

4. Gelijke monniken, gelijke kappen?

Inconsistenties in de uitvoering van de Afsluitingsregeling langdurig verblijvende kinderen

Martin Vegter

In dit artikel wordt ingegaan op enkele categorieën van zaken waarin vragen rijzen – of gerezen zijn – over de consistentie van de beslissingen van de staatssecretaris met deze beleidsregel en met eerdere beslissingen onder de voorgaande regelingen, en daarmee over het gelijkheidsbeginsel. Ook wordt stilgestaan bij de recente uitspraken van de Afdeling over de indringendheid van de evenredigheidstoets in zaken onder de Afsluitingsregeling.

Inleiding

Op 29 januari 2019 trad de Afsluitingsregeling Langdurig Verblijvende Kinderen in werking. Op die datum informeerde de staatssecretaris de Tweede Kamer per brief over een nieuwe balans in het regeerakkoord van de toenmalige coalitie op het terrein van asiel en migratie.¹ De aanleiding voor de introductie van de Afsluitingsregeling was de discussie die ontstond over de wijze waarop de voorafgaande kinderpardonregeling, de zogeheten Definitieve Regeling Langdurig Verblijvende Kinderen (hierna: DRLVK), functioneerde. De DRLVK, die op 1 februari 2013 tegelijk met de Overgangsregeling in werking trad en bedoeld was voor kinderen die op enig moment na de inwerkingtreding vijf jaar als kind in Nederland hadden verbleven, kende als een van de contra-indicaties het meewerkcriterium. Waar er aanvankelijk bij de toepassing van dit criterium nog sprake was van enige coulance van de staatssecretaris, werd deze contra-indicatie na verloop van tijd zo strikt toegepast dat elk kind werd afgewezen, omdat door de ouders onvoldoende was meegewerkt aan het vertrek.²

Met de Afsluitingsregeling werd voorzien in een mogelijkheid tot herbeoordeling van alle zaken van kinderen en gezinnen die onder de DRLVK waren afgewezen op de contra-indicatie meewerken aan terugkeer. Gezinnen waarvan ten tijde van de inwerkingtreding van de Afsluitingsregeling met voldoende zekerheid kon worden vastgesteld dat zij in Nederland waren, konden rekenen op een ambtshalve herbeoordeling. Dat gold bijvoorbeeld voor alle gezinnen die op dat moment in de opvang van het COA verbleven. Gezinnen waarvan de aanwezigheid in Nederland op de peildatum niet door de rijksoverheid kon worden vastgesteld, kregen de gelegenheid zich in de periode tot 25 februari 2019 te melden met een verzoek tot herbeoordeling van hun eerdere aanvraag onder de DRLVK. Tot slot werd voorzien in de mogelijkheid van een aanvraag onder de Afsluitingsregeling voor gezinnen die geen aanvraag onder de DRLVK hadden gedaan. Dit betrof een aanzienlijke groep, omdat veel gezinnen een aanvraag kansloos achtten, gelet op de beslispraktijk van de staatssecretaris en de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtsspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) ten aanzien van het meewerkcriterium.³

1 Brief staatssecretaris aan de Tweede Kamer van 29 januari 2019, *Kamerstukken II* 2018/19, 19637, nr. 2459.

2 Zie voor een bespreking van de toepassing van het meewerkcriterium door de staatssecretaris en de toetsing hiervan door de Afdeling Bestuursrechtsspraak van de Raad van State (ABRVS): M. Vegter en M. van Werven,

'Staatssecretaris en Afdeling reduceren kinderpardon tot dode letter', *A&MR* 2017/2.

3 Uit de cijfers in de bijlage bij de Kamerbrief van de staatssecretaris van 12 februari 2020 over de afhan-

In de Afsluitingsregeling is de contra-indicatie niet meewerken aan vertrek vervangen door de contra-indicatie niet beschikbaar zijn voor vertrek (kortweg: het beschikbaarheidscriterium). Bij de inwerkingtreding is benadrukt dat de Afsluitingsregeling afgezien van die wijziging gelijk blijft aan de DRLVK. De Vreemdelingen-circulaire spreekt van 'handhaving van de overige voorwaarden en contra-indicaties'.⁴ Dit impliceert dat de staatssecretaris beoogt in zaken onder de Afsluitingsregeling te beslissen op een wijze die consistent is met de beslispraktijk onder de voorgaande regelingen (ORLVK en DRLVK).

De manier waarop de voorwaarden en contra-indicaties uit de Afsluitingsregeling in de praktijk worden toegepast laat op enkele punten een ander beeld zien. In dit artikel zal worden ingegaan op enkele categorieën van zaken waarin vragen rijzen – of gerezen zijn – over de consistentie van de beslissingen van de staatssecretaris met deze beleidsregel en met eerdere beslissingen onder de voorgaande regelingen, en daarmee over het gelijkheidsbeginsel. In de eerste plaats gaat het om kinderen van wie de aanvraag (aanvankelijk) werd afgewezen omdat zij niet voldeden aan voorwaarde B van de ARLVK, waarin staat dat een kind op de peildatum ten minste vijf jaar in Nederland moet hebben verbleven ná een voorafgaande asielaanvraag, omdat zij geboren werden na afronding van de asielpprocedure van hun ouders en er zodoende door of namens hen geen asielaanvraag was gedaan. Ten tweede gaat het om de groep kinderen die werd afgewezen omdat zij niet zouden hebben voldaan aan voorwaarde C, omdat zij langer dan drie maanden buiten rijkstoezicht zouden hebben verbleven. De

deling van de Afsluitingsregeling (*Kamerstukken II* 2019/20, 19637, nr. 2584) volgt dat meer dan 75% van de zaken onder de Afsluitingsregeling een eerste aanvraag in het kader van een regeling voor langdurig verblijvende kinderen betrof.

4 Vc B9/6.2.

vraag die daarbij aan de orde is, betreft de toepasbaarheid van een uitspraak van de Afdeling uit 2015 en een als gevolg van die uitspraak in maart 2015 doorgevoerde wijziging van de toenmalige regelingen voor langdurig verblijvende kinderen (de ORLVK en DRLVK). Tot slot zal kort worden stilgestaan bij de recente uitspraken van de Afdeling over de indringendheid van de evenredigheidstoets in zaken onder de Afsluitingsregeling, in het bijzonder met betrekking tot de verenigbaarheid van het in die uitspraken door de Afdeling gemaakte onderscheid tussen voorwaarden en contra-indicaties⁵ bij de toepassing in de praktijk van de voorwaarde over rijkstoezicht in combinatie met de contra-indicatie niet beschikbaar zijn voor vertrek.

1. Kinderen die geboren werden na afloop van de asielpprocedure van de ouder(s)

Onder de Afsluitingsregeling zijn veel kinderen afgewezen, omdat zij volgens de staatssecretaris niet voldoen aan voorwaarde B die in de Vreemdelingen-circulaire als volgt is neergelegd:

'De IND verleent een vergunning aan de vreemdeling:

[...]

b. die zelf, dan wel ten behoeve van wie, ten minste vijf jaar voor het bereiken van de leeftijd van 18 jaar een aanvraag voor een verblijfsvergunning asielp voor bepaalde tijd heeft, dan wel is, ingediend bij de IND en na die aanvraag uiterlijk op de peildatum (29 januari 2019) ten minste vijf jaar in Nederland heeft verbleven;'

Het zou met recht de meest primaire voorwaarde van de Regeling genoemd kunnen worden die feitelijk meerdere voorwaarden in zich verenigt. Het kind (de hoofdaanvrager) dient op de peildatum ten minste vijf jaar als minderjarige in Nederland te hebben verbleven. En

5 ABRvS 17 augustus 2022, nr. 202006602/1/V2, ECLI:NL:RVS:2022:2290, r.o. 8.2.1.

daarnaast moet die periode vooraf zijn gegaan door een asielaanvraag die door of namens het kind is ingediend. Een aanvraag van een verblijfsvergunning onder de Afsluitingsregeling kan om uiteenlopende redenen worden afgewezen omdat niet aan deze voorwaarde is voldaan. Zo kan een kind worden afgewezen, omdat het op de peildatum de vijf jaar verblijf in Nederland nog niet heeft gehaald. De afwijzing kan ook gebaseerd zijn op het feit dat een gezin in het verleden een reguliere aanvraag heeft gedaan en geen asielachtergrond heeft. Over dit onderscheid tussen kinderen met een asielachtergrond en kinderen met een achtergrond van een reguliere verblijfsaanvraag heeft de Afdeling in 2014 een richtinggevende uitspraak gedaan die er kortweg op neerkomt dat de staatssecretaris dit onderscheid mag maken.⁶

1.1 De uitzonderingsbepaling van paragraaf B9/6.5 Vc

Een specifieke situatie die zich ook voordoet is dat een kind dat vijf jaar gedurende de minderjarigheid in Nederland heeft verbleven geen eigen asielprocedure heeft gehad, omdat de asielprocedure van de ouders voor de geboorte van het kind was afgerond. In de toelichting op voorwaarde B in de Vreemdelingscirculaire wordt onder meer op deze situatie ingegaan:

Ad b.

De IND werpt niet tegen dat door of namens de vreemdeling geen asielaanvraag is ingediend als een ouder van de vreemdeling een asielaanvraag heeft ingediend en de vreemdeling na de start van de asielprocedure is geboren.

Wanneer een kind ook aan de voorwaarden van de Regeling voldoet wanneer het is geboren na de start van de asielprocedure, dan zou verondersteld kunnen worden dat dit ook geldt voor een kind dat geboren werd na afloop van de asielprocedure van de ouders. Ook dat kind

werd immers na de start van de asielprocedure geboren. Uit de tekst van de beleidsregel valt bovendien niet duidelijk op te maken dat de staatssecretaris heeft beoogd dat die groep kinderen niet voldoet aan voorwaarde B van de Afsluitingsregeling.

