



Verblijfsrecht voor de verzorgende ouder van een minderjarige Unieburger?
Expert opinie in het kader van de prejudiciële vragen van de Centrale Raad van Beroep
over de interpretatie van artikel 20 VWEU

Juni 2015

Auteurs:
Anouk Biersteker
Lukas Dziedzic
Lorena Navia-Rodriguez

Begeleiding:
prof. dr. Gareth Davies

Senior research associate:
Janneke de Lange

Migration Law Clinic
www.migrationlawclinic.org

Migration Law Clinic en Stichting Migration Law Expertise Centre

De Migration Law Clinic van de Vrije Universiteit Amsterdam biedt juridisch advies aan advocaten, non-gouvernementele organisaties en andere instanties over complexe juridische vraagstukken van Europees migratierecht. Top studenten in de laatste fase van hun rechtenstudie en recent afgestudeerden doen onderzoek en schrijven schriftelijk advies voor de Clinic. Zij worden intensief begeleid door de staf van de Sectie Migratierecht van deze faculteit. De Migration Law Clinic valt onder de verantwoordelijkheid van Stichting Migration Law Expertise Centre, geregistreerd bij de KvK onder nummer 59652969.

© Migration Law Clinic 2015

Beschikbaar online: migrationlawclinic.org

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	4
1.1	Opbouw van deze expert opinie	4
2.	Feitelijk verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten	6
2.1	Afhankelijkheid tussen kind en ouder(s)	6
2.1.1	Wettelijke afhankelijkheid: het gezag	7
2.1.2	Financiële afhankelijkheid	9
2.1.3	Emotionele afhankelijkheid: de daadwerkelijke zorg	9
2.2	Tussenconclusie	10
3.	Effectief genot	12
3.1	Scheiding van kind en verzorgende ouder	12
3.2	Tussenconclusie	15
4.	Conclusie	16

1. Inleiding

Voor de Centrale Raad van Beroep (CRvB) liggen de zaken van acht derdelander moeders die vragen om sociale voorzieningen ten behoeve van het levensonderhoud van hun Unieburger kinderen. Deze zaken hebben bij de CRvB de vraag opgeroepen of deze moeders een afgeleid verblijfsrecht ontleen aan het Unierecht. Dientengevolge heeft de CRvB op 16 maart 2015 de volgende prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof):

Moet art. 20 VWEU, aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een lidstaat aan een derdelander, die de dagelijkse en daadwerkelijke zorg heeft voor zijn minderjarige kind, dat onderdaan van die lidstaat is, het recht van verblijf in die lidstaat ontzegt? Is voor de beantwoording van deze vraag van belang dat de wettelijke, financiële en/of affectieve last niet geheel bij deze ouder rust en voorts dat niet is uitgesloten dat de andere ouder, die onderdaan is van de lidstaat, feitelijk in staat zou kunnen zijn om voor het kind te zorgen. Dient in dat geval de ouder/derdelander aannemelijk te maken dat die andere ouder de zorg voor het kind niet op zich kan nemen, zodat het kind wordt verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten als aan de ouder/derdelander een verblijfsrecht wordt ontzegd?¹

Van belang is dat alle zaken waar deze vraag op ziet een of meerdere minderjarige Unieburgers betreffen die voor hun dagelijkse en daadwerkelijke zorg afhankelijk zijn van hun derdelander moeder. Op deze moeder rust, indien haar geen verblijf wordt toegestaan, de plicht Nederland en de Europese Unie te verlaten. Deze vertrekplicht leidt ertoe dat de minderjarige Unieburgers in de onmogelijkheid geraken om (met hun moeder) op het grondgebied van de Unie te verblijven en door haar te worden verzorgd. Indien de moeder geen gehoor geeft aan deze vertrekplicht en nog niet feitelijk is uitgezet, is het haar niet toegestaan te werken. Daarnaast kan zij geen aanspraak maken op voorzieningen. Hierdoor beschikt zij niet over voldoende bestaansmiddelen om in het levensonderhoud van de minderjarige Unieburger te voorzien.²

De minderjarige Unieburgers ontleen allen hun Nederlandse nationaliteit aan de nationaliteit van hun vader. Deze vaders zijn echter niet bereid en/of in staat de (volledige) zorg van de moeder over te nemen. Tussen kind en vader is in enkele zaken regelmatig, maar in de meeste gevallen weinig of helemaal geen contact. In een aantal gevallen wordt door de vader bijgedragen in het onderhoud van het kind, in een aantal gevallen helemaal niet. Slechts in enkele gevallen berust het gezag bij beide ouders, in de overige gevallen alleen bij de moeder. Niet staat vast dat een wijziging van het gezag tot de mogelijkheden behoort.³ Toch is de omstandigheid dat de Nederlandse vader in beeld is en daarom geacht kan worden de zorg voor het Unieburger kind op zich te nemen, voor de Nederlandse overheid reden geweest om geen afgeleid verblijfsrecht aan te nemen voor de moeder.⁴

1.1 Opbouw van deze expert opinie

In het kader van de schriftelijke opmerkingen hebben de gemachtigden van de minderjarige Unieburgers en hun moeders zich gewend tot de Migration Law Clinic van de Vrije Universiteit met de vraag welke Unierechtelijke aspecten bij de beantwoording van de verwezen vraag van belang zijn. In deze expert opinie wordt uiteengezet dat het Unieburgerschap en de fundamentele rechten van de minderjarige Unieburger hierbij centraal staan.

Ingevolge de uitspraak van het Hof in *Zambrano* komt een derdelander ouder op grond van artikel 20 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) een afgeleid

¹ CRvB 16 maart 2015, 12/6791, 12/6155, 12/4197, 12/3754, 12/3950, 13/6788, 14/6680, 14/6681, 14/2440, 14/2838 WWB R017 97, ECLI:NL:CRVB:2015:665.

² Ibid, r.o. 1.1-1.7.

³ Ibid, r.o. 4.3.

⁴ Ibid, r.o. 4.4.

verblijfsrecht en voldoende bestaansmiddelen toe, indien weigering ervan de minderjarige Unieburger het *effectief genot* ontzegt van de belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten.⁵ Het is inmiddels vaste jurisprudentie van het Hof dat het *effectief genot* van deze rechten wordt ontzegd indien de Unieburger *feitelijk gedwongen wordt het grondgebied van de Unie te verlaten*.⁶ Hoofdstuk 2 van deze expert opinie betoogt aan de hand van de jurisprudentie van het Hof over artikel 20 VWEU en artikel 21 VWEU dat deze situatie zich in de voorliggende zaken voordoet. De betrokken minderjarige Unieburgers komen immers (in overwegende mate) *ten laste* van hun derdelander moeder die de daadwerkelijke verzorger van het kind is.

