

intrekking van de vluchtelingenstatus moet dan ook in haar geheel worden beschouwd om uit te maken of deze regeling het in artikel 39 van die richtlijn neergelegde recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel kan waarborgen.

103. In de onderhavige zaak kunnen asielzoekers krachtens section 5 van de wet op de illegale immigratie van 2000 ook de rechtsgeldigheid van de aanbevelingen van de Refugee Applications Commissioner en de beslissingen van het Refugee Appeals Tribunal bij de High Court aanvechten. Tegen de arresten van de High Court kan een hogere voorziening bij de Supreme Court worden ingesteld. Het loutere bestaan van die rechtsmiddelen lijkt het Refugee Appeals Tribunal te beschermen tegen de eventuele neiging te zwichten voor inmenging of druk van buitenaf die de onafhankelijkheid van de oordeelsvorming van zijn leden in gevaar zouden kunnen brengen.

104. In die omstandigheden dient de conclusie te luiden dat de Ierse regeling inzake toekenning en intrekking van de vluchtelingenstatus voldoet aan het criterium van onafhankelijkheid en dat zij dus het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel eerbiedigt.

105. Bijgevolg moet op de tweede vraag worden geantwoord, dat artikel 39 van richtlijn 2005/85 aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, volgens welke een asielzoeker ofwel tegen de beslissing van de beslissingsautoriteit beroep kan instellen bij een rechterlijke instantie als het Refugee Appeals Tribunal en tegen de beslissing van die instantie kan opkomen bij een hogere rechterlijke instantie zoals de High Court, ofwel de rechtsgeldigheid van de beslissing van bedoelde autoriteit kan aanvechten bij de High Court, tegen de beslissingen waarvan bij de Supreme Court hogere voorziening kan worden ingesteld.

#### *Kosten*

106. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

*Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:*

1) Artikel 23, leden 3 en 4, van richtlijn 2005/85/EG van de Raad van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, moet aldus worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een lidstaat op bepaalde categorieën asielverzoeken die naar de nationaliteit of het land van oorsprong van de verzoeker zijn omschreven, met inachtneming van de uitgangspunten en waarborgen van hoofdstuk II van die richtlijn, een procedure bij voorrang of een versnelde procedure toepast.

2) Artikel 39 van richtlijn 2005/85 moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, volgens welke een asielzoeker ofwel tegen de beslissing van de beslissingsautoriteit beroep kan instellen bij een rechterlijke instantie als het Refugee Appeals Tribunal (Ierland) en tegen de beslissing van die instantie kan opkomen bij een hogere rechterlijke instantie zoals de High Court (Ierland), ofwel de rechtsgeldigheid van de beslissing van bedoelde autoriteit kan aanvechten bij de High Court, tegen de beslissingen waarvan bij de Supreme Court (Ierland) hogere voorziening kan worden ingesteld.

89

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

20 december 2012, nr. 201200899/1/V1, LJN BY8239

(mr. Lubberdink, mr. Sevenster, mr. Hent)  
Noot mr. E. Nissen

**Gezinsleven, bij Nederlands kind. Burgerschap van de Unie. Kameroen. Kinderen, rechten van.**

[EVRM art. 8; VWEU art. 20]

Verhouding Ruiz-Zambrano en art. 8 EVRM.

*De vraag of de weigering om aan de vreemdeling verblijf toe te staan, tot gevolg heeft dat de kinderen hun aan art. 20 VWEU ontleende recht op het grondgebied van de Unie te verblijven, wordt ontzegd, dient gelet op o.m. ABRvS 7 maart 2012 («JV» 2012/64) te worden onderscheiden van de vraag of het in art. 8 EVRM vervatte recht op be-*

*scherming van het gezinsleven noodzaakt tot het toestaan van een verblijf van de vreemdeling (zie ABRvS 1 november 2012 201200665/1/V1). De rechtbank heeft niet onderkend dat het standpunt van de SvV&J dat het beroep van de vreemdeling op het arrest Zambrano («JV» 2011/146) faalt omdat de kinderen bij de vader kunnen verblijven, op zichzelf beschouwd niet tegenstrijdig is met diens standpunt dat geen objectieve belemmering bestaat om het gezinsleven in Kameroen uit te oefenen. Dat standpunt brengt niet met zich dat daarmee reeds aannemelijk is dat de kinderen geen andere keus hebben dan met de vreemdeling buiten de Unie te verblijven.*

*Hoger beroep kennelijk gegrond. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, overweegt de Afdeling dat de SvV&J doorslaggevend gewicht heeft toegekend aan de omstandigheid dat de vreemdeling zonder verblijfsvergunning het gezinsleven met de vader in Nederland is aangegaan en met hem een gezin heeft gesticht. Zij heeft niet aannemelijk gemaakt dat de SvV&J ten onrechte heeft gesteld dat de kinderen en de vader haar kunnen volgen naar Kameroen. Voorts heeft de SvV&J terecht gesteld dat uit de door de vreemdeling overgelegde informatie weliswaar volgt dat de kinderen een ontwikkelingsachterstand hebben doch niet dat zij lijden dan wel één van hen lijdt aan een autistische stoornis. Er bestaat geen grond voor het oordeel dat de SvV&J ten onrechte heeft gesteld dat de weigering de vreemdeling een verblijfsvergunning te verlenen niet in strijd is met art. 8 EVRM.*