Tot dit oordeel kwam ook de rechtbank Utrecht in haar uitspraak van 21 september 2020, omdat volgens de rechtbank uit paragraaf B9/6.5 van de Vreemdelingscirculaire niet valt op te maken dat het kind geboren moet zijn *tijdens* een lopende asielprocedure.⁷ De verwijzing door de staatssecretaris naar een Kamerbrief van 21 december 2012 over de Overgangs- en Definitieve Regeling maakte dit niet anders, nu de daarin vermelde passage spreekt van 'kinderen met een asielachtergrond', zonder dat dit begrip nader gedefinieerd wordt.⁸ Ook de verwijzing van de staatssecretaris naar de website van de IND maakte het oordeel niet anders, omdat dit geen bron is waaruit de bedoeling van het beleid kan worden afgeleid.

Hiermee week de rechtbank Utrecht af van een eerdere uitspraak van diezelfde zittingsplaats van 29 mei 2020. In die uitspraak achtte de rechtbank de uitleg van de staatssecretaris, dat met de Regeling beoogd is kinderen hieronder te laten vallen die te maken hebben gehad met onzekerheid als gevolg van een lopende asielprocedure, een afdoende onderbouwing voor het standpunt dat een kind tijdens de asielprocedure geboren moet zijn en niet erna.⁹ De genoemde vergelijkbare gevallen die op dat moment bekend waren en aan de orde waren geweest in een uitspraak van de voorzieningenrechter van diezelfde zittingsplaats van 13 december 2019 waren volgens de rechtbank

⁷ Rb. Den Haag, zp Utrecht, 21 september 2020, nr. AWB 20/133, r.o. 9.1-9.7.

⁸ *Kamerstukken II* 2012/13, 19637, nr. 1597.

⁹ Rb. Den Haag, zp Utrecht, 29 mei 2020, nrs. AWB 19/7952 en AWB 19/3725, ECLI:NL:RBDHA:2020:5056, r.o. 9.2.

⁶ ABRvS 22 oktober 2014, nr. 201402671/1/V1, ECLI:NL:RVS:2014:3867, r.o. 5.2-5.4.

onvoldoende om aan te nemen dat de staatssecretaris de uitzonderingsbepaling niet of niet consequent toepaste. Ook de rechtbank Den Haag kwam op 28 juli 2021 tot het oordeel dat de uitleg door de staatssecretaris van de uitzonderingsbepaling onder de Afsluitingsregeling (en ook onder de eerdere ORLVK en DRLVK) niet onredelijk is.¹⁰

1.2 De beslissingspraktijk van de staatssecretaris: oude en nieuwe inwilligingen

Ondanks de uitleg van de staatssecretaris dat een kind geboren moet zijn voordat de asielpprocedure van zijn of haar ouders eindigt om in aanmerking te komen voor een verblijfsvergunning op grond van één van de varianten van de Regeling langdurig verblijvende kinderen, heeft hij in de loop van de jaren desondanks verschillende verblijfsvergunningen verleend op grond van die Regelingen aan kinderen die geboren werden nadat de asielpprocedure van de ouders al afgesloten was. Er is in bezwaarschriften en (hoger) beroepen een beroep gedaan op in totaal negen zaken. Drie van die inwilligingen deden zich in 2013 en 2014 voor onder de Overgangsregeling. Zes kinderen kregen een verblijfsvergunning op grond van de Afsluitingsregeling. Dit aantal is substantieel, gelet op de beperkte omvang van de groep kinderen voor wie geldt dat zij geboren werden na afloop van de asielpprocedure van hun ouders.¹¹

10 Rb. Den Haag 21 juli 2021, nr. AWB 20/5341, r.o. 6.2-6.3. Zie ook de uitspraak van de rb. Rotterdam 8 juli 2021, nr. AWB 19/10228, r.o. 5.2.

11 Inmiddels is bekend dat het aantal kinderen (hoofdaanvragers) dat – aanvankelijk – op deze grond was afgewezen afgerond 30 bedraagt. In afgerond 20 van die zaken betrof dit de enige afwijzingsgrond (e-mail van het ministerie van Justitie en Veiligheid aan dhr. C.A.F.M. Grütters n.a.v. diens vraag naar deze cijfers, 3 februari 2023). Deze cijfers wijken iets af van de aantallen die door de staatssecretaris vermeld worden in zijn beantwoording van vragen die zijn gesteld in het kader van de Vaststelling van de begrotingsstaten van

1.3 Het beroep op het gelijkheidsbeginsel en de weerlegging door de staatssecretaris

In zaken van andere kinderen die na de asielpprocedure van de ouders geboren werden en om die reden waren afgewezen, is door advocaten met verwijzing naar de (uiteindelijk negen) inwilligingen van kinderen die na de asielpprocedure geboren waren een beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel. Hiertegen heeft de staatssecretaris zich verweerd met twee argumenten. In de eerste plaats heeft hij zich er ten aanzien van vier van de negen zaken op beroepen dat dit ambtelijke misslagen betroffen. Deze vergissingen werden in ieder geval gemaakt in de drie oudere zaken waarin onder de Overgangsregeling was ingewilligd in 2013 en 2014. Maar ook ten aanzien van een zaak onder de Afsluitingsregeling uit 2019 beriep de staatssecretaris zich op de misslag. Dezelfde vergissing is kennelijk over een periode van vele jaren meermaals gemaakt.

Over de vijf andere gevallen zegt de staatssecretaris dat die kinderen een vergunning hebben gekregen omdat hun ouders – al dan niet met de hulp van hun advocaat of een andere hulpverlener – na de geboorte van het kind het formulier M35-K aan de IND hadden gestuurd om de IND te informeren over de geboorte van hun kind. Dit gegeven verandert niets aan het feit dat ook die kinderen voor wie dat formulier werd ingediend na de asielpprocedure van de ouder(s) geboren werden. En bovendien is het formulier M35-K uitdrukkelijk niet bedoeld om in te dienen als de ouder(s) niet meer in een asielpprocedure zit(ten). Het indienen van dat formulier heeft daarom geen enkel rechtsgevolg en de indiening ervan is zinledig. De staatssecretaris stelde zich echter op het standpunt dat deze formulieren in het kader van de beoordelingen van aanvragen onder de Afsluitingsregeling uit coulance waren beschouwd als asielaanvraag voor het kind, waarmee deze

het ministerie van Justitie en Veiligheid, *Kamerstukken II*, 36200 VI, nr. 12, antwoorden op vragen 79 en 80.

kinderen alsnog geacht werden aan de voorwaarde te voldoen.

Het gevolg van deze ‘coulante’ benadering door de staatssecretaris was echter dat andere kinderen die na de asielpcedure waren geboren en voor wie geen M35-K-formulier was ingediend bij hun geboorte, volgens de staatssecretaris niet aan de voorwaarde van de Regeling voldeden wegens het ontbreken van dat formulier. In antwoord op Kamervragen van Van Dijk (SP) heeft de staatssecretaris erkend dat het formulier zinledig is en zonder rechtsgevolg.¹² In diezelfde beantwoording geeft zij ook aan dat gelet op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vergelijkbare gevallen ook zijn ingewilligd. Uit de beantwoording blijkt echter dat zij alleen die kinderen voor wie een zinledig formulier M35-K werd ingediend als gelijk geval beschouwt, waarmee zij het gemaakte onderscheid op basis van dit formulier heeft gehandhaafd.

1.4 De Afdelingsuitspraak van 15 september 2021

Op 15 september heeft de Afdeling uitspraak gedaan¹³ op het hoger beroep van de staatssecretaris tegen de uitspraak van de rechtbank Utrecht van 21 september 2021.¹⁴ De Afdeling volgde in die uitspraak de uitleg van de staatssecretaris over de toepassing van de beleidsregel, inhoudende dat een kind uiterlijk tijdens de asielpcedure geboren moet zijn. Tegen de Utrechtse uitspraak werd door de gemachtigde van het gezin incidenteel hoger beroep ingesteld voor wat betreft het beroep op het gelijkheidsbeginsel. Over dit incidenteel hoger beroep oordeelde de Afdeling dat de staatssecretaris onderscheid mocht maken op grond

van het formulier M35-K en er niet in strijd was gehandeld met het gelijkheidsbeginsel, omdat de staatssecretaris in alle zaken waarin een formulier M35-K was ingediend een vergunning heeft verleend. Omdat voor de vreemdeling in kwestie een dergelijk formulier niet was ingediend bij zijn geboorte, was er volgens de Afdeling geen sprake van een gelijk geval. Deze uitspraak betekent dat volgens de hoogste bestuursrechter een formulier zonder enige rechtswaarde als onderscheidend element wordt geaccepteerd en als grond kan dienen voor het verlenen van verblijfsvergunningen aan de ene groep kinderen en het onthouden daarvan aan een andere groep. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel kan zo gepareerd worden met argumenten zonder enige juridische basis.

1.5 Nadere Kamervragen en motie

In november 2021 heeft Van Dijk (SP) opnieuw Kamervragen gesteld. De staatssecretaris heeft in antwoord op de mondelinge vragen opnieuw erkend dat het formulier geen juridische status heeft en daarom irrelevant is.¹⁵ De staatssecretaris herhaalt ook dat kinderen voor wie het formulier niet werd ingediend niet als vergelijkbaar geval worden beschouwd en in die gevallen daarom beoordeeld wordt aan de gebruikelijke voorwaarden.