Mogelijk zal het Hof het standpunt innemen dat de minderjarige Unieburgers niet feitelijk gedwongen worden het grondgebied van de Unie te verlaten als hun moeders geen verblijf en/of voorzieningen wordt toegestaan, vanwege de aanwezigheid van de vaders. In dat geval wordt het Hof verzocht uit te leggen hoe het *effectief genot* van Unierechten zich verhoudt tot het genot van fundamentele rechten door de minderjarige Unieburger. De minderjarige Unieburgers zullen immers alleen op het grondgebied van de Unie kunnen blijven, wanneer dit gepaard gaat met een gedwongen scheiding van hun moeders of met een onzeker leven in de illegaliteit onder de armoedegrens. Hoofdstuk 3 van deze expert opinie bespreekt aan de hand van jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) inzake het recht op gezinsleven dat scheiding van moeder en kind een schending oplevert van de fundamentele rechten van de minderjarige Unieburger waardoor niet langer sprake kan zijn van effectief genot.

De expert opinie sluit af met een conclusie (hoofdstuk 4) waarin wordt besproken hoe en met inachtneming van welke Unierechtelijke aspecten de verwezen vraag beantwoord moet worden.

⁵ HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), r.o. 45

⁶ Bijvoorbeeld HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), r.o. 43 en 45 en HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (*Dereci*), r.o. 65-67.

2. Feitelijk verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten

Het Hof oordeelde in *Zambrano* voor het eerst dat artikel 20 VWEU zich verzet tegen maatregelen die ertoe zullen leiden dat een minderjarige Unieburger in de feitelijke onmogelijkheid komt te verkeren de belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten uit te oefenen, omdat hij wordt verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten.⁷ In *Dereci* gaf het Hof een verduidelijking van dit criterium door te overwegen dat het betrekking heeft op gevallen waarin de Unieburger *feitelijk wordt verplicht* om het grondgebied van niet alleen de lidstaat waarvan hij staatsburger is, maar ook dat van de Unie als geheel te verlaten.⁸

Vaststaat dat de minderjarige Unieburger feitelijk wordt verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten indien de derdelander ouder die de minderjarige Unieburger *te zijnen laste* heeft, een verblijfsrecht en de beschikking over voldoende bestaansmiddelen wordt ontzegd in de lidstaat waar dit kind verblijft en waarvan het de nationaliteit bezit.⁹ Volgens het Hof kan er namelijk van uit worden gegaan dat een dergelijke weigering ertoe zal leiden dat deze kinderen hun ouders *zullen volgen*.¹⁰

Het Hof neemt dus aan dat een minderjarige Unieburger als gevolg van de afhankelijkheidsrelatie met zijn derdelander ouder(s) feitelijk gedwongen kan worden het grondgebied van de Unie te verlaten, wanneer die ouder(s) geen verblijfsrecht en voldoende bestaansmiddelen krijgen. Dit hoofdstuk bespreekt aan de hand van de jurisprudentie van het Hof inzake artikel 20 VWEU en artikel 21 VWEU wanneer sprake is van een afhankelijkheidsrelatie waardoor de minderjarige Unieburger de derdelander ouder zal volgen.

2.1 Afhankelijkheid tussen kind en ouder(s)

Het is inherent aan het kind-zijn dat de minderjarige Unieburger afhankelijk is, en om die reden ten laste komt, van zijn of haar verzorgende ouder(s). Dat ligt anders als het gaat om de relatie tussen echtelieden.¹¹ In *O.S. en L.*¹² gaat het Hof nader op het afhankelijkheidscriterium in:

Daarentegen moeten zowel het permanente verblijfsrecht van de moeders van de betrokken jonge burgers van de Unie als de omstandigheid dat op de onderdanen van de derde landen voor wie een verblijfsrecht wordt aangevraagd niet de *wettelijke, financiële of affectieve last* van deze burgers rust, in aanmerking worden genomen om te bepalen of deze laatsten in geval van weigering van verblijf de voornaamste aan hun status verbonden rechten niet zouden kunnen uitoefenen. Zoals de advocaat-generaal in punt 44 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is het immers de *afhankelijkheidsverhouding* tussen de jonge burger van de Unie en de onderdaan van het derde land aan wie een verblijfsrecht wordt geweigerd, die het nuttig effect van het burgerschap van de Unie in het geding kan brengen, aangezien deze afhankelijkheid ertoe zal leiden dat de burger van de Unie als gevolg van een dergelijke weigeringsbeslissing gedwongen zal zijn niet enkel het grondgebied van de lidstaat waarvan hij de onderdaan is, maar eveneens het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten.¹³

Interessant is dat het Hof in *O.S. en L.* niet uitsluit dat ook tussen een Unieburger kind en een stiefvader een voldoende afhankelijkheidsverhouding kan bestaan.¹⁴ In deze zaken deed deze situatie zich echter waarschijnlijk niet voor, waardoor de stiefvaders aan artikel 20 VWEU geen afgeleid verblijfsrecht konden ontlenen.¹⁵ De moeders hadden het eenhoofdig gezag over de minderjarige

⁷ HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), r.o. 43-45.

⁸ HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (*Dereci*), r.o. 66.

⁹ HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), r.o. 43 en 44.

¹⁰ *Ibid*, r.o. 44.

¹¹ HvJEU 5 mei 2011, C-434/09 (*McCarthy*). In die zaak werd geen artikel 20 VWEU verblijfsrecht aangenomen.

¹² HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11 (*O.S. en L.*).

¹³ *Ibid*, r.o. 56.

¹⁴ *Ibid*, r.o. 55.

¹⁵ *Ibid*, r.o. 55 en 57.

Unieburgers, waardoor geen sprake was van wettelijke afhankelijkheid van de stiefvaders. In *Zambrano* daarentegen hadden de ouders gemeenschappelijk ouderlijk gezag over hun kinderen, zodat wel sprake van afhankelijkheid van beide ouders.¹⁶

Ook kwamen in *O.S. en L.* de minderjarige Unieburgers in financiële noch affectieve zin ten laste van de nieuwe echtgenoten van hun moeders.¹⁷ Daarnaast verbleven de moeders reeds op grond van een permanente verblijfstitel rechtmatig in Finland. Hierdoor was er rechtens noch voor hen, noch voor de minderjarige Unieburgers die zij te hunnen laste hadden, enige verplichting om het grondgebied van deze lidstaat en dat van de Unie als geheel te verlaten.¹⁸

Ten slotte lijkt de mogelijkheid dat het gezin in *O.S. en L.* het grondgebied van de Unie zou verlaten, niet voor de hand te liggen. Het Hof overwoog immers dat, anders dan in *Dereci*¹⁹, de Gezinsherenigingsrichtlijn op een verzoek om gezinshereniging van de stiefvaders van toepassing was. Volgens het Hof waren er duidelijke aanknopingspunten dat de stiefvaders verblijf moest worden toegestaan op grond van deze richtlijn.²⁰