*Ten aanzien van het beroep op het arrest Nunez («JV» 2011/402) overweegt de Afdeling dat de vreemdeling in voorliggend geval als enige het gezag over de kinderen heeft, zodat, anders dan in het geval Nunez, geen gedwongen scheiding van moeder en kinderen dreigt. Voorts hadden in het geval van het arrest Nunez de kinderen spanningen ondervonden, waarschijnlijk als gevolg van de dreigende uitzetting van hun moeder en van de onderbreking in hun verzorgingssituatie. In het voorliggende geval is van uitzetting van de vreemdeling geen sprake en evenmin van een onderbreking in de verzorgingssituatie. De vreemdeling kan zich niet met vrucht op het arrest Nunez beroepen. In dat verband wordt voorts gewezen op het arrest Antwi e.a./Noorwegen («JV» 2012/170), waarin het EHRM fundamentele verschillen met de zaak Nunez aanwezig achtte, nu in het geval Antwi geen sprake was van kwetsbaarheid van een minderjarig kind door eerdere onderbrekingen en tegenspoed in de verzorgingssituatie en de autoriteiten voortvarend hadden opgetreden,*

*en bij gebrek aan uitzonderlijke omstandigheden van oordeel was dat voldoende gewicht was toegekend aan de belangen van het kind bij de beslissing tot uitzetting van de vader, die een belangrijke rol vervulde in de dagelijkse verzorging en opvoeding van het kind en aan wie het kind even sterk gehecht was als aan haar moeder.*

*De minister voor Immigratie en Asiel, appelland, tegen*

*de uitspraak in zaak nr. AWB 11/22133 van de rechtbank 's-Gravenhage z.p. Amsterdam, van 23 december 2011 in het geding tussen de vreemdeling en de minister voor Immigratie, Integratie en Asiel.*

#### *Procesverloop*

*Bij besluit van 6 december 2010 heeft de minister voor Immigratie en Asiel een aanvraag van de vreemdeling om haar een verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd te verlenen afgewezen. Bij besluit van 5 juli 2011 heeft de minister voor Immigratie en Asiel het daartegen door de vreemdeling gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Dit besluit is aangehecht (niet opgenomen; red.).*

*Bij uitspraak van 23 december 2011 heeft de rechtbank het daartegen door de vreemdeling ingestelde beroep gegrond verklaard, dat besluit vernietigd en bepaald dat de minister voor Immigratie en Asiel een nieuw besluit op het gemaakte bezwaar neemt met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; red.).*

*Tegen deze uitspraak heeft de minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (thans: de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie) hoger beroep ingesteld. Het hogerberoepsschrift is aangehecht (niet opgenomen; red.).*

*De vreemdeling heeft een verweerschrift ingediend.*

*Vervolgens is het onderzoek gesloten.*

#### *Overwegingen*

- 1. Onder de staatssecretaris wordt tevens verstaan: diens rechtsvoorgangers.*
- 2. In de eerste grief klaagt de staatssecretaris dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat hij bij de belangenafweging in het kader van artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de*

rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) in de eerste plaats is uitgegaan van de situatie dat het gehele gezin van de vreemdeling naar Kameroen zou vertrekken, doch dat daarmee niet te verenigen is het standpunt dat de kinderen van de vreemdeling, die de Nederlandse nationaliteit bezitten, bij hun vader in Nederland kunnen blijven ten einde hun Unieburgerrechten te kunnen blijven uitoefenen.

De staatssecretaris voert in dit verband aan dat de rechtbank aldus miskent dat de beoordelingskaders verschillen.

2.1. Ingevolge artikel 8, eerste lid, van het EVRM heeft een ieder recht op respect voor zijn familie- en gezinsleven.

Ingevolge het tweede lid van dit artikel is geen inmenging van enig openbaar gezag toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Ingevolge artikel 20, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU) wordt een burgerschap van de Unie ingesteld. Burger van de Unie is een ieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit. Het burgerschap van de Unie komt naast het nationale burgerschap doch komt niet in de plaats daarvan. Ingevolge het tweede lid, aanhef en onder a, genieten de burgers van de Unie de rechten en hebben zij de plichten die bij de Verdragen zijn bepaald en hebben zij, onder andere, het recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven.

