

AFDELING
BESTUURSRECHTSPRAAK

Uitspraak met toepassing van artikel 8:54, eerste lid, van de Algemene wet
bestuursrecht (hierna: de Awb) op het hoger beroep van:

de minister van Buitenlandse Zaken,
appellant,

tegen de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats
Amsterdam, van 23 december 2011 in zaken nrs. 11/19730 en 11/19731 in
de gedingen tussen:

en

de minister.

Procesverloop

Bij onderscheiden besluiten van 4 januari 2011 heeft de minister aanvragen van de vreemdelingen om hun een machtiging tot voorlopig verblijf (hierna: mvv) te verlenen afgewezen.

Bij onderscheiden besluiten van 16 mei 2011 heeft de minister de daartegen door de vreemdelingen gemaakte bezwaren ongegrond verklaard. Deze besluiten zijn aangehecht.

Bij uitspraak van 23 december 2011 heeft de rechtbank de daartegen door de vreemdelingen ingestelde beroepen gegrond verklaard, die besluiten vernietigd en bepaald dat de minister nieuwe besluiten op de gemaakte bezwaren neemt met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de minister hoger beroep ingesteld. Het hogerberoepschrift is aangehecht.

De vreemdelingen hebben een verweerschrift en een nader stuk ingediend.

Vervolgens is het onderzoek gesloten.

Overwegingen

1. De vreemdelingen, die als geboortedatum 1 juli 1993 onderscheidenlijk 1 juli 1995 hebben, hebben in het kader van artikel 29, eerste lid, aanhef en onder e, van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: de Vw 2000) een mvv-aanvraag ingediend voor verblijf bij (hierna: de referent), houder van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd, verleend krachtens artikel 29, eerste lid, aanhef en onder d, van de Vw 2000 en, naar gesteld, hun zwager onderscheidenlijk oom en tevens hun pleegvader.

2. Ingevolge artikel 29, eerste lid, aanhef en onder e, van de Vw 2000 kan een verblijfsvergunning voor bepaalde tijd als bedoeld in artikel 28 worden verleend aan een vreemdeling die als minderjarig kind feitelijk behoort tot het gezin van de vreemdeling, bedoeld onder a tot en met d, die dezelfde nationaliteit heeft als die vreemdeling en gelijktijdig met deze vreemdeling Nederland is ingereisd dan wel is nagereisd binnen drie maanden, nadat aan de vreemdeling, bedoeld onder a tot en met d, de verblijfsvergunning voor bepaalde tijd, bedoeld in artikel 28, is verleend.

3. Zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 26 september 2006 in zaak nr. 200603951/1 (www.raadvanstate.nl), dient een mvv-aanvraag in het kader van artikel 29, eerste lid, aanhef en onder e, van de Vw 2000 te worden beoordeeld aan de hand van die bepaling.

4. Ingevolge artikel 4:2, tweede lid, van de Awb is het aan de aanvrager om de gegevens en bescheiden te verschaffen die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de

beschikking kan krijgen. Het is derhalve aan de vreemdeling om in de bestuurlijke fase de feitelijke gezinsband aannemelijk te maken.

Ingevolge artikel 4:8 van de Awb stelt een bestuursorgaan, voordat het een besluit geeft waartegen een belanghebbende die het besluit niet heeft aangevraagd naar verwachting bedenkingen zal hebben, die belanghebbende in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen indien het besluit zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende betreffen, en die gegevens niet door de belanghebbende zelf ter zake zijn verstrekt.

Volgens paragraaf C2/6.1 van de Vreemdelingencirculaire 2000 dienen de gezinsleden, om voor verblijf in aanmerking te komen, tot aan het vertrek van de hoofdpersoon uit het land van herkomst feitelijk te hebben behoord tot diens gezin. De bewijslast omtrent het in het land van herkomst feitelijk tot het gezin behoord hebben, ligt bij de hoofdpersoon. Wat de gezinsband tussen ouders en niet-biologische kinderen betreft, is vermeld dat deze niet door DNA-onderzoek kan worden onderzocht, zodat het aan betrokkene is om aannemelijk te maken dat deze kinderen in het land herkomst ook daadwerkelijk behoorden tot het gezin van de hoofdpersoon.

