

Mirjam den Besten, Bram van Melle en Barbara Wegelin – mr. M.J. den Besten is juridisch medewerker en mrs. A.M. van Melle en B. Wegelin zijn advocaat bij Everaert Advocaten in Amsterdam; Van Melle is redactielid van dit blad.

*Belangen van kinderen geven doorslag
bij verblijfsaanvragen van derdelander-ouders*

Een jaar na Chavez-Vilchez

Ruim een jaar na de baanbrekende uitspraak Chavez-Vilchez¹ schetsen Mirjam den Besten, Bram van Melle en Barbara Wegelin de voorgeschiedenis, de uitspraak en de gevolgen voor de praktijk. Het Unieburgerschap heeft de rechtspositie van Nederlandse kinderen enorm verbeterd. En de IND gaat na jaren van extreme terughoudendheid inmiddels ruimhartig om met aanvragen van verzorgende derdelander ouders van Nederlandse kinderen.

1. Aanloop: Ruiz Zambrano en andere zaken

Op 8 maart 2011 wees het HvJ EU het zeer belangrijke arrest Ruiz Zambrano.² Deze zaak ging (net zoals *Chavez-Vilchez*) in de kern niet om een vreemdelingrechtelijke casus maar om een werkloosheidsuitkering in België. De uitspraak van het HvJ EU had betrekking op het verblijfsrecht van de ouders, via het Unieburgerschap van hun Belgische kinderen.³ Volgens het HvJ EU mogen lidstaten het verblijfsrecht niet weigeren aan familieleden van Unieburgers als die weigering tot gevolg heeft dat 'die burger van de Unie het effectieve genot van de belangrijkste aan zijn status ontleende rechten wordt ontzegd', te weten het recht om op het grondgebied van de EU te verblijven (punt 42). Zonder ouders zouden de Belgische Unieburgerkinderen Ruiz Zambrano de facto gedwongen zijn de Europese Unie te verlaten en dat zou in strijd zijn met hun rechten ex artikel 20 VWEU. Het gaat volgens het HvJ EU om zeer bijzondere situaties waarin, ondanks het feit dat (secundair) Unierecht niet van toepassing is, toch een verblijfsrecht moet worden verleend.

Deze uitspraak werd gevolgd door diverse andere uitspraken die handen en voeten gaven aan het in *Ruiz Zambrano* ontwikkelde leerstuk over 'het effectieve genot' van de rechten als Unieburger ex artikel 20 VWEU. In de zaken McCarthy en Dereci, waarin minderjarige kinderen geen rol speelden, oordeelde het HvJ EU dat de enkele wens om gezinsleven voort te zetten in de EU onvoldoende was om een verblijfsrecht toe te kennen aan gezinsleden.⁴ Dat een Unieburger-echtgenoot zijn niet-EU echtgenoot moest volgen naar buiten de EU leverde geen strijd op met artikel 20 VWEU. Daarna volgde de uitspraak in *O.S en L.* waarin het HvJ EU oordeelde dat de feitelijke verzorging van het Unieburger-kind bepalend is en dat de vraag beantwoord moest worden of het Unieburger-kind juridisch, financieel of emotioneel afhankelijk was van zijn derdelander-ouder.⁵ In *Alokpa* oordeelde het HvJ EU dat als de feitelijk verzorger van de Unieburger-kinderen gedwongen wordt de EU te verlaten, het Unieburger-kind dat ook is.⁶ Ten slotte volgde uit de uitspraken in *Rendón Marin* en *CS* dat de artikelen 20 en 21 VWEU de automatische uitzetting van de enig verzorgende derdelander-ouder met een strafblad beletten.⁷ Volgens het Hof moet beoordeeld worden of er sprake is van een actuele, daadwerkelijke en voldoende bedreiging voor de openbare orde (de Unierechtelijke openbare orde)

1 HvJ EU 10 mei 2017, C-133/15, (*Chavez-Vilchez*), JV 2017/153, m.nt. Groenendijk en AB 2017/229, m.nt. Klaassen.

2 HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), JV 2011/146, m.nt. Boeles.

3 Wat betreft de gehanteerde terminologie in dit artikel: we gebruiken de woorden Unieburger-kinderen, Unieburger-ouders en derdelander-ouders. Derdelander-ouders is een voldoende duidelijke omschrijving die geen nadere toelichting behoeft. Het moge duidelijk zijn dat het in de zaak *Chavez-Vilchez* ging om Nederlandse kinderen. We schrijven evenwel niet Nederlandse kinderen omdat de uitspraken van het HvJ EU niet zien op een specifieke nationaliteit maar op de aan het Unieburgerschap verbonden rechten van kinderen die geen gebruik hebben gemaakt van hun recht op vrij verkeer. Het gaat dus om zogenaamde statische Unieburgers. De verblijfsrechten van Unieburgers, waaronder kinderen, die wel gebruik hebben gemaakt van hun recht op vrij verkeer vallen primair onder richtlijn 2004/38/EU.

4 HvJ EU 5 mei 2011, C-434/09 (*McCarthy*) en HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (*Dereci e.a.*), JV 2012/6, m.nt. Groenendijk.

5 HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11 (*O.S. en L.*), JV 2013/87.

6 HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12 (*Alokpa en Moudoulou*), JV 2013/378.

7 HvJ EU 13 september 2016, C-165/14 (*Rendón Marin*), JV 2016/301, m.nt. Davies en HvJ EU 13 september 2016, C-304/14 (*CS*), JV 2016/302, m.nt. Davies.