2.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer in de uitspraak van 7 maart 2012 in zaak nr. 201108763/1/V2; [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)) volgt uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) van 15 november 2011, C 256/11, Dereci e.a. (hierna: het arrest Dereci), waarin een nadere uitleg wordt gegeven van het arrest van het Hof van 8 maart 2011, C-34/09, Ruiz Zambrano (hierna: het arrest Ruiz Zambrano; beide arresten: [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)), dat bij de beantwoording van de vraag of een burger van de Unie die gezinsleven uitoefent met een burger van een derde land, zijn uit artikel 20

van het VWEU voortvloeiende recht om op het grondgebied van de Unie te verblijven wordt ontzegt, slechts beperkte betekenis toekomt aan het recht op bescherming van het gezinsleven. Zoals volgt uit punten 68 en 69 van het arrest Dereci, wordt dit recht niet als zodanig door artikel 20 van het VWEU beschermd, maar door andere internationaal-, Unie-, en nationaalrechtelijke regelingen en bepalingen, zoals artikel 8 van het EVRM, artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, Unierechtelijke verblijfsrichtlijnen en artikel 15 van de Vreemdelingenwet 2000.

Bij de beantwoording van genoemde vraag is onder meer de wens van gezinsleden om als gezin in Nederland of in de Unie te verblijven dus eveneens van beperkt belang. De situatie dat de burger van de Unie zijn recht om op het grondgebied van de Unie te verblijven wordt ontzegt, doet zich slechts voor als de burger van de Unie zodanig afhankelijk is van de burger van een derde land, dat hij als gevolg van de besluitvorming van de staatssecretaris geen andere keus heeft dan met de burger van het derde land buiten de Unie te verblijven.

2.3. Gelet op hetgeen hiervoor onder 2.2 is overwogen, dient de vraag of de weigering van de staatssecretaris om aan de vreemdeling in Nederland verblijf toe te staan, tot gevolg heeft dat de kinderen hun aan artikel 20 van het VWEU ontleende recht op het grondgebied van de Unie te verblijven, wordt ontzegt, te worden onderscheiden van de vraag of het in artikel 8 van het EVRM vervatte recht op bescherming van het gezinsleven de staatssecretaris noodzaakt tot het toestaan van een verblijf van de vreemdeling hier te lande. Vergelijk de uitspraak van 1 november 2012 in zaak nr. 201200665/1/V1 ([www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)). In dat licht bezien, heeft de rechtbank niet onderkend dat het standpunt van de staatssecretaris dat het beroep van de vreemdeling op het arrest Ruiz Zambrano faalt omdat de kinderen bij de vader kunnen verblijven, op zichzelf beschouwd niet tegenstrijdig is met diens ingenomen standpunt bij de beoordeling in het kader van artikel 8 van het EVRM dat geen objectieve belemmering bestaat om het gezinsleven in Kameroen uit te oefenen. Dat standpunt brengt niet met zich dat daarmee reeds aannemelijk is dat de kinderen geen andere keus hebben dan met de vreemdeling buiten de Unie te verblijven.

De grief slaagt.

3. Het hoger beroep is kennelijk gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Hetgeen overigens als grief is aangevoerd behoeft geen bespreking. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal het besluit van 5 juli 2011 worden getoetst in het licht van de daartegen in eerste aanleg voorgedragen beroepsgronden in zoverre daarop, na hetgeen hiervoor is overwogen, nog moet worden beslist.

4. In beroep heeft de vreemdeling in het kader van artikel 8 van het EVRM aangevoerd dat aan het uitoefenen van het gezinsleven in Kameroen in de weg staat dat de relatie met de vader van de kinderen verbroken is en dat de vader de Liberianse nationaliteit bezit, geen banden met Kameroen heeft en daarom zijn toelating althans zijn verblijf aldaar niet gegarandeerd is. Voorts heeft de vreemdeling aangevoerd dat zij gemotiveerd heeft betoogd waarom een vertrek naar Kameroen voor de kinderen zeer nadelig kan zijn gelet op hun speciale behoeften en de staat van het onderwijs in Kameroen. Zij heeft in dat verband een brief van een instelling voor jeugdmaatschappelijkwerk overgelegd waarin wordt gesteld dat de kinderen – geboren in 2006 onderscheidenlijk 2007 – niet kunnen functioneren binnen het reguliere onderwijs. Verder is volgens de vreemdeling het achterlaten van de kinderen bij hun vader niet in hun belang. Ter zitting van de rechtbank heeft de vreemdeling in dat verband gewezen op het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) van 28 juni 2011, nr. 55597/09, Nunez tegen Noorwegen (hierna: het arrest Nunez; [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

4.1. De staatssecretaris heeft zich op het standpunt gesteld dat niet is gebleken van objectieve belemmeringen om het gezinsleven in het land van herkomst van de vreemdeling voort te zetten. De vader is afkomstig uit Liberia zodat zijn asielmotieven niet aan een verblijf in Kameroen in de weg staan. Voorts hebben de vader en de kinderen de Nederlandse nationaliteit, zodat zij zich in het algemeen ook in andere landen kunnen vestigen. Het tegendeel is door de vreemdeling niet aangetoond. Verder heeft de staatssecretaris in aanmerking genomen dat de vreemdeling zich tot haar komst naar Nederland – derhalve tot ongeveer vierendertigjarige leeftijd – in Kameroen staande heeft weten te houden, dat haar drie zoons en haar moeder in Kameroen wonen, met wie zij telefonisch contact onderhoudt, en dat daarom niet valt in te zien dat na een verblijf van tien jaar in Neder-