Ook in *Dereci* kwamen de Unieburger kinderen noch de Unieburger ouder ten laste van de derdelander ouder. AG Mengozzi overwoog in zijn conclusie bij deze zaak dat de uitzetting van meneer Dereci naar Turkije daarom geen schending van artikel 20 VWEU zou opleveren. Hij gaf echter tegelijk aan dat wanneer de feiten anders hadden gelegen, bijvoorbeeld wanneer mevrouw Dereci niet in het levensonderhoud van haar kinderen had kunnen voorzien, er een grote kans zou bestaan

‘dat de weigering van een verblijfstitel aan haar echtgenoot, en zeker zijn uitzetting naar Turkije, de kinderen van het echtpaar zou beroven van het effectieve genot van de belangrijkste aan het burgerschap van de Unie ontleende rechten door hen in feite te dwingen het grondgebied van de Unie te verlaten’.²¹

Hieronder worden achtereenvolgens de door het Hof geformuleerde afhankelijkheidsfactoren besproken, te weten de *wettelijke, financiële en affectieve* afhankelijkheid. Aan de hand van deze factoren kan worden beoordeeld wanneer sprake is van een afhankelijkheidsverhouding tussen de minderjarige Unieburger en de derdelander ouder, waardoor het kind deze ouder zal (moeten) volgen. Tevens wordt hierbij ingegaan op de mogelijke afhankelijkheidsverhouding tussen het kind en de Unieburger ouder en de mogelijkheid van de minderjarige Unieburger om zonder zijn derdelander ouder op het grondgebied van de Unie te verblijven.

2.1.1 Wettelijke afhankelijkheid: het ouderlijk gezag

Uit *O.S. en L.*²² volgt dat om te bepalen welke ouder de wettelijke last draagt over de minderjarige Unieburger van belang is welke ouder(s) belast is met het ouderlijk gezag. Vervolgens overweegt het Hof dat de vraag wie het gezag voor deze minderjarige draagt relevant is voor de vraag of de betrokken burgers van de Unie feitelijk ook de voornaamste aan hun status verbonden rechten zouden kunnen uitoefenen.²³

¹⁶ Ibid, r.o. 46.

¹⁷ Ibid, r.o. 56 en 57.

¹⁸ Ibid, r.o. 50.

¹⁹ HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (*Dereci*), r.o. 48.

²⁰ HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11 (*O.S. en L.*), r.o. 68-81.

²¹ HvJ EU 15 november 2011, nr. C-256/11 (*Dereci*), concl. A-G Mengozzi, para 47 en 48.

²² HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11 (*O.S. en L.*), r.o. 46.

²³ Ibid, r.o. 51.

In artikel 2 onder 9 van de Verordening Brussel II bis²⁴ betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid wordt het gezagsrecht gedefinieerd als ‘de rechten en verplichtingen die betrekking hebben op de zorg voor de persoon van een kind, in het bijzonder het recht de verblijfplaats van het kind te bepalen’. Indien de derdelander ouder belast is met het eenhoofdig gezag over de minderjarige Unieburger, bestaat dan ook geen twijfel dat sprake is van een dermate sterke afhankelijkheid van de ouder dat de minderjarige Unieburger deze ouder zal moeten volgen. Hierbij is van belang dat het kind, noch de lidstaat, iets tegen dit vertrek kan inbrengen, anders dan het toestaan van een verblijfsrecht aan de ouder.

De gezagssituatie hoeft niet statisch te zijn en kan gedurende de minderjarigheid worden gewijzigd. Dit betekent echter niet dat de Nederlandse vader die niet bereid of in staat is voor het kind te zorgen, ook het gedeelde, laat staan eenhoofdig, gezag kan verkrijgen. Het gezag over een kind met een gewone verblijfplaats in Nederland kan alleen worden gewijzigd, indien is voldaan aan de mogelijkheden en voorwaarden die in de Nederlandse wet zijn geregeld.²⁵ Het Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt dat het gezag enkel op verzoek van de ouder kan worden gewijzigd. De onwillende ouder zal dus niet belast worden met het gezag. Een ouder zonder gezag kan niet gedwongen worden ouderlijk gezag uit te oefenen.

Indien sprake is van een welwillende vader, dan zal zijn persoonlijke wens om met het gedeeld gezag te worden belast ondergeschikt zijn aan het belang van het kind. Ingevolge artikel 1:253o BW is het belang van het kind namelijk het voornaamste criterium bij de beoordeling van een verzoek tot het verkrijgen van het gezag over het kind. Dit houdt in dat de rechter bij de beoordeling van een dergelijk verzoek de mogelijkheden die ieder van de ouders aan het kind (kan) bieden, af zal wegen. Aan de hand daarvan beoordeelt de rechter aan wie van de ouders het gezag het best kan worden opgedragen. Daarbij houdt hij tevens rekening met mogelijke nadelen die voor het kind verbonden kunnen zijn aan het enkele feit van verandering van het gezag en een daarmee verband houdende wijziging van de verzorgingssituatie.²⁶

Gedeeld gezag kan evenwel, op verzoek van een van de ouders, worden omgezet in eenhoofdig ouderlijk gezag, als er bijvoorbeeld niet langer contact is tussen het kind en de niet verzorgende ouder. De beoordeling geschiedt ten slotte door analyse van de concrete pedagogische feiten en omstandigheden, zoals het gedrag van de opvoeder en de opvoedingssituatie. Zo wordt bezien in hoeverre de verzochte maatregel in het belang van het kind is. Van belang hierbij is dat de verzorgende ouder niet gedwongen kan worden het gezag over te dragen als daar geen pedagogische argumenten voor zijn en dit niet in het belang van het kind is.²⁷ De overheid kan het ouderlijk gezag slechts in extreme situaties en onder strenge voorwaarden wijzigen of beëindigen tegen de wens van de ouder(s) in, indien dit in het belang is van het kind.²⁸

Ook in de gevallen waarin sprake is van gedeeld gezag over de minderjarige Unieburger, is het waarschijnlijk dat de minderjarige Unieburger zijn hoofdverzorger volgt. Zoals hierboven besproken, ligt het immers voor de hand dat de derdelander moeder die hoofdverzorger is op haar verzoek alsnog zal worden belast met het eenhoofdig gezag. Het is immers in het algemeen niet in het belang van het kind om op het grondgebied van de Unie te blijven, indien dit gepaard gaat met een leven onder de armoedegrens of een scheiding van hoofdverzorgende ouder en kind. Afgezien daarvan zal de vader die belast is met gedeeld gezag maar niet bereid is de volledige zorg voor de

²⁴ Verordening (EG) Nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1347/2000 (*PbEU* 2003, L 338/1).

²⁵ De limitatief opgesomde mogelijkheden en voorwaarden zijn opgenomen in Titel 14 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

²⁶ G. Gardol, ‘Ruiz Zambrano vanuit familie en jeugdrechtelijk perspectief’ *Asiel & Migrantenrecht* 2013, nr. 8, p. 378.