Op 14 december 2021 diende Van Dijk (SP) een motie in waarin hij wees op de negen vergelijkbare gevallen en de staatssecretaris ertoe opriep om een zinledig formulier zonder rechtswaarde niet langer als voorwaarde voor verlening van een verblijfsvergunning aan na de asielpcedure geboren kinderen te hanteren en het beleid ten aanzien van kinderen die na de asielpcedure geboren werden op dit vlak opnieuw te bezien.¹⁶ De motie werd aangenomen. De

12 Antwoord Kamervragen Van Dijk, Aanhangsel van de Handelingen 2020/21, nr. 3601.

13 ABRvS 15 september 2021, nr. 202005605/1/V1, ECLI:NL:RVS:2021:2058, r.o. 6.

14 Rb. Den Haag, zp Utrecht, 21 september 2020, nr. AWB 20/133.

15 Antwoorden op mondelinge vragen in het kader van de begrotingsbehandeling 2022, vraag 107.

16 Gewijzigde motie van het lid Jasper van Dijk over niet langer hanteren van een zinledig formulier zonder

staatssecretaris liet op 24 december 2021 weten dat voor de wijze van uitvoering van belang was dat de reikwijdte van die motie werd onderzocht. Op 14 maart 2022 heeft de staatssecretaris aan de Kamer laten weten dat hij naar aanleiding van de motie besloten heeft om voorwaarde B uit paragraaf B9/6.5 van de Vreemdelingencirculaire niet langer meer tegen te werpen als de ouder op enig moment voor de geboorte van de hoofdpersoon wél een asielaanvraag heeft ingediend. Kinderen die geboren werden na de asielprocedure van hun ouder(s) vielen dus voortaan ook onder de Afsluitingsregeling, mits zij aan de overige voorwaarden voldoen. In november 2022 heeft de staatssecretaris bekendgemaakt dat ongeveer twintig gezinnen naar aanleiding van deze beleidswijziging alsnog een verblijfsvergunning hebben gekregen op grond van de Afsluitingsregeling.

2. Kinderen die verblijfsrechtelijk buiten beeld raakten bij de IND en de verruimde buitenbeeldtermijn

Onder de Afsluitingsregeling zijn tientallen kinderen en hun gezinnen afgewezen omdat zij volgens de staatssecretaris langer dan de toegestane drie maanden buiten beeld van de in de regeling genoemde rijksoverheidsinstanties hebben verbleven en daarmee niet voldoen aan voorwaarde C. De voorwaarde is als volgt geformuleerd in de Vreemdelingencirculaire:

'De IND verleent een vergunning aan de vreemdeling:

[...]

c. die zich gedurende de periode van verblijf in Nederland niet langer dan een aaneengesloten periode van drie maanden heeft onttrokken aan het toezicht van IND, DT&V, COA of AVIM (in het kader van de meldplicht), of in het geval van

rechtswaarde als voorwaarde voor een verblijfsvergunning aan na de asielprocedure geboren kinderen, *Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 25.*

alleenstaande minderjarige vreemdelingen, van voogdijinstelling Nidos;⁷

De instanties waar de vreemdeling in beeld kan zijn, zijn geformuleerd als alternatieven. Het volstaat daarom als een vreemdeling bij één van die vier (of vijf in het geval van amv's) instanties in beeld is. Volgens vaste jurisprudentie is een vreemdeling in beeld bij de IND wanneer hij daar een verblijfsprocedure heeft,¹⁷ bij DT&V wanneer hij daar vertrekgesprekken voert,¹⁸ bij COA wanneer hij in de opvang verblijft en bij AVIM wanneer er sprake is van een meldplicht.

Het zogeheten toezichtcriterium is onder de voorgaande regelingen, te weten de Overgangsregeling en de Definitieve Regeling, nadrukkelijk onderwerp van discussie geweest. Er zijn veel uitspraken over gedaan door rechtbanken en de Afdeling, waaronder een viertal richtinggevende uitspraken op 4 maart 2015.¹⁹ Eén van die uitspraken is met name relevant, omdat die destijds heeft geleid tot een aanpassing van het

17 Uit de beslisspraktijk van de staatssecretaris ten tijde van de overgangsregeling volgt dat ook sprake kan zijn van in beeld zijn bij de IND in geval van contact met die instantie dat niet in het kader van een lopende verblijfsprocedure plaatsvindt. Zie daarvoor rb. Den Haag, zp Zwolle, 24 november 2014, nr. AWB 14/10322, r.o. 9, waaruit volgt dat de staatssecretaris ook relevantie toekent aan een briefwisseling tussen een vreemdeling en de IND die plaatsvond na de verblijfsprocedure.

18 Ook contacten met de DT&V die buiten het bestek van de eigen vertrekprocedure van de vreemdeling vallen, kunnen een rol spelen bij de beantwoording van de vraag wanneer een vreemdeling als laatste in beeld was bij de DT&V. Zie daarvoor ABRvS 4 maart 2015, nr. 201405813/1/V1, «JV» 2015/113, m.n. Werner, r.o. 6.1, waarin de Afdeling gewicht toekent aan het feit dat de vreemdeling aanwezig was bij enkele vertrekgesprekken van een familielid.

19 Voor een bespreking van de jurisprudentie over dit criterium, zie C.J. Ullersma, 'Kritische bespreking van de Afdelingsuitspraken over het Kinderpardon: Een potje Afdelingspolitiek', *A&MR* 2015, nr. 3, ve15000761.

beleid ten aanzien van de beoordeling van het toezichtcriterium.²⁰ Anders dan onder de DRLVK, toen vrijwel elk kind op de contra-indicatie niet meewerken aan vertrek werd afgevoerd en het toezichtcriterium een minder grote rol speelde, is de voorwaarde – en de daarin aangebrachte wijziging – onder de huidige Afsluitingsregeling wel weer relevant.

In de uitspraak van 4 maart 2015 oordeelde de Afdeling dat het enkele feit dat de procedure van een vreemdeling bij de IND is beëindigd, niet automatisch betekent dat men ook uit beeld raakt bij de DT&V en inspanningen moet verrichten om weer in beeld te komen bij de rijksoverheid. De Afdeling kwam tot dit oordeel, omdat zowel de IND als de DT&V deel uitmaken van hetzelfde bestuursorgaan, namelijk de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (thans Justitie en Veiligheid). Volgens de Afdeling valt daarom niet in te zien dat het beëindigen van de procedure bij de IND – die onder die staatssecretaris valt – betekent dat de vreemdeling dan ook uit beeld raakt bij diezelfde staatssecretaris:

‘Volgens de staatssecretaris zijn die inspanningen niet nodig zolang een vreemdeling een verblijfsprocedure voert en op die manier in beeld is bij de IND, maar dient die vreemdeling zich daarna te wenden tot de DT&V om in beeld te blijven. Echter, nu de IND en DT&V beide diensten van de staatssecretaris zijn en derhalve deel uitmaken van hetzelfde bestuursorgaan, valt niet in te zien dat de enkele omstandigheid dat een verblijfsprocedure is geëindigd maakt dat de desbetreffende vreemdeling uit beeld raakt bij de

staatssecretaris en daarom inspanningen moet verrichten om bij de DT&V in beeld te komen.’²¹

Deze overweging van de Afdeling leidde tot instandhouding van de door de staatssecretaris aangevallen uitspraak. Naar aanleiding van deze uitspraak schreef de staatssecretaris op 27 maart 2015 een brief aan de Tweede Kamer waarin hij, met verwijzing naar het oordeel van de Afdeling, voor deze specifieke gevallen – waarin sprake is van de beëindiging van een procedure bij de IND – een nieuw criterium introduceerde:

‘Daarnaast is van belang dat de Afdeling enerzijds oordeelt dat de enkele omstandigheid dat de vreemdeling verblijfsrechtelijk buiten beeld raakt bij de IND er niet toe leidt dat hij helemaal buiten beeld is, en anderzijds oordeelt dat van de vreemdeling actieve inspanningen mogen worden verwacht om in beeld te blijven. De combinatie van beide factoren veronderstelt dat na een zekere periode de verantwoordelijkheid om in beeld te raken weer bij de vreemdeling komt te liggen. Er zal sprake moeten zijn van aanzienlijk tijdsverloop.

De Afdelingsuitspraken overwegende heb ik daarom besloten de periode in deze specifieke situatie te stellen op drie jaar. Wanneer een vreemdeling gedurende drie jaar geen contact heeft gezocht met de DT&V, nadat hij bij de IND uit beeld is geraakt, kan in alle redelijkheid worden gesteld dat van een actieve houding van de vreemdeling geen sprake is. Ook in dat geval mag worden aangenomen dat – na het verstrijken van deze periode – een vreemdeling niet langer in beeld is van de DT&V.’²²

Op grond van de uitleg in de brief van de staatssecretaris is er pas na ommekomst van de drie jaren na het uit beeld raken bij de IND sprake van dat een vreemdeling niet langer in beeld is bij de DT&V. Dan begint de termijn van drie

20 ABRvS 4 maart 2015, nr. 201406488/1/V1. De overige uitspraken van die datum zijn ABRvS 4 maart 2015, nr. 201405813/1/V1, «JV» 2015/113, m.nt. Werner; ABRvS 4 maart 2015, nr. 201408150/1/V1, ECLI:NL:RVS:2015:681; en ABRvS 4 maart 2015, nr. 201403561/1/V1, ECLI:NL:RVS:2015:628.

21 ABRvS 4 maart 2015, nr. 201406488/1/V1, r.o. 5.2.

22 Kamerstukken II 2014/15, 19637, nr. 1968, p. 2.

maanden die niet overschreden mag worden conform de voorwaarde rijkstoezicht uit de regeling. Dat maakt dat de vreemdeling in de gegeven situatie in de praktijk drie jaar en drie maanden de tijd heeft om weer in contact te komen met één van de in de regeling genoemde instanties.

2.1 Herbeoordeling van 42 zaken onder de Overgangsregeling

In de Kamerbrief van 27 maart 2015 informeert de staatssecretaris de Kamer over het feit dat er op dat moment nog 42 gezinnen waren die onder de Overgangsregeling waren afgewezen, omdat bij de beoordeling gebleken was dat zij niet aan de voorwaarde hadden voldaan dat zij niet langer dan drie maanden uit beeld van de rijksoverheid mochten hebben verbleven. Hij deelt daarnaast mee dat de herbeoordeling van die 42 zaken aan de hand van de door hem geïntroduceerde termijn van drie jaren ertoe heeft geleid dat aan tien van die gezinnen alsnog verblijfsvergunningen werden verleend onder de Overgangsregeling.²³ In deze gevallen werd de ruimere buitenbeeldtermijn van drie jaar en drie maanden van toepassing geacht.