land de banden met Kameroen verbroken zouden zijn. Ten aanzien van de kinderen heeft de staatssecretaris zich op het standpunt gesteld dat het oudste kind thans weliswaar schoolgaand is, maar dat zij nog zo jong is dat niet kan worden volgehouden dat de kinderen dermate in Nederland zijn geworteld, dat vertrek naar Kameroen niet van de kinderen verlangd zou mogen worden. Voorts is niet aangetoond dat de kinderen lijden dan wel één van hen lijdt aan een aandoening binnen het autistisch spectrum. Wel staat vast dat de kinderen een ontwikkelingsachterstand hebben, doch niet is aangetoond dat speciaal onderwijs in Kameroen voor de kinderen niet mogelijk zou zijn. Voor zover de relatie tussen de vreemdeling en de vader verbroken zou zijn, stelt de staatssecretaris zich op het standpunt dat, in aanmerking nemend dat het ouderlijk gezag volgens de vreemdeling uitsluitend bij haar berust, deze omstandigheid er niet aan in de weg staat dat de vreemdeling zich met de kinderen in Kameroen vestigt.

Bij afweging van de belangen heeft de staatssecretaris doorslaggevend gewicht toegekend aan de omstandigheid dat de vreemdeling zonder in het bezit te zijn van een verblijfsvergunning het gezinsleven met de vader in Nederland is aangegaan en met hem een gezin heeft gesticht.

4.2. De vreemdeling heeft niet aannemelijk gemaakt dat de staatssecretaris zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de kinderen en de vader haar kunnen volgen naar Kameroen. Voorts heeft de staatssecretaris zich terecht op het standpunt gesteld dat uit de door de vreemdeling overgelegde informatie weliswaar volgt dat de kinderen een ontwikkelingsachterstand hebben doch niet dat zij lijden dan wel één van hen lijdt aan een autistische stoornis. Het geheel van de voor de te verrichten belangenafweging van betekenis zijnde feiten en omstandigheden, zoals weergegeven onder 4.1, geeft, ook indien ervan moet worden uitgegaan dat voor de kinderen in Kameroen geen speciaal onderwijs beschikbaar is, geen grond voor het oordeel dat de staatssecretaris, bij de fair balance die moet worden gevonden tussen het belang van de vreemdeling enerzijds en het Nederlands algemeen belang anderzijds, zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de weigering de vreemdeling een verblijfsvergunning te verlenen niet in strijd is met artikel 8 van het EVRM.

In het arrest Nunez oordeelde het EHRM dat uitzetting uit Noorwegen en een inreisverbod voor de duur van twee jaar, hoewel de desbetreffende vreemdeling nimmer rechtmatig verblijf in Noorwegen had gehad en redelijkerwijs niet kon verwachten dat zij in staat zou zijn in Noorwegen te blijven, in strijd zou zijn met artikel 8 van het EVRM, gelet op de belangen van haar twee in Noorwegen geboren kinderen. Het EHRM achtte daarbij met name de langdurige en nauwe band van de kinderen met hun moeder, de beslissing over de voogdij, de ontwrichting en spanning die de kinderen al hadden ondervonden en de lange tijd die was verstreken voordat de autoriteiten een beslissing namen over de uitzetting en het inreisverbod van belang (punt 84).

In het geval van het arrest Nunez berustte het ouderlijk gezag bij de vader, hetgeen tot gevolg had dat de kinderen in Noorwegen zouden blijven (punt 80) en vermoedelijk gedurende twee jaar van hun moeder zouden worden gescheiden (punt 81). In het voorliggende geval heeft de vreemdeling gesteld dat zij als enige het gezag over de kinderen heeft, zodat, anders dan in het geval Nunez, geen gedwongen scheiding van moeder en kinderen dreigt.

Voorts hadden in het geval van het arrest Nunez de kinderen spanningen ondervonden, waarschijnlijk als gevolg van de dreigende uitzetting van hun moeder en van de onderbreking in hun verzorgingssituatie, eerst door de scheiding van hun ouders en vervolgens door de verhuizing van het huis van hun moeder naar het huis van hun vader als gevolg van de gewijzigde voogdij (punt 81). In het voorliggende geval is van uitzetting van de vreemdeling geen sprake en evenmin van een onderbreking in de verzorgingssituatie.

Nu het voorliggende geval verschilt van het geval van het arrest Nunez wat betreft de door het EHRM met name van belang geachte omstandigheden, kan de vreemdeling zich niet met vrucht op dat arrest beroepen. In dat verband wordt voorts gewezen op het arrest van het EHRM van 14 februari 2012, nr. 26940/10, Antwi en anderen tegen Noorwegen ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)), waarin het EHRM fundamentele verschillen met de zaak Nunez aanwezig achtte, nu in het geval Antwi geen sprake was van kwetsbaarheid van een minderjarig kind door eerdere onderbrekingen en tegenspoed in de verzorgingssituatie en de autoriteiten voortvarend hadden opgetreden, en bij gebrek aan uitzonderlijke omstandigheden van oordeel

was dat voldoende gewicht was toegekend aan de belangen van het kind bij de beslissing tot uitzetting van de vader, die een belangrijke rol vervulde in de dagelijkse verzorging en opvoeding van het kind en aan wie het kind even sterk gehecht was als aan haar moeder (punten 95 en 100 tot en met 103).

