deze gezins- of familieleden zich 'wettig ophouden' in een andere lidstaat. Indien dat het geval is, moet tot slot beoordeeld worden of het in het belang van de minderjarige is dat deze zich bij het betreffende gezins- of familielid voegt en dat dus het asielverzoek in die andere lidstaat wordt behandeld. In het geval van familieleden (dus de oom, tante of grootouder), moeten de autoriteiten ook nog onderzoeken of dit familielid voor de minderjarige kan zorgen. Bij de toepassing van de hiervoor genoemde bepalingen uit artikel 8 Dvo, achten wij de volgende overweging uit de preambule van belang:

'Indien de verzoeker een niet-begeleide minderjarige is, dient de aanwezigheid van een gezins- of familielid in een andere lidstaat die voor de niet-begeleide minderjarige kan zorgen, eveneens een bindend verantwoordelijkheids criterium te worden'²⁰ (curs. KG en GL)

2.3 Taalversies

Het begrip 'wettig ophouden' is niet gedefinieerd in de Dublinverordening, waardoor interpretatie geschiedt in het nationale recht.²¹ UNHCR constateerde in 2017 uiteenlopende interpretaties in de lidstaten,²² maar kon niet beoordeelen in hoeverre de verschillen van invloed waren op het al dan niet over- of terugnemen van een asielverzoek.²³ In onze ogen ligt het voor de hand om de term 'wettig ophouden' uit artikel 8 Dvo in lijn met de preambule te interpreteren, waarin gesproken wordt van de aanwezigheid van een gezins- of familielid in een andere lidstaat. Een

8 Rapportage Vreemdelingenketen periode januari-juni 2019, p.24 (www.ind.nl).
 9 www.ec.europa.eu, totaal aantal 'outgoing 'Dublin' transfers by receiving country' in 2015 is 13.348, vanaf 2016-2018 ligt dit aantal boven de 22.000. Het aantal transfers dat betrekking heeft op artikel 8 Dvo is in 2015 (127), in 2016 (269), in 2017 (671) en in 2018 (785).
 10 HvJ EU 16 februari 2017, C-578/16 (PPU), CK, JV 2017/94 m.nt. Koc.
 11 Considerans 14 t/m 17 Dvo.
 12 Considerans paragraaf 13 en art. 6 lid 1 Dvo.
 13 Zwaan e.a., *Handboek Nederlands migratierecht*, 2018, p. 389.
 14 Voor overnameverzoeken zie art. 20-22 Dvo, voor terugnameverzoeken zie art. 23-24 Dvo. Na aanvaarding van de over- of terugname moet de overdracht in beginsel binnen zes maanden plaatsvinden, zie art. 29 Dvo.
 15 Art. 6 lid 1 Dvo.
 16 Over artikel 8 lid 4 Dvo is nog altijd een commissievoorstel tot wijziging aanhangig, COM (2014) 382. 'Vaststelling welke lidstaat verantwoordelijk is bij een verzoek om internationale bescherming van een niet-begeleide minderjarige zonder

gezinsleden, enz. in een lidstaat'. Zie ook een advies van de Commissie Meijers over dit wetsvoorstel van 2 december 2014, CM1415.
 17 HvJ EU 6 juli 2013, C-648/11, M.A. e.a. ECLI:EU:C:2013:367.
 18 HvJ EU 6 juli 2013, C-648/11, M.A. e.a. ECLI:EU:C:2013:367, r.o. 55, 57-59.
 19 HvJ EU 7 juni 2016, C-63/15 (*Ghezelbash*) en HvJ EU 2 april 2019, C-582/17 en C-583/17 (*H.&R.*).
 20 Considerans 16, preambule Dublinverordening III.
 21 Zie UNHCR, 'Left in Limbo: UNHCR Study on the Implementation of the Dublin III Regulation', augustus 2017, p. 93.
 22 Variërend van het vereisen van een verblijfsvergunning, tot het accepteren van een vorm van rechtmatig verblijf.
 23 Zie UNHCR, 'Left in Limbo: UNHCR Study on the Implementation of the Dublin III Regulation', augustus 2017, p. 93.

gezins- of familielid houdt zich dan wettig op in een andere lidstaat als hij of zij daar ook daadwerkelijk aanwezig is. Andere taalversies van de Dublinverordening wijzen ook op een dergelijke interpretatie:

	Art. 8 Dvo	Par. 16 Preambule Dvo
Nederlandstalig	Wettig ophouden	Aanwezigheid in andere lidstaat
Engelstalig	Legally present	Presence on the territory
Duitstalig	Rechtmässig aufhalten	In einem andern Mitgliedstaat
Franstalig	Se trouver légalement	La présence sur la territoire

De Engelse taalversie, 'legally present', is in dit verband duidelijker dan de Nederlandse taalversie. 'Legally present' vereist geen verblijfstitel, geen 'legal residency'.²⁴ Door het arrest *Gnandi* weten we inmiddels dat verschillende begrippen over rechtmatig verblijf binnen het EU-recht, leiden tot praktische problemen in de uitvoering van het migratierecht.²⁵ Een migrant kan 'illegaal verblijven' op grond van de Terugkeerrichtlijn en tegelijkertijd 'op het grondgebied mogen verblijven' op grond van de Opvangrichtlijn en Procedurerichtlijn. Het Hof van Justitie zal zich bij de uitleg van een definitie als 'wettig ophouden' laten leiden door de doelstelling van de Dublinverordening. Zoals de hiervoor reeds geciteerde arresten over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen laten zien, is daarbij de kwetsbaarheid van het kind een belangrijke factor.

Het ligt voor de hand om de term 'wettig ophouden' in lijn met de preambule te interpreteren: een gezins- of familielid houdt zich dan wettig op in een andere lidstaat als hij of zij daar ook daadwerkelijk aanwezig is.

2.4 IND werkinstructie

Aangezien artikel 8 Dvo een bepaling uit een verordening is, is het niet toegestaan die om te zetten naar nationaal recht, maar zijn de bepalingen rechtstreeks van toepassing. Voor de uitvoeringspraktijk heeft de Staatssecretaris van Justitie in beleidsregels een eigen interpretatie gegeven van deze bepaling uit de Dublinverordening:²⁶

'Onder 'wettig ophouden' in een andere lidstaat in de zin van artikel 8, Verordening (EU) nr.604/2013 verstaat de IND: rechtmatig verblijf op grond van een ingediende aanvraag voor een verblijfsvergunning of op grond van een verleende verblijfsvergunning in een andere lidstaat'.²⁷

Hoewel de Vreemdelingencirculaire niet expliciet maakt of met de term 'rechtmatig verblijf' wordt aangesloten bij de definitie uit de Vreemdelingenwet, doet de formulering dat wel vermoeden, aangezien de Dublinverordening het begrip 'rechtmatig verblijf' niet kent. Naast de uitleg in de Vreemdelingencirculaire maakte de IND in 2019 een werkinstructie openbaar met handvatten hoe het belang van het kind in de Dublinprocedure moet worden afgewogen.²⁸ Deze werkinstructie geeft weliswaar geen nadere invulling van het begrip 'wettig ophouden', maar biedt inzicht hoe in verschillende casusposities het belang van de niet-begeleide minderjarige wordt gewogen, waarbij het uitgangspunt is om het kind te verenigen met zijn gezins- of familieleden.

3. Rechtbanken: drie argumentaties

Op basis van analyse van de ons bekende uitspraken zien wij drie argumentaties op grond waarvan rechtbanken oordelen dat de staatssecretaris niet zowel het meerderjarige gezins- of familielid als de niet-begeleide minderjarige kan overdragen aan de lidstaat waar zij eerder om asiel verzochten of aldaar illegaal de grens over staken. In de eerste categorie uitspraken overwegen rechtbanken dat als een vreemdeling niet feitelijk aanwezig is in een lidstaat, hij zich daar ook niet wettig kan ophouden. In de tweede categorie uitspraken overwegen rechtbanken op basis van de Dublinverordening dat een vreemdeling zich alleen op basis van een verblijfstitel of visum wettig kan ophouden. In de derde categorie gaan rechtbanken niet inhoudelijk in op de betekenis van 'wettig ophouden', maar achten zij de handelwijze van de staatssecretaris in strijd met het belang van het kind.

