



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

**Annotatie bij HvJ 26 maart 2019, Zaak C-129/18 (SM)**  
Klaassen, M.A.K.

**Citation**

Klaassen, M. A. K. (2019). Annotatie bij HvJ 26 maart 2019, Zaak C-129/18 (SM). *Ab Rechtspraak Bestuursrecht*, 2019(30). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/82898>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/82898>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Sjabloon tbv aanleveren van noot voor AB Rechtspraak Bestuursrecht

**Naam Annotator:** M.A.K. Klaassen

## Administratieve gegevens uitspraak

Instantie : Hof van Justitie van de Europese Unie  
Datum : 26 maart 2019  
Zaaknummer : C-129/18  
ECLI : ECLI:EU:C:2019:248  
Namen rechters : K. Lenaerts, R. Silva de Lapuerta, A. Arabadjiev, A. Prechal, M. Vilaras, K. Jürimäe, A. Rosas, E. Juhász, M. Ilešič, D. Šváby, C. G. Fernlund, N. Piçarra, L. S. Rossi

## Wetsartikelen

Artikel 3 lid 2 Richtlijn 2004/38/EG

## Inhoudskopje

Islamitische kafala kan niet worden gelijkgesteld met adoptie, maar uit een individuele belangenafweging kan toch blijken dat een lidstaat verplicht is om toegang en verblijf toe te staan.

## Trefwoorden:

Gezinsmigratie, Vrij verkeer, Unieburgerschap

## Vette kopstekst

In het kader van het vrije personenverkeer in de EU kan een kind dat op basis van Islamitische kafala onder voogdij staat niet worden gezien als bloedverwant in de zin van artikel 2 lid 2 van Richtlijn 2004/38/EG, maar de lidstaten moeten, na een beoordeling van de gezinsband en het belang van het kind, wel toegang en verblijf toestaan op basis van artikel 3 lid 2 van dezelfde lidstaat.

## Cursieve kopstekst

*Ingeval na een beoordeling van de in de punten 69 en 70 van dit arrest genoemde gegevens komt vast te staan dat het onder het Algerijnse kafala-stelsel geplaatste kind en zijn voogden, die Unieburgers zijn, daadwerkelijk een gezinsleven zullen leiden en dat het kind afhankelijk is van zijn voogden, verlangen de eisen in verband met het grondrecht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven, samen met de verplichting om rekening te houden met het belang van het kind, in beginsel dat een recht van binnenkomst en verblijf wordt verleend aan dat kind, als ander familielid van de Unieburgers in de zin van artikel 3, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/38, gelezen in het licht van artikel 7 en artikel 24, lid 2, van het Handvest, teneinde het kind in staat te stellen met zijn voogden in de gastlidstaat van laatstgenoemden te leven.*

## Noot

1. Hoe moeten de lidstaten omgaan met een gezinsband van een EU-burger met een afhankelijk gezinslid dat buiten de definitie van het gezin uit artikel 2 lid 2 van Richtlijn 2004/38/EG (de Verblijfsrichtlijn) valt? Deze vraag wordt door het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) behandeld in het onderhavige arrest. De zaak gaat over twee Franse staatsburgers die zich in het Verenigd Koninkrijk willen vestigen met een Algerijns kind dat zij verzorgen in het kader van *kafala* –

een vorm van voogdij die lijkt op adoptie, maar dit niet is. In deze annotatie zal ik eerst het juridisch kader schetsen voor wat betreft de definitie van het gezin in de Verbljfsrichtlijn, en de (uiteenlopende) jurisprudentie van het Hof hierover (onder 2.). Daarna bespreek ik de feiten van de zaak (onder 3.) en het arrest (onder 4.). Vervolgens analyseer ik de implicaties van de uitspraak voor de interpretatie van de Verbljfsrichtlijn (onder 5.) en voor de implementatie van de Verbljfsrichtlijn in het Nederlandse vreemdelingenrecht (onder 6.).