²⁷ *Ibid.*, p. 379.

²⁸ *Ibid.*, p. 380.

minderjarige Unieburger op zich te nemen, waarschijnlijk toestemming geven aan de moeder om samen met het kind het grondgebied van de Unie te verlaten.

2.1.2 Financiële afhankelijkheid

Het Hof noemt de financiële last voor de minderjarige Unieburger ook als afhankelijkheidsfactor. AG Mengozzi stelt in zijn conclusie bij *Dereci* dat het feit dat de Unieburger ouder niet kan voorzien in het levensonderhoud van de kinderen, de Unieburger ouder en kinderen kan dwingen de derdelander ouder te volgen naar zijn of haar land van herkomst.²⁹ De financiële bijdrage van de Unieburger ouder aan het levensonderhoud van het kind kan echter niet doorslaggevend zijn voor de vraag of het kind al dan niet de derdelander ouder zal volgen. Zo zijn de minderjarige Unieburgers in de bij het Hof aanhangige zaken voor het merendeel in materiële zin afhankelijk van de Nederlandse overheid omdat het hun moeders niet wordt toegestaan te werken. Dat de vaders in beperkte mate, al dan niet op basis van een door de Nederlandse overheid uitgekeerde kindertoeslag of bijstandsuitkering, bijdragen in de kosten van het levensonderhoud van hun kinderen, maakt dit niet anders. Bovendien geldt een alimentatieplicht van de vader(s) evengoed als het kind met de moeder in het buitenland komt te wonen.

2.1.3 Emotionele afhankelijkheid: de daadwerkelijke zorg

Uit jurisprudentie van het Hof kan niet worden opgemaakt wat het Hof verstaat onder emotionele afhankelijkheid. Omdat van emotionele afhankelijkheid in overwegende mate sprake is in de relatie tussen het kind en de ouder die daadwerkelijk voor het kind zorgt, wordt nader ingegaan op de rol van de daadwerkelijke verzorger. In de jurisprudentie van het Hof wordt de rol van de daadwerkelijke verzorgende ouder van doorslaggevend belang geacht voor het bestaan van een van artikel 20 VWEU of artikel 21 VWEU afgeleid verblijfsrecht.³⁰ Uitoefening van het recht van de minderjarige Unieburger om te verblijven in een andere lidstaat, dan wel op het grondgebied van de Unie in zijn geheel, vereist immers dat het kind wordt begeleid door zijn *daadwerkelijke verzorger*. Hieronder volgt een bespreking van deze jurisprudentie, waarin tevens wordt ingegaan op de rol van de eventuele Unieburger ouder.

Alokpa

In de zaak *Alokpa* boog het Hof zich over de vraag of een alleenstaande derdelander moeder van een Franse tweeling een afgeleid verblijfsrecht toekwam in Luxemburg krachtens artikel 21 VWEU ofwel in Frankrijk ingevolge artikel 20 VWEU. Nu de moeder niet over voldoende middelen beschikte, hadden haar twee Franse dochttertjes geen verblijfsrecht in Luxemburg krachtens richtlijn 2004/38/EG. Aan haar kwam echter wel een van artikel 20 VWEU afgeleid verblijfsrecht toe in Frankrijk, de lidstaat waarvan haar kinderen de nationaliteit bezitten:

In dit verband heeft Alokpa .. als moeder van Jarel en Eja Moudoulou en als persoon die sedert hun geboorte *alléén daadwerkelijk voor hen zorgt*, een afgeleid recht om deze kinderen te begeleiden en met hen op het Franse grondgebied te verblijven.³¹

Uit niets blijkt dat het Hof bij zijn beoordeling enig belang hecht aan de positie van de Franse vader als potentiële verzorger van de minderjarige Unieburgers. Sterker nog, A-G Mengozzi overweegt in zijn conclusie dat een potentiële rol van de vader in het leven van de kinderen niet afdoet aan, maar

²⁹ HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (*Dereci*), concl. A-G Mengozzi, para 47 en 48.

³⁰ HvJ EU 8 november 2012, C-40/11 (*Lida*), r.o. 69.

³¹ HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12 (*Alokpa*), r.o. 34.

zelfs een overweging is die in aanmerking moet worden genomen om de moeder een afgeleid verblijfsrecht in Frankrijk toe te staan³²:

Overigens kan het verblijf van de kinderen op het Franse grondgebied een eventuele toenadering tot hun vader vergemakkelijken doordat zij regelmatig persoonlijke betrekkingen met hem kunnen onderhouden, wat overeenkomstig de bepalingen van het Handvest in het belang van het kind in aanmerking moet worden genomen.³³

Zhu en Chen

In *Zhu en Chen* oordeelde het Hof dat aan het recht van de Ierse baby Catherine om in het Verenigd Koninkrijk te verblijven ieder nuttig effect zou worden ontnomen als haar moeder, die de daadwerkelijke zorg over haar had, niet bij haar in de lidstaat van ontvangst mocht verblijven.³⁴ De vader van de minderjarige Unieburger was met de moeder getrouwd en reisde regelmatig voor zaken naar het Verenigd Koninkrijk en andere lidstaten van de Unie. Het Hof gaat, net als in *Zambrano*, niet in op de rol van de andere ouder.³⁵ Toch kan ervan worden uitgegaan dat de vader op grond van het verblijfsrecht van de moeder eveneens een recht had kunnen verkrijgen om met zijn gezin in het Verenigd Koninkrijk te verblijven.

Baumbast en R en Teixeira

In *Baumbast en R* ging het om het recht op onderwijs van kinderen van migrerende werknemers. R is een Amerikaanse die gescheiden is van haar Franse echtgenoot. Ze woonden allebei nog in het Verenigd Koninkrijk, waar haar echtgenoot ook nog werkte. Hun twee kinderen woonden bij R, maar hadden regelmatig contact met hun vader. Hij was blijkens het arrest 'tezamen met de moeder verantwoordelijk .. voor hun opvoeding, zowel in emotioneel als in financieel opzicht'. Het Hof overwoog dat het recht op onderwijs van de kinderen een verblijfsrecht met zich brengt voor de ouder die hen daadwerkelijk verzorgt, ook wanneer de ouders inmiddels zijn gescheiden.³⁶ Hierbij ging het dus om de vraag welke ouder de kinderen *daadwerkelijk verzorgde* en niet om de vraag of er een ouder was die hen *zou kunnen verzorgen*. Uit deze zaak blijkt dat wanneer duidelijk is welke ouder de hoofdverzorger is, die ouder een afgeleid verblijfsrecht heeft. Dat geldt *zelfs* als het vrij waarschijnlijk is dat de andere ouder, die al een zelfstandig verblijfsrecht heeft, ook voor de kinderen zou kunnen zorgen. Uit de uitspraak in *Baumbast en R* blijkt immers niet dat de ex-echtgenoot van R niet volledig voor de kinderen had kunnen zorgen. Het Hof vindt de rol van de vader kennelijk niet relevant wanneer vaststaat dat de moeder de persoon is die daadwerkelijk voor het kind zorgt.

