

# Amv-beleid is (nog steeds) in strijd met EU-Terugkeerrichtlijn

**Signalering**





De **adviesraad migratie (ACVZ)** is een onafhankelijk adviesorgaan ingesteld bij wet. De raad adviseert regering en parlement over migratie. Hij onderzoekt beleid en wetgeving en geeft aan waar verbeteringen mogelijk zijn. De adviesraad brengt praktische adviezen uit die gericht zijn op het oplossen van bestaande en te verwachten problemen.

### **Colofon**

AMV-beleid is (nog steeds) in strijd met EU-Terugkeerrichtlijn

Uitgave van de adviesraad migratie (ACVZ), Den Haag, april 2022

Adviesraad migratie

Turfmarkt 147

2511 DP 's-Gravenhage

[acvz@acvz.org](mailto:acvz@acvz.org)

[www.adviescommissievoorvreemdelingenzaken.nl](http://www.adviescommissievoorvreemdelingenzaken.nl)

## 1 Inleiding

Deze signalering gaat over het beleid voor alleenstaande minderjarige vreemdelingen (amv's), waarvan de aanvraag om verlening van een asielvergunning is afgewezen. Zij dienen in beginsel terug te keren naar hun land van herkomst omdat ze niet in aanmerking komen voor internationale bescherming. Uit de EU-Terugkeerrichtlijn volgt dat de lidstaten verplicht zijn om een terugkeerbesluit uit te vaardigen aan vreemdelingen zonder rechtmatig verblijf. De EU-Terugkeerrichtlijn voorziet in extra rechtsbescherming voor amv's vanwege hun bijzondere kwetsbaarheid. De richtlijn bepaalt dat de lidstaat voor het nemen van een terugkeerbesluit moet onderzoeken of er in het land van herkomst adequate opvang is voor de amv. Op 14 januari 2021 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ) in de zaak *TQ* geoordeeld dat het Nederlandse amv-beleid niet voldoet aan de vereisten die de richtlijn hieraan stelt.<sup>1</sup> Daarom heeft de staatssecretaris eind 2021 nieuw beleid geïntroduceerd.<sup>2</sup> Ook na deze beleidswijziging wordt echter niet voldaan aan de vereisten van de EU-Terugkeerrichtlijn.<sup>3</sup>

De ACVZ doet op basis van deze signalering de volgende aanbevelingen:

*1. Om recht te doen aan de uitspraak van het HvJ in TQ, beveelt de Adviesraad aan om artikel 10, tweede lid, van de EU-Terugkeerrichtlijn te implementeren in een algemeen verbindend voorschrift, bijvoorbeeld in het Vreemdelingenbesluit. De Adviesraad meent dat de huidige verwijzing naar het bijzonder buitenschuldbeleid niet de meest aangewezen plaats is voor de beoordeling van de beschikbaarheid van adequate opvang in het land van terugkeer.*

*2. Neem niet zonder een individuele beoordeling van de omstandigheden en belangen van de minderjarige aan, dat er sprake is van adequate opvang. De voorwaarden die worden gesteld voor de toepassing van het buitenschuldbeleid zijn erg streng. Dit leidt ertoe dat dit beleid nauwelijks wordt toegepast. Het lijkt de Adviesraad onwaarschijnlijk dat deze voorwaarden verenigbaar zijn met artikel 10, tweede lid, EU-Terugkeerrichtlijn.*

*3. Veranker het belang van het kind in de Vreemdelingenwet om recht te doen aan internationale verplichtingen uit het EU-Recht en het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind.*

<sup>1</sup> HvJ EU 14 januari 2021, Zaak nr. C-441/19 (T.Q.), JV 2021/48 m.nt. Klaassen.

<sup>2</sup> *Stcrt.* 2022, 53. Beschikbaar via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2022-53.html>.

<sup>3</sup> Zie M. Klaassen, 'No perspective for unaccompanied minors: The wrong implementation of T.Q', *Leiden Law Blog*, 2022, beschikbaar via: <https://leidenlawblog.nl/articles/no-perspective-for-unaccompanied-minors-the-wrong-implementation-of-t-q>. Zie ook C. Grütters, *Hoe het belang van het kind wederom niet wordt gehoord, Asiel- en Migrantenrecht 2022-2*, p. 70-76.

Deze signalering is als volgt opgebouwd. Eerst wordt de implementatie van de EU-Terugkeerrichtlijn in nationale wet- en regelgeving en beleid geschetst (onder 2). Daarna wordt de uitspraak van het HvJ in de context van dit beleid geplaatst (onder 3). Vervolgens wordt een beschrijving gegeven van het nieuwe beleid van de staatssecretaris (onder 4). Ten slotte signaleren we dat ook het nieuwe beleid niet voldoet aan de vereisten uit de EU-Terugkeerrichtlijn (onder 5) en doen wij suggesties ter verbetering (onder 6).