2. Situatie in Nederland pré-*Chavez-Vilchez*

Helaas zorgde deze indrukwekkende rij aan uitspraken van het HvJ EU niet voor een noemenswaardige koerswijziging in Nederland. Derdelander-ouders, vaak alleenstaande moeders, van Nederlandse kinderen bleven met grote regelmaat gedwongen tot het voeren van zeer tijdrovende en kostbare procedures met ongewisse afloop. In de Nederlandse praktijk werd een omgekeerde redenering gevolgd: niet de relatie tussen de feitelijk verzorgende ouder en het Unieburger-kind stond centraal, maar de relatie tussen de niet-verzorgende Nederlandse ouder en het Unieburger-kind. Tot de uitspraak in *Chavez-Vilchez* bepaalde paragraaf B10/2.2 van de Vreemdelingen-circulaire dat een derdelander-ouder geen verblijfsrecht toekwam als de andere ouder de Nederlandse nationaliteit bezat of een verblijfsrecht had, tenzij deze ouder de facto niet voor het kind kon zorgen, bijvoorbeeld omdat hij gedetineerd was of in een verzorgingstehuis verbleef waardoor het ouderlijk gezag niet aan hem kon worden toegekend. Dat de Nederlandse ouder niet eerder voor het kind gezorgd had of dat niet wilde, was irrelevant. Evenmin werd de bestaande gezagsverhouding relevant geacht. De Nederlandse ouder kon in Nederland steun en bijstand krijgen bij de verzorging en opvoeding van zijn kind.

Dit beleid leidde tot uitspraken waar veel kritiek op kwam, met name omdat het belang van de Unieburger-kinderen in het geheel niet ter zake leek te doen. Ter illustratie een uitspraak van de Afdeling van 6 juni 2014 waarin de Nederlandse vader van een Unieburger-kind een verklaring had afgegeven dat hij niet voor zijn kind kon of wilde zorgen.⁸ De Nederlandse vader had zijn kind erkend. Bij de geboorte was er gezamenlijk gezag aangevraagd. Inmiddels was er al zeer lange tijd geen contact (meer) tussen vader en kind, was de verblijfplaats van de vader onbekend en kon ook stichting Vesta, die de derdelander-moeder en het kind begeleidde, geen contact met de vader krijgen. Desondanks oordeelde de Afdeling dat het onvoldoende aannemelijk was dat de Nederlandse vader feitelijk niet geacht kon worden voor zijn kind te zorgen, zo nodig met hulp en bijstand van de Nederlandse autoriteiten.

Advocaten gingen op zoek naar creatieve oplossingen: in een door de Afdeling bevestigde uitspraak van Rechtbank Den Haag had een derdelander-moeder eerst aan de kinderrechtster gevraagd of de vader belast kon worden met het gezamenlijk gezag voor het kind.⁹ De kinderrechtster oordeelde dat het niet in het belang van het kind was dat de vader mede met het gezag werd belast: de vader kende het kind niet en was onbereikbaar en niet geïnteresseerd in zijn kind. In de vreemdelingenrechtelijke procedure werd vervolgens geoordeeld dat deze onwil van de vader niet voor risico van moeder en kind mocht komen.

En zo modderden we allemaal voort. De Afdeling weigerde prejudiciële vragen te stellen over de vraag of het beleid in paragraaf B10/2.2 van de Vreemdelingen-circulaire niet in strijd was met het Unierecht en hield zo de restrictieve koers van de staatssecretaris in stand. Echter, een groep vasthoudende advocaten, binnen en buiten het vreemdelingenrecht, liet het daar niet bij zitten.

3. *Chavez-Vilchez*

3.1 Feiten

Omdat er via het vreemdelingenrecht (lees: via de Afdeling) geen opening leek om het Nederlandse beleid aan de Unierechter voor te leggen gebeurde dit, net zoals in *Ruiz Zambrano*, over de band van het sociaal zekerheidsrecht. Mevrouw *Chavez-Vilchez* en zeven andere onrechtmatig verblijvende moeders van Nederlandse kinderen dienden aanvragen in voor een bijstandsuitkering c.q. voor kinderbijslag. Alle Nederlandse kinderen waren door hun Nederlandse vaders erkend maar woonden uitsluitend of hoofdzakelijk bij de moeder. Er was niet in alle gevallen sprake van een afwezige vader met wie geen contact (meer) was. In enkele van de gezinnen deelden de ouders het gezag over het kind. Wel was het zo dat in alle gevallen de moeder de primaire verzorger van het Nederlandse kind was.

De Afdeling weigerde prejudiciële vragen te stellen over de kwestie of het beleid in de Vreemdelingen-circulaire niet in strijd was met het Unierecht maar een groep vasthoudende advocaten liet het daar niet bij zitten.

3.2 Prejudiciële vragen

In de verwijzingsuitspraak schreef de Centrale Raad van Beroep:

‘De Raad is er niet van overtuigd dat de jurisprudentie van het HvJ EU dusdanig restrictief moet worden opgevat dat deze uitsluitend geldt in situaties waarin is aangetoond dan wel aannemelijk is gemaakt dat de vader in het geheel niet voor het kind zou kunnen zorgen. Het HvJ EU hecht immers grote waarde aan de afhankelijkheidsrelatie tussen het kind en de ouder/derdelander, waarbij van belang is of op deze ouder de wettelijke, financiële en/of affectieve last rust. Het nuttig effect van het burgerschap van de Unie kan in het geding zijn als de afhankelijkheid ertoe zal leiden dat de unieburger gedwongen wordt de ouder/derdelander te volgen en daardoor de Unie zal moeten verlaten’ en:

‘in het bijzonder vraagt de Raad zich af hoe de positie van de vader moet worden meegewogen in deze beoordeling, indien hij niet in de objectief vast te stellen onmogelijkheid verkeert om voor het kind te zorgen. In de context van de onderhavige gevallen rijst voorts de vraag of en zo ja, welk gewicht toekomt aan de belangen van het kind in het licht van artikel 24 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.’¹⁰

Deze interessante overwegingen van de CrvB kwamen niet terug in de prejudiciële vragen waarin de Raad het HvJ EU simpelweg vroeg of (1) artikel 20 VWEU zich verzet tegen ontzegging van het verblijf aan de derdelander-ouder die de dagelijkse en daadwerkelijke zorg voor het Unieburger-kind draagt; (2) het van belang is dat de wettelijke, financiële en/of affectieve zorg in het geheel bij die derdelander-ouder moet liggen en uitgesloten moet zijn dat de andere ouder niet in staat is voor het Unieburger-kind te zorgen; (3) of in dat geval de derdelander-ouder aannemelijk moet maken dat de andere ouder de zorg voor het kind niet op zich kan nemen.