2.2 Beoordeling onder de Afsluitingsregeling

Onder de Afsluitingsregeling is het rijkstoezichtscriterium ook relevant. Anders dan onder de Definitieve Regeling worden tientallen kinderen afgewezen, omdat zij niet aan de voorwaarde voldoen dat zij niet langer dan drie maanden buiten beeld van de overheidsinstanties mogen hebben verbleven. Uit de cijfers die de staatssecretaris op 12 februari 2020 bekendmaakte over de eerste beoordelingsronde van alle zaken in het kader van de Afsluitingsregeling blijkt dat in 43 zaken om deze reden werd afgewezen.²⁴ Onder deze 43 zaken zijn ook enkele gevallen waarbij de tegengeworpen buitenbeeldperiode aanving op het moment dat de

verblijfsprocedure eindigde. Op dat moment waren de betreffende vreemdelingen derhalve al uit beeld bij de andere toezichthoudende instanties, te weten het COA, de DT&V en de Vreemdelingenpolitie (AVIM).

Wat opvalt aan de beslispraktijk is dat in geen van de zaken bij de eerste beoordeling de ruimere buitenbeeldtermijn van drie jaar en drie maanden is toegepast. In beroep is door de gemachtigden in diverse zaken gewezen op de beleidswijziging uit de Kamerbrief van 27 maart 2015 en bepleit dat de ruimere termijn van drie jaar en drie maanden behoort te worden toegepast. In het verlengde hiervan is in enkele gevallen eveneens een beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel waarbij verwezen is naar een zestal gevallen onder de Overgangsregeling waarin in 2015 alsnog werd ingewilligd naar aanleiding van de beleidswijziging.²⁵

Verskillende rechtbanken hebben uitspraken gedaan over de vraag of toepassing moet worden gegeven aan de verruimde termijn wanneer een gezin uit beeld is geraakt in de zin van voorwaarde C op het moment dat hun verblijfsprocedure bij de IND is geëindigd. Die uitspraken lopen sterk uiteen. Een belangrijke oorzaak daarvan is gelegen in de tekst van de Kamerbrief, die voor meerdere uitleg vatbaar blijkt. De juridische discussie hierover draait om de vraag of het handelen van de vreemdeling dat aan de beëindiging van de verblijfsprocedure voorafging die vreemdeling kan worden aangerekend en daarom moet leiden tot toepassing van de 'gewone' termijn van drie maanden dan wel dat er beoordeeld dient te worden hoe de vreemdeling gehandeld heeft na afloop van de verblijfsprocedure, dat wil zeggen na het moment

²³ Zie ook: <https://nos.nl/artikel/2027217-dijkhoff-kinderpardon-voor-nog-tien-gezinnen>

²⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 19637, nr. 2584.

²⁵ Dit betreft zes van de tien gevallen die in de Kamerbrief worden genoemd. Deze dossiers zijn bekend op de kinderrechtenhelpdesk van Defence for Children. De overige vier zijn dat niet.

van buiten beeld raken in de zin van voorwaarde C.²⁶

2.3 Het handelen van de vreemdeling na de verblijfsprocedure

In de Kamerbrief van 27 maart 2015 is weergegeven hoe de staatssecretaris zaken opnieuw heeft beoordeeld na de uitspraak van de Afdeling. Er staat:

‘De Afdelingsuitspraken van 4 maart jl. waren aanleiding om de 42 resterende zaken uit de Kamerbrief van 24 september jl. nogmaals te bekijken.

Daarbij is het relevant hoe de vreemdeling heeft gehandeld na het einde van de verblijfsrechtelijke procedure. Als een vreemdeling door zijn eigen handelen niet langer in beeld is van de rijksoverheid, kan hem dat worden toegerekend. Bijvoorbeeld doordat hij op eigen initiatief de opvang heeft verlaten. Er hoeft dan niet langer te worden aangenomen dat de vreemdeling nog in beeld is van de DT&V.

De staatssecretaris heeft hiermee ten minste de indruk gewekt dat het er in zaken waarin vreemdelingen uit beeld raken van de IND door de beëindiging van de verblijfsprocedure uitsluitend om gaat wat er daarna is gebeurd. Er zou ook met recht gesteld kunnen worden dat dit letterlijk volgt uit de tekst van de brief. Deze uitleg lijkt ook aan te sluiten op de uitspraak van de Afdeling waarin overwogen wordt:

‘Daarbij heeft hij in redelijkheid de eis kunnen stellen dat een niet rechtmatig hier te lande verblijvende vreemdeling inspanningen verricht om in beeld te blijven bij de in de Regeling vermelde instanties in de vreemdelingenketen. Volgens de staatssecretaris zijn die inspanningen niet nodig zolang een vreemdeling een verblijfsprocedure voert en op die manier in beeld is bij de IND.

²⁶ Een vreemdeling die in procedure is bij de IND wordt gedurende die procedure geacht in beeld te zijn.

maar dient die vreemdeling zich daarna te wenden tot de DT&V om in beeld te blijven. Echter, nu de IND en DT&V beide diensten van de staatssecretaris zijn en derhalve deel uitmaken van hetzelfde bestuursorgaan, valt niet in te zien dat de enkele omstandigheid dat een verblijfsprocedure is geëindigd maakt dat de desbetreffende vreemdeling uit beeld raakt bij de staatssecretaris en daarom inspanningen moet verrichten om bij de DT&V in beeld te komen.

De notie dat relevant is hoe de vreemdeling heeft gehandeld na de beëindiging van de verblijfsprocedure is voor enkele rechters reden geweest het beroep tegen de afwijzing van de staatssecretaris gegrond te verklaren. Zo heeft de rechtbank Amsterdam als volgt geoordeeld naar aanleiding van de uitspraak van de Afdeling en de Kamerbrief:

‘13. De rechtbank maakt uit bovenstaande uitspraak van de Afdeling en de daaropvolgende Kamerbrief op dat van belang is wat een vreemdeling doet na afloop van de vreemdelingrechtelijke procedure. Indien een vreemdeling na afloop van de procedure uit de opvang vertrekt, dan kan hem worden toegerekend dat hij niet langer in beeld is bij de rijksoverheid. Dat is hier echter niet het geval. Eiser en zijn moeder zijn ruim voor het eindigen van de verblijfsrechtelijke procedure uit de opvang van het COa vertrokken. Gelet op de uitspraak van de Afdeling van 4 maart 2015 waren eiser en zijn moeder tot het eindigen van de verblijfsrechtelijke procedure in beeld bij de IND en daarna mag verondersteld worden dat zij in beeld waren bij DT&V.’²⁷

Een vergelijkbaar oordeel gaf de Meervoudige Kamer van de rechtbank Den Bosch in een tussenuitspraak van 14 januari 2022. De rechtbank oordeelt dat uit de uitleg van de staatssecretaris volgt dat de vreemdeling in beeld is zolang hij

²⁷ Rb. Amsterdam 19 november 2021, nr. AWB 20/09641, r.o. 13. De staatssecretaris is tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan.

een verblijfsprocedure voert en dat hij na het einde van die procedure door eigen handelen uit beeld kan raken. Wanneer er van dergelijk handelen geen sprake is, dan dient de vreemdeling in het licht van de uitspraak van de Afdeling en de Kamerbrief volgens de rechtbank wel binnen drie jaar en drie maanden na het einde van die procedure contact op te zoeken met een van de in de regeling genoemde instanties.²⁸ In de betreffende zaak had de staatssecretaris aan het gezin tegengeworpen dat zij in november 2014 uit de opvang van het COA waren weggegaan, waarna er nog een verblijfsprocedure werd gevoerd tot een jaar nadien. Na de tussenuitspraak heeft de staatssecretaris het bezwaar alsnog gegrond verklaard en het gezin een verblijfsvergunning verleend op grond van de Afsluitingsregeling. In de beschikking wordt vermeld dat de driejaarstermijn alsnog op hun zaak van toepassing wordt geacht.

In een uitspraak van 12 mei 2022 bevestigde de rechtbank Den Bosch dit oordeel.²⁹ Het gezin waar deze uitspraak over gaat had in februari 2016 de opvanglocatie van het COA verlaten op het moment dat zij nog een verblijfsprocedure hadden lopen. Nadat die verblijfsprocedure geëindigd was, kwam het gezin binnen drie jaar en drie maanden weer in beeld van de rijks-overheid. De staatssecretaris heeft tegen deze uitspraak geen hoger beroep ingesteld en het gezin alsnog een verblijfsvergunning verleend op grond van de Afsluitingsregeling.³⁰

In een recente uitspraak sluit de rechtbank Rotterdam zich ook aan bij deze lijn. Het betreft een zaak waarin een gezin pas na het einde van

de verblijfsprocedure de opvang van het COA verlaten heeft en dientengevolge wordt het beroep op de driejaarstermijn in dat geval niet gegrond verklaard. De rechtbank zet echter wel uiteen welke uitgangspunten er naar haar oordeel volgen uit de Kamerbrief van de staatssecretaris en overweegt dat de driejaarstermijn wel van toepassing zou zijn wanneer het gezin door beëindiging van de verblijfsprocedure uit beeld was geraakt.³¹

2.4 Einde verblijfsprocedure als enkele omstandigheid?

In andere uitspraken zijn rechters tot een oordeel gekomen dat diametraal tegenover het oordeel in de hierboven besproken uitspraken staat. In die uitspraken is het betoog van de staatssecretaris gevolgd dat gaat over de volgende passage uit de Kamerbrief:

‘Daarnaast is van belang dat de Afdeling enerzijds oordeelt dat de enkele omstandigheid dat de vreemdeling verblijfsrechtelijk buiten beeld raakt bij de IND er niet toe leidt dat hij helemaal buiten beeld is, en anderzijds oordeelt dat van de vreemdeling actieve inspanningen mogen worden verwacht om in beeld te blijven.’