## 2 De contouren van het amv-beleid

### 2.1 Het beleid tot 2013

Het uitgangspunt van het Nederlandse beleid is sinds 2002 dat amv's die niet in aanmerking komen voor internationale bescherming zo snel mogelijk moeten terugkeren naar hun land van herkomst.<sup>4</sup> Tot de herziening van het amv-beleid in 2012 werd er bij de afwijzing van een asielaanvraag ambtshalve getoetst of de amv in aanmerking kwam voor een verblijfsvergunning regulier als amv.<sup>5</sup> Dit betrof een tijdelijke status die jaarlijks kon worden verlengd tot de vreemdeling de leeftijd van 18 jaar bereikte. In dat kader werd getoetst of er adequate opvang aanwezig was in het land van herkomst, waarbij rekening werd gehouden met de zelfredzaamheid van de amv. Amv's die op het moment van de asielaanvraag jonger dan 15 jaar waren, konden in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning regulier in het kader van voortgezet verblijf. Daarvoor moesten ze gedurende een periode van drie jaar een amv-vergunning hebben gehad en nog steeds minderjarig zijn op het moment van verlening van het voortgezet verblijf. Amv's die op het moment van de asielaanvraag 15 jaar of ouder waren kwamen hier niet voor in aanmerking, omdat zij niet gedurende drie jaar een amv-vergunning hadden gehad. Dit oude beleid leidde ertoe dat amv's vaak lang in Nederland verbleven zonder een perspectief op duurzaam verblijf.<sup>6</sup> Een illustratief voorbeeld was de Angolese amv Mauro, die al geruime tijd in Nederland woonde toen hij op zijn achttiende verjaardag zijn verblijfsrecht in Nederland verloor. Dit leidde tot veel publieke verontwaardiging en uiteindelijk tot de Regeling langdurig verblijvende kinderen (Kinderpardon) en de herijking van het amv-beleid.

### 2.2 Herziening van het amv-beleid

In 2013 is het Nederlandse amv-beleid herzien.<sup>7</sup> Het doel van de herziening was om amv's eerder en duurzaam duidelijkheid te bieden en stapeling van procedures te voorkomen. Het resultaat van de herziening was dat de verblijfsvergunning regulier als amv kwam te vervallen. Het motto van de staatssecretaris bleef hetzelfde: amv's die niet in aanmerking komen voor een asielstatus dienen terug te keren naar hun land van herkomst. In plaats van de verblijfsvergunning regulier

<sup>4</sup> *Kamerstukken II*, 2001/02, 27062, nr. 14, p. 3.

<sup>5</sup> Zie Artikel 3.57 Vb (oud) jo. B14/2.6.1 Vc (oud).

<sup>6</sup> Zie J.A. Walst & M. Goeman, 'Durable Solutions for Separated Children in Europe', 2016, beschikbaar via: <https://defenceforchildren.nl/media/1774/durable-solutions-for-separated-children-in-europe-national-report-the-netherlands.pdf>, p. 367-368.

<sup>7</sup> Zie *Scr.* 2013, 12143.

als amv kwam het voor bijzonder buitenschuldbeleid. Amv's die buiten hun schuld niet kunnen terugkeren naar hun land van herkomst kunnen in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning regulier bepaalde tijd verband houdend met niet-tijdelijke humanitaire gronden op grond van het buitenschuldbeleid voor amv's.

Het bijzonder buitenschuldbeleid voor amv's staat in artikel 3.48 van het Vreemdelingenbesluit en is uitgewerkt in beleidsregels in de Vreemdelingen-circulaire. Hierin staat dat alleen amv's die op het moment van de asielaanvraag jonger zijn dan 15 jaar in aanmerking kunnen komen voor de verblijfsvergunning. Hiermee wordt een direct onderscheid op basis van leeftijd gemaakt. De rechtvaardiging die hiervoor wordt gegeven is dat van amv's die op het moment van de asielaanvraag 15 jaar of ouder zijn wordt verwacht dat zij zich meer inspannen om terug te keren naar het land van herkomst. Toetsing aan het bijzonder buitenschuldbeleid volgt ambtshalve bij de afwijzing van de asielaanvraag en op aanvraag. De Dienst Terugkeer & Vertrek (DT&V) toetst namens de staatssecretaris of aan de voorwaarden van het bijzonder buitenschuldbeleid wordt voldaan. De DT&V adviseert vervolgens de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) over het verlenen van de verblijfsvergunning.