2. Het afgeleide verblijfsrecht van derdelander gezinsleden van EU-burgers die binnen het bereik van het vrij personenverkeer vallen, is erop gericht om het verblijf van de EU-burger in een andere lidstaat te vergemakkelijken. Om te verhinderen dat een EU-burger wordt belemmerd in het recht op vrij verkeer komen diens gezinsleden, ongeacht hun nationaliteit, in aanmerking voor een afgeleid verblijfsrecht (zie bijvoorbeeld *Metock e.a.*, Zaak C-127/08, ECLI:EU:C:2008:449, AB 2009/1 m.nt. Battjes, JV 2008/291 m.nt. Groenendijk). De definitie van het gezin die hierbij geldt, is neergelegd in artikel 2 lid 2 Verbljfsrichtlijn. Volgens deze bepaling behoren de echtgenoot, de geregistreerde partner, rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn die beneden de leeftijd van 21 jaar zijn en rechtstreekse bloedverwanten in opgaande lijn die te hunnen laste zijn tot de definitie van het gezin. Dit betekent dat deze gezinsleden een afgeleid verblijfsrecht toekomt op basis van artikel 7 lid 2 Verbljfsrichtlijn, indien de EU-burger voldoet aan de voorwaarden uit artikel 7 lid 1 Verbljfsrichtlijn. Daarnaast bevat de Verbljfsrichtlijn een bepaling die de lidstaten verplicht om de binnenkomst en het verblijf van overige gezinsleden, die niet vallen onder de definitie van artikel 2 lid 2 Verbljfsrichtlijn, te vergemakkelijken. Dit zijn gezinsleden die in het land van herkomst ten laste zijn of inwonen bij de EU-burger, die vanwege ernstige gezondheidsredenen een persoonlijke verzorging door de EU-burger strikt behoeven en de partner met wie de EU-burger een deugdelijk bewezen duurzame relatie heeft. De Verbljfsrichtlijn zegt echter niets over wat de verplichting van de lidstaten om binnenkomst en verblijf te vergemakkelijken precies inhoudt. In *Rahman e.a.* (Zaak C-83/11, ECLI:EU:C:2012:519, JV 2012/456 m.nt. Boeles, heeft het Hof deze bepaling geïnterpreteerd en gesteld dat de verplichting om binnenkomst en verblijf te vergemakkelijken, in ieder geval betekent dat aanvragen 'gunstiger' moeten worden behandeld dan aanvragen tot binnenkomst en verblijf van andere derdelanders (punt 21). Deze gezinsleden moeten volgens het Hof worden voorzien in de mogelijkheid om een beslissing op hun aanvraag te verkrijgen, die is gebaseerd op een nauwkeurig onderzoek van hun persoonlijke situatie (punt 22). Het Hof geeft de lidstaten een ruime beoordelingsmarge om de voorwaarden voor de toepassing van artikel 3 lid 2 Verbljfsrichtlijn vast te stellen (punt 24). Omdat artikel 3 lid 2 Verbljfsrichtlijn ook expliciet verwijst naar het nationaal recht van de lidstaten, is dit ook wel een logische interpretatie.

3. Er zijn ook situaties die buiten het bereik van de Verbljfsrichtlijn vallen, maar waarin het verblijfsrecht van een gezinslid van een EU-burger rechtstreeks wordt afgeleid van het recht van een EU-burger om vrij te reizen en verblijven op het grondgebied van de lidstaten, neergelegd in artikel 21 lid 1 VWEU. Binnen de jurisprudentie van het Hof zijn er verschillende omstandigheden geweest waarin een rechtstreeks beroep op het primaire EU-recht (het VWEU) wordt gedaan omdat het secundaire EU-recht (de Verbljfsrichtlijn) niet van toepassing is. Zo heeft het Hof in *Ruiz Zambrano* (Zaak C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, JV 2011/146 m.nt. Boeles), later gepreciseerd in *Chavez Vilchez* (Zaak C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354, AB 2017/229 m.nt. Klaassen; JV 2017/143 m.nt. Groenendijk), gesteld dat er een afgeleid verblijfsrecht bestaat voor de derdelander verzorgende ouder van een EU-burger die geen gebruik heeft gemaakt van het vrije personenverkeer dat rechtstreeks is gebaseerd op de rechten die het kind als EU-burger heeft op basis van artikel 21 lid 1 VWEU. In *Lounes* (Zaak C-165/16, ECLI:EU:C:2017:862, JV 2018/1 m.nt. Groenendijk) heeft het Hof gesteld dat een EU-burger met een dubbele nationaliteit, inclusief de nationaliteit van de lidstaat waarin hij woont, buiten het bereik van de Verbljfsrichtlijn valt. Er kan echter toch een afgeleid verblijfsrecht bestaan voor diens gezinsleden op basis van artikel 21 lid 1 VWEU. *Ruiz Zambrano* en *Lounes* gaan allebei over EU-burgers die vanwege hun eigen nationaliteit of gebrek aan een grensoverschrijdend