De woorden ‘enkele omstandigheid’ worden door de staatssecretaris in de beslisspraktijk in het kader van de Afsluitingsregeling en in verweerschriften aan de rechtbank zo uitgelegd dat de verruimde driejaarstermijn niet van toepassing is als de vreemdeling al vóór de beëindiging van de verblijfsprocedure bij een andere overheidsinstantie uit beeld is geraakt, zoals bij het COA of de DT&V. Dat kan de vreemdeling in dat geval volgens de staatssecretaris verweeten worden, hetgeen maakt dat de verruimde driejaarstermijn in die gevallen niet van toepassing is. In plaats daarvan dient dan de normale termijn van drie maanden te gelden.

28 Rb. Den Bosch (MK) 14 januari 2022, nr. AWB 21/935 (tussenuitspraak), r.o. 14.

29 Rb. Den Bosch 12 mei 2022, nr. AWB 20/9342, r.o. 10.

30 Toen er in latere zaken een beroep werd gedaan op de inwilliging in deze zaak heeft de staatssecretaris zich op het standpunt gesteld dat abusievelijk geen hoger beroep was ingesteld en er daarom geen andere mogelijkheid meer was dan de aanvraag in te willigen.

31 Rb. Rotterdam 30 november 2022, nr. AWB 20/8975, r.o. 4.1.

Opvallend genoeg heeft de Meervoudige Kamer van de rechtbank Den Bosch op 29 juli 2022 geoordeeld dat handelingen van de vreemdeling van voor het einde van de verblijfsprocedure – op het moment dat die uit hoofde van de lopende verblijfsprocedure nog in beeld is in de zin van voorwaarde C – wel aan die vreemdeling kunnen worden toegerekend, waarmee er wordt afgeweken van de eerdere jurisprudentielijn van die zittingsplaats.³² De rechtbank overweegt:

‘De staatssecretaris wijst in dit verband op de hiervoor vermelde passage in de brief van 27 maart 2015 dat als een vreemdeling door zijn eigen handelen niet langer in beeld is van de rijks-overheid, bijvoorbeeld doordat hij op eigen initiatief de opvang heeft verlaten, hem dat kan worden toegerekend. Er hoeft dan niet langer te worden aangenomen dat de vreemdeling nog in beeld is van de DT&V. Als dat wel zo zou zijn, zou de periode van drie maanden betekenisloos worden en zou de periode van drie jaar en drie maanden gelden voor iedere vreemdeling, ongeacht of hij met onbekende bestemming is vertrokken zonder opgave van het nieuwe daadwerkelijke verblijfsadres. Als een vreemdeling niet ná het einde van de verblijfsrechtelijke procedure maar al tijdens die procedure uit beeld is geraakt bij de DT&V omdat hij met onbekende bestemming was vertrokken, kan een vreemdeling redelijkerwijs niet de verwachting hebben gehad dat hij na het einde van de verblijfsrechtelijke procedure toch weer bij de DT&V in beeld zou komen. In die situatie raakt een vreemdeling na het einde van de procedure geheel uit beeld en geldt de termijn van drie maanden. Een andere uitleg waarbij alleen zou worden gekeken naar het handelen van de vreemdeling na het einde van de verblijfsrechtelijke procedure zou betekenen dat het met onbekende bestemming vertrekken uit de opvang

de vreemdeling niet kan worden aangerekend, tenzij dit gebeurt na het einde van de procedure. Dit druist in tegen de gedachte dat de vreemdeling zijn eigen handelen kan worden aangerekend. De rechtbank volgt de staatssecretaris in die toelichting. De uitleg die eisers voorstaan waarbij alleen handelen van ná het einde van de verblijfsrechtelijke procedure relevant is, verdraagt zich niet met de gedachte dat de vreemdeling verantwoordelijk kan worden gehouden voor eigen handelen dat ertoe leidt dat hij buiten beeld raakt.’

De rechtbank ziet aldus in de passage over de toerekenbaarheid van het handelen van de vreemdeling, bijvoorbeeld door uit eigen initiatief de opvang te verlaten, uit de Kamerbrief van de staatssecretaris aanleiding óók het handelen van voor de beëindiging van de verblijfsprocedure te betrekken. De vraag is gerechtvaardigd of deze conclusie kan worden getrokken op basis van de Kamerbrief, gelet op het feit dat juist die passage volgt op de zin dat ‘relevant [is] hoe de vreemdeling heeft gehandeld na het einde van de verblijfsprocedure’ en daarmee één alinea vormt in de Kamerbrief. De bedoeling van de staatssecretaris lijkt daarmee te zijn dat die toerekening van het handelen van de vreemdeling slechts die periode na het eindigen van de verblijfsprocedure omvat. Dat sluit ook aan op de uitspraak van de Afdeling waarin is overwogen dat de vreemdelingen inspanningen moet verrichten om in beeld te blijven bij de overheidsinstanties, maar dat dit niet nodig is zolang een vreemdeling een verblijfsrechtelijke procedure voert bij de IND.³³ Er kan in die periode immers geen sprake zijn van enig handelen dat ertoe leidt dat de vreemdeling buiten beeld raakt in de zin van voorwaarde C.

De overweging van de rechtbank dat de termijn van drie maanden betekenisloos zou zijn wanneer het handelen van een vreemdeling voor-

32 Vgl. de uitspraken: rb. Den Bosch 23 juli 2021, nr. AWB 19/5497, r.o. 13-14; rb. Den Bosch (MK) 14 januari 2022, nr. AWB 21/935 (tussenuitspraak), r.o. 14; en rb. Den Bosch, 12 mei 2022, nr. AWB 20/9342, r.o. 9.

33 ABRvS 4 maart 2015, nr. 201406488/1/V1, r.o. 5.2.

afgaand aan het einde van de verblijfsprocedure niet aan hem zou mogen worden toegerekend, miskent dat die termijn gewoon van toepassing is en blijft in de situatie dat de vreemdeling niet als laatste in beeld is bij de IND maar bijvoorbeeld bij het COA, omdat hij pas na de verblijfsprocedure de opvang verlaten heeft.³⁴ Zaken waarin dit de gang van zaken is geweest zijn talrijker dan die waarin het laatste contact met de IND werd onderhouden.

Omgekeerd kan worden gesteld dat de door de staatssecretaris geïntroduceerde termijn van drie jaar en drie maanden betekenisloos is wanneer het handelen van de vreemdeling voor het einde van de verblijfsprocedure wél aan hem wordt toegerekend. Voorwaarde C kent immers voor gezinnen vier overheidsinstanties waar de vreemdeling in beeld kan zijn (IND, DT&V, COA en AVIM). Het buiten beeld raken in de zin van die voorwaarde markeert het begin van de ‘buitenbeeldperiode’ die de staatssecretaris in zijn besluit aan de vreemdelingen tegenwerpt. Dat vindt per definitie plaats op een specifieke datum, namelijk het moment waarop het contact tussen de vreemdeling en de laatste van deze vier instanties ten einde komt. Die laatste instantie waarmee op datum X nog contact is, kan de IND zijn, maar die instantie is niet de enige waar de vreemdeling in de loop der tijd uit beeld is geraakt. Als de Kamerbrief

spreekt van de ‘enkele omstandigheid’ dat de vreemdeling verblijfsrechtelijk uitgeprocedeerd raakt, dan is dat alleen voorstelbaar als momentopname op datum X. Het is inherent aan voorwaarde C dat er bij een retrospectieve beschouwing van het handelen van de vreemdelingen over de periode dat zij nog in beeld waren bij de IND geen sprake van kan zijn dat de beëindiging van de verblijfsprocedure de ‘enkele omstandigheid’ is.

Deze retrospectieve beschouwing van het handelen van de vreemdeling verhoudt zich slecht met het karakter van het rijkstoezichtcriterium (voorwaarde C), omdat de vreemdeling naast het contact met de IND doorgaans ook in beeld is geweest bij ten minste één van de andere drie genoemde instanties. Zo wordt de doelgroep van de Regeling gevormd door kinderen met een asielachtergrond. Deze kinderen verblijven in de opvang van het COA en zijn zodoende – in elk geval voor een zekere periode – bij die instantie in beeld door hun verblijf in een azz en/of gezinslocatie. Wanneer het handelen voorafgaand aan de beëindiging van de verblijfsprocedure ook aan die vreemdeling toerekenbaar wordt geacht, dan kan er van uit beeld raken door de enkele beëindiging van de verblijfsprocedure geen sprake zijn. Er moet voor dat moment altijd een moment geweest zijn waarop de vreemdeling zich aan het toezicht van het COA onttrokken heeft, althans uit beeld is geraakt bij die instantie wegens het beëindigen van de opvang.³⁵ Datzelfde moment wordt vaak door de DT&V beschouwd als het moment waarop de vreemdeling bij die instantie uit beeld is geraakt. Wat is dan nog het scenario

34 Vgl. rb. Rotterdam 2 december 2022, nr. AWB 20/8975, r.o. 4.1. De onverminderde relevantie van de driemaandetermijn blijkt ook uit het feit dat in maart 2015 bij de herbeoordeling in slechts 10 van 42 gevallen geconcludeerd werd dat de verruimde termijn van toepassing was op de zaak. Op de kinderrechtenhelpdesk van Defence for Children waren destijds tientallen zaken bekend waarin was afgewezen op voorwaarde C, waaronder vele gevallen waarin het buiten beeld raken niet aanving met de beëindiging van de verblijfsprocedure maar met vertrek uit de opvang of het sluiten van het vertrekdossier door de DT&V. In die gevallen brengt de Kamerbrief geen verandering en is de driemaandetermijn van toepassing.