3.1 Wettig ophouden vereist feitelijke aanwezigheid

Het merendeel van de rechtbankuitspraken volgt de lijn die zittingsplaats Rotterdam in 2016 uitzette.²⁹ Volgens deze rechtbank heeft artikel 8 lid 1 Dvo III geen betrekking op de situatie na de door de IND geplande overdracht. Twee broers waren via Bulgarije naar Nederland gereisd. De Bulgaarse autoriteiten namen het asielverzoek van de meerderjarige broer terug op grond van een claimakkoord. Het asielverzoek van de minderjarige broer werd vervolgens overgenomen op grond van artikel 8 lid 1 Dvo. Dat het gezinslid zich wettig *kan* gaan ophouden in Bulgarije omdat Bulgarije verantwoordelijk is voor het asielverzoek, doet er volgens de rechtbank niet toe. Het hoger beroepschrift van de staatssecretaris tegen deze uitspraak werd door de Afdeling kennelijk ongegrond verklaard.³⁰

24 Zie in dit verband over het verschil tussen 'lawfully present' en 'lawfully in the territory' in het Vluchtelingenverdrag: C. Slingenberg, *The Reception of Asylum Seekers under International Law. Between Sovereignty and Equality*, Oxford: Hart Publishing, 2014, Hoofdstuk 4, p. 109-132.

25 HvJ EU 19 juni 2018, C-181/16 (*Gnandi*), JV 2018/167 m.nt. Geertsema. Zie over die gradaties, en verschillende vertalingen, C. Slingenberg, 'Uitspraak Uitgelicht. Illegaal verblijf met toestemming', in: *A&MR* 2018-10, p. 496-501.

26 Vc 2000 C2/5, WBV 2015/9, *Stcrt.* 2015, 20854 laatstelijk gewijzigd bij WBV 2016/10, *Stcrt.* 2016, 44801.

27 Vc 2000 C2/5.

28 Werkinstructie 2019/8 Het belang van het kind in de Dublinprocedure, www.ind.nl (geldig van 25 juni 2019 t/m 25 december 2019). Aangezien de werkinstructie niet is ingetrokken, is de werkinstructie ten tijde van het schrijven van dit artikel nog van toepassing.

29 Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Rotterdam, 13 oktober 2016, AWB/16/11528, niet gepubliceerd.

30 ABRvS 3 november 2017, 201607892.

Verschillende rechtbanken volgden in 2019 deze redenering dat wanneer een vreemdeling zich niet feitelijk bevindt in een lidstaat, hij zich daar ook niet op dat moment wettig ophoudt.³¹ Het doet er bij deze redenering niet toe of sprake is van een overname- of terugnameverzoek, aangezien de fysieke aanwezigheid bepalend is.

3.2 Wettig ophouden vereist verblijfstitel of visum

De uitleg die de staatssecretaris heeft gegeven in de Vreemdelingen-circulaire (Cz/5.1) van ‘wettig ophouden’ staat centraal in enkele andere uitspraken. Zittingsplaats Utrecht achtte het verschil tussen een overname- en een terugnameverzoek van belang.³² Bij een overnameverzoek is geen sprake van een asielverzoek in de andere lidstaat, terwijl bij een terugnameverzoek er wel sprake is van een formeel asielverzoek in de andere lidstaat. Volgens Rechtbank Utrecht ziet de uitleg uit de Vreemdelingen-circulaire alleen op terugnameverzoeken, omdat er dan sprake zal zijn van ‘rechtmatig verblijf op grond van een ingediende aanvraag voor een verblijfsvergunning’. In de zaak die voorlag reisde een Eritrese oom met zijn minderjarige nichtje via Italië illegaal het grondgebied van de EU in. Volgens Rechtbank Utrecht voorziet de Vreemdelingen-circulaire niet in de situatie dat een asielverzoek kan worden ingediend in een andere lidstaat, en er dus sprake is van mogelijk wettig verblijf, in casu Italië.³³ In deze uitspraak sluit de rechtbank niet uit dat dit anders kan zijn indien sprake is van een geaccepteerd terugnameverzoek, als al wel een asielaanvraag is ingediend in de andere lidstaat.³⁴

In twee uitspraken waarbij een terugnameverzoek is gedaan aan Roemenië en waarmee Roemenië akkoord is gegaan doet zittingsplaats Den Bosch in 2019 uitspraak over de betekenis van artikel 8 Dvo.³⁵ Deze rechtbank oordeelt – onder verwijzing naar het HvJ EU arrest *H.R.*³⁶ – dat een asielzoeker die in een eerste lidstaat asiel vraagt, deze lidstaat verlaat en vervolgens in een tweede lidstaat asiel vraagt zich in beginsel niet kan beroepen op het in artikel 8 Dvo neergelegde verantwoordelijkheids criterium. ‘Dit is alleen anders indien eisers aan de tweede lidstaat informatie hebben verstrekt waaruit duidelijk blijkt dat Nederland op grond van dat artikel verantwoordelijk is voor het asielverzoek’.³⁷ In casu is dat het geval, omdat het meerderjarige familielid niet beschikt over een verblijfstitel of visum in Roemenië en een rapportage van een GZ-psycholoog is overgelegd waarin overdracht aan Roemenië wordt aangeraden.