element buiten het bereik van de Verblijfsrichtlijn vallen. Een zaak waarin het niet gaat om de migrerende EU-burger, maar om de juridische bescherming van het derdelander gezinslid, is *Coman e.a.*, (Zaak C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, JV 2018/137 m.nt. Rijpma). Die uitspraak gaat over het afgeleide verblijfsrecht van de echtgenoot van hetzelfde geslacht van een Roemeense EU-burger, die wel een verblijfsrecht had in een andere lidstaat, bij terugkeer naar Roemenië. Bij terugkeer naar de eigen lidstaat is de Verblijfsrichtlijn naar analogie van toepassing, maar is het afgeleide verblijfsrecht zelf gebaseerd op artikel 21 lid 1 VWEU (zie *Metock e.a.*, ECLI:EU:C:2008:449). De verwijzende Roemeense rechten wil in *Coman e.a.* onder andere graag weten hoe artikel 3 lid 2 Verblijfsrichtlijn moet worden toegepast. Op die vraag geeft het Hof echter geen antwoord. In plaats daarvan stelt het Hof dat het afgeleide verblijfsrecht van de partner van een EU-burger is gebaseerd op artikel 21 lid 1 VWEU, aangezien een tegenovergestelde conclusie ertoe zou leiden dat de EU-burger wordt belemmerd in de uitoefening van het vrije personenverkeer (punt 24).

Dit overzicht van de Hofjurisprudentie laat zien dat de beoordelingsruimte in het kader van artikel 3 lid 2 Verblijfsrichtlijn weliswaar ruim is, maar dat er ook een afgeleid verblijfsrecht kan bestaan op basis van artikel 21 lid 1 VWEU, indien er de weigering tot een afgeleid verblijfsrecht zou leiden tot een belemmering in de uitoefening van het recht op vrij verkeer.

4. De onderhavige zaak gaat over twee gehuwde Franse staatsburgers met een duurzaam verblijfsrecht in het Verenigd Koninkrijk die in 2009 naar Algerije zijn gereisd om in het kader van het Algerijnse *kafala*-stelsel te worden beoordeeld op hun geschiktheid als voogd. In 2011 worden een kind met de Algerijnse nationaliteit in dit kader onder hun voogdij geplaatst. Later dat jaar reist de echtgenoot voor zijn werk terug naar het Verenigd Koninkrijk, maar blijft de echtgenote achter in Algerije om voor het kind te zorgen. Vervolgens wordt namens het kind een aanvraag ingediend om naar het Verenigd Koninkrijk te mogen komen. In de procedure die volgt op de afwijzing van deze aanvraag, stelt de Supreme Court, de hoogste rechterlijke instantie die hierover gaat, prejudiciële vragen aan het Hof. De verwijzende rechter vraagt aan het Hof of kinderen die in het kader van *kafala* onder de voogdij van een EU-burger vallen, gezien moeten worden als rechtstreekse bloedverwanten in neergaande lijn in de zin van artikel 2 lid 2 Verblijfsrichtlijn.

5. Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Volgens het Hof is er bij *kafala*-voogdij, anders dan bij adoptie, geen sprake van een juridische afstammingsrelatie, hetgeen een vereiste is om als gezinslid in het kader van artikel 2 lid 2 Verblijfsrichtlijn te worden gezien (punt 54). Het Hof stelt echter wel dat een kind dat in het kader van *kafala* onder de voogdij van een EU-burger staat, binnen het bereik van 'ander familielid' onder artikel 3 lid 2 Verblijfsrichtlijn valt (punt 57). Vervolgens bespreekt het Hof hoe de verplichting tot het vergemakkelijken van binnenkomst en verblijf moet worden ingevuld. Het Hof herhaalt *Rahman e.a.* waarin het heeft gesteld dat de lidstaten een ruime beoordelingsmarge heeft bij het stellen van voorwaarden in het kader van artikel 3 lid 2 Verblijfsrichtlijn (punt 63). Echter, deze beoordelingsbevoegdheid moet worden uitgeoefend met inachtneming van het recht op eerbied voor gezinsleven. Dit recht vloeit voort uit artikel 7 Handvest van de Grondrechten van de EU, dat dezelfde inhoud en reikwijdte heeft als artikel 8 EVRM. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft zich in o.a. *Harroudj tegen Frankrijk* uitgesproken voor het bestaan van gezinsleven tussen ouders en een kind waarvoor zij in het kader van *kafala* de voogdij hebben (EHRM 4 oktober 2012, appl. nr. 43631/09, para. 64-67). In het kader van de beoordelingsbevoegdheid onder artikel 3 lid 2 Verblijfsrichtlijn dienen de lidstaten "een evenwichtige en redelijke beoordeling te maken van alle actuele en relevante omstandigheden van het individuele geval, daarbij rekening houdend met alle in het geding zijnde belangen en in het bijzonder het belang van het betrokken kind" (punt 68). Bij deze beoordeling moeten lidstaten rekening houden met:

- (1) de leeftijd waarop het kind onder het *kafala*-stelsel is geplaatst;
- (2) of er sprake is van samenleving met het kind met zijn voogden;
- (3) de mate waarin er affectieve banden zijn ontstaan tussen het kind en zijn voogden;

(4) de mate van afhankelijkheid van het kind ten aanzien van zijn voogden, voor zover zij het ouderlijk gezag op zich hebben genomen en het kind wettelijk en financieel te hunnen laste is; (5) eventuele concrete en geïndividualiseerde risico's dat het betrokken kind slachtoffer is van mishandeling, uitbuiting of kinderhandel (zie punt 69-70).

Indien na een beoordeling van deze factoren komt vast te staan dat het kind en zijn voogden daadwerkelijk een gezinsleven zullen leiden en dat het kind afhankelijk is van zijn voogden, verlangen “*de eisen in verband met het grondrecht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven, samen met de verplichting om rekening te houden met het belang van het kind, in beginsel dat een recht van binnenkomst en verblijf wordt verleend [...]*” (punt 71).

6. Ik heb de indruk dat het Hof zich in de onderhavige zaak in een bocht wringt om uiteindelijk tot de uitkomst te komen dat er een afgeleid verblijfsrecht voor het betrokken kind bestaat. De ruime beoordelingsmarge die de lidstaten in het kader van artikel 3 lid 2 Verbljfsrichtlijn hebben in het vergemakkelijken van binnenkomst en verblijf, moet volgens het Hof worden uitgelegd in het kader het recht op eerbied voor gezinsleven en het belang van het kind. Het lijkt me echter zeer twijfelachtig of de lidstaten op basis hiervan de positieve verplichting hebben om verblijf toe te staan. Ook betwijfel ik of het wel in het belang van het betrokken kind is om met zijn voogden in het Verenigd Koninkrijk te wonen. De voogd die in Algerije voor het kind zorgt, heeft dit al jaren gedaan en verhuizen naar het Verenigd Koninkrijk zou ervoor zorgen dat het kind zijn vertrouwde omgeving moet verlaten. De eerste vier factoren die het HvJ formuleert hebben te maken met de band tussen het kind en zijn voogden, maar gaan niet in op het belang van het kind om op te groeien in een vertrouwde omgeving of om de vraag of in redelijkheid van de voogden kan worden verwacht om het gezinsleven met het kind in het land van herkomst van het kind uit te oefenen. Ik ben het wel met het Hof eens dat alle bevoegdheden die de lidstaten op basis van het EU-recht hebben, moeten worden uitgeoefend in het licht van en met inachtneming van mensenrechtelijke verplichtingen. Maar ik betwijfel of het verknopen van het recht op eerbied voor gezinsleven en de vraag of er in kader van het EU-recht een afgeleid verblijfsrecht bestaat wel verstandig is. Een soort mensenrechtelijke ondergrens binnen de toepassing van het EU-recht door de lidstaten was ook de oplossing die AG Sharpston voorstelde in *Ruiz Zambrano*, maar waar het Hof in die zaak niet voor heeft gekozen. In deze zaak doet het Hof dit wel, en dit roept volgens mij meer vragen op dan dat het een antwoord is.