35 Volgens vaste jurisprudentie van de ABRvS, eveneens van 4 maart 2015, mag de staatssecretaris de term ‘onttrekken aan’ invullen als ‘buiten beeld zijn’. Dientengevolge hoeft er van een actieve onttrekkingshandeling door de vreemdeling geen sprake te zijn om te kunnen spreken van uit beeld zijn in de zin van voorwaarde C van de Regeling. Zie ABRvS 4 maart 2015, nr. 201405813/1/V1.

waarvoor de staatssecretaris de driejaarstermijn in het leven geroepen heeft? En hoe zit het met de zaken die ten tijde van die Kamerbrief werden ingewilligd met toepassing van die termijn en met de zaken waarin dat – na tussenkomst van een rechter – onder de Afsluitingsregeling gebeurde?

2.5 De toepassing van de driejaarstermijn in de praktijk – strijd met het gelijkheidsbeginsel?

Op 27 maart 2015 kregen tien gezinnen alsnog een verblijfsvergunning op grond van de Overgangsregeling, omdat op hen de ruimere termijn van drie jaar en drie maanden van toepassing werd geacht. Voor al deze gezinnen geldt dat zij voor het einde van die verblijfsprocedure reeds uit de opvang van het COA vertrokken waren en eveneens uit beeld waren geraakt bij de DT&V. Van zes van de tien gevallen konden dossierstukken worden geraadpleegd.³⁶ Uit die stukken komt naar voren dat de betreffende gezinnen voor de beëindiging van de verblijfsprocedure uit de opvang van het COA zijn weggegaan en dat ook de DT&V het dossier van die gezinnen – in sommige gevallen naar aanleiding van en gelijktijdig met de MOB-melding van het COA – heeft gesloten. In meerdere gevallen gebeurde dat gedurende de verblijfsprocedure waarvan het einde het beginpunt van de buitenbeeldperiode vormde. Uit het feit dat deze zaken in 2015 na herbeoordeling werden ingewilligd met toepassing van de ruimere termijn blijkt dat in de beslispraktijk destijds niet werd teruggekeken naar het handelen of nalaten van de vreemdeling voor de beëindiging van de verblijfsprocedure.

In enkele uitspraken is het beroep op het gelijkheidsbeginsel met verwijzing naar deze zaken gehonoreerd. Op 13 december 2022 verklaarde de rechtbank Rotterdam het beroep van een gezin op dit punt gegrond:

³⁶ De V-nummers van de hoofdaanvragers in deze zes zaken zijn: 271.282.5231, 270.929.0103, 070.205.3646, 271.541.6198, 270.651.0831 en 271.739.3750.

‘Partijen hebben over en weer zich meermaals en uitvoerig uitgelaten over de zes gevallen (door hen 1 tot en met 6 genoemd) die volgens eisers gelijk zijn aan het geval van eiser 1 en waarin die vreemdelingen wel een verblijfsvergunning op grond van de Afsluitingsregeling hebben gekregen. In de laatste stukken van eisers – het stuk van 19 augustus 2022 en het stuk van 23 september 2022 – hebben zij zeer gedetailleerd en onder vermelding van V-nummers en onder overlegging van de besluiten die in die zes zaken zijn genomen onderbouwd dat sprake is van schending van het gelijkheidsbeginsel door aan hen geen verblijfsvergunning te geven. Uit die onderbouwing leidt de rechtbank af dat er onder die zes volgens eisers vergelijkbare zaken een aantal zaken zijn waarin de vreemdelingen met onbekende bestemming waren vertrokken terwijl er nog een verblijfsprocedure liep en dat die vreemdelingen uiteindelijk een verblijfsvergunning op basis van de Afsluitingsregeling hebben gekregen. Dat geldt in ieder geval voor de zaken 1, 2 en 3. Verweerder heeft de door eisers over die zaken geschetste feiten niet, althans niet voldoende gemotiveerd betwist. Daarvan uitgaande maakt verweerder naar het oordeel van de rechtbank niet duidelijk waarom in die gevallen aan de vreemdelingen wel een verblijfsvergunning is verstrekt en aan eisers niet.’³⁷

In uitspraken van 23 juli 2021 en 12 mei 2022 had de rechtbank ’s-Hertogenbosch het beroep op het gelijkheidsbeginsel eerder gegrond verklaard.³⁸ In de zaak van het gezin waarover de tussenuitspraak van de rechtbank ’s-Hertogenbosch ging, heeft de staatssecretaris bovendien het bezwaar alsnog gegrond verklaard en in het besluit onder meer het volgende overwogen:

‘De hoofdpersoon en haar moeder zijn langer dan drie maanden buiten beeld geweest (voorwaarde c) maar zij kunnen een geslaagd beroep

³⁷ Rb. Rotterdam 13 december 2022, AWB 21/85, r.o. 7.1.

³⁸ Rb. Den Bosch 23 juli 2021, nr. AWB 19/5497; rb. Den Bosch 12 mei 2022, nr. AWB 20/9342.

doen op de brief van de staatssecretaris aan de Tweede Kamer van 27 maart 2015 (vergaderjaar 2014-2015, 19 637, nr 1968). Zij hadden drie jaar en drie maanden om weer in beeld te komen, hetgeen tijdig gebeurd is.³⁹

Het vertrek uit de opvang van het COA voor de beëindiging van de verblijfsprocedure werd dit gezin in de aanvankelijke beschikkingen nog toegerekend en was toen aanleiding om de 'gewone' driemaandentermijn toe te passen en de aanvraag wegens overschrijding van die termijn af te wijzen. De tussenuitspraak was aanleiding voor de staatssecretaris om daarop terug te komen en het handelen van dit gezin in de periode voor het einde van hun verblijfsprocedure niet langer te betrekken bij de vraag welke buitenbeeldtermijn van toepassing is.

Na de uitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch (MK) van 23 juli 2021, waarmee het beroep op het gelijkheidsbeginsel gegrond werd verklaard, heeft de staatssecretaris het bezwaar in die zaak opnieuw ongegrond verklaard. In een zeer recente uitspraak heeft de meervoudige kamer van de rechtbank 's-Hertogenbosch die nieuwe afwijzende beschikking andermaal vernietigd, omdat er naar het oordeel van de rechtbank wederom een geslaagd beroep werd gedaan op het gelijkheidsbeginsel.⁴⁰ In de uitspraak worden zowel de zes eerder genoemde zaken, die in 2015 na herbeoordeling werden ingewilligd, als de zaak waarin na de tussenuitspraak van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 14 januari 2022 met toepassing van de termijn van drie jaar en drie maanden alsnog een verblijfsvergunning werd verleend, uitvoerig besproken.⁴¹

De rechtbank stelt vast dat uit de toelichting van de staatssecretaris op de vergelijkbaarheid van deze zeven zaken met de betreffende zaak van eisers, een wisselend beeld naar voren komt. Dat is volgens de rechtbank het geval omdat de staatssecretaris ten aanzien van de zes zaken uit 2015 in sommige gevallen stelt dat er geen sprake is van actief onttrekken aan de DT&V, dat er incidenteel contact is geweest met de instanties of dat er sprake is geweest van nalaten door de instanties dat de vreemdeling niet verweten kan worden. Tot een antwoord op de vraag of die toelichting overeenkomt met de inhoud van de dossiers en met name de motivering van de aanvankelijke afwijzingen in die zes zaken, hetgeen voor elk van deze zaken uitdrukkelijk werd betwist,⁴² ziet de rechtbank zich niet genoodzaakt. De rechtbank constateert namelijk dat de staatssecretaris in zijn toelichting op de zaak van de tussenuitspraak een heel andere argumentatie te berde brengt door te stellen dat het enige verschil tussen de eisers in de zaak en het gezin van de tussenuitspraak is dat laatstgenoemd gezin niet hangende de verblijfsprocedure MOB is gegaan en eisers wel. Daarmee neemt de staatssecretaris kennelijk het standpunt in dat er een relevant verschil bestaat tussen de situatie waarbij een gezin hangende een verblijfsprocedure MOB gaat en de situatie waarbij een gezin nog voor aanvang van die verblijfsprocedure MOB gaat. Dat dit daadwerkelijk het standpunt is van de staatssecretaris lijkt te worden bevestigd in de middels de WOB-procedure verkregen stukken over de Afsluitingsregeling waarin achtereenvolgens staat:

'Is de vreemdeling op een eerder moment uit beeld geraakt bij de DT&V tijdens de IND-procedure, bijvoorbeeld door zelf met onbekende bestemming te vertrekken, dan wordt hem nadien in principe niet de termijn van drie jaar en drie maanden geboden, maar enkel de gebruikelijke termijn van drie maanden

39 Inwilligende beschikking van het Armeense gezin naar aanleiding van de tussenuitspraak van de rb. Den Bosch.

40 Rb. Den Bosch 8 februari 2023, nr. AWB 21/6573.

41 Idem, r.o. 22-34.

42 Idem, r.o. 23, 25, 27, 29, 31 en 33.

[...]

Gaat de vreemdeling na de IND-procedure MOB waardoor hij uit beeld raakt bij de DT&V, dan kan de vreemdeling er ook niet vanuit gaan dat hij nog in beeld was bij de DT&V na het einde van de IND-procedure en geldt onverkort de standaard 3 maanden-termijn.

Wanneer vertrek met onbekende bestemming tijdens de verblijfsprocedure en na de verblijfsprocedure ervoor zorgt dat geen toepassing wordt gegeven aan de driejaarstermijn, dan is dat volgens de staatssecretaris kennelijk alleen het geval in het scenario waarin de vreemdeling al vóór de verblijfsprocedure MOB gaat. Enige rechtvaardiging voor dit onderscheid komt uit de na het WOB-verzoek geopenbaarde stukken niet naar voren. De Kamerbrief van 27 maart 2015 biedt hier evenmin een grondslag voor en dat geldt ook voor de beleidsregel zelf.