De staatssecretaris stelt zich in deze zaken op het standpunt dat de vreemdeling zich wettig ophoudt in de eerste lidstaat, omdat er sprake is van een situatie van rechtmatig verblijf op grond van een ingediende aanvraag voor een verblijfsvergunning in die lidstaat. Dit oordeel is conform de eerdergenoemde beleidsregel in de Vreemdelingen-circulaire Vc Cz/5. De rechtbank overweegt dat voor uitleg van het begrip ‘wettig ophouden’ aansluiting gezocht moet worden bij de definities van ‘verblijfstitel’ en ‘visum’ uit artikel 2 aanhef en onder l en m van de Dvo. Volgens de rechtbank moet de vreemdeling beschikken over zo’n verblijfstitel of visum, wil sprake zijn van ‘wettig ophouden’ in de zin van artikel 8 Dvo. Ook ziet de rechtbank aanknopingspunten in hoofdstuk V van de Dvo over de verplichtingen van verantwoordelijke lidstaten, waarin wordt gesproken over zich zonder (geldige) verblijfstitel ophouden in een andere lidstaat. Ook hieruit zou volgens Rechtbank Den Bosch blijken dat ‘wettig ophouden’ betekent dat de vreemdeling moet beschikken over een verblijfstitel of visum. Nu het meerderjarige familielid in casu daar niet over beschikt, komt de rechtbank tot de conclusie dat geen sprake is van ‘wettig ophouden’. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat de niet-begeleide minderjarige op grond van artikel 8, vierde lid, Dvo niet mag worden teruggestuurd naar de eerste lidstaat.³⁸ De Afdeling heeft het hoger beroepschrift van de staatssecretaris tegen deze uitspraak met toepassing van artikel 91 tweede lid Vw kennelijk ongegrond verklaard.³⁹ De uitspraak heeft tot gevolg dat de interpretatie van ‘wettig ophouden’ zoals de staatssecretaris heeft gegeven in de Vreemdelingen-circulaire moet worden aangepast.

3.3 Het belang van het kind

De laatste categorie zaken betreft twee uitspraken van Rechtbank Den Haag, die zich niet uitlaat over de vraag wat wettig ophouden betekent, maar de beroepen gegrond verklaard vanwege het belang van het kind.⁴⁰ Eén zaak betreft twee minderjarige Irakese kinderen die samen met hun oom via Bulgarije naar Nederland zijn gereisd. In beroep is door middel van gedragswetenschappelijk onderzoek onderbouwd dat het niet in het belang van het welzijn en de sociale ontwikkeling van de kinderen is dat zij worden overgedragen aan Bulgarije.⁴¹ In de andere zaak betreft het eveneens een overdracht aan Bulgarije, waarbij een onderzoeksrapport is overgelegd waarin een psycholoog concludeert dat overdracht aan Bulgarije een bedreiging is voor het welzijn en de sociale ontwikkeling van de betreffende minderjarige. In beide zaken volgen de rechtbanken het uitgangspunt dat het belang van het kind bij procedures onder de Dublinverordening de eerste overweging dient te zijn en dat bij dit belang rekening gehouden moet worden met onder meer: de mogelijkheden van gezinshereniging, het welzijn en de sociale ontwikkeling van het kind, veiligheids- en beveiligingsoverwegingen en de standpunten van de minderjarige, in overeenstemming met zijn leeftijd en mate van volwassenheid (zie artikel 6, derde lid. Dvo).