7. Wel kan ik me vinden in de stelling van het Hof dat een kind dat in het kader van *kafala* onder voogdij is geplaatst niet als rechtstreekse bloedverwant in neergaande lijn in de zin van artikel 2 lid 2 Verbljfsrichtlijn kan worden gezien. Dit lijkt me een juiste constatering. Een andere lezing zou *kafala* gelijkstellen met adoptie, wat het risico met zich brengt dat de waarborgen die in het internationale recht bestaan om adoptie te reguleren, worden omzeild. Er is denk ik een betere oplossing dan een verplichting om binnenkomst en verblijf toe te staan op basis van artikel 3 lid 2 Verbljfsrichtlijn. Indien een derdelander gezinslid niet in aanmerking komt voor een afgeleid verblijfsrecht in het kader van de Verbljfsrichtlijn, moet ook worden gekeken of een afgeleid verblijfsrecht bestaat op basis van artikel 21 lid 1 VWEU (zie de analyse van de jurisprudentie van het Hof in *Ruiz Zambrano*, *Chavez Vilchez*, *Lounes* en *Coman e.a.* onder 2. in deze annotatie). In de vraag die hierbij moet worden gesteld, staat niet het derdelander kind, maar de EU-burger ouders centraal. In hoeverre worden de Franse ouders door een weigering van een afgeleid verblijfsrecht voor hun kind, waarvoor zij in het kader van *kafala* de voogdij hebben, belemmerd in het recht om vrij te reizen en verblijven in het grondgebied van de EU? Een weigering van het afgeleide verblijfsrecht voor het kind heeft ongetwijfeld dit effect. Dat blijkt in de onderhavige casus ook: de toelatingsweigering van het kind tot het Verenigd Koninkrijk leidt ertoe dat de Franse moeder wordt belemmerd in de uitoefening van het recht op verblijf in het Verenigd Koninkrijk. Een beoordeling van de belemmering van het vrije personenverkeer zou ervoor zorgen dat de ingewikkelde mensenrechtelijke beoordeling, die het Hof nu in het kader van artikel 3 lid 2 Verbljfsrichtlijn

voorschrijft, niet hoeft te worden gemaakt. Bovendien is een dergelijke uitleg volgens mij ook meer in lijn met de voorgaande jurisprudentie van het Hof.

8. In het Nederlandse vreemdelingenrecht wordt de verplichting om binnenkomst en verblijf te vergemakkelijken uit artikel 3 lid 2 Verblijfsrichtlijn zeer ruim toegepast: gezinsleden die vallen onder deze bepaling, worden op basis van artikel 8.7 lid 3 Vb 2000 hetzelfde behandeld als gezinsleden die vallen onder artikel 2 lid 2 Verblijfsrichtlijn, en hebben dus van rechtswege een afgeleid verblijfsrecht. Boeles merkt in *Asiel- en Migrantenrecht* op dat “[i]n geval van twijfel of de tekst van de richtlijn een familielid begunstigt, zou een extensieve uitleg op basis van het recht op gezinsleven van art. 7 Handvest de doorslag kunnen geven” (Zie P. Boeles, Over doodnormale nauwe en duurzame emotionele banden die bescherming verdienen, *Asiel- en Migrantenrecht* 2018, p. 333). Dit is precies de invulling die het Hof in de hier geannoteerde uitspraak aan artikel 3 lid 2 Verblijfsrichtlijn geeft. Omdat er door het gelijktrekken van artikel 2 lid 2 en artikel 3 lid 2 Verblijfsrichtlijn in artikel 8.7 Vb 2000, van rechtswege een verblijfsrecht bestaat, biedt dit volgens mij onvoldoende mogelijkheden om de gezinsband tussen het derdelander-kind en de *kafala*-voogden te onderzoeken, met inachtneming van de factoren die het Hof heeft geformuleerd. Voor de Nederlandse praktijk betekent de uitspraak volgens mij dan ook dat er aan de implementatie van artikel 3 lid 2 Verblijfsrichtlijn in artikel 8.7 lid 3 Vb 2000 moet worden gesleuteld.

Deze noot is eerder verschenen in *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2019/113.

**Mark Klaassen**