⁸ ABRvS 6 juni 2014, JV 2014/287, m.nt. Cardol.

⁹ Rb Den Haag 14 januari 2016, AWB 15/14761, ve16000195.

¹⁰ CRvB 16 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:665, punt 4.5 en 4.7.

3.3 Uitspraak HvJ EU

Op 10 mei 2017 gaf het HvJ EU zijn langverwachte antwoord in een voor de Nederlandse praktijk zeer welkom arrest. Eerst bevestigt het de toetsingsvolgorde: voordat kan worden vastgesteld of artikel 20 VWEU kan leiden tot een verblijfsrecht moet worden bezien of richtlijn 2004/38/EU van toepassing is. Deze richtlijn kan alleen worden ingeroepen wanneer er gebruik wordt gemaakt van het recht op vrij verkeer en kan niet ingeroepen worden door onderdanen jegens de lidstaat van hun nationaliteit. Als dat niet het geval is, wordt beoordeeld of artikel 21 VWEU van toepassing kan zijn. Dit artikel kan worden ingeroepen door onderdanen jegens de lidstaat van hun eigen nationaliteit nadat zij als Unieburger in een andere lidstaat hebben verbleven op basis van hun recht op vrij verkeer; de *Surinder Singh/O. en B.*¹¹-situatie, of simpelweg ‘de België/Europa route’. De bepalingen van richtlijn 2004/38/EU zijn dan naar analogie van toepassing. In dit geval zijn ook middelen van bestaan van belang. Is van het voorgaande geen sprake, dan komt men toe aan toetsing aan artikel 20 VWEU.

In punt 70 bepaalt het HvJ EU onomwonden dat voor de beoordeling of artikel 20 VWEU noopt tot verlening van verblijfsrecht moet worden bepaald (1) welke ouder de daadwerkelijke zorg heeft en (2) of er een daadwerkelijke afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen het Unieburger-kind en de derdelander-ouder. In punt 71 en 72 komt het HvJ EU tot zijn kernconclusie:

‘voor die beoordeling vormt de omstandigheid dat de andere ouder, burger van de Unie, daadwerkelijk alleen de dagelijkse daadwerkelijke zorg voor het kind kan en wil dragen, een gegeven dat relevant is, maar dat op zich niet volstaat om te kunnen vaststellen dat er tussen de ouder die onderdaan van een derde land is en het kind niet een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat dat het kind genoopt zou zijn het grondgebied van de Unie te verlaten indien aan die onderdaan van een derde land een verblijfsrecht werd geweigerd. Om tot een dergelijke vaststelling te komen moeten immers, in het hogere belang van het kind, alle betrokken omstandigheden in de beschouwing worden betrokken, meer in het bijzonder de leeftijd van het kind, zijn lichamelijke en emotionele ontwikkeling, de mate van zijn affectieve relatie zowel met de ouder die burger van de Unie is als met de ouder die onderdaan van een derde land is, evenals het risico dat voor het evenwicht van het kind zou ontstaan indien het van deze laatste ouder zou worden gescheiden.’

Met andere woorden: de aanwezigheid van de andere ouder in het leven van het Unieburger-kind is niet van doorslaggevend belang. Het HvJ EU plaatst hiermee het Unieburger-kind, anders dan in de Nederlandse praktijk, in het centrum van de belangenafweging.

In de beantwoording van derde vraag gaat het HvJ EU in op de bewijslastverdeling: wie moet wat wanneer aantonen? Het HvJ EU oordeelt in punt 75 dat het aan de derdelander-ouder is om de autoriteiten die gegevens te verschaffen waaruit blijkt dat het Unieburger-kind gedwongen wordt om de EU te verlaten als verblijfsrecht aan de derdelander-ouder wordt onthouden. Het Hof brengt daar wel een belangrijke ‘maar’ op aan in punt 76: om te voorkomen dat via bewijsregels het nuttig effect aan artikel 20 VWEU wordt ontnomen, moeten de autoriteiten onderzoeken waar de andere (Unieburger) ouder woont en of deze ouder daadwerkelijk de dagelijkse daadwerkelijke last voor het kind kan en wil dragen, en of er tussen de derdelander-ouder en het Unieburger-kind geen sprake is van een zodanige afhankelijkheidsverhouding dat het kind gedwongen wordt de EU te verlaten als aan de derdelander-ouder geen verblijfsrecht wordt toegekend.

¹¹ HvJ EU 7 juli 1992, C-370/90 (*Surinder Singh*), en HvJ EU 12 maart 2014, C-456/12, (*O. en B.*), *JV* 2014/144, m.nt. Boeles.