5. De minister heeft zich in de onderscheiden besluiten van 16 mei 2011 op het standpunt gesteld dat de vreemdelingen niet aannemelijk hebben gemaakt dat zij ten tijde van belang feitelijk tot het gezin van de referent behoorden, omdat zij verklaringen hebben afgelegd die op essentiële punten tegenstrijdig zijn met die van de referent en de gestelde echtgenote van de referent, die met de vreemdelingen in Kenia verblijft. Deze verklaringen betreffen familieleden, het werk van de referent, moskeebezoek, bezoek aan de Koranschool, de kamerindeling in huis en de reis van Somalië naar Nairobi.

6. De minister klaagt in grief 1 dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat hij door de wijze van verslaglegging van de identificerende gehoren en de wijze waarop daarbij is getolkt, bij de voorbereiding van de besluitvorming onzorgvuldig heeft gehandeld.

6.1. De minister voert terecht aan dat de rechtbank niet heeft onderkend dat uit de verslagen van de gehoren niet valt af te leiden dat zich enig communicatieprobleem heeft voorgedaan en dat de vreemdelingen in de bezwaarfase in de gelegenheid zijn geweest om nader te reageren op de geconstateerde tegenstrijdigheden in hun verklaringen.

De vreemdelingen, die hebben verklaard dat zij de vragen van de gehoordewerker goed hebben begrepen en tevreden waren over het verloop van het gesprek, hebben niet toegelicht op welke manier de verschillen tussen hun verklaringen en die van de referent en de gestelde echtgenote van de referent kunnen worden verklaard door de wijze waarop het gehoor heeft plaatsgevonden of de wijze waarop de vragen of hun verklaringen tijdens het gehoor zijn vertaald, bijvoorbeeld door concreet aan te wijzen welke in het verslag neergelegde vragen en verklaringen niet overeenkomen met de vragen die de tolk in het Somalisch aan hen heeft gesteld en de antwoorden die zij hierop hebben gegeven. In dit verband is van belang dat uit het verslag van het gehoor niet blijkt dat de vreemdelingen

en de gehoormedewerker elkaar niet hebben begrepen en evenmin dat de gehoormedewerker zijn vragen niet op een correcte en adequate wijze heeft gesteld en dat de vreemdelingen niet in de gelegenheid zijn gesteld daarop antwoord te geven. Uit de verslagen van de gehoren blijkt wel dat de gehoormedewerker het doel van het gehoor en de gang van zaken daarbij heeft toegelicht en heeft geverifieerd of de vreemdelingen en de tolk dezelfde taal spreken. Voorts blijkt hieruit dat hij vragen heeft gesteld over basale onderwerpen als familie, school, moskeebezoek, woning en werk van de referent.

Zoals volgt uit de uitspraak van 10 oktober 2012 in zaak nr. 201200425/1/V1 (www.raadvanstate.nl), is er geen rechtsregel die de minister verplicht om de vreemdelingen in de gelegenheid te stellen om aanvullingen en correcties op het verslag van het gehoor in te dienen voordat hij een besluit neemt op hun aanvraag. De vreemdelingen hebben overigens niets aangevoerd waaruit valt af te leiden dat zij in hun processuele belangen zijn geschaad doordat de minister eerst bij de heroverweging van de onderscheiden besluiten van 4 januari 2011 de reactie van de vreemdelingen op de besluitvorming en de afgenomen gehoren heeft betrokken.

De grief slaagt.

7. De minister klaagt in grief 2 dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat artikel 4:8 van de Awb van toepassing is en dat het gehoor van de referent dat op 6 december 2010 heeft plaatsgevonden in de procedure van de gestelde echtgenote van de referent niet als een gehoor in het kader van deze bepaling kan worden aangemerkt.

7.1. Anders dan de minister aanvoert, is artikel 4:8 van de Awb van toepassing, nu zich de situatie voordoet waarin de minister een besluit neemt dat de referent niet heeft aangevraagd, dat steunt op gegevens over feiten en belangen die hem betreffen en die niet door hem terzake zijn verstrekt, en hij naar verwachting bedenkingen heeft tegen dat besluit. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling volgt dat deze is bedoeld om bij te dragen aan een juiste gegevensvaststelling (Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 5, blz. 67-68). De minister heeft niet toegelicht waarom de mogelijke verwevenheid van de positie en de belangen van de referent met die van de vreemdelingen hieraan in de weg staat.

Uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling volgt eveneens dat het de bedoeling van de wetgever is de hoorplicht niet te sterk te formaliseren en dat het gaat om het bieden van de gelegenheid een zienswijze naar voren te brengen (Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 97). De minister voert terecht aan dat de rechtbank niet heeft onderkend dat het gehoor van de referent op 6 december 2010 mede de aanvragen van de vreemdelingen betrof en dat hij de referent vooraf in de gelegenheid heeft gesteld om een kopie van de stukken op te vragen. De rechtbank heeft niet onderkend dat de minister de referent hiermee in de gelegenheid heeft gesteld zijn zienswijze te geven voordat hij de aanvraag van de vreemdelingen om hun een mvv te verlenen afwees en dat uit artikel 4:8 van de Awb niet een verplichting voor de minister valt af te leiden om de verslagen van de gehoren op voorhand toe te sturen.

De grief slaagt.

8. Het hoger beroep is kennelijk gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. Hetgeen voor het overige in het hogerberoepschrift is aangevoerd, behoeft geen bespreking. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zullen de onderscheiden besluiten van 16 mei 2011 worden getoetst in het licht van de daartegen in eerste aanleg voorgedragen beroepsgronden, voor zover deze na hetgeen hiervoor is overwogen nog bespreking behoeven.

9. De vreemdelingen hebben aangevoerd dat de minister de onderscheiden besluiten van 16 mei 2011 niet zorgvuldig heeft voorbereid en ondeugdelijk heeft gemotiveerd, omdat hij artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM) hierin beperkt heeft uitgelegd en hun beroep op richtlijn 2003/86/EG van de Raad van de Europese Unie van 22 september 2003 inzake het recht op gezinshereniging (PB 2003 L 251, met rectificatie in PB 2012 L 71; hierna: de Gezinsherenigingsrichtlijn) en richtlijn 2004/83/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft en de inhoud van de verleende bescherming (PB 2004 L 304, met rectificatie in PB 2005 L 204; hierna: de Definitierichtlijn) niet inhoudelijk heeft beoordeeld.

9.1. Het is vaste jurisprudentie van de Afdeling dat de Vw 2000 buiten artikel 29, eerste lid, aanhef en onder e en f, geen grond biedt voor verlening van een verblijfsvergunning asiel ter bescherming van "family life", als bedoeld in artikel 8 van het EVRM en dat de beoordeling van de toepassing van artikel 8 van het EVRM buiten voormelde bepalingen plaats dient te vinden in de procedure over een verblijfsvergunning regulier (onder meer de uitspraak van 19 oktober 2010 in zaak nr. 201001188/1/V1; www.raadvanstate.nl).

Volgens artikel 3, tweede lid, aanhef en onder c, van de Gezinsherenigingsrichtlijn is deze niet van toepassing indien de gezinshereniger toestemming heeft in een lidstaat te verblijven uit hoofde van subsidiaire vormen van bescherming overeenkomstig internationale verplichtingen, nationale wetgevingen of in de lidstaten gebruikelijke praktijken. Hieruit volgt dat de Gezinsherenigingsrichtlijn niet van toepassing is op de referent en de vreemdelingen.

Volgens artikel 2, aanhef en onder h, van de Definitierichtlijn vallen onder het begrip 'gezinsleden' in de zin van deze richtlijn alleen leden van het gezin die in dezelfde lidstaat aanwezig zijn als de persoon aan wie de vluchtelingenstatus of de subsidiaire beschermingsstatus is verleend. Hieruit volgt dat de Definitierichtlijn niet van toepassing is op de vreemdelingen.

Deze beroepsgrond faalt.

10. De vreemdelingen hebben aangevoerd dat de minister in strijd heeft gehandeld met artikel 24 gelezen in samenhang met artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) en de artikelen 3 en 20 van het Verdrag inzake de rechten van het kind (hierna: het IVRK) omdat hij hun belangen om met de referent herenigd te worden en met hun pleegouders op te groeien in een veilige omgeving, niet

kenbaar als zelfstandige belangen bij de beoordeling heeft betrokken. De minister heeft de onderscheiden besluiten van 16 mei 2011 derhalve niet zorgvuldig voorbereid en niet deugdelijk gemotiveerd, aldus de vreemdelingen.

10.1. Zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 7 februari 2012 in zaak nr. 201103064/1/V2 (www.raadvanstate.nl) is het Handvest juridisch bindend geworden met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009. Gelet op artikel 51, eerste lid, van het Handvest, is het Handvest gericht tot de lidstaten, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Nu de vreemdelingen niet onder het toepassingsbereik van voormelde richtlijnen vallen en geen concrete feiten of omstandigheden hebben vermeld waaruit dient te worden afgeleid dat hun situatie anderszins aanknopingspunten heeft met het recht van de Unie, valt deze zaak niet binnen de materiële werkingssfeer van het Handvest. Het betoog faalt in zoverre.