De voorwaarden voor de verlening van de verblijfsvergunning regulier humanitair niet-tijdelijk in het kader van het bijzonder buitenschuldbeleid voor amv's zijn dat de amv op het moment van de eerste asielaanvraag jonger moet zijn dan 15 jaar en dat er bij terugkeer geen sprake is van adequate opvang in het land van herkomst, of dat de terugkeer niet binnen drie jaar kan worden gerealiseerd buiten de schuld van de amv om.

### **2.3 Adequate opvang**

De beleidsregels voorzien in een beoordelingskader voor het vaststellen van de beschikbaarheid van adequate opvang.<sup>8</sup> In dit kader neemt de IND 'in ieder geval' aan dat er sprake is van adequate opvang indien:

- (1) er een familielid tot in de vierde graad aanwezig is in het land van herkomst;
- (2) een andere meerderjarige adequate opvang kan bieden;
- (3) opvang in een (particuliere) opvanginstelling voorhanden is en deze opvang door de IND naar lokale maatstaven als aanvaardbaar wordt beschouwd;
- (4) uit het landgeboden asielbeleid blijkt dat de autoriteiten in het land van herkomst zorgdragen voor de opvang; *of*
- (5) op grond van algemene informatie blijkt dat de algemene opvangvoorzieningen beschikbaar en toereikend zijn. In de beleidsregels is tevens uitgewerkt onder welke omstandigheden een opvanginstelling in staat wordt geacht adequate opvang te bieden. Dit is het geval indien de instelling tot het moment dat de amv meerderjarig wordt toegang tot onderwijs, medische zorg, hygiëne, kleding en voedsel kan bieden. Als op basis van deze indicatoren wordt aangenomen dat adequate opvang aanwezig is, wordt niet nader beoordeeld of deze opvang in het belang van de amv is.

---

<sup>8</sup> Zie Vc B8/6.1.

In de praktijk blijkt dat het bijzonder buitenschuldbeleid nauwelijks wordt toegepast.<sup>9</sup> Hier zijn een aantal redenen voor aan te wijzen. Ten eerste wordt een zeer brede definitie van adequate opvang gehanteerd. Bij opvang door familieleden wordt aangenomen dat sprake is van adequate opvang bij de aanwezigheid van een familielid tot in de vierde graad. Of het familielid wel in staat en bereid is om opvang te bieden aan de amv speelt verder geen rol. Ten tweede is ook de verwijzing 'naar lokale maatstaven' breed geformuleerd. Hierbij wordt expliciet kenbaar gemaakt dat de opvangvoorzieningen die beschikbaar zijn in het land van herkomst niet naar Nederlandse standaarden worden beoordeeld. Ten derde wordt adequate opvang 'in ieder geval' aangenomen als aan één van de voorwaarden uit het beleid wordt voldaan. Dit impliceert dat er geen sprake is van een onderzoek of de voorziene opvang in het land van herkomst in het belang van het kind is. Al met al wordt hierdoor snel aangenomen dat aan het vereiste van het ontbreken van adequate opvang niet is voldaan.

Daarnaast blijkt uit de uitvoeringspraktijk dat er vaak geen terugkeerhandelingen worden ondernomen voor amv's met een vertrekplicht. Vaak wordt er pas nadat de amv meerderjarig is geworden overgegaan tot actieve terugkeerhandelingen. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn dat amv's moeilijk uitzetbaar zijn. Bepaalde landen van herkomst werken in het algemeen al slecht mee bij het terugnemen van hun eigen onderdanen. Voor amv's geldt dat nog meer. Ook indien de asielaanvraag van een amv wordt afgewezen behoudt de amv het recht op opvang, tot de meerderjarige leeftijd wordt bereikt. In de praktijk betekent dit dat het onrechtmatig verblijf van amv's vaak wordt gedoogd.