3.4 Gevolgen

Dat het Nederlandse Zambrano-beleid na dit arrest op de schop moest, was onontkoombaar. Dit werd door de staatssecretaris in een brief van 14 juli 2017 erkend.¹² Derdelander-ouders die, naar nu blijkt ten onrechte, een verblijfsrecht werd onthouden door de veel te restrictieve uitleg van *Zambrano*, kunnen nu dus alsnog een verblijfsvergunning krijgen. Dit zal helaas de jaren van onzekerheid met de zorg voor jonge kinderen maar ten dele compenseren. In andere EU-landen (zoals Duitsland, België, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk) lijkt de uitspraak echter tot op heden nauwelijks vreemdelingenrechtelijke consequenties te hebben gehad. In het Verenigd Koninkrijk werd wel een grote impact geconstateerd, maar alleen op het gebied van het sociaal zekerheidsrecht. Een voorzichtige (en niet erg wetenschappelijk onderbouwde) conclusie kan zijn dat de in Nederland gehanteerde lijn waarin de relatie tussen de niet-verzorgende Nederlandse ouder en het Unieburger-kind centraal stond, niet breed gedeeld werd in de andere lidstaten. Verder onderzoek naar die stelling valt buiten de reikwijdte van dit artikel.

Met de beslissing dat de aanwezigheid van de andere ouder in het leven van het Unieburger-kind niet van doorslaggevend belang is, plaatst het HvJ EU het Unieburger-kind, anders dan in de Nederlandse praktijk, in het centrum van de belangenafweging.

4. De praktijk na *Chavez-Vilchez*

In het navolgende zal besproken worden hoe derdelander-ouders het *Chavez-Vilchez*-arrest in de praktijk kunnen inroepen, hoe de beoordeling van een dergelijke aanvraag plaatsvindt en welke vragen ruim een jaar na de uitspraak voorsnog onbeantwoord zijn gebleven.

4.1. Het faciliterend visum

In sommige gevallen bevinden derdelander-ouders zich nog met hun minderjarige Nederlandse kind(eren) buiten de EU. Als deze ouders een visumplichtige nationaliteit hebben, kunnen zij een zogenaamd ‘faciliterend visum’ aanvragen waarmee zij Nederland kunnen inreizen om een aanvraag voor een EU-verblijfsdocument in te dienen. Het arrest *Chavez-Vilchez* biedt hen hiermee de mogelijkheid te ontkomen aan de strenge inburgerings- en/of inkomenseisen die van toepassing zijn op een reguliere aanvraag gezinshereniging of visum kort verblijf. De aanvraag voor een faciliterend visum wordt in de meeste gevallen ingediend bij een van de kantoren van VFS Global. Deze externe dienstverlener is niet bevoegd om de visumaanvraag te toetsen, maar stuurt deze door naar de Regionale Service Organisatie (RSO) in de desbetreffende regio.

Het wordt aanvragers van een faciliterend visum aanbevolen het arrest *Chavez-Vilchez* bij het indienen van de aanvraag expliciet te noemen. Als verblijfsdoel kan de optie ‘familiebezoek’ geselecteerd worden op het visumaanvraagformulier. De aanvrager dient echter niet aan alle voorwaarden die van toepassing zijn op dit verblijfsdoel te voldoen (er wordt

¹² TK 2016–2017, 19 637, nr. 2338.

bijvoorbeeld niet gevraagd om een retourticket en/of bewijs dat de aanvrager over voldoende financiële middelen beschikt). Een faciliterend visum op grond van het Chavez-Vilchez-arrest wordt kosteloos verstrekt, maar VFS-kantoren kunnen wel servicekosten in rekening brengen.

Ter ondersteuning van de aanvraag kunnen – afgezien van geldige (Nederlandse) paspoorten – de volgende documenten worden overgelegd: de geboortakte van het kind, de huwelijksakte of de akte van erkenning, een BRP- uittreksel waarop gegevens over het huwelijk en de kinderen staan (als een deel van het gezin al in Nederland woont) en, indien dit noodzakelijk wordt geacht, aanvullende bewijsstukken waaruit blijkt dat de derdelander-ouder daadwerkelijk zorg draagt voor een minderjarig Nederlands kind. De ervaring leert echter dat het faciliterend visum in veel gevallen ook wordt afgegeven als dergelijke aanvullende bewijsstukken niet worden overgelegd. Dit is met name het geval als de visumaanvraag wordt ingediend door een derdelander-moeder die met een of meerdere minderjarige Nederlandse kinderen in het land van vertrek verblijft, terwijl de rest van het gezin (al) in Nederland is. De IND lijkt in beginsel uit te gaan van de traditionele rol van de moeder als primaire verzorgende ouder. Derdelander-vaders die samen met hun Nederlandse echtgenoot/partner en het Nederlandse kind naar Nederland willen komen, wordt daarom aangeraden bij de visumaanvraag aanvullende bewijsstukken te overleggen waaruit een afhankelijkheidsrelatie tussen vader en kind blijkt. Als het minderjarige Nederlandse kind zich al met de Nederlandse ouder in Nederland bevindt, dan dient de derdelander-vader of moeder tijdens de visumaanvraag met sterke argumenten en bewijsstukken te komen, waaruit blijkt dat het kind de EU zal moeten verlaten als de ouder geen faciliterend visum krijgt om de aanvraag voor een EU-verblijfsdocument in te dienen. De derdelander-ouder zal namelijk (afgezien van mogelijke financiële steun) geen daadwerkelijke feitelijke zorgtaken verrichten. Tijdens de beoordeling van de aanvraag voor een faciliterend visum wordt in beginsel al zoveel mogelijk geverifieerd of de aanvrager aan de voorwaarden voor een EU-verblijfsvergunning op grond van het Chavez-Vilchez-arrest voldoet.