Het Hof heeft dit in 2010 bevestigd in de uitspraak in *Teixeira*. Het ging in die zaak om een Portugees echtpaar dat naar het Verenigd Koninkrijk was gekomen om te werken, en daar een dochter kreeg. Later volgde een echtscheiding. De dochter woonde aanvankelijk bij vader, maar ging daarna bij haar moeder wonen. Toen de dochter vijftien jaar oud was, had de moeder geen werk meer. Zij vroeg een vorm van sociale bijstand aan, waardoor zij niet langer een verblijfsrecht kon ontlenen aan haar recht op vrij verkeer. Het Hof oordeelde echter dat haar als ouder die daadwerkelijk de zorg voor het kind heeft, een afgeleid verblijfsrecht toe kwam.³⁷ Ook hier was dus weer sprake van een vader die, net als de daadwerkelijk verzorgende moeder, in het Verenigd Koninkrijk woonde. De dochter had zelfs al eerder een periode bij hem gewoond. De moeder had volgens het Hof een afgeleid verblijfsrecht, omdat zij de hoofdverzorger was. Aan de mogelijke rol van de vader kwam kennelijk geen betekenis toe.

³² TPA Weterings, 'Uitspraak van de maand: Alokpa e.a.: Ruiz Zambrano nu eindelijk verduidelijkt?' *Asiel & Migrantenrecht* 2013, nr. 1, p. 404.

³³ HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12 (*Alokpa*), concl. A-G Mengozzi, para 56.

³⁴ HvJ EU 19 oktober 2004, C-200/02 (*Zhu en Chen*), r.o. 47.

³⁵ AG Mengozzi gaat er in zijn conclusie bij *Dereci* vanuit dat in *Zambrano* beide ouders een verblijfsrecht hebben gekregen. HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (*Dereci*), concl. A-G Mengozzi, para 45.

³⁶ HvJ EU 17 september 2002, C-413/99 (*Baumbast en R*).

³⁷ HvJEU 23 februari 2010, C-480/08 (*Teixeira*), r.o. 61.

2.2 Tussenconclusie

Uit het bovenstaande moet worden geconcludeerd dat de minderjarige Unieburger *ten laste* komt van de derdelander ouder indien sprake is van wettelijke en/ of emotionele afhankelijkheid. De derdelander moeders in de verwezen zaken zijn allen belast met het gezag en de daadwerkelijke hoofdverzorging waardoor de minderjarige Unieburgers wettelijk en emotioneel afhankelijk van hen zijn. Dientengevolge leidt de ontzegging van een verblijfsrecht en voldoende bestaansmiddelen aan de derdelander moeders ertoe dat de moeder gedwongen zal zijn het grondgebied van de Unie *met haar (Unieburger) kind* te verlaten. Daarmee wordt het kind het effectief genot ontzegd van zijn belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten.

De omstandigheid dat de kinderen in de verwezen zaken in mindere mate in wettelijke, emotionele en/of financiële zin van hun Unieburger vader afhankelijk zijn, doet hier niet aan af. Hierbij is van belang dat daadwerkelijke verzorging van het kind niet bij de vader berust. Bovendien hebben de vaders gemeen dat zij niet bereid dan wel in staat zijn de volledige zorg van de moeder over te nemen. Dit heeft als gevolg dat ook in die zaken het feit dat het gezag ten dele bij de vader berust, in alle waarschijnlijkheid geen obstakel is voor de moeder om met het Unieburger kind te vertrekken, indien zij daartoe wordt gedwongen. Zij heeft immers als hoofdverzorger een goede kans het eenhoofdig gezag of de toestemming van de vader te verkrijgen, zodat zij de minderjarige Unieburger met haar mee kan nemen. Dat enkele vaders bijdragen in de kosten van het levensonderhoud van hun kinderen, maakt dit ook niet anders. De alimentatieplicht blijft immers onverkort gelden bij vertrek van het kind naar het buitenland en staat er niet aan de weg dat het kind gedwongen wordt het grondgebied van de Unie te verlaten.

3. Effectief genot van Unierechten

Het Hof overwoog in *Dereci* dat het *effectief genot* criterium op grond waarvan een derdelander een aan artikel 20 VWEU ontleend verblijfsrecht toekomt, van zeer bijzondere aard is. Het is alleen dan van toepassing als ontzegging van een verblijfsrecht de nuttige werking zou worden ontnomen aan het burgerschap van de Unie.³⁸ Zoals besproken in hoofdstuk 2 voldoen de situaties van de minderjarige Unieburgers wiens zaken zijn verwezen niettemin aan dit criterium, waardoor hun derdelander moeders verblijf moet worden toegestaan. Hierbij is van doorslaggevende betekenis dat het in alle zaken een derdelander moeder betreft die de daadwerkelijke (hoofd)verzorger is en die tevens is belast met het eenhoofdig of gedeeld gezag. Als gevolg van de wettelijke en emotionele afhankelijkheid van zijn moeder, zal de minderjarige gedwongen worden het grondgebied van de Unie te verlaten, indien aan de moeder geen verblijfsrecht wordt toegekend. Het feit dat de minderjarige Unieburger tevens in meer of mindere mate van de Nederlandse vader afhankelijk is, zal de minderjarige Unieburger niet kunnen tegenhouden het grondgebied van de Unie te verlaten.

Mogelijk is het Hof desalniettemin, vanwege de aanwezigheid van de vaders, van oordeel dat de minderjarige Unieburgers niet feitelijk gedwongen worden het grondgebied van de Unie te verlaten als hun moeders geen verblijf wordt toegestaan. In dat geval gaat het Hof er dus van uit dat de minderjarige Unieburger gedwongen wordt gescheiden van zijn (daadwerkelijk verzorgende) moeder en dat het ouderlijk gezag aan de vader (en/of een overheidsinstantie) wordt toegekend. In dit hoofdstuk wordt betoogd dat dit gepaard zal gaan met een schending van de fundamentele rechten van de minderjarige Unieburger. De volgende overweging van het Hof in *Dereci* doet hier niet aan af:

het enkele feit dat het voor een staatsburger van een lidstaat misschien wenselijk is, om economische redenen of om de eenheid van de familie op het grondgebied van de Unie te bewaren, dat de leden van zijn familie, die niet de nationaliteit van een lidstaat bezitten, bij hem op het grondgebied van de Unie verblijven, volstaat bijgevolg op zich niet om aan te nemen dat de burger van de Unie verplicht zal worden om het grondgebied van de Unie te verlaten indien een dergelijk recht niet wordt toegekend.³⁹

Het gaat hier immers niet om de wens van de Unieburger om met zijn moeder op het grondgebied te blijven maar om het voorkomen van een schending van fundamentele rechten. Een nationale maatregel die de minderjarige Unieburger zal tegenhouden zijn hoofdverzorgende moeder te volgen, zal ertoe leiden dat de minderjarige Unieburger in de onmogelijkheid komt te verkeren zijn recht op gezinsleven met zijn moeder uit te oefenen. Dit hoofdstuk onderbouwt waarom een dergelijke gedwongen scheiding van het recht op gezinsleven tussen kind en hoofdverzorgende ouder een schending oplevert van het recht op gezinsleven van het kind.