Uit voormelde uitspraak van de Afdeling van 7 februari 2012 volgt eveneens dat artikel 3 van het IVRK rechtstreekse werking heeft in zoverre het ertoe strekt dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het desbetreffende kind dienen te worden betrokken. Wat betreft het gewicht dat aan het belang van een kind in een concreet geval moet worden toegekend, bevat het eerste lid van artikel 3 van het IVRK, gelet op de formulering ervan, geen norm die zonder nadere uitwerking in nationale wet- en regelgeving door de rechter direct toepasbaar is. Wel dient door de bestuursrechter in dit verband te worden getoetst of het bestuursorgaan zich voldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van het kind en aldus bij de uitoefening van zijn bevoegdheden binnen de grenzen van het recht is gebleven. Deze toets heeft een terughoudend karakter. De onderscheiden besluiten van 16 mei 2011 geven er geen blijk van dat de minister zich, gezien in het licht van artikel 3 van het IVRK, onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de belangen van de vreemdelingen, nu hij daarin hun minderjarigheid heeft onderkend. Dit onderdeel van het betoog faalt.

In artikel 20 van het IVRK is bepaald dat een kind dat tijdelijk of blijvend het verblijf in het gezin waartoe het behoort, moet missen, of dat men in zijn of haar eigen belang niet kan toestaan in het gezin te blijven, recht heeft op bijzondere bescherming en bijstand van staatswege, en dat de staten die partij zijn een andere vorm van zorg waarborgen voor dat kind. Reeds omdat de vreemdelingen niet hebben toegelicht op welke wijze dit artikel verband houdt met het recht op toegang tot of verblijf in een staat, faalt dit onderdeel van het betoog eveneens.

Deze beroepsgrond faalt.

11. De vreemdelingen hebben aangevoerd dat de minister er ten onrechte van heeft afgezien hen dan wel de referent te horen in de bezwaarfase.

11.1. Zoals de Afdeling in de uitspraak van 5 december 2008 in zaak nr. 200802115/1 (www.raadvanstate.nl) heeft overwogen, mag met toepassing van artikel 7:3, aanhef en onder b, van de Awb slechts van het horen worden afgezien, indien er op voorhand redelijkerwijs geen twijfel over mogelijk is dat de bezwaren niet kunnen leiden tot een andersluidend besluit.

Gelet op de motivering van de onderscheiden besluiten van 4 januari 2011 en hetgeen de vreemdelingen tegen deze besluiten in bezwaar hebben aangevoerd, is aan voormelde maatstaf voldaan.

Deze beroepsgrond faalt.

12. Nu de vreemdelingen dan wel de referent geen afdoende verklaring voor de tegengeworpen tegenstrijdigheden hebben gegeven en zij daarmee niet hebben voldaan aan de op hen rustende bewijslast, heeft de minister zich in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat de vreemdelingen niet aannemelijk hebben gemaakt dat zij ten tijde van belang feitelijk behoorden tot het gezin van de referent.

Anders dan de vreemdelingen hebben aangevoerd, neemt de omstandigheid dat zij mogelijk op andere relevante punten wel consistent hebben verklaard, dit niet weg.

Deze beroepsgrond faalt.

13. De inleidende beroepen zijn ongegrond.

14. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Amsterdam, van 23 december 2011 in zaken nrs. 11/19730 en 11/19731;
- III. verklaart de in die zaken ingestelde beroepen ongegrond.

Aldus vastgesteld door mr. H.G. Lubberdink, voorzitter, en mr. H.G. Sevenster en mr. C.J. Borman, leden, in tegenwoordigheid van mr. H.W. Groeneweg, ambtenaar van staat.

w.g. Lubberdink
voorzitter

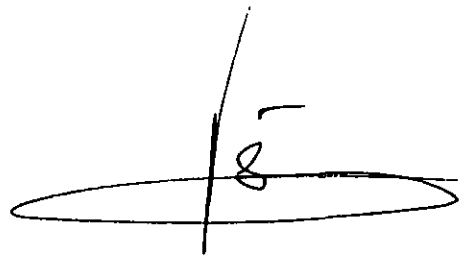
w.g. Groeneweg
ambtenaar van staat

Uitgesproken in het openbaar op 23 januari 2013

32-716.

Verzonden: 23 januari 2013

Voor eensluidend afschrift,
de secretaris van de Raad van State,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'V' and 'S' intertwined, with a horizontal line underneath.

mr. H.H.C. Visser