4.2 De aanvraagprocedure

Derdelander-ouders van minderjarige Nederlandse kinderen die met een faciliterend visum naar Nederland zijn genomen of daar reeds verblijven, kunnen een afspraak maken bij een IND-loket om de ‘aanvraag toetsing aan het EU-recht (bewijs van rechtmatig verblijf)’ in te dienen. Zij kunnen dezelfde documenten overleggen als bij de aanvraag voor een faciliterend visum (zie 4.1). De derdelander-ouder dient in het bijzonder met feiten en relevante bewijsstukken aan te tonen dat hij/zij de daadwerkelijke zorg heeft over het kind. Denk hierbij aan verklaringen van het consultatiebureau, het kinderdagverblijf, de school of de huisarts; foto’s; bewijsstukken waaruit blijkt waar het kind zijn hoofdverblijfplaats heeft en hoe de zorgtaken en financiële lasten tussen de ouders zijn verdeeld en alle overige feiten en stukken waaruit volgt dat er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie tussen de derdelander-ouder en het minderjarige Nederlandse kind.

Het is raadzaam een of meerdere objectieve verklaringen te overleggen, al blijkt uit de praktijk dat een aanvraag niet per definitie wordt afgewezen als er geen verklaringen worden overgelegd. In een enkel geval vraagt de IND de derdelander-ouder in een herstelverzuimbrieven om aanvullende stukken waaruit een afhankelijkheidsrelatie blijkt.

Het in het bezit zijn van een (nationale) verblijfsvergunning van een andere EU-lidstaat kan een afwijzingsgrond zijn. Volgens de IND wordt het minderjarige Nederlandse kind in dat geval niet gedwongen het grondgebied van de EU te verlaten, omdat de derdelander-ouder een verblijfsrecht in een andere EU-lidstaat heeft en zich daar samen met het kind kan vestigen. Dat het kind in dergelijke gevallen wellicht gescheiden wordt van de Nederlandse ouder, wat zeker niet in zijn/haar belang is, lijkt de IND niet bij de beoordeling te betrekken. Uit het arrest *Rendón Marín* van het HvJ EU blijkt echter dat altijd nagegaan moet worden of, gelet op alle omstandigheden, de derdelander-ouder het kind naar de andere EU-lidstaat kan begeleiden en daar met het kind kan verblijven.¹³

De aanvraag voor een EU-verblijfsvergunning op grond van het arrest Chavez-Vilchez strekt tot vaststelling van een verblijfsrecht op grond van artikel 8, aanhef en onder e, van de Vw 2000. De beslistermijn voor een dergelijke aanvraag is 6 maanden. Bij het IND-loket wordt een verblijfssticker in het paspoort van de aanvrager geplaatst met een geldigheidsduur van (maximaal) 6 maanden en de arbeidsmarktaantekening ‘arbeid vrij’. De derdelander-ouder kan zich vervolgens inschrijven bij een Nederlandse gemeente, een DigiD aanvragen en een zorgverzekering afsluiten.

4.3 Het beoordelingskader

De IND beoordeelde aanvankelijk aan de hand van een standaardformulier of een derdelander-ouder binnen de werkingssfeer van het Chavez-Vilchez-arrest viel.¹⁴ Inmiddels is dit toetsingskader neergelegd in paragraaf B10/2.2 van de Vreemdelingencirculaire (maar zie ook kadertje). Nadat is vastgesteld dat de vreemdeling de ouder/verzorgers is van een minderjarig Nederlands kind, wordt – overeenkomstig de uitspraak in *Chavez-Vilchez* – beoordeeld of er sprake is van een zodanige afhankelijkheidsverhouding tussen beiden dat het kind bij weigering van een verblijfsrecht aan de ouder de EU zou moeten verlaten. Bij de beoordeling van de afhankelijkheidsverhouding betreft de IND alle relevante omstandigheden en meer in het bijzonder de leeftijd van het kind, diens lichamelijke en emotionele ontwikkeling en de affectieve relatie met beide ouders. De derdelander-ouder dient met feiten en relevante bewijsstukken aan te tonen dat hij daadwerkelijk zorg- en/of opvoedingstaken verricht (ongeacht de omvang en de frequentie). Dit geldt in het bijzonder indien er sprake is van een situatie waarin zowel de Nederlandse ouder als de derdelander-ouder de zorg voor het minderjarige Nederlandse kind kunnen en willen dragen. In par. 4.2 zijn voorbeelden van dergelijke bewijsstukken genoemd.

Het verblijfsrecht op grond van artikel 8, aanhef en onder e Vw is declaratoir. Op de beschikking staat daarom vaak vermeld ‘dat het af te geven verblijfsdocument (slechts) een bevestiging betreft van de status die al eerder van rechtswege kan zijn verkregen’. Het afgeleid verblijfsrecht komt de derdelander-ouders immer toe zodra de afhankelijkheidsverhouding tussen hen en het minderjarige Nederlandse kind ontstaat.¹⁵ Dit kan al vanaf de geboorte van het kind zijn, zoals blijkt uit een adviesbrief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 4 oktober 2017 over aanspraken die een derdelander-ouder ontleent aan de arresten Zambrano en Chavez-Vilchez.¹⁶

¹³ HvJ EU 13 september 2016, C-165/14 (*Rendón Marín*), JV 2016/301, m.nt. Davies, punt 79-80.

¹⁴ Minuut Chavez-Vilchez - Staatssecretaris van V&J 17 juli 2017, ve17002043

¹⁵ HvJ EU 8 mei 2018, C-82/16 (*K.A.*), ECLI:EU:C:2018:308, punt 89.

¹⁶ Staatssecretaris van V&J - Advies inzake aanspraken die derdelander ontleent aan de arresten Zambrano en Chavez-Vilchez, ve17002435.