## 2.4 EU-Terugkeerrichtlijn

Het was lange tijd de vraag hoe dit beleid zich verhoudt met de EU-Terugkeerrichtlijn. In artikel 10, tweede lid, EU-Terugkeerrichtlijn is bepaald dat lidstaten zich voor het verwijderden van een amv ervan moeten overtuigen dat de minderjarige wordt teruggestuurd naar een familielid, een aangewezen voogd, of naar adequate opvangfaciliteiten in het land van terugkeer. Volgens de transponeringstabel bij de memorie van toelichting bij het wijzigingsbesluit ter implementatie van de EU-Terugkeerrichtlijn in het Nederlandse recht geldt het (destijds geldende) amv-beleid als implementatie van artikel 10, tweede lid.<sup>10</sup> Hierin wordt verwezen naar het beleid in de Vreemdelingencirculaire en wordt vermeld dat dit in het Voorschrift Vreemdelingen, dat in tegenstelling tot de Vreemdelingencirculaire wel een algemeen verbindend voorschrift betreft, moet worden opgenomen. Dit is nodig omdat een verplichting uit een richtlijn niet in een beleidsregel kan worden geïmplementeerd. Het is echter nooit tot een opname in het Voorschrift Vreemdelingen, of een andere bepaling in de Vreemdelingenwet of het Vreemdelingenbesluit gekomen. Naast de specifieke bepaling over adequate

<sup>9</sup> Op 27 juni 2016 schreef de staatssecretaris dat er sinds de herijking van het amv-beleid in 2013 tien aanvragen zijn ingediend voor een verblijfsvergunning op grond van het buitenschuldbeleid. Deze zijn allen afgewezen, *Aanhangsel Handelingen II*, 2015/16, nr. 3430.

<sup>10</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32420, nr. 3.

opvang bepaalt artikel 5, sub a, EU-Terugkeerrichtlijn dat de lidstaten bij de tenuitvoerlegging van de richtlijn rekening moet houden met het belang van het kind. In de transponeringstabel worden geen bepalingen vermeld die worden geacht als implementatiewetgeving te dienen voor deze (horizontale) richtlijnbevestiging.

### **3 Het Hof van Justitie in de zaak TQ**

In *TQ* heeft het HvJ uitspraak gedaan over hoe het Nederlandse amv-beleid zich verhoudt tot de EU-Terugkeerrichtlijn. De zaak die leidde tot deze uitspraak<sup>11</sup> gaat over een amv uit Guinee die in 2002 is geboren en op jonge leeftijd met zijn tante in Sierra Leone is gaan wonen. Na het overlijden van zijn tante is hij door een Nigeriaanse man naar Nederland gebracht. Hier is hij slachtoffer geworden van mensenhandel en seksueel misbruik. Hierdoor kampt hij met ernstige psychische klachten. Zijn asielaanvraag in Nederland is afgewezen en de staatssecretaris heeft ambtshalve bepaald dat hij ook niet in aanmerking kwam voor een verblijfsvergunning regulier in het kader van het bijzonder buitenschuldbeleid voor amv's. Nadat de staatssecretaris had vastgesteld dat hij ook niet in aanmerking kwam voor uitstel van vertrek op medische gronden, is er een vertrektermijn van vier weken vastgesteld. De amv gaat in beroep tegen de afwijzing van zijn asielaanvraag. Hierbij stelt de amv dat hij niet weet waar zijn ouders verblijven en dat hij geen andere familieleden kent. Omdat hij niet is opgegroeid in zijn land van herkomst, vindt hij dat hij niet naar dit land kan terugkeren. De verwijzende rechter vraagt in een prejudiciële procedure aan het HvJ of de staatssecretaris zich er, voordat er een terugkeerverplichting wordt opgelegd, van moet vergewissen dat er in beginsel adequate opvang aanwezig en beschikbaar is in het land van herkomst. Daarnaast vraagt de rechter of het onderscheid naar leeftijd dat in het Nederlandse beleid wordt gemaakt bij deze beoordeling in overeenstemming is met de Terugkeerrichtlijn.

Als eerste bespreekt het HvJ de vraag of de lidstaat voor het nemen van een terugkeerbesluit onderzoek moet doen naar de beschikbaarheid van adequate opvang. Het HvJ benadrukt dat artikel 5, onder a, van de Terugkeerrichtlijn impliceert dat in alle fasen van de procedure rekening moet worden gehouden met het belang van het kind. Er moet een algemene en grondige beoordeling van de situatie van de amv worden gemaakt.<sup>12</sup> De lidstaten dienen in dit kader rekening te houden met meerdere aspecten, zoals de leeftijd, het geslacht, de bijzondere kwetsbaarheid, de fysieke en mentale gezondheid, het verblijf in een pleeggezin, het opleidingsniveau en de sociale omgeving van de minderjarige.<sup>13</sup> In artikel 10, tweede lid, van de Terugkeerrichtlijn staat dat de lidstaten, voordat zij een amv verwijderden, moeten nagaan of deze wordt teruggestuurd naar een familielid of naar adequate opvangfaciliteiten. In het geval een lidstaat een terugkeerbesluit zou treffen, maar op grond van artikel 10, tweede lid, niet overgaat tot

<sup>11</sup> HvJ EU 14 januari 2021, Zaak nr. C-441/19 (*T.Q.*), *JV* 2021/48 m.nt. Klaassen.