De rechtbank ziet die rechtvaardiging ook niet. Zij oordeelt dat er geen grond is voor het onderscheid tussen vreemdelingen die vóór en vreemdelingen die tijdens de verblijfsprocedure MOB raken, omdat het resultaat ten tijde van de beëindiging van de verblijfsprocedure – en daarmee het volledig uit beeld raken in de zin van voorwaarde C – hetzelfde is. Daarnaast begrijpt de rechtbank niet dat de staatssecretaris in de zaak van de tussenuitspraak eerst betoogd heeft dat de verzoeken in het kader van art. 64 Vw er niet toe leidden dat het gezin weer in beeld was, omdat hun verblijfplaats niet doorgegeven was, terwijl uit de inwilligende beschikking voor dat gezin volgt dat de procedure over art. 64 Vw er wél voor zorgt dat zij in beeld raken. Bovendien houdt de staatssecretaris het er nu op dat zij na die procedure ook in beeld bleven door toepassing te geven aan de verruimde termijn van drie jaar en drie maanden. De rechtbank begrijpt niet op basis waarvan dit gezin kon veronderstellen nog in beeld te blijven, nu zij hun verblijfplaats niet kenbaar hebben gemaakt.

De rechtbank concludeert dat de reactie van de staatssecretaris op de zaak van de tussenuitspraak niet consistent is met zijn reactie op de zes zaken uit 2015 en is daarmee van oordeel dat de staatssecretaris de verlengde termijn niet consistent toepast.⁴³ De rechtbank oordeelt dan ook dat de staatssecretaris er opnieuw niet in is geslaagd om deugdelijk te motiveren dat de naar voren gebrachte zaken niet vergelijkbaar zijn. Omdat de staatssecretaris hier bij herhaling niet in geslaagd is en steeds lijkt te wisselen in zijn standpunt, geeft de rechtbank hem in overweging om aan het betreffende gezin een verblijfsvergunning te verlenen.⁴⁴

2.6 Een nieuw rondje Afdeling?

Er speelt nog een klein aantal zaken over de Afsluitingsregeling waarin het gaat om de vraag of de ruimere termijn uit de Kamerbrief van toepassing is en waarin de eerdere besluiten van de staatssecretaris naar aanleiding van die brief van belang zijn. Uit de middels de WOB-procedure verkregen stukken over de Afsluitingsregeling komt echter het beeld naar voren dat de staatssecretaris zowel ten aanzien van het punt over de uitlegging van het beleid als over de ingebrachte vergelijkbare zaken in zijn standpunt volhardt. Het enkele feit dat de staatssecretaris er reeds bij vier gelegenheden – in drie afzonderlijke zaken – niet in geslaagd is het beroep op het gelijkheidsbeginsel te weerleggen, wijst erop dat de vreemdelingen zich op goede gronden op dit argument beroepen. De vraag is of de staatssecretaris ook deze discussie over het gelijkheidsbeginsel in relatie tot voorwaarde C ter toetsing wil voorleggen aan de Afdeling. In één van de drie zaken heeft de staatssecretaris, geconfronteerd met het inwilligende besluit voor dat gezin, gesteld dat er abusievelijk geen hoger beroep tegen het oordeel over het gelijkheidsbeginsel werd ingesteld.⁴⁵ Maar ook in de twee andere zaken waar-

⁴³ Idem, r.o. 35.

⁴⁴ Idem, r.o. 36.

⁴⁵ Rb. Den Bosch 12 mei 2022, nr. AWB 20/9342.

in het beroep op het gelijkheidsbeginsel gegrond is verklaard, zag de staatssecretaris af van hoger beroep. In één van die twee gevallen leidde een nieuw afwijzend besluit tot een tweede gegrond beroep.⁴⁶ In de andere zaak is op het moment van schrijven van dit artikel nog niet duidelijk wat de volgende stap van de staatssecretaris is.⁴⁷

Het geringe aantal zaken waarin deze discussie een rol speelt en het feit dat er van enige precedentwerking vanwege het gesloten karakter van de Afsluitingsregeling per definitie geen sprake kan zijn, roepen de vraag op welk doel er gediend zou zijn met een aanhoudende weerlegging van het beroep op het gelijkheidsbeginsel. De tekst van de Kamerbrief is ambigu en voor meerdere interpretaties vatbaar, waardoor de reikwijdte van de beleidsaanpassing onduidelijk is. Verschillende rechters hebben echter vastgesteld dat in het verleden vergunningen zijn verleend aan gezinnen die voorafgaand aan de beëindiging van de verblijfsprocedure uit de opvang waren weggegaan en bij de DT&V uit beeld waren geraakt, in meerdere gevallen hangende die verblijfsprocedure. De staatssecretaris is er vooralsnog niet in geslaagd te wijzen op enig rechtens relevant verschil tussen de zaken waarin in 2015 werd ingewilligd en de zaken onder de Afsluitingsregeling waarin een beroep wordt gedaan op deze gevallen. Dit wijst op het bestaan van een beslispraktijk die de staatssecretaris ook onder de huidige Afsluitingsregeling zou behoren voort te zetten.

3. Het Afdelingsoordeel over de evenredigheidstoets en afwijzingen op grond van voorwaarde C en contra-indicatie E

In de uitspraken van 17 augustus 2022 heeft de Raad van State een oordeel gegeven over de

46 Rb. Den Bosch 8 februari 2023, nr. AWB 21/6573.

Dit betreft het beroep tegen het besluit dat volgde op rb. Den Bosch 23 juli 2021, nr. AWB 19/5497.

47 Rb. Rotterdam 13 december 2022, nr. AWB 21/85.

vraag in hoeverre er een indringende evenredigheidstoets dient plaats te vinden in het geval aan een kind/gezin wordt tegengeworpen dat er een contra-indicatie van toepassing is.⁴⁸ In het geval van een contra-indicatie is een indringende rechterlijke evenredigheidstoetsing op zijn plaats volgens de Raad van State. In beide zaken leidt dit daarom tot een gegrond beroep. In de ene zaak betrof het een afwijzing op grond van contra-indicatie A (openbare orde) en in de andere zaak was het gezin afgewezen op contra-indicatie D (identiteit).

In een van de uitspraken gaat de Raad van State nader in op het onderscheid tussen voorwaarden en contra-indicaties.⁴⁹ Op dit punt had de staatsraad advocaat-generaal (A-G) geconstateerd dat zowel de voorwaarden als de contra-indicaties uit de Afsluitingsregeling belastende elementen zijn. Daarmee is die regeling volgens de A-G niet uitsluitend begunstigend van aard. De Raad van State oordeelt, in afwijking van de constateringen van de A-G, dat de voorwaarden uit de Afsluitingsregeling geen belastende elementen zijn en dat dit alleen geldt voor de contra-indicaties:

'8.2.1. Anders dan de staatsraad advocaat-generaal, is de Afdeling van oordeel dat de in de regeling neergelegde voorwaarden geen belastende elementen zijn. Daarmee heeft de staatssecretaris namelijk slechts een begrenzing aangebracht in de groep vreemdelingen die door dat beleid wordt begunstigd. Vreemdelingen die niet aan de voorwaarden voldoen, en voor wie de Afsluitingsregeling dus niet is bedoeld, wordt niets onthouden waar zij anderszins recht op zouden hebben.'

48 ABRvS 17 augustus 2022, nr. 202006602/1/V2, ECLI:NL:RVS:2022:2290, «JV» 2022/220, m.nt. Hutten; ABRvS 17 augustus 2022, nr. 202006606/1/V2, ECLI:NL:RVS:2022:2341.

49 ABRvS 17 augustus 2022, nr. 202006602/1/V2, ECLI:NL:RVS:2022:2290, «JV» 2022/220, m.nt. Hutten.

Dit deel van het oordeel van de Raad van State is ongunstig voor de vele kinderen en gezinnen die niet werden afgewezen omdat op hen een contra-indicatie van toepassing werd geacht, maar omdat zij niet aan één van de voorwaarden voldoen. De vraag is echter of het door de Raad van State gemaakte onderscheid strookt met de praktijk van de regeling en, meer specifiek, hoe er door de staatssecretaris wordt omgegaan met het oordeel van de Raad van State waar het gaat om de gezinnen die zijn afgewezen omdat zij niet aan voorwaarde C (rijkstoezicht) zouden voldoen én op wie contra-indicatie E (beschikbaarheid) van toepassing is geacht.

3.1 De samenhang tussen het rijkstoezichtscriterium (voorwaarde C) en het beschikbaarheidscriterium (contra-indicatie E)

Voorwaarde C en contra-indicatie E uit de Afsluitingsregeling kunnen niet worden beschouwd als afzonderlijke afwijzingsgronden. In de beslisprijktijk van de staatssecretaris is er uitsluitend sprake geweest van tegenwerping van contra-indicatie E als gelijktijdig aan de vreemdeling werd tegengeworpen dat niet aan voorwaarde C (rijkstoezicht) was voldaan. Tegelijkertijd wordt er niet aan contra-indicatie E getoetst wanneer een gezin wel aan voorwaarde C van de Regeling voldoet. Een gezin wordt zodoende op beide gronden afgewezen of op geen van beide. Dit volgt uit diverse uitspraken⁵⁰ en wordt ook bevestigd in recentelijk naar aanleiding van een WOB-verzoek geopenbaarde documenten over de Afsluitingsregeling.⁵¹ De verwevenheid van de contra-indicatie E met voorwaarde C volgt uit paragraaf B9/6.6

van de Vc waarin contra-indicatie E als volgt wordt toegelicht:

‘De toetsperiode is overeenkomstig de relevante toetsperiode van de voorwaarde niet onttrekken aan het toezicht, zoals bedoeld in paragraaf B9/6.5, onder c Vc.’