31 Rechtbank Den Haag, zp Rotterdam 1 augustus 2019, NL19.15980, hoger beroep SvJ kennelijk ongegrond ABRvS 26 augustus 2019, 201905956; Rechtbank Den Haag 29 augustus 2019, NL19.12397, gevolgd door Rechtbank Den Haag zp Haarlem 21 november 2019, NL 19.25373, beroep wederom gegrond, SvJ heeft hoger beroep ingesteld. Rechtbank Den Haag zp Haarlem 21 oktober 2019, NL 19.22926, onbekend of SvJ hoger beroep heeft ingesteld. Rechtbank Den Haag zp Groningen 24 oktober 2019, NL 19.14905, geen hoger beroep ingesteld, het asielverzoek is inhoudelijk in behandeling genomen. Rechtbank Noord-Holland 21 november 2019, NL19.25372.

32 Rechtbank Den Haag, zp Utrecht, 19 augustus 2019, NL19.17034.

33 Zie in dezelfde zin ook Rechtbank Den Haag zp Haarlem 10 juni 2015 (ECLI:NL:RBDHA:2015:7836).

34 In de uitspraak wordt daarvoor verwezen naar ongepubliceerde – en daardoor voor ons onbekende – rechtspraak: Rechtbank Den Haag zp Haarlem 9 juni 2016, AWB 16/10132, bevestigd in ABRvS 201604470.

35 Rechtbank Den Haag zp Den Bosch, 20 augustus 2019, NL19.15837 (hoger beroep SvJ ongegrond, ABRvS 14 oktober 2019 201906419) en Rechtbank Den Haag zp Den Bosch 20 augustus 2019, NL 19.15833 (hoger beroep SvJ ongegrond, ABRvS 14 oktober 2019, 201906419).

36 HvJ EU 2 april 2019, C-582/17 en 583/17 (*Hen R.*), JV 2019/19 m.nt. Battjes, r.o. 83.

37 Rechtbank Den Haag zp Den Bosch, 20 augustus 2019, NL19.15837, r.o. 9.

38 Zie eerder aangehaalde arrest *MA* waarnaar de rechtbank in de uitspraken naar verwijst.

39 ABRvS 14 oktober 2019, 201906419.

40 Rechtbank Den Haag 27 september 2019 NL1920458 (hoger beroep loopt nog) en rechtbank Den Haag 29 augustus 2019, NL19.12394 (na nieuw besluit opnieuw een gegrond beroep, hoger beroep tegen tweede uitspraak loopt nog).

41 rechtbank Den Haag 29 augustus 2019, NL19.12394

In beide uitspraken overweegt Rechtbank Den Haag dat de staatssecretaris terecht heeft geoordeeld dat het niet in het belang van de minderjarige is om gescheiden te raken van hun familielid, maar dat hiermee nog niet het belang van de overdracht is gegeven. De staatssecretaris moet daarvoor beter de door Nidos ingebrachte orthopedagogische onderzoeken over het welzijn van de kinderen betrekken. In één procedure is het asielverzoek na het gegronde beroep wederom niet in behandeling genomen op grond artikel 8 Dvo, waarna het tweede beroep opnieuw gegrond is verklaard, ditmaal op grond van de onder 3.1 behandelde redenering dat wettig ophouden betekent dat de persoon feitelijk aanwezig moet zijn in de eerste lidstaat.⁴² Beide door de staatssecretaris ingestelde hoger beroepen zijn nog in behandeling.

Procederen over waar een asielverzoek behandeld moet worden, in plaats van over de inhoud van het asielverzoek, is verworden tot de kern van de nationale asielrechtpraktijk.

3.4 Divergentie

De drie door ons aangebrachte categorieën laten zien dat rechtbanken op verschillende manieren tot dezelfde uitkomst komen: Dublinoverdrachten van meerderjarige gezins- of familieleden samen met niet-begeleide minderjarigen zijn niet in overeenstemming met de tekst en het doel van de Dublinverordening. Naar onze mening vraagt de tekst van de Dublinverordening om een uitleg van 'wettig ophouden', waarbij de fysieke aanwezigheid op het grondgebied van belang is, gezien overweging 16 uit de Preamble. Uit het doel van de Dublinverordening volgt dat de beslissautoriteiten bij iedere beslissing het belang van het individuele kind voorop dienen te stellen. Daarbij achten wij relevant dat de gedragswetenschappelijke rapportages die naar voren zijn gebracht in de in dit artikel besproken beroepsprocedures, aantonen dat de betreffende kinderen al ernstig beschadigd waren door meerdere ingrijpende levensgebeurtenissen toen zij in Nederland aankwamen, waardoor hun draagkracht al heel gering is. De rapportages maken duidelijk dat de Dublinprocedure de stress van de kinderen verergerd nu zij geconfronteerd worden met een mogelijke overdracht die bij hen angsten oproept en versterkt. De verlenging van onzekerheid over hun toekomstperspectief geeft daarbij deze kinderen nog weer extra stress. Op basis hiervan oordelen de gedragswetenschappers dat de Dublinprocedures in deze individuele gevallen schadelijk voor de betreffende kinderen zijn.⁴³