Bovendien heeft Rechtbank Den Haag in een uitspraak van 6 november 2017 bevestigd dat het EU-verblijfsrecht, zoals dat voortvloeit uit het arrest Chavez-Vilchez, niet slechts op declaratoire wijze in Nederland kan ontstaan maar ook getoetst kan worden indien de aanvrager zich buiten Nederland bevindt.¹⁷

Laatste wijziging: aanscherping

De Vreemdelingencirculaire (B10/2.2) is na het sluiten van de kopij en met ingang van 1 juli 2018 aangepast (WBV 2018/4). Voor de praktijk is de volgende aanscherping relevant: er wordt geen afgeleid verblijfsrecht meer aangenomen bij zorg- en/of opvoedingstaken met een marginaal karakter.

Uit het Chavez-Vilchez-arrest bleek al dat een beroep op de bijstand onvoldoende is om het verblijfsrecht te weigeren of in te trekken, aangezien de aanleiding van de zaak juist een bijstandsaanvraag c.q. een kinderbijslag-aanvraag was. Op het verblijfsdocument van de derdelander-ouder staat dan ook in beginsel dat 'een beroep op de algemene middelen geen gevolgen heeft voor het verblijfsrecht'. De houder van een Chavez-vergunning is tevens vrij op de arbeidsmarkt.¹⁸

Als aanvragers al rechtmatig verblijf hebben in Nederland, zal het minderjarige Nederlandse kind niet gedwongen worden de EU te verlaten als de derdelander-ouder geen Chavez-status krijgt.

4.4 Tussen inwilliging en afwijzing: waar ligt de grens?

In de eerdergenoemde brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 14 juli 2017,¹⁹ werd voorspeld dat het onderzoek naar het belang van het kind 'naar verwachting vaker zal leiden tot het moeten toekennen van het verblijfsrecht van de derdelander-ouder'. Dit is in de praktijk, althans in elk geval in onze praktijk, wel gebleken. Tot op heden wordt in situaties waarin zowel de Nederlandse ouder als de derdelander-ouder een rol speelt in het leven van het minderjarige Nederlandse kind (vrijwel) altijd een afgeleid verblijfsrecht toegekend, mits de derdelander-ouder kan aantonen dat hij/zij zorgtaken heeft. De PVV heeft –in verband met deze ontwikkeling – op 25 mei jl. Kamervragen gesteld over de precieze aantallen aanvragen en inwilligingen op grond van het arrest Chavez-Vilchez.²⁰ De partij vraagt zich met name af of de staatssecretaris 'bereid [is] zich tegen de EU-regels te verzetten die het in Nederland op de wereld zetten van een kind belonen met een verblijfsvergunning? Zo nee, waarom niet?'

De komende tijd zal duidelijk moeten worden waar de grenzen van het Chavez-Vilchez-arrest liggen. Het HvJ EU gaf onlangs zelf al nadere duiding over deze grenzen: in de uitspraak K.A.

van 8 mei 2018 overwoog het dat zelfs een inreisverbod een verblijfsaanvraag met het oog op gezinshereniging – die is ingediend door een derdelander familielid van een Unieburger die de nationaliteit van die lidstaat bezit en zijn recht op vrij verkeer nooit heeft uitgeoefend – niet in de weg kan staan. Volgens het HvJ EU dient – in overeenstemming met artikel 20 VWEU – altijd onderzocht te worden of 'er een zodanige afhankelijkheidsverhouding bestaat tussen die Unieburger en genoemde derdelander dat de weigering om aan laatstgenoemde een afgeleid verblijfsrecht toe te kennen tot gevolg zou hebben dat de betrokken Unieburger feitelijk gedwongen is het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten, zodat hem het effectieve genot van de voornaamste aan zijn status ontleende rechten wordt ontzegd'.²¹ Het is hierbij volgens het HvJ EU niet van belang dat de afhankelijkheidsrelatie is ontstaan nadat een inreisverbod tegen de derdelander-ouder is uitgevaardigd.²² Procedurevoorschriften die verhinderen dat een dergelijke aanvraag beoordeeld wordt, doen volgens het Hof afbreuk aan de nuttige werking van artikel 20 VWEU.²³

Een uitspraak van de Afdeling van 2 mei 2018 bracht onlangs meer duidelijkheid over de vraag of een derdelander-ouder aan wie een EU-verblijfsvergunning op grond van het Chavez-Vilchez arrest is verleend, na vijf jaar rechtmatig verblijf in Nederland aanspraak kan maken op een duurzaam verblijfsrecht als bedoeld in artikel 16 van Richtlijn 2004/38.²⁴ De Afdeling kwam – op basis van de arresten Ziolkowski en Szeja²⁵ en Alarape en Tijani²⁶ van het HvJ EU – tot de conclusie dat dit duurzaam verblijfsrecht is voorbehouden aan diegenen die vijf jaar rechtmatig verblijf op grond van Richtlijn 2004/38 hebben gehad. Wel kan na vijf jaar een reguliere vergunning voor onbepaalde tijd (al dan niet op basis van richtlijn 2003/109/EG) worden aangevraagd, waarbij het inburgerings- en middelenvereiste geldt (na 10 jaar vervalt het middelenvereiste).

5. Onbeantwoorde vragen

Hoewel er een jaar na *Chavez-Vilchez* meer duidelijkheid is gekomen over de gevolgen van deze uitspraak voor het Nederlandse beleid, komen in de praktijk regelmatig vragen op die vooralsnog onbeantwoord zijn gebleven. In het onderstaande wordt op een aantal van deze vragen en dilemma's ingegaan.

Van een verblijfsvergunning regulier/asiel naar een Chavez-vergunning?