Hieronder wordt uiteengezet dat verblijf op het grondgebied van de minderjarige Unieburger zonder de hoofdverzorgende moeder ertoe leidt dat aan de Unieburger het effectief genot van zijn belangrijkste rechten als Unieburger wordt ontzegd. Er kan immers geen sprake zijn van effectief genot van Unierechten indien dit genot ertoe leidt of alleen gepaard kan gaan met een (voortdurende) schending van fundamentele rechten.

3.1 Scheiding van kind en verzorgende ouder in strijd met fundamentele rechten

Kan sprake zijn van effectief genot van Unierechten door een kind wanneer zijn verzorgende ouder wordt gedwongen het grondgebied van de Unie te verlaten? Voor het antwoord op deze vraag is bepalend of de scheiding van het kind en deze ouder een schending oplevert van de fundamentele rechten van het kind, zoals het in artikel 7 van het Handvest neergelegde recht op gezinsleven en het

³⁸ HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (*Dereci*), r.o. 67.

³⁹ Ibid, r.o. 68.

recht van artikel 24 lid 3 van het Handvest om op regelmatig persoonlijke betrekkingen en rechtstreekse contacten met beide ouders te onderhouden.⁴⁰

Voor de interpretatie van het EU recht op gezinsleven is de rechtspraak van het EHRM over het recht op gezinsleven als neergelegd in artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) van belang. In de beoordeling of sprake is van een schending van het recht op gezinsleven betreft het EHRM de belangen van de betrokken kinderen.⁴¹ Uit de rechtspraak volgt dat wanneer door toedoen van de overheid een kind van diens verzorgende ouder wordt gescheiden, dit een schending van het recht op gezinsleven oplevert. In de eerste plaats blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM in migratiezaken dat een uitzetting die leidt tot een scheiding van een kind en een ouder waarmee het kind een hechte band heeft, in strijd is met artikel 8 EVRM. Het gaat hier om zaken van gescheiden ouders. In die situatie kan namelijk niet van een (rechtmatig verblijvende) ouder verlangd worden dat hij/zij meegaat naar het land van herkomst van zijn/haar ex-partner.

In de tweede plaats blijkt uit de jurisprudentie in familiezaken dat een gedwongen scheiding van de verzorgende ouder en zijn of haar kind alleen voldoet aan de eisen van artikel 8 EVRM als de scheiding in het belang van het kind is en alle andere mogelijke maatregelen zijn geprobeerd.

De jurisprudentie in migratiezaken

Het recht op gezinsleven is volgens het EHRM niet altijd een beletsel om de ouders van kinderen met een verblijfsrecht in een van de verdragsstaten, uit te zetten. In veel gevallen lijkt dit oordeel te zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat de uitzetting niet noodzakelijkerwijs tot een scheiding van ouder(s) en kind leidt. De ouder(s) en het kind kunnen gezamenlijk verblijven in het land van herkomst of een derde land. Het EHRM vindt dat 'Article 8 does not guarantee a right to choose the most suitable place to develop family life'.⁴²

Een voorbeeld van een zaak waarin de uitzetting van een ouder niet noodzakelijk leidde tot scheiding van het gezin, is de zaak *Antwi en anderen v. Noorwegen*.⁴³ In die zaak dreigde uitzetting naar Ghana voor meneer Antwi. Het EHRM stelde vast dat hij gezinsleven had met zijn dochter, die de Noorse nationaliteit had. Zij was volledig geïntegreerd in de Noorse maatschappij en had weinig banden met Ghana. Desondanks leverde uitzetting van de vader geen schending van het recht op gezinsleven op. Daarbij overwoog het EHRM expliciet dat er geen onoverkomelijke bezwaren waren voor de echtgenote en dochter om meneer Antwi te vergezellen naar Ghana. De mogelijkheid van het intact blijven van het gezin door samen in een ander land te verblijven, lijkt cruciaal in de vaststelling dat uitzetting van een ouder geen schending van het recht op gezinsleven oplevert. Deze mogelijkheid wordt ook in andere zaken genoemd als relevante of zelfs doorslaggevende factor.⁴⁴

De onmogelijkheid voor het kind (en de onwenselijkheid voor de rechtmatig verblijvende ouder/ex-partner) om de uit te zetten ouder te volgen naar diens land van herkomst, verklaart waarom er in gezinnen met gescheiden ouders eerder een schending van art. 8 EVRM lijkt te worden

⁴⁰ AG Sharpston betoogt in haar conclusie bij *Zambrano* dat het Handvest betrokken zou moeten worden in de vraag of er sprake is van schending van artikel 20 VWEU. Zij stelt dat op de lange duur alleen een naadloze bescherming van grondrechten onder Unierecht in alle gebieden van uitsluitende of gedeelde Uniebevoegdheid beantwoordt aan het concept van een Unieburgerschap. HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), concl. A-G Sharpston, para 163-177.

⁴¹ Volgens het EHRM 'there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount'. EHRM 6 juli 2010, 41615/07 (*Neulinger and Shuruk/Zwitserland*), para 135.

⁴² EHRM 30 juli 2013, 948/12 (*Berisha/Zwitserland*), para 61 en EHRM 3 november 2011, 28770/05 (*Avelo Aponte/Nederland*), para 54.

⁴³ EHRM 14 februari 2012, 26940/10 (*Antwi/Noorwegen*).

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 9 april 2015, 72780/12 (*Muraldeli/Rusland*), para 76, EHRM 3 oktober 2014, 12738/10 (*Jeunesse/ Nederland*), para 117, EHRM 30 juli 2013, 948/12 (*Berisha/Zwitserland*), para 60, EHRM 3 november 2011, 28770/05 (*Avelo Aponte/Nederland*), para 60.

aangenomen bij (dreigende) uitzetting.⁴⁵ De zaak *Nunez v. Noorwegen* betrof een moeder die een grote rol speelde in de levens van haar kinderen en een langdurige en hechte band met hen had.⁴⁶ De kinderen woonden echter bij hun vader, die het gezag over hen had. De dreigende uitzetting van de moeder zou volgens het EHRM in strijd komen met artikel 8 EVRM, omdat de Noorse autoriteiten onvoldoende gewicht hadden toegekend aan de belangen van de kinderen. Daarbij speelde mee dat onduidelijk was wanneer het voor moeder weer mogelijk zou zijn haar kinderen te zien, gezien het feit dat ze tevens een inreisverbod van twee jaar zou krijgen.