Het beroep van de vreemdeling op artikel 3 van het Vierde Protocol bij het EVRM, ingevolge welke bepaling, voor zover thans van belang, niemand, bij wege van een maatregel van individuele of collectieve aard, mag worden uitgezet uit het grondgebied van de Staat waarvan hij een onderdaan is, treft geen doel. In het voorliggende geval is immers geen sprake van de uitzetting uit Nederland van Nederlandse onderdanen.

Ten slotte faalt het beroep van de vreemdeling op Richtlijn 2003/86/EG van de Raad van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging, nu deze ingevolge artikel 3, derde lid, niet van toepassing is op gezinsleden van een burger van de Unie (arrest Dereci, punt 47).

5. Aan de hiervoor niet besproken bij de rechtbank voorgedragen beroepsgronden wordt niet toegekomen. Over die gronden is door de rechtbank uitdrukkelijk en zonder voorbehoud een oordeel gegeven, waartegen in hoger beroep niet is opgekomen. Evenmin is sprake van een nauwe verwevenheid tussen het oordeel over die gronden, dan wel onderdelen van het bij de rechtbank bestreden besluit waarop ze betrekking hebben, en hetgeen in hoger beroep aan de orde is gesteld. Deze beroepsgronden vallen thans dientengevolge buiten het geding.

6. Het beroep is ongegrond.

7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

#### *Beslissing*

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Amsterdam, van 23 december 2011 in zaak nr. 11/22133;
- III. verklaart het in die zaak ingestelde beroep ongegrond.

## NOOT

1. Deze zaak bevindt zich aan de rand van het toepassingsbereik van EU-burgerschap en test de reikwijdte van de Zambrano-doctrine. In de zaak *Ruiz Zambrano* (HvJEU 8 maart 2011, C-34/09, «JV» 2011/146 m.nt. P. Boeles) vond het HvJEU het niet acceptabel om een derdelander een verblijfsvergunning te ontzeggen omdat dit zijn kinderen het effectieve genot van de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten zou ontzeggen. Daarnaast is in deze zaak de interactie tussen het Unierecht en art. 8 van het EVRM van belang. In deze annotatie ga ik eerst in op de Zambrano-doctrine en de manier waarop de Afdeling dit criterium toepast. Vervolgens zal ik hetzelfde doen met betrekking tot de toepassing van de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) die zien op het recht op respect voor gezinsleven. Daarna zal ik kort ingaan op de relatie tussen deze twee verschillende juridische toetsingskaders.

2. In *Ruiz Zambrano* oordeelde het Hof dat twee jonge kinderen, omdat zij volgens het Hof zodanig afhankelijk waren van de derdelander, '**would have to leave** (vet; Nissen) *the territory of the Union*' om hun ouders te volgen. Beide ouders hadden in de zaak *Ruiz Zambrano* geen recht op verblijf. Het Hof heeft in het arrest weinig onderzoek verricht naar de individuele omstandigheden van het geval om tot een beslissing te komen. Het Hof overwoog dat '*it must be assumed*' dat de kinderen de Unie zouden moeten verlaten (zie ook de noot van P. Boeles). Daarom blijft het in dit arrest onduidelijk welke factoren van belang werden geacht. In de zaak *Dereci e.a.* (HvJEU 15 november 2011 (Grote kamer), C-256/11, «JV» 2012/6 m.nt. C.A. Groenendijk), die bij het Hof aanhangig was gemaakt om het *Ruiz Zambrano*-arrest te verduidelijken, oordeelde het Hof dat '*the mere fact that it might appear desirable to a national of a Member State, for economic reasons or in order to keep his family together in the territory of the Union, (...) is not sufficient in itself to support the view that the Union citizen will be forced to leave Union territory if such a right is not granted*'. Dit arrest zag op de situatie waar een derdelander getrouwd is en samenwoont met een burger van de Unie, er drie kinderen uit dit huwelijk

voort zijn gekomen en de partner en kinderen niet financieel afhankelijk zijn van de derdelander. In de meeste recente zaak *O. en S. en L.* (HvJEU 6 december 2012, C-356/11, C-357/11, «JV» 2013/89) overwoog het Hof dat '*as the children's mothers themselves have a permanent right of residence in Finland, their children who are Union citizens would not be obliged to leave the territory of the European Union. (...) If the mothers of those Union citizens were to decide to leave the territory of the European Union in order to preserve the family unit, that would not be an inevitable consequence of the refusal to grant their spouses a right of residence.*'

3. Het Hof spreidt in deze zaken los taalgebruik ten toon dat varieert van "having to leave" tot "forced to leave". Overigens spreekt de Nederlandse vertaling consequent van de "verplichting" om het territorium van de Unie te verlaten. De Engelse versies van de uitspraken geven aan dat uit de bewoording niet gemakkelijk kan worden afgeleid hoe de doctrine toegepast dient te worden en dat vooral bekeken moet worden hoe het Hof zelf invulling geeft aan de doctrine. Zoals gezegd geeft het *Zambrano*-arrest niet veel aanknopingspunten. In *Dereci* wordt duidelijk dat de wenselijkheid van de aanwezigheid van een derdelander niet gelijkgesteld kan worden aan een verplichting om de Unie te verlaten als deze derdelander geen verblijf toe wordt gekend. In *O. en S. en L.* lijkt het Hof uitbreider invulling te geven aan hoe de *Zambrano*-doctrine toegepast dient te worden dan in de voorgaande uitspraken.