Een vraag die in de praktijk regelmatig gesteld wordt, is of derdelander-ouders van minderjarige Nederlandse kinderen, die al rechtmatig verblijf in Nederland hebben, een aanvraag kunnen indienen tot wijziging van (de beperking van) hun verblijfsvergunning. Zij hebben in veel gevallen immers belang bij een Chavez-status. Zo zijn diegenen die in aanmerking komen voor een afgeleid verblijfsrecht op grond van artikel 20 VWEU vrijgesteld van het inburgeringsvereiste²⁷ en betalen zij mogelijk

17 Rb Den Haag 6 november 2017, WB 17/6558.

18 Zie daarover tevens de noot van Groenendijk bij het arrest Chavez-Vilchez (JV 2017/153).

19 TK 2016–2017, 19 637, nr. 2338.

20 Aanhangsel HAN TK, 2017–2018, nr. 2018Z09662.

21 HvJ EU 8 mei 2018, C-82/16 (K.A.), ECLI:EU:C:2018:308, punt 62.

22 Idem punt 81.

23 Idem punt 54.

24 ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1490.

25 HvJ EU 21 december 2011, C-424/10 en C-425/10 (*Ziolkowski en Szeja*), ECLI:EU:C:2011:866, punten 46 en 47.

26 HvJEU 8 mei 2013, C-529/11 (*Alarape en Tijani*), ECLI:EU:C:2013:290, punten 34 en 37.

27 Zij vallen immers niet onder de reikwijdte van artikel 3 lid 1 Wet inburgering (het artikel noemt immers slechts rechtmatig verblijf als bedoeld in artikel 8, onderdelen a en c Vw).

– als zij een opleiding in het hoger onderwijs gaan volgen – het wettelijk collegegeld in plaats van het instellingstarief.²⁸ Met name zij die in het bezit zijn van een verblijfsvergunning voor een tijdelijk doel (bijvoorbeeld studie) kunnen er baat bij hebben hun afgeleid, declaratoir verblijfsrecht op grond van artikel 20 VWEU vast te laten stellen voor hun huidige verblijfsvergunning afloopt.

Uit een uitspraak van de Afdeling van 9 mei 2018 blijkt dat ‘procesbelang in beginsel is gegeven, indien de te verlenen verblijfsvergunning andere rechtsgevolgen of een eerdere ingangsdatum heeft dan de reeds verleende en die vreemdeling daardoor in een gunstiger positie zou kunnen geraken’.²⁹ De ABRvS wijkt hiermee af van haar eerdere jurisprudentielijn. Echter, gezien het beleid van de IND met betrekking tot derdelander-ouders die al een verblijfsrecht in een andere EU-lidstaat hebben, lijkt de kans nihil dat de IND dergelijke aanvragen zal inwilligen. De aanvragers hebben immers al rechtmatig verblijf in Nederland, dus het minderjarige Nederlandse kind zal niet gedwongen worden de EU te verlaten als de derdelander-ouder geen Chavez-status krijgt.

Minderjarig Nederlands kind wordt meerderjarig

Verzorgende derdelander-ouders vragen zich bovendien af of hun verblijfsrecht automatisch eindigt als hun minderjarige Nederlandse kind meerderjarig wordt. Volgens paragraaf B10/2.3 van de Vreemdelingencirculaire is dit inderdaad het geval ‘tenzij de aanwezigheid van de ouder noodzakelijk is om de opleiding te kunnen voortzetten of voltooien’. Uit de eerdergenoemde uitspraak van het HvJ EU in de zaak K.A. blijkt echter dat ook tussen meerderjarige (statische) Unieburgers en een derdelander-ouder een zodanige afhankelijkheidsverhouding kan bestaan dat deze kan rechtvaardigen dat aan de betrokken derdelander op grond van artikel 20 VWEU een afgeleid verblijfsrecht wordt toegekend. Volgens het HvJ EU gaat het wel om ‘uitzonderlijke gevallen – waarin de betrokkene, gelet op alle relevante omstandigheden, op geen enkele wijze kan worden gescheiden van het familielid van wie hij afhankelijk is’. Uit deze uitspraak kan afgeleid worden dat het verblijfsrecht van een derdelander-ouder niet automatisch kan worden beëindigd als het minderjarige Nederlandse kind meerderjarig wordt, maar dat altijd eerst een beoordeling van de afhankelijkheidsverhouding tussen de derdelander-ouder en het meerderjarige Nederlandse kind plaats dient te vinden.

Derdelander-ouder van minderjarig Nederlands kind vs. derdelander-ouder van minderjarig kind met nationaliteit van EU- of EER-lidstaat

Een interessante vraag is de nu ontstane sterke rechtspositie van derdelander-ouders van Nederlandse kinderen ten opzichte van derdelander-ouders van kinderen met een nationaliteit van een van de andere lidstaten. De laatsten moeten immers, conform richtlijn 2004/38/EU en artikel 21 VWEU, wel voldoen aan onder andere een middeleneis, terwijl de derdelander-ouder van een Nederlands kind dat niet hoeft. De vraag is of dit onderscheid in overeenstemming is met het non-discriminatiebeginsel in artikel 18 VWEU en artikel 8 juncto 14 EVRM. Dit is overigens de eerste keer dat in het Unierecht de kwestie van omgekeerde discriminatie eens niet de Unieburgers in eigen land treft.