In de uitspraak in *Rodrigues da Silva* achtte het EHRM de uitzetting van de moeder van een tienjarig meisje in strijd met artikel 8 EVRM.⁴⁷ De moeder en de vader van het meisje waren gescheiden. De moeder zorgde samen met de grootouders van vaders kant voor het kind, maar de vader had het ouderlijk gezag. Het EHRM overwoog:

in view of the far-reaching consequences which an expulsion would have on the responsibilities which the first applicant has as a mother, as well as on her family life with her young daughter, and taking into account that it is clearly in Rachael's best interests for the first applicant to stay in the Netherlands, the Court considers that in the particular circumstances of the case the economic well-being of the country does not outweigh the applicants' rights under Article 8, despite the fact that the first applicant was residing illegally in the Netherlands at the time of Rachael's birth.⁴⁸

In zowel *Nunez* als *Rodrigues da Silva* was het voor het kind niet mogelijk om zijn moeder te volgen naar haar land van herkomst. De vader van het kind/de ex-partner van de moeder had het ouderlijk gezag en zou niet naar het land van herkomst meegaan. Overigens was in beide zaken het gezag aan de vader toegekend vanwege de onzekere verblijfsstatus van de moeder en het feit dat verblijf in Noorwegen c.q. Nederland in het belang van het kind zou zijn. De uitzetting van de moeder leidde tot een scheiding tussen ouder en kind en daarmee tot een schending van het recht op gezinsleven.

Geconcludeerd moet worden dat het in migratiezaken niet zonder meer evident is dat uitzetting ook tot een scheiding tussen ouder en kind zal leiden, het kind kan immers vaak met de ouder(s) mee. Is wel zeker dat het minderjarige kind bij uitzetting van een ouder met wie het een hechte band heeft, zal achterblijven en weinig mogelijkheden tot direct contact zal hebben, dan leidt dit tot een schending van artikel 8 EVRM.

In gevallen waarin sprake is van een 'kerngezin' zonder gescheiden ouders waarbij de kinderen en de andere ouder theoretisch de derdeler ouder zouden kunnen volgen, is een schending van art. 8 EVRM overigens niet uitgesloten. Soms zijn de gevolgen dusdanig disproportioneel en in strijd met het belang van het kind, dat uitzetting toch een schending van het gezinsleven zou zijn.⁴⁹

Jurisprudentie in familiezaken

Een andere relevante categorie zaken betreft familiezaken waarin het kind bij de ouder wordt weggehaald en de staat dus rechtstreeks een scheiding tussen ouder en kind bewerkstelligt. Volgens het EHRM schrijft het belang van het kind voor

that the child's ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and

⁴⁵ M Klaassen en GG Lodder, 'Kroniek Gezinshereniging II, Artikel 8 EVRM', *Asiel & Migrantenrecht* 2014, nr. 2, p. 115, S van Walsum, annotatie bij EHRM 14 februari 2012, 26940/10 (*Antwi/Noorwegen*), JV 2012/170.

⁴⁶ EHRM 28 juni 2011, 55597/09 (*Nunez/Noorwegen*).

⁴⁷ EHRM 31 januari 2006, 50435/99 (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer/Nederland*).

⁴⁸ Ibid, para 44.

⁴⁹ EHRM 3 oktober 2014, 12738/10 (*Jeunesse/Nederland*).

that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to “rebuild” the family.⁵⁰

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dan ook dat scheiding van ouders en kind slechts in uitzonderlijke gevallen is toegestaan. Dit is met name het geval wanneer het kind aantoonbaar gevaar loopt wanneer het bij de ouders blijft.⁵¹ In zijn uitspraak in *Moser* oordeelde het EHRM over een zaak waarin een moeder haar kind werd afgenomen, omdat zij wegens gebrek aan financiële middelen en het ontbreken van een verblijfsstatus niet in staat werd geacht goed voor haar kind te zorgen. Aan haar opvoedvaardigheden werd niet getwijfeld. Het EHRM constateerde een schending van artikel 8 EVRM, onder meer omdat de staat onvoldoende had gezocht naar alternatieven die moeder en kind in staat had gesteld bij elkaar te blijven. De staat moet dus eerst proberen omstandigheden te creëren waarin de moeder in staat is voor het kind te zorgen.⁵²

Een vergelijkbaar geval doet zich voor bij kinderen van wie de ouders niet voor een passende woonsituatie weten te zorgen⁵³ of bij wie ernstige signalen van verwaarlozing worden waargenomen. De staat zal eerst andere oplossingen dan het weghalen van het kind bij de ouder moeten proberen, zoals ondersteuning bij de opvoeding.⁵⁴ Het splitsen van een gezin is volgens het EHRM immers een zeer ernstige inbreuk op het gezinsleven, die gebaseerd moet zijn op overwegingen omtrent het belang van het kind.⁵⁵ In de recente uitspraak in *Paradiso en Campanelli* drukt het EHRM dit nog stilliger uit: het verwijderen van een kind uit een gezin is een extreme maatregel die alleen gerechtvaardigd kan worden wanneer deze dient om het kind te beschermen tegen een onmiddellijk gevaar.⁵⁶ Worden de kinderen weggehaald, voordat eerst alle andere mogelijke maatregelen zijn genomen, dan levert dit derhalve een schending van artikel 8 EVRM op.

3.2 Tussenconclusie

Uit de rechtspraak van het EHRM komt duidelijk naar voren dat een gedwongen scheiding van een minderjarig kind en diens (competente) hoofdverzorger met wie het een hechte band heeft, een schending van het recht op gezinsleven oplevert. In de verwezen zaken is de moeder steeds de hoofdverzorger en wordt niet gesteld dat haar competenties als ouder vergaand tekort schieten. Wanneer het Hof ervan uit gaat dat de minderjarige Unieburger niet feitelijk gedwongen wordt de Unie te verlaten, omdat hij bij zijn vader in Nederland kan verblijven, dan betekent dit dat:

1. de minderjarige Unieburger gescheiden wordt van zijn moeder en dat het contact tussen moeder en kind mogelijk wordt verbroken of zeer wordt beperkt;
2. de moeder het ouderlijk gezag over haar kind zal worden ontnomen.

Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat deze beide omstandigheden een schending van het recht op gezinsleven, neergelegd in artikel 8 EVRM, opleveren. Indien dit het geval is, dan is geen sprake van een ‘effectief genot’ van de Unierechten van de minderjarige Unieburger; wanneer tijdens zijn verblijf in de EU zijn recht op gezinsleven continu geschonden wordt, kan van ‘effectief genot’ geen sprake zijn.