<sup>12</sup> R.o. 46.

<sup>13</sup> R.o. 47.



verwijdering, leidt dit tot grote onzekerheid bij de amv over zijn wettelijke status en zijn toekomst.<sup>14</sup> Onder verwijzing naar artikel 5, sub a, Terugkeerrichtlijn en artikel 24, tweede lid, Handvest van de Grondrechten acht het HvJ dit niet verenigbaar met het belang van het kind.<sup>15</sup> De beoordeling van de beschikbaarheid van adequate opvang moet daarom al voor het nemen van een terugkeerbesluit worden onderzocht.<sup>16</sup>

Als tweede bespreekt het HvJ in hoeverre het onderscheid naar leeftijd, dat in het Nederlandse beleid wordt gemaakt, verenigbaar is met de EU-Terugkeerrichtlijn. Het overweegt dat de leeftijd van de amv één van de factoren is die relevant is voor de beantwoording van de vraag of het belang van het kind zich verzet tegen het nemen van een terugkeerbesluit.<sup>17</sup> Maar leeftijd mag niet het enige criterium zijn in deze beoordeling, aangezien er een algemene en grondige beoordeling dient plaats te vinden.<sup>18</sup> Hiermee is het onderscheid naar leeftijd dat in het bijzonder buitenschuldbeleid wordt gemaakt in strijd met de EU-Terugkeerrichtlijn.

Ten slotte bespreekt het HvJ hoe een beleid en uitvoeringspraktijk waarin er wel een terugkeerbesluit wordt genomen maar dit niet wordt uitgevoerd zich verhoudt met de EU-Terugkeerrichtlijn. Het HvJ wijst erop dat de lidstaten er na het nemen van een terugkeerbesluit op basis van artikel 8, eerste lid, Terugkeerrichtlijn toe gehouden zijn de nodige maatregelen te nemen om de vreemdeling te verwijderen.<sup>19</sup> Onder verwijzing naar de loyaliteitsplicht en het beginsel van doeltreffendheid oordeelt het HvJ dat een lidstaat geen terugkeerbesluit mag uitvaardigen om vervolgens de verwijdering uit te stellen tot de amv achttien jaar oud is.<sup>20</sup>

Na de uitspraak van het HvJ in *TQ* heeft de staatssecretaris bijna een jaar nagedacht over nieuw beleid. In eerste instantie is de staatssecretaris ermee gestopt om een terugkeerbesluit te verbinden aan de afwijzing van een asielverzoek. Artikel 45 Vw bepaalt dat de afwijzing van een asielverzoek tevens geldt als terugkeerbesluit, tenzij er al eerder een terugkeerbesluit is uitgevaardigd aan de vreemdeling en deze zich niet heeft gehouden aan de vertrekplicht. In een serie rechtbankuitspraken is de staatssecretaris erop gewezen dat het niet verbinden van een terugkeerbesluit aan de afwijzing van een asielaanvraag onrechtmatig is omdat artikel 45 Vw dwingend is geformuleerd.<sup>21</sup> Bij beantwoording van vragen van de Tweede Kamer over een brief over uitstel van vertrek voor amv's<sup>22</sup> heeft de staatssecretaris in de beantwoording van vragen van de SP-fractie, onder verwijzing naar zijn standpunt zoals dat naar voren is gebracht

---

<sup>14</sup> R.o. 52.

<sup>15</sup> R.o. 54.

<sup>16</sup> R.o. 57.

<sup>17</sup> R.o. 64.

<sup>18</sup> R.o. 66.

<sup>19</sup> R.o. 79.

<sup>20</sup> R.o. 81.

<sup>21</sup> Zie bijvoorbeeld: Zp. Roermond 30 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:6786; Zp. Arnhem 6 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11614; Zp. Rotterdam 23 september 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10697.