3.2 De praktische toepassing van voorwaarde C en contra-indicatie E in relatie tot de Afdelingsuitspraak over evenredigheid

De Raad van State oordeelt in weerwil van de conclusie van de A-G dat voorwaarden geen belastende elementen van de regeling zijn en contra-indicaties wel. In de eerste plaats kan hierover worden opgemerkt dat de kwalificatie van vereisten uit de Regeling als voorwaarde dan wel als contra-indicatie in grote mate willekeurig is. Zo had contra-indicatie D over het vereiste dat de vreemdeling de identiteit aantoonde dan wel aannemelijk maakt, ook als een voorwaarde kunnen worden geformuleerd. En evengoed had wat nu als voorwaarde C is opgenomen ook als contra-indicatie in de regeling kunnen staan.

Het onderscheid dat de Afdeling maakt strookt niet met de wijze waarop voorwaarde C en contra-indicatie E in de praktijk worden toegepast. In die beslisprijktijk is voorwaarde C immers het belastende element en contra-indicatie E juist een potentieel ontlastend element. Wanneer de staatssecretaris immers meent dat een gezin uit beeld is geweest en aan hen daarom kan worden tegengeworpen dat niet is voldaan aan voorwaarde C, dan kan contra-indicatie E ervoor zorgen dat die voorwaarde C toch niet aan dat gezin wordt tegengeworpen in het geval er wordt geconcludeerd dat contra-indicatie E op dat gezin niet van toepassing is. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als de verblijfplaats van het gezin bij de staatssecretaris bekend was.

In een recente uitspraak heeft de rechtbank Rotterdam inderdaad geoordeeld dat er in het geval van deze specifieke combinatie van afwij-

50 Rb. Den Bosch (MK) 14 januari 2022, nr. AWB 21/935 (tussenuitspraak), ECLI:NL:RBDHA:2022:1555, r.o. 18; rb. Amsterdam 19 november 2021, nr. AWB 20/9641, r.o. 13; rb. Den Bosch 12 mei 2022, AWB 20/9342, r.o. 13.

51 Stukken gepubliceerd n.a.v. WOB-verzoek, 16 januari 2023.

zingsgronden aanleiding is voor een indringen- de rechterlijke evenredigheidstoets:

‘Het vereiste dat de vreemdeling zich gedurende de periode van verblijf in Nederland niet langer dan een aaneengesloten periode van drie maanden heeft onttrokken aan het toezicht van IND, DT&V, COa of AVIM, is geformuleerd als voorwaarde maar is wel een beperking (zie 4.5 van de conclusie van de staatsraad advocaat-generaal van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1440).

Dat geldt ook voor de contra-indicatie dat de vreemdeling niet beschikbaar is geweest in het kader van vertrek: ook dat is een beperking. De samenhang tussen deze twee beperkingen blijkt uit de uitgangspunten in de toelichting op contra-indicatie e: om te bepalen of de vreemdeling beschikbaar is geweest voor vertrek, verwijst die toelichting naar de relevante toetsperiode van voorwaarde c, terwijl die toelichting verder vermeldt dat de vreemdeling in ieder geval beschikbaar is geweest voor vertrek, indien de daadwerkelijke verblijfplaats van de vreemdeling bekend was bij de IND, DT&V, Coa of AVIM, tenzij de vreemdeling op enig moment met onbekende bestemming is vertrokken.

Daaruit volgt dat contra-indicatie e alleen kan worden tegengeworpen als aan voorwaarde c niet is voldaan. Voorwaarde c en contra-indicatie e zijn dus zodanig nauw met elkaar verweven dat, bij de combinatie van die twee beperkingen op basis van hetzelfde feitencomplex, een indringender toets niet alleen is aangewezen voor contra-indicatie e maar ook voor voorwaarde c, die in samenhang met contra-indicatie e onmiskenbaar belastend is.

Wanneer van het tegenovergestelde zou worden uitgegaan, dan zou dit betekenen dat de door een familielid begane openbare-orde-feiten of het gebruik van meerdere identiteitsgegevens (respectievelijk contra-indicatie A en D) wel tot een indringende evenredigheidstoets aan de belangen van het kind zouden moeten

leiden, terwijl de keuze van ouders om langer dan drie maanden buiten beeld van de in de regeling genoemde rijksoverheidsinstanties te verblijven per definitie niet tot zo'n indringende evenredigheidstoets zou kunnen leiden. Het lijkt me goed te betogen dat dat een niet heel evenredige uitkomst zou zijn.

4. Conclusie

Bij de afhandeling van de Afsluitingsregeling zijn enkele inconsistenties waarneembaar in de beslisspraktijk. Als sluitstuk van de Regeling Langdurig verblijvende kinderen zou de Afsluitingsregeling hetzelfde toetsingskader krijgen als diens voorgangers, afgezien van het beschikbaarheidscriterium dat in de plaats kwam van het meewerkcriterium. Desondanks is in sommige gevallen de vraag gerezen of een afwijzend besluit wel consistent is met de beslisspraktijk onder de voorgaande regelingen en onder de Afsluitingsregeling zelf. Voor de kinderen die geboren werden na de asielpcedure van de ouder(s) geldt dat de staatssecretaris inmiddels erkend heeft dat onderscheid op basis van een juridisch irrelevant formulier niet mag worden gemaakt. Ongeveer twintig gezinnen kregen na een aangenomen motie en doorgevoerde beleidswijziging alsnog de verblijfsvergunning waar zij recht op hadden, omdat zoveel anderen in een gelijke situatie die ook kregen.

Voor sommige gezinnen die uit beeld zijn geraakt door de beëindiging van de verblijfsprocedure en, op grond van een eerder per Kamerbrief gecommuniceerde beleidswijziging en een reeks inwilligingen voor andere gezinnen in een vergelijkbare situatie, meenden ook recht te hebben op de gevraagde verblijfsvergunning is de procedure nog altijd gaande.

Vanzelfsprekend is het inherent aan een beleidsregel zoals de Afsluitingsregeling dat er aanvragers zijn die niet binnen de reikwijdte van die regeling vallen. Met dit artikel is ook niet beoogd te pleiten voor enig oprekken van die regels. Waar het om gaat is dat de beleids-

regel en de eventuele latere aanpassingen aan die beleidsregel voldoende duidelijk zijn en de beslispraktijk op basis van die beleidsregel consistent is en door de jaren heen ook blijft. Wanneer die consistentie ontbreekt, ontstaat ongelijke behandeling en willekeur.

Over de auteur

Mr. M.A. (Martin) Vegter

Juridisch adviseur Kinderrechten en Migratie bij Defence for Children.

5. Feitelijke ontoegankelijkheid medische behandeling steeds iets toegankelijker?

Nikki Vreede

Een bespreking van de rol die de feitelijke toegankelijkheid van medische behandeling in het land van herkomst speelt in de procedure voor een verblijfsrecht voor medische behandeling. Waar feitelijke toegankelijkheid van medische behandeling volgens de nationale jurisprudentie eerst geen enkele rol speelde in dergelijke aanvragen, heeft de feitelijke toegankelijkheid na het arrest Paposhvili van het EHRM inmiddels de hoofdrol toebedeeld gekregen. In dit artikel zal ik die ontwikkeling uiteenzetten.

Inleiding

Op 13 december 2016 zette de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *Paposhvili t. België*¹ een nieuwe lijn uit met betrekking tot de uitzetting van ernstig zieke vreemdelingen in verhouding tot art. 3 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Het EHRM verduidelijkte niet alleen wat er kan vallen onder 'andere zeer uitzonderlijke omstandigheden' dan direct overlijden die in de weg aan uitzetting van een zieke vreemdeling kunnen staan, maar maakte ook duidelijk dat het feitelijk toegang kunnen krijgen tot behandeling in het land van herkomst een factor is die bij de beoordeling moet worden betrokken. Vooral dat laatste heeft in onze nationale besluitvorming en rechtspraak voor een kentering gezorgd. Waar het eerder vaste jurisprudentie was dat feitelijke toegankelijkheid van medische zorg in het land van herkomst geen rol van betekenis kon spelen bij een verblijfsaanvraag op medische gronden, is de feitelijke toegankelijkheid nu vaak een heet hangijzer in dergelijke procedures.

Het arrest *Paposhvili* geeft duidelijke aanwijzingen over onder meer de relevante factoren die betrokken moeten worden bij de beoordeling en de bewijslastverdeling van de feitelijke (on)toegankelijkheid van zorg en het bestaan van een reëel risico op schending van art. 3 EVRM bij gedwongen terugkeer naar het land van herkomst. Desondanks zien we in onze nationale jurisprudentie van na het *Paposhvili*-arrest vooral dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) het beleid van de staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (de staatssecretaris) onderschrijft zonder daarbij daadwerkelijk aansluiting te zoeken bij de EHRM-jurisprudentie.

In het licht van de recente discussie over de menselijke maat en de noodzaak van een evenredigheidsbeoordeling in het vreemdelingenrecht, kan het niet anders dan dat ook de nog altijd strikte jurisprudentie van de Afdeling in medische zaken begint te wringen en noopt tot herziening.

In dit artikel zal ik kort stilstaan bij de toetsingspraktijk van verblijfsaanvragen van zieke vreemdelingen vóór het *Paposhvili*-arrest en de invloed die het *Paposhvili*-arrest direct na het wijzen daarvan op die praktijk heeft gehad. Daarna zal ik ingaan op de recente ontwikkelingen die ik in het beleid van de staatssecretaris en in onze nationale en Europese jurisprudentie zie als het gaat om de bescherming die geboden moet worden aan ernstig zieke vreemde-

1 EHRM 13 december 2016, nr. 41738/10, ECLI:CE:ECHR:2016:1213JUD004173810 (*Paposhvili t. België*), m.nt. Myjer, «JV» 2017/22. Zie ook EHRM 7 december 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:1207JUD005746715 (*Savran t. Denemarken*), par. 133-136.