⁵⁰ EHRM 6 juli 2010, 41615/07 (*Neulinger and Shuruk/Zwitserland*), para 136.

⁵¹ Zie bijvoorbeeld EHRM 18 december 2008, 39948/06 (*Saviny/Oekraïne*), para 50.

⁵² EHRM 21 september 2006, 12643/02 (*Moser/Oostenrijk*), para 68-73.

⁵³ EHRM 26 oktober 2006, 23848/04 (*Wallová en Walla/Tjechië*).

⁵⁴ EHRM 18 december 2008, 39948/06 (*Saviny v. Oekraïne*).

⁵⁵ EHRM 10 April 2012, 19554/09 (*Pontes/Portugal*), para 77.

⁵⁶ EHRM 27 januari 2015, 25358/12 (*Paradiso en Campanelli/Italië*), para 80.

4. Conclusie

In zijn uitspraken in *Zambrano* en *Dereci* oordeelde het Hof dat artikel 20 VWEU zich verzet tegen maatregelen die ertoe zullen leiden dat een minderjarige Unieburger *feitelijk wordt verplicht* om het grondgebied van de Unie als geheel te verlaten.⁵⁷ De minderjarige Unieburger kan in dat geval immers zijn belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten niet uitoefenen. De uitzetting van de verzorgende ouder(s) van de Unieburger naar een derde land kan hierdoor een schending van artikel 20 VWEU opleveren. De Unieburger zal immers gedwongen zijn die ouder(s) te volgen.

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de minderjarige Unieburger *ten laste* komt van de derdelander ouder indien sprake is van wettelijke en/ of emotionele afhankelijkheid.⁵⁸ In de voorliggende zaken gaat het om een of meerdere minderjarige Unieburgers die voor hun dagelijkse en daadwerkelijke zorg afhankelijk zijn van hun derdelander moeder. Op deze moeder rust, indien haar geen verblijf wordt toegestaan, de plicht Nederland en de Europese Unie te verlaten. In deze expert opinie is primair betoogd dat dit ertoe zal leiden dat de moeder gedwongen zal zijn het grondgebied van de Unie *met haar (Unieburger) kind* te verlaten. Daarmee wordt haar kind het *effectief genot* ontzegd van de belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten.

De omstandigheid dat de kinderen in de verwezen zaken in mindere mate van hun Unieburger vader in *wettelijke, emotionele en/of financiële zin afhankelijk* zijn, doet hier niet aan af. De daadwerkelijke verzorging van het kind berust niet bij de vader en de vader is niet bereid of in staat de volledige zorg van de moeder over te nemen. Volgens het Nederlandse recht kan aan de vader niet tegen zijn zin het ouderlijk gezag worden toegekend. In die zaken waarin het gezag ten dele bij de vader berust, zal de moeder waarschijnlijk *met haar (Unieburger) kind* willen en kunnen vertrekken, indien zij daartoe wordt gedwongen. Als hoofdverzorger kan zij waarschijnlijk het eenhoofd gezag of de toestemming van de vader krijgen, zodat zij de minderjarige Unieburger met haar mee kan nemen. In de jurisprudentie van het Hof wordt bovendien de rol van de daadwerkelijke verzorgende ouder van doorslaggevend belang geacht voor het bestaan van een van artikel 20 VWEU of artikel 21 VWEU afgeleid verblijfsrecht.⁵⁹ Dat enkele vaders bijdragen in de kosten van het levensonderhoud van hun kinderen, maakt dit niet anders.

Voor het geval het Hof oordeelt dat de minderjarige Unieburger niet feitelijk gedwongen wordt de Unie te verlaten, omdat hij bij zijn vader in Nederland kan verblijven, betoogt deze expert opinie dat ook in dat geval geen sprake is van effectief genot van de belangrijkste aan de status van Unieburger ontleende rechten. In dat geval accepteert het Hof dat de Unieburger gescheiden wordt van zijn (daadwerkelijk verzorgende) moeder en dat de moeder het ouderlijk gezag wordt ontnomen. Uit de rechtspraak van het EHRM komt naar voren dat een gedwongen scheiding van een minderjarig kind en diens (competente) hoofdverzorger een schending van het recht op gezinsleven oplevert.⁶⁰ Wanneer tijdens zijn verblijf in de EU het recht op gezinsleven van de minderjarige Unieburger continu geschonden wordt, kan van 'effectief genot' geen sprake zijn.

Gezien al het voorgaande geeft de Migration Law Clinic het Hof in overweging de door de Centrale Raad van Beroep opgeworpen vraag als volgt te beantwoorden:

1) Artikel 20 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een lidstaat aan een derdelander, die de dagelijkse en daadwerkelijke zorg heeft voor zijn minderjarige kind en op wie de

⁵⁷ HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09 (*Ruiz Zambrano*) en HvJ EU 15 november 2011, C-256/11 (*Dereci*).

⁵⁸ HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11 (*O.S. en L.*), r.o. 56.

⁵⁹ HvJ EU 10 oktober 2013, C-86/12 (*Alokpa*), HvJ EU 19 oktober 2004, C-200/02 (*Zhu en Chen*) en HvJ EU 17 september 2002, C-413/99 (*Baumbast en R.*).

⁶⁰ EHRM 28 juni 2011, 55597/09 (*Nunez/Noorwegen*), EHRM 31 januari 2006, 50435/99 (*Rodrigues da Silva en Hoogkamer/Nederland*), EHRM 21 september 2006, 12643/02 (*Moser/Oostenrijk*) en EHRM 27 januari 2015, 25358/12 (*Paradiso en Campanelli/Italië*).

wettelijke en affectieve last rust van dit kind, dat onderdaan van die lidstaat is, het recht van verblijf en voldoende bestaansmiddelen in die lidstaat ontzegt. Een dergelijke beslissing zal immers tot gevolg hebben dat de minderjarige Unieburger feitelijk wordt verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten om deze derdelander ouder te volgen. Niet van belang hierbij is dat de wettelijke, financiële en affectieve ten dele rust, of, hypothetisch gezien, zou kunnen rusten bij de andere ouder, die onderdaan is van de lidstaat.

2) Artikel 20 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het effectieve genot van de belangrijkste aan de status van burger van de Unie ontleende rechten wordt ontzegt wanneer deze minderjarige Unieburger alleen in de mogelijkheid verkeerd feitelijk op het grondgebied van de Unie te verblijven, wanneer dit gepaard gaat met een scheiding van de ouder die de dagelijkse en daadwerkelijke zorg over hem heeft en op wie de (gedeelde) wettelijke en affectieve last rust. Hierbij is van belang dat een dergelijke scheiding een schending oplevert van de grondrechten van de minderjarige Unieburger, met name het grondrecht op gezinsleven neergelegd in artikel 7 van het Handvest, en het recht op regelmatig en rechtstreeks contact met zijn beide ouders neergelegd in artikel 24 lid 3 van het Handvest.