

Vraag & Antwoord

Specialisten in het vreemdelingenrecht geven antwoord op vragen uit de praktijk.

Eva Hilbrink – mr. dr. E. Hilbrink is juridisch specialist Europees migratierecht bij Stichting Migratierecht Nederland.¹

Kan een verblijfsrecht worden ontzegd aan een derdelandse ouder van Nederlandse kinderen die van die ouder afhankelijk zijn, op de enkele grond dat de derdelandse ouder over een geldig verblijfsrecht in een andere lidstaat beschikt?

1. Casus

In deze zaak gaat het om het verblijfsrecht van een derdelandse ouder in de context van een zogenoemd samengesteld gezin. De moeder heeft in Spanje de status van langdurig ingezeten derdelander. Uit een relatie met een derdelandse man, die later het Nederlanderschap verwerft, zijn drie kinderen geboren. Ook de kinderen hebben de Nederlandse nationaliteit. Hoewel beide ouders met elkaar en met de kinderen in goed contact staan, en de belangrijke beslissingen over de kinderen in gezamenlijk overleg worden genomen, woont de moeder niet bij de vader en de kinderen. De vader is gehuwd met een andere vrouw, met wie hij ook kinderen heeft. Alle kinderen wonen bij de vader en zijn tweede partner. De vader en de kinderen hebben geen gebruik gemaakt van hun recht van vrij verkeer als Unieburger.

Het verblijfsrecht van de moeder is getoetst aan het Chavez-criterium. In dat kader oordeelde de staatssecretaris dat de moeder een geldige verblijfsvergunning had in Spanje, zodat ontzegging van een verblijfsrecht niet tot gevolg zou hebben dat haar kinderen gedwongen zouden worden het grondgebied van de EU te verlaten. Het beroep op een afgeleid verblijfsrecht op grond van artikel 20 VWEU werd om die reden afgewezen.

2. Verblijfsrecht op grond van richtlijn 2003/109

De eerste vraag is of de moeder in deze zaak niet een verblijfsrecht kan ontlenen aan richtlijn 2003/109 (Richtlijn langdurig ingezeten derdelanders). Deze richtlijn ziet immers ook op het verblijf van langdurig ingezeten derdelanders in een

tweede lidstaat (art. 1, aanhef en onder b) richtlijn 2003/109). Hoewel de moeder in Nederland geen arbeidsovereenkomst heeft, beschikt zij wel over wat spaargeld en verwerft zij daarnaast inkomen uit de handel in tweedehands kleding en horloges. Mocht toch niet aan het middelenvereiste zijn voldaan, dan moet in de besluitvorming in het licht van richtlijn 2003/109 rekening worden gehouden met het Handvest. In de zaak *O. S. en L.*², overwoog het HvJ EU – in de context van de toepassing van het middelenvereiste in de Gri – dat daarbij in aanmerking moet worden genomen, dat een kind regelmatig persoonlijke betrekkingen met zijn beide ouders moet kunnen onderhouden:

‘75. Ten slotte moet in herinnering worden gebracht dat, zoals uit punt 2 van de considerans van richtlijn 2003/86 blijkt, deze de in het Handvest neergelegde grondrechten en beginselen erkent.

76. Artikel 7 van het Handvest, dat rechten omvat die overeenstemmen met de door artikel 8, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde rechten, erkent het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven. Deze bepaling van het Handvest moet bovendien worden gelezen in samenhang met de verplichting, rekening te houden met de in artikel 24, lid 2, van het Handvest erkende belangen van het kind, en in aanmerking te nemen dat, overeenkomstig voormeld artikel 24, lid 3, een kind regelmatig persoonlijke betrekkingen met zijn beide ouders moet kunnen onderhouden (zie reeds aangehaald arrest Parlement/Raad, punt 58, en arrest van 23 december 2009, *Detiček*, C-403/09 PPU, Jurispr. blz. I-12193, punt 54).