<sup>22</sup> *Kamerstukken II*, 2021/22, 29344, nr. 149.

door de landsadvocaat, gesteld dat artikel 45 Vw richtlijnconform dient te worden uitgelegd en het normaliter twee besluiten betreft: de afwijzing van de asielaanvraag en de oplegging van een terugkeerbesluit.<sup>23</sup> Dit argument van de staatssecretaris is opmerkelijk aangezien de richtlijn de lidstaten de ruimte laat om te kiezen voor een meeromvattend besluit of separate besluiten.<sup>24</sup> Het gaat er echter aan voorbij dat de wetgever, gelet op de expliciete formulering van artikel 45 Vw, ervoor gekozen heeft dat de afwijzing van een asielaanvraag tevens geldt als terugkeerbesluit, tenzij eerder een terugkeerbesluit tegen de vreemdeling is uitgevaardigd. Hiermee gaat een richtlijnconforme uitlegging van artikel 45 Vw in tegen de wet. Dit is onverenigbaar met het EU-recht. Begin 2022 heeft de staatssecretaris de beleidsregels in de Vreemdelingencirculaire aangepast om recht te doen aan de uitleg van de EU-Terugkeerrichtlijn in TQ.

#### 4 De beleidswijziging

Volgens de aanpassing van het beleid verleent de staatssecretaris uitstel van vertrek aan amv's zolang niet vaststaat dat er adequate opvang is in het land van herkomst. Voor het onderzoek naar adequate opvang verwijst de staatssecretaris naar zijn bijzonder buitenschuldbeleid dat is uitgewerkt in Vc B8/6.1. Op basis van het nieuwe beleid wordt uitstel van vertrek verleend indien de amv op het moment van de asielaanvraag minderjarig is en er geen terugkeerbesluit kan worden uitgevaardigd omdat de amv niet kan terugkeren naar het land van herkomst, vanwege het ontbreken van adequate opvang. Het uitstel van vertrek vervalt indien de amv meerderjarig wordt of indien er alsnog een terugkeerbesluit wordt uitgevaardigd. Een voorwaarde voor het uitvaardigen van een terugkeerbesluit is dat uit nader onderzoek blijkt dat er adequate opvang is in het land van herkomst.

In de memorie van toelichting bij het wijzigingsbesluit licht de staatssecretaris toe dat er op dit moment nog geen wettelijke basis is voor het verlenen van uitstel van vertrek. Artikel 64 Vw voorziet in de mogelijkheid tot uitstel van vertrek indien het gelet op de gezondheidstoestand van de vreemdeling of zijn familieleden niet verantwoord is om te reizen. Dit uitstel van vertrek levert rechtmatig verblijf op in de zin van artikel 8, sub j, Vw. Deze bepaling is echter niet van toepassing op amv's, indien er geen medische uitzettingsbeletselen zijn. Op dit moment bestaat er daarom geen wettelijke basis voor het verlenen van uitstel van vertrek aan amv's. In die omstandigheid kan er ook geen sprake zijn van rechtmatig verblijf.

Een andere aanpassing van het amv-beleid betreft de toetsingsvolgorde bij de beoordeling van de asielaanvraag. Daar is aan toegevoegd dat er na de ambtshalve toetsing of de amv voldoet aan de voorwaarden voor verlening van een

<sup>23</sup> [tk-bijlage-beantwoording-vso-29344149-over-uitstel-van-vertrek-amv-s-zonder-terugkeerbesluit.pdf](#).

<sup>24</sup> Artikel 6, zesde lid, Terugkeerrichtlijn: Deze richtlijn belet niet dat in de lidstaten het besluit inzake de beëindiging van het legaal verblijf tezamen met een terugkeerbesluit en/of een verwijderingsbesluit en/of een inreisverbod overeenkomstig de nationale wetgeving met één administratieve of rechterlijke besluit of handeling kan worden genomen, onverminderd de procedurele waarborgen die zijn vervat in hoofdstuk III en in andere toepasselijke bepalingen van het communautair en het nationaal recht.

verblijfsvergunning regulier ook moet worden getoetst of de amv in aanmerking komt voor uitstel van vertrek. Deze aanpassing is procedureel van aard en heeft verder geen invloed op de inhoudelijke toetsing van de aanwezigheid van adequate opvang.

## **5 Waarom het nieuwe beleid nog steeds in strijd is met de EU-Terugkeerrichtlijn**

Door in plaats van een terugkeerbesluit uit te vaardigen te voorzien in uitstel van vertrek formaliseert de staatssecretaris de oude praktijk van het niet overgaan tot uitzettingshandelingen. Wezenlijk verandert er niet veel voor amv's: in de oude situatie moesten ze zonder uitstel van vertrek wachten op uitzettingshandelingen tot ze meerderjarig werden, nu wachten ze met uitstel van vertrek tot het moment dat een terugkeerbesluit wordt uitgevaardigd, of tot ze meerderjarig worden. Het nieuwe beleid is nog steeds in strijd met artikel 45 Vw, deze bepaling schrijft immers een meeromvattend besluit voor. Voor de werkwijze om bij de afwijzing van de asielaanvraag af te zien van het uitvaardigen van een terugkeerbesluit laat de Vreemdelingenwet geen ruimte.