4. Het Hof overweegt in dit arrest dat er weliswaar geen verplichting bestaat het grondgebied van de Unie te verlaten doordat de partners van de derdelanders in het bezit waren van een permanente verblijfstitel, maar dat er aanvullende factoren in acht dienen te worden genomen voor de beantwoording van de vraag of de betrokken burgers van de Unie feitelijk de voornaamste aan hun status verbonden rechten kunnen uitoefenen. De samenstelling van het gezin dient in acht te worden genomen, en ook aan de vraag naar het gezag wordt belang toegekend door het Hof. De afhankelijkheidsverhouding tussen het kind en de derdelander in wettelijke, financiële of affectieve zin moet in aanmerking worden genomen. Het Hof verwijst in de uitspraak naar de volgende overweging van de Advocaat-Generaal: '*The reasons linked to the*

*departure of the citizen of the Union (...) concern situations in which the Union citizen has no other choice but to follow the person concerned, whose right of residence has been refused, because he is in that person's care and thus entirely dependent on that person to ensure his maintenance and provide for his own needs.'* (par. 44)

5. Hoe past de uitspraak van de Afdeling in de jurisprudentie van het Hof? De casus waar de Afdeling zich nu over heeft uitgesproken is als volgt. Een vrouw uit Kameroen heeft asiel aangevraagd in Nederland. Deze aanvraag is afgewezen. In 2007 heeft de vrouw een verblijfsvergunning op grond van gezinsleven aangevraagd. Op dat moment had ze samen met haar Nederlandse partner een kind en was zij zwanger van het tweede kind. Ook deze aanvraag is afgewezen. Zowel haar partner als de kinderen bezitten de Nederlandse nationaliteit. Tijdens het beroep voor de rechtbank blijkt dat de ouders van de kinderen geen relatie meer hebben en dat de vader een zeer beperkte rol speelt in de ontwikkeling en opvoeding van de kinderen. Volgens de moeder ligt het gezag uitsluitend bij haar. Het valt niet uit de stukken op te maken of dit ook daadwerkelijk het juridisch gezag is. Dit lijkt niet uit te maken voor de beoordeling van de zaak.

6. In beroep heeft de rechtbank overwogen dat, omdat de vader de Nederlandse nationaliteit bezit, er geen sprake is van een Zambrano-situatie omdat in dat arrest beide ouders geen recht op verblijf hadden. De rechtbank komt tot dit standpunt zonder te onderzoeken of de kinderen daadwerkelijk de keuzevrijheid hebben om bij hun vader te blijven. De manier waarop de rechtbank de Zambrano-doctrine ingevuld heeft, staat niet ter discussie in de uitspraak. De invulling door de rechtbank is dan ook in lijn met eerdere uitspraken van de Afdeling. In soortgelijke zaken heeft de Afdeling alleen in uitzonderlijke situaties geaccepteerd dat de Nederlandse vader niet in staat was de zorg voor de kinderen op zich te nemen (ABRvS 10 juli 2012, 201103973/1/V1, «JV» 2012/359). Ook overwoog de Afdeling in een zaak waarbij de vader in Groot-Brittannië verbleef, en de moeder gezag had, dat niet aangetoond was dat de kinderen niet bij de vader konden verblijven (ABRvS 2 mei 2012, 201200988/1/V3, «JV» 2012/295). Zie ook mr. drs. G.G. Lodder, Het Zambrano-crite-

rium in Nederland: een tussenstand, *A&MR* 2013/1, p. 4-10, ve13000385. Volgens de Afdeling dient de derdelander aannemelijk te maken dat de ouder met een zekere verblijfsstatus, met behulp van zorginstanties, feitelijk niet in staat kan worden geacht voor het kind zorg te dragen. Alleen in een dergelijke situatie wordt het kind volgens de Afdeling gedwongen zijn of haar ouder te volgen naar het buitenland.