77. Artikel 7, lid 1, sub c, van richtlijn 2003/86 mag niet aldus worden uitgelegd en toegepast dat deze toepassing zou indruisen tegen de in voormelde bepalingen van het Handvest neergelegde grondrechten.’

Voor zover geen geslaagd beroep kan worden gedaan op richtlijn 2003/109, is het interessant om na te gaan of een beroep op artikel 20 TFEU inderdaad, zoals de staatssecretaris stelt, zonder meer kan worden verworpen omdat de moeder beschikt over een verblijfsrecht in Spanje.

3. Kunnen de kinderen mee naar de andere lidstaat?

Ten aanzien van de vraag of een derdelandse ouder een afgeleid verblijfsrecht kan ontlenen aan artikel 20 VWEU, geldt dat het HvJ EU een dergelijk recht tot dusver slechts heeft aangenomen in gevallen waarin de afwijzing van het verblijfsrecht aan de ouder, gelet op de afhankelijkheid van het kind

¹ De auteur dankt dr. Galina Cornelisse voor haar grondige commentaar op eerdere versies van dit argument.

² HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11 (*O. S. en L.*)

ten opzichte van die ouder, zou leiden tot een gedwongen vertrek van de kinderen uit het grondgebied van de Unie *als geheel*. Om die reden staat artikel 20 VWEU volgens het HvJ EU niet in de weg aan verblijfsweigering aan een derdelander ouder, wanneer deze ouder zich met de Unieburgerkinderen in een andere lidstaat kan vestigen.³

De vraag is echter of de enkele omstandigheid dat de derdelandse moeder over een verblijfsrecht in Spanje beschikt, voldoende is om aan te nemen dat zij zich daar met haar Nederlandse kinderen kan vestigen. Om iets te kunnen zeggen over de aspecten die daarvoor relevant kunnen zijn, zal ik ingaan op de casusposities van de twee zaken waarin het Hof zich hierover heeft uitgesproken: de arresten *Alokpa*⁴ en *Rendón Marín*.⁵

3.1 Hebben de kinderen een verblijfsrecht in de andere lidstaat?

In *Alokpa* ging het om twee Franse kinderen van wie het verblijf als economisch niet-actieve Unieburgers in Luxemburg niet meer aan de eisen van richtlijn 2004/38 voldeed, omdat niet aan het middenvereiste was voldaan. In het kader van de vraag of verblijfsweigering door Luxemburg aan de kinderen en hun derdelandse moeder in strijd zou zijn met artikel 20 VWEU, had A-G Mengozzi in zijn conclusie bij het arrest opgemerkt dat van een gedwongen vertrek uit de Unie geen sprake zou zijn. Omdat de Franse kinderen in Frankrijk een onvoorwaardelijk verblijfsrecht hadden, en de moeder als enige de zorg voor deze kinderen droeg, zou de moeder immers in Frankrijk een afgeleid verblijfsrecht hebben. Het Hof bevestigde de lezing van de A-G:

‘34. In dit verband heeft Alokpa, zoals de advocaat-generaal in de punten 55 en 56 van zijn conclusie heeft opgemerkt, als moeder van Jarel en Eja Moudoulou en als persoon die sedert hun geboorte alléén daadwerkelijk voor hen zorgt, een afgeleid recht om deze kinderen te begeleiden en met hen op het Franse grondgebied te verblijven.

35. Daaruit volgt dat de weigering van de Luxemburgse autoriteiten om Alokpa een verblijfsrecht te verlenen in beginsel niet tot gevolg kan hebben dat haar kinderen gedwongen zijn het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten. Het staat echter aan de verwijzende rechter om na te gaan of zulks, gelet op alle omstandigheden van het hoofdgeding, daadwerkelijk het geval is.’