In de huidige wetgeving bestaat er bovendien geen wettelijke basis voor het verlenen van uitstel van vertrek. In de memorie van toelichting op het nieuwe beleid licht de staatssecretaris toe dat uitstel van vertrek wordt gezien als een andere vorm van toestemming tot verblijf in de zin van artikel 6, vierde lid, EU-Terugkeerrichtlijn. Maar hiervoor bestaat op dit moment nog geen wettelijke basis in het nationale recht. Als uitstel van vertrek al een vorm van rechtmatig verblijf is die verenigbaar is met de richtlijn – hetgeen door het inherent tijdelijke karakter van uitstel van vertrek in twijfel kan worden getrokken – kan er geen sprake zijn van een richtlijn bepaling die wordt omgezet in een beleidsregel. Bovendien is er reeds rechtspraak die bevestigt dat het verlenen van uitstel van vertrek geen wettelijke basis heeft en daarmee onrechtmatig is.<sup>25</sup>

Een fundamentele gebrek aan het huidige amv-beleid is het onderscheid naar leeftijd dat nog steeds wordt gemaakt. Het bijzonder buitenschuldbeleid geldt alleen voor amv's die op het moment van de asielaanvraag jonger dan 15 jaar zijn. Alleen in het kader van het bijzonder buitenschuldbeleid wordt er getoetst of adequate opvang beschikbaar is. Hiermee is er geen beoordelingskader voor de toetsing van adequate opvang voor amv's die op het moment van de eerste asielaanvraag 15 jaar of ouder zijn. Ook indien er uitstel van vertrek is verleend, is het hiermee onduidelijk hoe de staatssecretaris kan beoordelen of er adequate opvang is in het land van herkomst. Hier is simpelweg geen toetsingskader voor, omdat amv's die op het moment van de asielaanvraag ouder dan 15 jaar zijn expliciet zijn uitgezonderd van het bijzonder buitenschuldbeleid. Zij kunnen wel een beroep doen op het algemene buitenschuldbeleid. Hier speelt de beschikbaarheid van adequate opvang echter geen rol in. Indien het bijzonder

---

<sup>25</sup> Zie Zp. Middelburg 1 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:1742.

buitenschuldbeleid al kan worden gezien als implementatie van artikel 10, tweede lid, EU-Terugkeerrichtlijn, blijkt uit *TQ* dat er geen onderscheid naar leeftijd mag worden gemaakt bij de beoordeling van adequate opvang. Het nieuwe beleid verandert dit niet en hiermee is het beleid nog steeds in strijd met de richtlijn.

Of de inhoudelijke beoordeling van adequate opvang bij de toepassing van het bijzonder buitenschuldbeleid zelf in overeenstemming is met de EU-Terugkeerrichtlijn is tot nu toe veelal buiten de discussie gebleven. Een verklaring hiervoor is simpelweg dat er niet aan is getoetst omdat het buiten het bereik van de toetsing is gebleven. Of het toetsingskader wel in overeenstemming is met de EU-Terugkeerrichtlijn is om meerdere redenen hoogst onzeker.

Ten eerste volgt op dit moment uit het bijzonder buitenschuldbeleid dat er 'in ieder geval' wordt aangenomen dat er sprake is van adequate opvang in het land van herkomst indien aan één van de in het beleid genoemde voorwaarden wordt voldaan. Dit impliceert dat er geen nader onderzoek plaatsvindt naar de vraag of deze opvang in het belang van het kind is. Op basis van artikel 5, sub a, EU-Terugkeerrichtlijn en artikel 24, tweede lid, Handvest van de Grondrechten van de EU is een dergelijke beoordeling wel vereist. De absolute formulering in het beleid laat deze ruimte niet en is daarom niet verenigbaar met deze Unierechtelijke bepalingen. Ten tweede is de definitie van gezinsleden waar de amv adequaat kan worden opgevangen zeer ruim geformuleerd. Gezinsleden tot in de vierde graad, alsmede andere meerderjarigen, worden geacht te kunnen voorzien in adequate opvang. Dit zijn onder meer betovergrootouders, achterneven en -nichten, neven en nichten en oudooms en -tantes. Ook wordt getoetst of deze gezinsleden aanwezig zijn in het land van terugkeer, en niet of deze gezinsleden ook kunnen en willen voorzien in opvang voor de amv. Nergens in het EU-immigratierecht wordt er gebruik gemaakt van een dergelijk brede formulering van de definitie van het gezin. Ten derde is het de vraag hoe de beoordeling van lokale opvangfaciliteiten 'naar lokale maatstaven' zich verhoudt tot de EU-Terugkeerrichtlijn. Door te verwijzen naar lokale maatstaven wordt de beoordeling van wat wordt gezien als adequate opvang zeer relatief. Ook ontstaan hierdoor verschillen tussen landen van herkomst. Wat in land A als adequate opvang kan worden gezien, kan in land B worden gekenmerkt als inadequaar omdat de standaard anders is. Dit kan leiden tot rechtsongelijkheid.