7. Bij een beslissing over het ouderlijk gezag door de familierechter staan de belangen van het kind centraal. Door bij de invulling van de Zambrano-doctrine geen waarde toe te kennen aan het ouderlijk gezag worden de belangen van de kinderen terzijde geschoven. Het Handvest van de EU bepaald in art. 24 dat het belang van het kind een eerste overweging dient te vormen bij alle besluiten die het kind betreffen. In het *Dereci*-arrest heeft het Hof echter bepaald dat het Handvest alleen van toepassing is als het besluit binnen de reikwijdte van het EU-recht valt. Alleen als de betrokken burgers van de Unie feitelijk de voornaamste aan hun status verbonden rechten niet kunnen uitoefenen is dit het geval. Dit neemt niet weg dat iedere lidstaat te allen tijde gebonden is aan art. 3 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK). Door het oordeel van de familierechter niet mee te nemen in de beslissing en ook geen eigen beoordeling van de individuele omstandigheden van het geval waarbij het perspectief van het kind centraal staat uit te voeren, wordt het belang van het kind onvoldoende gewaarborgd. De Staat, de rechterlijke macht en de ouders hebben een gedeelde verantwoordelijkheid in het waarborgen van het belang van het kind.

8. Ook de jurisprudentie van het Hof lijkt aan te geven dat een uitgebreidere beoordeling van de individuele omstandigheden van geval noodzakelijk is voor de correcte toepassing van art. 20 VWEU dan de standaard die nu door de Afdeling gehanteerd wordt. Niet alleen de verblijfsstatus van de andere ouder wordt genoemd als een factor van belang maar ook de gezagsverhouding. Daarnaast wordt aangegeven dat bij de beoordeling van de keuzevrijheid van de Unieburger van belang is of de burger van de Unie ten laste van de derdelander komt en dus voor het levensonderhoud en het voorzien in de eigen behoeften afhankelijk is van deze derdelander. De afhankelijkheidsrelatie met de derdelander

kan dus niet, zoals de Afdeling nu doet, buiten beschouwing worden gelaten. Uit het dossier van de zaak blijkt dat de aanwezigheid van de moeder van groot belang wordt geacht. Temeer gezien het feit dat de kinderen een ontwikkelingsachterstand hebben en er bij het oudste kind mogelijk sprake is van een stoornis binnen het autismespectrum. Mijns inziens reduceren de individuele omstandigheden van dit geval de keuzevrijheid van de kinderen zodanig dat niet uit valt te sluiten dat het EU-recht wel degelijk van toepassing is op deze zaak. Het was in mijn ogen dan ook gepast geweest om meer onderzoek te verrichten naar de afhankelijkheidsrelatie tussen de derdelander en de burgers van de Unie of om een prejudiciële vraag aan het Hof te stellen ten aanzien van de toepassing van art. 20 VWEU in zaken waar de derdelander het gezag over de kinderen heeft en de ouder die een stabiel verblijfsrecht heeft een minimale rol speelt.

9. Wel staat de toepassing van art. 8 EVRM ter discussie in de uitspraak van de Afdeling. De rechtbank was van oordeel dat hetgeen overwogen was in het kader van de Zambrano-doctrine gelijk gesteld diende te worden aan een situatie waarbij de ouder met een stabiel verblijfsrecht het gezag heeft over de kinderen. De vraag die volgens de rechtbank beantwoord diende te worden, was of de scheiding van de moeder en de kinderen een schending van art. 8 EVRM op zou leveren. De Afdeling neemt in deze uitspraak een ander standpunt in. Omdat het twee verschillende beoordelingskaders betreft is 'het standpunt van de staatssecretaris dat het beroep van de vreemdeling op het arrest *Ruiz Zambrano* faalt omdat de kinderen bij de vader kunnen verblijven, op zichzelf beschouwd niet tegenstrijdig met diens ingenomen standpunt bij de beoordeling in het kader van art. 8 van het EVRM dat geen objectieve belemmering bestaat om het gezinsleven in Kameroen uit te oefenen.'

10. De Afdeling beoordeelt vervolgens of het niet toekennen van een verblijfsvergunning aan de moeder in strijd is met art. 8 EVRM. Met name op de zaak *Nunez* (EHRM 28 juni 2011, 55597/09, «JV» 2011/402 m.nt. S.K. van Walsum) wordt ingegaan. Overwogen wordt dat anders dan in de zaak *Nunez* geen gedwongen scheiding van moeder en kinderen dreigt doordat het gezag alleen bij de moeder ligt (r.o. 4.2). Daarnaast is de Afdeling van mening dat de specifieke

omstandigheden in het onderhavige geval zodanig van de zaak *Nunez* verschillen dat er geen succesvol beroep op de zaak kan worden gedaan.

11. Opvallend is dat de Afdeling de methode die het EHRM hanteert om tot een beslissing te komen in zowel de zaak *Nunez* als *Antwi* (EHRM 14 februari 2012, 26940/10 (*Antwi e.a. t. Noorwegen*), «JV» 2012/170 m.nt. S.K. van Walsum) niet overneemt. In beide zaken speelt het belang van het kind een grote rol. Het EHRM verwijst in *Nunez* expliciet naar art. 3 IVRK en de zaak *Neulinger en Shuruk* (EHRM 6 juli 2010 (Grote Kamer), 41615/07), waarin uitgebreid in werd gegaan op de rol van het belang van het kind. Het EHRM overwoog in *Nunez* dat de rechten van de vreemdeling onder art. 8 niet geschonden waren maar gaf vervolgens aan dat '*the Court will examine whether particular regard to the children's best interest would nonetheless upset the fair balance under article 8.*' Vervolgens ging het EHRM diep in op de situatie van de kinderen. Daar tegenover werden de belangen van de Staat gezet. Het EHRM constateerde dat aan het belang van de Staat veel gewicht diende toegekend te worden, aangezien de vreemdeling zeer serieuze schendingen van de immigratiewetten op haar naam had staan. Toch sloeg de balans uiteindelijk door in het voordeel van het belang van het kind.