In de onderhavige zaak gaat het anders dan in *Alokpa* om Unieburgerkinderen die gedwongen zouden worden om te vertrekken naar een lidstaat waarvan zij *niet* de nationaliteit hebben. De Nederlandse kinderen hebben in Spanje dus niet een onvoorwaardelijk recht van verblijf. Verder geldt dat de kinderen vanwege hun Unieburgerschap, op grond van artikel 2, onder e van richtlijn 2003/109, geen rechten kunnen ontlenen aan het verblijfsrecht van hun moeder als langdurig ingezetene derdelander. De kinderen zouden in Spanje daarentegen gelden als economisch niet-actieve Unieburgers, zodat hun verblijfsrecht daar onderworpen zou zijn aan het middenvereiste van richtlijn 2004/38.⁶ Met het enkele feit dat de derdelandse moeder in Spanje een verblijfsrecht heeft, is dus niet gegeven dat ook de Nederlandse kinderen in Spanje een verblijfsrecht genieten. Het lijkt niet goed denkbaar, dat de

kinderen hun rechten als Unieburgers kunnen uitoefenen in een lidstaat waarin zij geen rechtmatig verblijf genieten. Dit aspect had, gelet op de zaak *Alokpa*, dan ook in aanmerking moeten worden genomen bij de besluitvorming over het verblijfsrecht van de moeder.

Het lijkt niet goed denkbaar dat de kinderen hun rechten als Unieburgers kunnen uitoefenen in een lidstaat waarin zij geen rechtmatig verblijf genieten.

3.2 Gedwongen scheiding met de achterblijvende ouder
Een ander aspect dat mogelijk relevant is voor de vraag of een derdelandse ouder zich met zijn afhankelijke Unieburgerkinderen kan vestigen in een andere lidstaat, ziet op de consequenties van het vertrek van de kinderen voor hun relatie met de andere ouder. In de zaak *Rendón Marín*, lijkt het Hof voor de vraag of de derdelandse ouder zich met diens Unieburgerkinderen in een andere lidstaat kan vestigen, meer aspecten relevant te achten dan slechts het juridische verblijfsrecht in de andere lidstaat. In deze zaak ging het om verblijfsweigering door Spanje van een alleenstaande derdelandse vader van twee kinderen, waarvan het ene, de Spaanse, en het andere de Poolse nationaliteit bezat. Het is opvallend dat, hoewel het Poolse kind geacht kan worden een onvoorwaardelijk verblijfsrecht te hebben in Polen, en de derdelandse ouder daardoor geacht kan worden in Polen een afgeleid verblijfsrecht te hebben, het Hof hier duidelijk terughoudender is dan in *Alokpa* ten aanzien van de vraag of de derdelandse vader zich met zijn kinderen in de andere lidstaat kon vestigen:

‘79. Verscheidene lidstaten die opmerkingen hebben ingediend, hebben betoogd dat Rendón Marín en zijn kinderen naar Polen zouden kunnen gaan, de lidstaat waarvan zijn dochter de nationaliteit bezit. Rendón Marín heeft ter terechtzitting gesteld dat hij geen enkele band meer heeft met de familie van de moeder van zijn dochter, die volgens hem niet in Polen woont, en dat noch hij noch zijn kinderen de Poolse taal machtig zijn. In dit verband staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of Rendón Marín, gelet op alle omstandigheden van het hoofdgeding, als ouder die als enige de daadwerkelijke zorg voor zijn kinderen heeft, *eventueel inderdaad een afgeleid recht zou kunnen hebben om hen naar Polen te begeleiden en daar met hen te verblijven* [curs. EH], zodat de weigering van de Spaanse autoriteiten om hem een verblijfsrecht te verlenen niet tot gevolg zou hebben dat de kinderen van de betrokkene genoopt worden het grondgebied van de Unie in zijn geheel te verlaten (zie in die zin arrest van 10 oktober 2013, *Alokpa* en *Moudoulou*, C-86/12, EU:C:2013:645, punten 34 en 35).

80. Onder het voorbehoud van de in de punten 78 en 79 van het onderhavige arrest genoemde verificaties, lijkt uit de gegevens waarover het Hof beschikt naar voren te komen dat de situatie die in het hoofdgeding aan de orde is, er voor de kinderen van Rendón Marín toe kan leiden dat hun het effectieve genot wordt ontzegd van de essentie van de aan de status van Unieburger ontleende rechten en dat die situatie derhalve binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt.⁷

³ HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12 (*Alokpa*), paras. 34-35; HvJ EU 13 september 2016, C-165/14 (*Rendón Marín*), paras. 79-80.