Een verklaring voor de ongelukkige formulering van de voorwaarden voor de toepassing van het bijzonder buitenschuldbeleid kan zijn dat het van oorsprong helemaal niet was bedoeld als implementatie van artikel 10, tweede lid, EU-Terugkeerrichtlijn. Het was bestaand beleid dat tot stand is gekomen in 2002 en is herzien in 2013. De EU-Terugkeerrichtlijn is aangenomen in december 2008 en (te laat) in Nederland omgezet in december 2011. Hoewel de transponeringstabel anders suggereert is het nooit de bedoeling van de wetgever geweest om artikel 10, tweede lid, te implementeren in het (oude) amv-beleid of het (huidige) bijzonder buitenschuldbeleid. In plaats van een effectieve implementatie van de

richtlijn heeft de wetgever ervoor gekozen om de systematiek van de bestaande regelgeving zo veel mogelijk in stand te houden, met alle gevolgen van dien.

## 6 Aanbevelingen

De Adviesraad Migratie roept de staatssecretaris op het amv-beleid te herzien. Ook na de beleidswijziging van januari 2022 is het beleid niet in overeenstemming met de EU-Terugkeerrichtlijn en de uitleg die daarin is gegeven door het HvJ in *TQ*.

Om recht te doen aan de uitspraak van het HvJ in *TQ*, beveelt de Migratieraad aan om artikel 10, tweede lid, van de EU-Terugkeerrichtlijn te implementeren in een algemeen verbindend voorschrift, bijvoorbeeld in het Vreemdelingenbesluit. De adviesraad meent dat de huidige verwijzing naar het bijzonder buitenschuldbeleid niet de meest aangewezen plaats voor de beoordeling van de beschikbaarheid van adequate opvang in het land van terugkeer is. Er zou recht worden gedaan aan de verplichtingen uit de Terugkeerrichtlijn indien er in het kader van het nemen van het terugkeerbesluit, bij de afwijzing van de asielaanvraag apart en ambtshalve aan deze bepalingen wordt getoetst. Hiertoe zou een grond voor verlening van een verblijfsvergunning regulier bepaalde tijd verband houdend met niet-tijdelijke humanitaire gronden, kunnen worden toegevoegd aan artikel 3.48 Vb.

Op het moment dat deze grond voor vergunningverlening voorziet in een toetsing zoals bedoeld in artikel 10, tweede lid, EU-Terugkeerrichtlijn, zou een dergelijke bepaling in artikel 3.48 Vb kunnen dienen als implementatiewetgeving voor deze bepaling. De toepassing hiervan kan vervolgens worden uitgewerkt in de Vreemdelingencirculaire. Het lijkt de adviesraad onwaarschijnlijk dat de voorwaarden voor het bestaan van adequate opvang, die thans gelden bij het bijzonder buitenschuldbeleid, verenigbaar zijn met artikel 10, tweede lid, EU-Terugkeerrichtlijn. Hiervoor is het van belang dat niet zonder een individuele beoordeling van de omstandigheden en belangen van de minderjarige wordt aangenomen dat er sprake is van adequate opvang.

Ten slotte pleit de adviesraad voor een verankering van het belang van het kind in de Vreemdelingenwet. De horizontale bepaling over het belang van het kind uit artikel 5, sub a, EU-Terugkeerrichtlijn is niet omgezet in de Vreemdelingenwet. Hetzelfde geldt voor vergelijkbare bepalingen uit andere richtlijnen op het terrein van het vreemdelingenrecht, zoals artikel 5, vijfde lid, EU-Gezinsherenigingsrichtlijn. De verplichting om rekening te houden met het belang van het kind blijkt ook uit artikel 24, tweede lid, Handvest en uit artikel 3, eerste lid, Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind. Om beter recht te doen aan deze verschillende verplichtingen zou in de Vreemdelingenwet moeten worden opgenomen dat bij ieder besluit dat op basis van de Vreemdelingenwet genomen wordt en waarbij kinderen betrokken zijn, rekening wordt gehouden met het belang van het kind.