12. In casu heeft de moeder geen wetten met voeten getreden. Het Nederlandse belang zou in de benadering van het EHRM dan ook minder zwaar wegen. De Afdeling gaat bij de 'fair balance'-afweging nog steeds uit van het belang van de vreemdeling enerzijds en het Nederlands algemeen belang anderzijds. Het belang van het kind wordt niet systematisch onderzocht en in acht genomen zoals het EHRM dat doet. De vraag is hoe houdbaar deze benadering van de Afdeling is. Het belang van het kind is met een opmars bezig in de jurisprudentie van zowel het HvJEU en het EHRM die niet te stuiten lijkt.

13. Wat betreft de verschillende beoordelingskaders stelt de Afdeling dat 'het standpunt van de staatssecretaris dat het beroep van de vreemdeling op het arrest *Ruiz Zambrano* faalt omdat de kinderen bij de vader kunnen verblijven, op zichzelf beschouwd niet tegenstrijdig is met diens ingenomen standpunt bij de beoordeling in het kader van art. 8 van het EVRM dat geen objectieve belemmering bestaat om het gezins-



leven in Kameroen uit te oefenen.' Mijns inziens heeft de Afdeling hier geen ongelijk in. De manier waarop met gezag om wordt gegaan binnen deze beoordelingskaders roept alleen wel vragen op. Bij de beantwoording van de vraag of een situatie binnen het EU-recht valt, wordt geen waarde gehecht aan het gezag, terwijl bij de toepassing van art. 8 EVRM juist veel waarde aan het gezag wordt toegekend. Het is duidelijk dat de rechtbank in de maag zat met deze inconsistente benadering.

14. Hoewel het EU-recht en het EVRM aparte beoordelingskaders vormen, is het van belang om in het oog te houden dat dit niet de enige juridische instrumenten zijn die gebruikt kunnen worden om tot een oordeel te komen in dit soort zaken. Nog voor dat de juridische wereld in op-roer raakte door de zaken *Nunez* en *Zambrano* overwogen de rechters van het Supreme Court van Groot-Brittannië in een soort gelijke zaak dat 'The over-arching issue in this case is the weight to be given to the best interests of children who are affected by the decision to remove or deport one or both of their parents from this country. Within this, however, is a much more specific question: in what circumstances is it permissible to remove or deport a non-citizen parent where the effect will be that a child who is a citizen of the United Kingdom will also have to leave?' (ZH (Tanzania) v Secretary of State for the Home Department [2011] UKSC 4, 1 februari 2011). In deze zaak stonden de Britse nationaliteit en het belang van het kind centraal. De rechters van het Supreme Court maakten uitgebreid gebruik van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind om tot een oordeel te komen. De Afdeling verwaarloost het belang van het kind en hecht geen waarde aan de nationaliteit aan het kind. Het Supreme Court van Groot-Brittannië laat zien dat het ook anders kan.

E. Nissen

winnares Hanneke Steenbergen scriptieprijs, junior-onderzoeker CMR Radboud Universiteit, Nijmegen

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

28 december 2012, nr. 201207142/1/V1, LJN BY8256

(mr. Lubberdink, mr. Van der Wiel, mr. Verheij)

**Vrijheidsbeperking. Besluit. Opvang. Bevoegdheid, rechtsprekende instantie.**

[Vw 2000 art. 56, 72 lid 3]

Buitenwettelijke opvang; beëindiging opvang is feitelijke handeling ex art. 72 lid 3 Vw 2000 en appellabel.

*De vrijheidsbeperkende maatregel om te verblijven in de gemeente Vlagtwedde is ingetrokken en in samenhang daarmee is de aan de vreemdeling geboden opvang in de Vrijheidsbeperkende Locatie Vlagtwedde beëindigd. De opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel biedt geen grond voor de aan de vreemdeling geboden opvang. Nu de opvang geen grond vindt in een wettelijke regeling, dient deze opvang te worden aangemerkt als een feitelijke handeling.*

*Het beëindigen van de geboden opvang is (evenzeer) een feitelijke handeling van de SvV&J (voorheen MvI&A) jegens de vreemdeling als zodanig. Door zich onbevoegd te verklaren van het beroep kennis te nemen heeft de rechtbank niet onderkend dat met art. 72 lid 3 Vw 2000 is beoogd te voorkomen dat dergelijke handelingen buiten de reikwijdte van de Awb zouden vallen en – in het verlengde daarvan – buiten het in die wet neergelegde systeem van rechtsbescherming, waardoor de burgerlijke rechter bevoegd zou worden.*

**Red.** Zie ook noot Spijkerboer bij «JV» 2013/56.