⁴ HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12 (*Alokpa*).

⁵ HvJ EU 13 september 2016, C-165/14 (*Rendón Marín*).

⁶ HvJ EU 19 oktober 2004, C-200/02 (*Zhu & Chen*).

⁷ Punt 78 bevat het uitgangspunt dat met een eventueel gedwongen vertrek uit het grondgebied van de Unie aan de kinderen het effectieve genot wordt ontzegd van de essentie van de rechten die zij evenwel aan hun status van Unieburger ontleenen.

Omdat het Hof in *Rendón Marín* de beoordeling van de omstandigheden van het geval aan de nationale autoriteiten heeft gelaten, kunnen lastig concrete conclusies worden getrokken over de relevantie van andere gevolgen voor de betrokken Unieburgerkinderen in het kader van de vraag of zij zich met de derdelander in een andere lidstaat kunnen vestigen. Het Hof lijkt in elk geval de omstandigheid dat het Poolse kind een onvoorwaardelijk verblijfsrecht in Polen geniet, niet doorslaggevend te achten voor de vraag of de vader de kinderen naar Polen kan begeleiden en met hen daar te verblijven. Voor zover inderdaad betekenis toekomt aan de vraag of de kinderen in de andere lidstaat familiebanden hebben en of zij de taal van die lidstaat spreken, zou dit betekenen dat in de context van artikel 20 VWEU ook aspecten moeten worden betrokken die niet direct betrekking hebben op de vraag of het kind als gevolg van het besluit tot verblijfsweigering gedwongen wordt de Unie als geheel te verlaten. Dat deze aspecten juist in de context van een mogelijk vertrek naar een andere lidstaat, worden genoemd, ligt voor de hand: een gedwongen vertrek van een afhankelijk Unieburgerkind uit het grondgebied van de Unie is immers zonder meer in strijd met artikel 20 VWEU, ongeacht de vraag of het kind in het derde land familie heeft of de taal van dat land spreekt.

De enkele omstandigheid dat de derdelandse moeder over een verblijfsrecht in een andere lidstaat beschikt, maakt niet dat ook de kinderen rechtmatig in Spanje kunnen verblijven.

In de zaak *O. S. en L.*,⁸ – een zaak waar overigens niet het vertrek naar een andere lidstaat aan de orde was – heeft het HvJ EU zich expliciet uitgesproken over de implicaties van een mogelijk gedwongen vertrek voor de relatie tussen het Unieburgerkind en de achterblijvende ouder. In *O. S. en L.* ging het om Finse kinderen van wie de derdelandse, rechtmatig in Finland verblijvende moeder na de scheiding met hun Unieburgervader een relatie kreeg met een derdelandse man. Hij had geen rechtmatig verblijf in Finland. Het Hof overwoog dat in de context van artikel 20 VWEU betekenis toekomt aan de omstandigheid dat het gaat om een samengesteld gezin, waarbij het wees op het mogelijke gevolg dat bestaande banden tussen het Unieburgerkind en de biologische vader zouden worden verbroken:

‘51. Voor de vraag of de betrokken burgers van de Unie feitelijk de voornaamste aan hun status verbonden rechten niet zouden kunnen uitoefenen, zijn ook relevant de vraag naar het gezag over de kinderen van de gezinsherenigers en de omstandigheid dat deze kinderen deel uitmaken van samengestelde gezinnen. Aangezien S. en L. [de moeders, EH] het uitsluitende gezag hebben over de betrokken jonge burgers van de Unie, zou, indien zij mochten besluiten om ter bewaring van de eenheid van het gezin het grondgebied te verlaten van de lidstaat waarvan hun kinderen de nationaliteit bezitten, deze burgers van de Unie daardoor elk contact met hun biologische vader worden ontzegd indien dat voorheen bestond. Voorts zou elke beslissing om op het grondgebied van deze lidstaat te blijven om de eventuele relatie van

de jonge burgers van de Unie met hun biologische vader te behouden, tot gevolg hebben dat de relatie tussen de andere kinderen, die onderdanen van derde landen zijn, en hun biologische vader in het gedrang wordt gebracht.’