Beroep op Chavez-Vilchez na prenatale erkenning Nederlands kind

Kan een zwangere derdelander-ouder na erkenning van de ongeboren vrucht door een Nederlander een beroep doen op een verblijfsrecht op grond van het Chavez-Vilchez arrest, in het bijzonder na de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken? Een ongeboren kind kan niet als drager van rechten en plichten worden aangemerkt. Echter, op grond van artikel 1:2 BW kan ‘het kind waarvan een vrouw zwanger is als reeds geboren aangemerkt worden, zo dikwijls zijn belang dit vordert’.³⁰ Onduidelijk is of het begrip ‘belang’ toegepast kan worden op vreemdelingrechtelijke casussen. Het is echter niet ondenkbaar dat er een situatie kan ontstaan waarin een ongeboren Nederlands kind gedwongen wordt het grondgebied van de EU te verlaten omdat aan zijn/haar derdelander-ouder geen verblijfsrecht wordt toegekend. Aan het vereiste dat het kind zodanig afhankelijk is van de derdelander-ouder dat het niet van die ouder kan worden gescheiden, wordt in deze situaties zonder meer voldaan. De vraag is of een beroep op Chavez-Vilchez in dergelijke gevallen succesvol zou kunnen zijn.

Zaken zijn inmiddels op of voor zitting afgedaan op Chavez-Vilchez.

(Direct) naturaliseren met een Chavez-vergunning?

Tot slot is een interessante vraag in hoeverre het declaratoire verblijfsrecht van derdelander-ouders met minderjarige Nederlandse kinderen ingeroepen kan worden in een naturalisatieprocedure. Volgens het HvJ EU ontstaat een afgeleid verblijfsrecht op grond van artikel 20 VWEU zodra de afhankelijkheidsrelatie tussen de derdelander-ouder en het minderjarige Nederlandse kind tot stand komt.³¹ Derdelander-ouders die jarenlang zonder verblijfsvergunning in Nederland hebben gewoond, kunnen dus beargumenteren dat zij reeds 5 jaar als daadwerkelijk verzorgende ouder van een minderjarig Nederlands kind in Nederland hebben gewoond, terwijl zij in het bezit waren van een niet-tijdelijk (declaratoir) verblijfsrecht op grond van het Chavez-Vilchez arrest. Dit houdt in dat zij – als zij aan de overige voorwaarden voor naturalisatie voldoen – meteen na de vergunningverlening een naturalisatieverzoek kunnen indienen. Dat het Chavez-Vilchez-arrest pas op 10 mei 2017 is gewezen, is hierbij niet relevant, aangezien uit (onder andere) het arrest Kühne en Heitz van het HvJ EU volgt dat ‘een uitgelegde regel van gemeenschapsrecht door een bestuursorgaan in de uitoefening van zijn bevoegdheden ook moet worden toegepast op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan vóór het arrest van het Hof waarin uitspraak wordt gedaan over het verzoek om uitlegging’.³² Een onjuiste interpretatie van het Unierecht kan dus op een later tijdstip alsnog worden aangevochten. Derdelander-ouders met een Nederlandse echtgenoot/partner kunnen overigens ook een beroep doen op een uitzonderingsbepaling in de Rijkswet op het Nederlanderschap.³³ Na drie jaar onafgebroken samenwoning met een Nederlander in Nederland (in het geval van ongehuwde partners) en/of het

28 Artikel 3 Besluit studiefinanciering noemt deze categorie (nog) niet. Vreemdelingen met een reguliere verblijfsvergunning verband houdend met verblijf als familie- of gezinslid van een Nederlander betalen wel het wettelijk collegegeld.

29 ABRvS 9 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1611, punt 3.2.

30 Bovendien staat in de preambule van het Internationaal verdrag van de Rechten van het Kind dat ‘een kind op grond van zijn lichamelijke en geestelijke onrijpheid bijzondere bescherming en zorg nodig heeft, met inbegrip van geëigende wettelijke bescherming, zowel vóór als na zijn geboorte’.

31 HvJ EU 8 mei 2018, C-82/16 (K.A.), ECLI:EU:C:2018:308, punt 62.

32 HvJ EU 13 januari 2004, C-453/00 (Kühne & Heitz), ECLI:EU:C:2004:17, punt 22 en 28.

33 Artikel 8, lid 2 RWN 2003.

buitenland (in het geval van gehuwde partners) kunnen zij tevens direct een naturalisatieverzoek indienen, mits zij aan de overige naturalisatievoorwaarden voldoen.

6. Conclusie: daadwerkelijke invulling

Uit het voorgaande blijkt dat er nog vele belangwekkende vragen onbeantwoord zijn gebleven. Daar komen de komende tijd vast nog allerhande andere interessante vragen bij. Deze vragen zullen de in de toekomst onderwerp van procedures worden, of zijn dat al. Duidelijk is dat er sinds *Chavez-Vilchez* vele verblijfsvergunningen zijn verleend in situaties die onder de oude jurisprudentie- en beleidslijn niet zouden zijn afgegeven. Zaken zijn op of voor zitting afgedaan op *Chavez-Vilchez*, en de indruk tot nu toe is dat de staatssecretaris daadwerkelijk invulling geeft aan de toetsing zoals door het HvJ EU is voorgeschreven in

Chavez-Vilchez. Dat is een positieve ontwikkeling die ons terugbrengt bij een van de drijvende krachten achter dit arrest.

Bij het verschijnen van dit artikel is het twee jaar geleden dat onze vriend en collega Tomas Weterings plotseling overleed. Hij was een van die vasthoudende, creatieve advocaten die mede aan de basis stond van deze uitspraak. Tomas zelf zou overigens waarschijnlijk voornamelijk de inzet van collega-advocaten hebben genoemd en geroemd, waaronder niet in het minst de advocaten die verbonden waren aan het Haarlemse kantoor Fischer. Het feit dat de belangen van (Nederlandse) kinderen nu eindelijk de doorslag geven bij de verblijfsaanvragen van hun derdelander-ouders, zou hem tot enorme tevredenheid hebben gestemd.

Tomas, vriend, je erfenis leeft voort in de inmiddels talloze verblijfsvergunningen die zijn verleend aan ouders van Nederlandse kinderen.