42 Rechtbank Noord-Holland 21 november 2019, NL 19.25373.

43 Zie over de huidige wachttijden in zijn algemeenheid: VluchtelingenWerk Nederland, 'Gevangen in een vastgelopen asielsysteem. Gevolgen en verhalen uit de praktijk', november 2019. Voor wat betreft de lengte van de Dublinprocedures bij toepassing van artikel 8 lid 1 en 2 als het gezins- of familielid zich al daadwerkelijk in een andere lidstaat wettig ophoudt, zie UNHCR, 'Left in Limbo: UNHCR Study on the Implementation of the Dublin III Regulation', augustus 2017, p. 98-99.

4. Rechtseenheid!

De werkwijze van de staatssecretaris om aan te sturen op overdracht van de niet-begeleide minderjarige, is vermoedelijk een reactie op een onderliggend probleem. Namelijk de mogelijkheid dat de niet-begeleide minderjarigen hun familie via gezinshereniging naar Nederland laten komen, nadat het asielverzoek van de minderjarige is ingewilligd. Het wekt het vermoeden dat migranten goed op de hoogte zijn van de onduidelijkheden in de Dublinverordening en de mogelijkheden die dat schept voor een legale route naar de EU. Tegelijkertijd laat het ook zien dat de staatssecretaris diezelfde onduidelijkheden gebruikt om de asielverzoeken waar mogelijk over te dragen aan andere lidstaten. Procederen over waar een asielverzoek behandeld moet worden, in plaats van over de inhoud van het asielverzoek, is zo verworden tot de kern van de nationale asielrechtpraktijk.⁴⁴

Het moge duidelijk zijn dat het voor de rechtspraak van belang is dat de Afdeling de rechtseenheid bewaakt en duidelijkheid schept over de toepassing van artikel 8 van de Dublinverordening en de betekenis van 'wettig ophouden' in het bijzonder. De staatssecretaris heeft ondanks alle gegronde beroepschriften – en kennelijk ongegronde hoger beroepschriften – de werkwijze nog niet aangepast en wacht duidelijk op een oordeel van de hoogste bestuursrechter op dit punt. Hoewel een prejudiciële vraag de huidige procedures zal verlengen, is het wellicht toch nodig om verduidelijking te vragen aan het Hof van Justitie over de betekenis van het begrip 'wettig ophouden', nu sprake is van verschillende interpretaties van het begrip zowel binnen de EU,⁴⁵ als binnen onze nationale rechtspraak.⁴⁶ Op grond van de CILFIT-criteria is daar aanleiding toe, nu de verschillende rechtbankuitspraken laten zien dat er ruimte is voor twijfel aan de uitleg van artikel 8 eerste en tweede lid Dvo.⁴⁷ Onze suggestie voor de prejudiciële vraag is:

'Vereist wettig ophouden in de zin van artikel 8 eerste en tweede lid Dublinverordening dat, gezien overweging 16 van de Preamble, het meerderjarige familie- of gezinslid fysiek aanwezig is op het grondgebied van de lidstaat die verantwoordelijk wordt gehouden?'

Wij hopen dat daarmee uniformiteit wordt bereikt die uiteindelijk zal resulteren in een snelle inhoudelijke behandeling van asielverzoeken van niet-begeleide minderjarigen. ◀

44 Dat geldt ook voor andere lidstaten, zie ECRE, 'Caselaw note on the application of the Dublin Regulation to Family Reunion Cases', 2018, www.asylumlawdatabase.eu.

45 Zie UNHCR, 'Left in Limbo: UNHCR Study on the Implementation of the Dublin III Regulation', augustus 2017, p. 93.

46 Zie ook Mark Klaassen in 'Interpreting 'legally present in article 8 Dublin Regulation'', waarin hij ook pleit voor prejudiciële vragen over dit onderwerp, <https://bit.ly/2TWzUzO>.

47 HvJ EU 6 oktober 1982, ECLI:EU:C:1982:335 (CILFIT).