Het is opmerkelijk dat het Hof in de context van artikel 20 VWEU expliciet betekenis toedicht aan het de mogelijkheid dat het Unieburgerkind het contact met de biologische ouder wordt ontzegd. Het contact met de biologische ouder wordt immers slechts verbroken als het Unieburgerkind dermate afhankelijk is van de derdelandse ouder dat het gedwongen is die ouder te volgen buiten het grondgebied van de Unie. In dat geval staat dus al vast dat artikel 20 VWEU zich verzet tegen verblijfsweigering aan de derdelandse ouder, en kan de vraag of het kind het contact verliest met zijn achterblijvende Unieburgerouder daaraan niets toevoegen of afdoen. Het Hof lijkt hier in het kader van artikel 20 VWEU dus opnieuw betekenis toe te kennen aan een gevolg van verblijfsweigering dat op zichzelf geen betrekking heeft op de vraag of het kind gedwongen wordt de Unie als geheel te verlaten.

4. Antwoord

Hoewel in deze zaak de moeder dus niet het risico loopt te worden uitgezet naar een land gelegen buiten het grondgebied van de Unie, kan tegelijkertijd niet zonder meer worden aangenomen dat zij zich met haar kinderen in Spanje kan vestigen. Uit zowel *Aloka* als *Rendón Marín* volgt dat lidstaten verplicht zijn om op grond van alle omstandigheden van het geval na te gaan, of de mogelijkheid tot vestiging in een andere lidstaat daadwerkelijk bestaat. Daarbij zal beoordeeld moeten worden of niet alleen de derdelandse ouder maar ook de kinderen in die andere lidstaat rechtmatig kunnen verblijven. De enkele omstandigheid dat de derdelandse moeder over een verblijfsrecht in een andere lidstaat beschikt, maakt niet dat ook de kinderen rechtmatig in Spanje kunnen verblijven. Het zonder meer afwijzen van een beroep op artikel 20 VWEU om deze reden, gaat voorbij aan de onderzoeksplicht die het HvJ EU in dit verband voorschrijft. Bovendien heeft het Hof, zowel bij de vraag of de derdelandse ouder zich met de Unieburgerkinderen in een andere lidstaat kan vestigen, als in gevallen waarin sprake is van zogenoemde samengestelde gezinnen, ook betekenis toegekend aan gevolgen van een gedwongen vertrek voor Unieburgerkinderen die niet rechtstreeks zien op de vraag of het kind als gevolg van het besluit tot verblijfsweigering gedwongen wordt de Unie als geheel te verlaten. Het gaat daarbij om omstandigheden die zich kunnen voordoen nadat het kind de lidstaat waarin het tot dan toe woonde, gedwongen heeft verlaten. Op dat moment gaat het dus om een Unieburger die, zij het gedwongen, gebruik heeft gemaakt van zijn recht van vrij verkeer en verblijf. Het is in dat licht verdedigbaar dat voor de beoordeling of de derdelandse ouder zich daadwerkelijk met de Unieburgerkinderen kan vestigen in een andere lidstaat, gewicht moet toekomen aan de impact van bijvoorbeeld een gedwongen scheiding met de achterblijvende ouder. Benadrukt moet worden dat het Hof in zijn benadering van artikel 20 VWEU wel consequent vereist dat sprake is van een dusdanige afhankelijkheid tussen een (minderjarige) Unieburger en een derdelandse ouder dat verblijfsweigering het kind zou dwingen die ouder te volgen als deze zou worden uitgezet. Een gedwongen scheiding met de achterblijvende ouder zal dan ook op zichzelf niet voldoende kunnen zijn om het recht van artikel 20 VWEU te activeren.

⁸ HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11 (*O. S. en L.*).