

**Noot Carolus Grütters**

**HvJEU 19 december 2024, C 244/24 en C 290/24, (Kaduna en Abkez) JV 2025/42, ve24002575, ECLI:EU:C:2024:1038**

1. Deze uitspraak van de Grote Kamer van het HvJEU gaat zowel over de betekenis van de Tijdelijke Beschermingsrichtlijn (TBRi, 2001/55), als de Terugkeerrichtlijn (TRi, 2008/155). Allereerst stelt het HvJEU in deze uitspraak de personele reikwijdte van de TBRi vast: wie valt er onder en voor hoe lang. In de tweede plaats verduidelijkt het HvJEU wat de verplichtingen zijn van een lidstaat als die besluit om aan andere personen bescherming te bieden dan waartoe een lidstaat strikt genomen volgens de richtlijn verplicht is. En in de derde plaats preciseert het HvJEU op welk tijdstip een terugkeerbesluit genomen kan worden, en wanneer nog niet.

2. Alvorens nader in te gaan op dit arrest wil ik duidelijk maken dat ik de advocaten in deze gevoegde zaken van advies heb gediend, zowel in de aanloop naar de zitting in Luxemburg als in het voortraject bij zittingen bij verschillende vreemdelingenkamers van de rechtbank Den Haag. In mijn artikel in *A&MR* (2023/3) over de beëindiging van de tijdelijk bescherming in Nederland van zogenoemde derdelanders, als ook in mijn advisering, heb ik een standpunt bepleit met betrekking tot de interpretatie van het Unierecht dat uiteindelijk niet door het HvJEU is overgenomen. Ik vind dat jammer, maar nu de hoogste rechter inzake het Unierecht heeft gesproken, heb ik dat oordeel te respecteren. Dat laat echter onverlet dat ik er een enkele kritische kanttekening bij wil plaatsen.

3. In deze zaken gaat het in essentie om de vraag welke rechten verbonden zijn aan de kwalificatie 'ontheemde' volgens de TBRi en welke plichten dat schept voor een lidstaat. De TBRi bepaalt in artikel 5 dat er een uitvoeringsbesluit (UB) nodig is waarmee: (a) de massale toestroom van ontheemden wordt vastgesteld, en (b) de tijdelijke bescherming voor deze categorie van ontheemden wordt ingevoerd. Het UB (2022/382) van de Europese Raad van 4 maart 2022 stelde het bestaan van een dergelijke massale instroom van ontheemden uit Oekraïne vast en de invoering van tijdelijke bescherming voor die ontheemden. In artikel 2 UB staat vervolgens de doelgroep omschreven. Kort gezegd gaat het om: (1) Oekraïners; (2) vluchtelingen die in Oekraïne bescherming genoten; (3) de familieleden van deze twee categorieën; en (4) derdelanders die in Oekraïne verbleven op basis van een permanente verblijfsvergunning en die niet in staat zijn in veilige en duurzame omstandigheden naar hun land of regio van oorsprong terug te keren.

Deze doelgroep kan het beste worden omschreven als de verplicht beschermden. Het enige dat deze personen hoeven te doen is zich te melden bij de overheid in een van de lidstaten om vervolgens aanspraak te kunnen maken op de rechten die op grond van de TBRi aan ontheemden worden verleend. Uiteraard onder de pragmatische voorwaarde dat men ook daadwerkelijk Oekraïne moet hebben verlaten als gevolg van het gewapende conflict. Zolang als de TBRi van kracht is – hetgeen door de Raad wordt bepaald – hebben de verplicht beschermden recht op de voorzieningen zoals die in het UB staan omschreven.

4. Deze doelgroep kan worden uitgebreid. Dat staat in artikel 7 TBRi. Die uitbreiding is echter facultatief. Dat wil zeggen, het is aan de individuele lidstaten om te bepalen of zij de bescherming die op grond van de TBRi wordt verleend ook willen toepassen op andere personen. Daarmee wordt dan in het bijzonder gedoeld op degenen die wel in Oekraïne verbleven (en daaruit vanwege de inval door Rusland zijn gevlucht) maar geen permanente verblijfsvergunning in Oekraïne hadden. Concreet gaat het dan om werknemers, zakenlieden en studenten die een tijdelijke verblijfsvergunning hadden in Oekraïne. Nederland besloot om deze facultatieve groep ook tijdelijke bescherming te bieden (brief 30 maart 2022 van staatssecretaris J&V aan TK, 19367, 2839); vanaf 19 juli 2022 werd die bescherming niet meer geboden aan nieuwe gevallen.

In artikel 7(1) TBRi zijn de verplichtingen ten opzichte van deze facultatieve groep als volgt omschreven: 'De lidstaten kunnen andere categorieën ontheemden dan die welke onder het in artikel 5 bedoelde besluit van de Raad vallen, tijdelijke bescherming krachtens deze richtlijn bieden ingeval deze om dezelfde redenen ontheemd zijn en uit hetzelfde land of dezelfde regio van oorsprong komen. Zij stellen de Raad en de Commissie hiervan onverwijld in kennis'. Waar het nu in de onderliggende zaken om draait, is de vraag wat de formulering: 'de lidstaten kunnen (...) tijdelijke bescherming krachtens deze richtlijn bieden' betekent.

Je kunt verdedigen, zoals ik eerder heb getracht te doen, dat het facultatieve karakter zich beperkt tot de *beslissing* van een lidstaat om de doelgroep wel of niet uit te breiden. De consequentie daarvan is dat, indien de doelgroep is uitgebreid, die facultatief beschermden precies dezelfde *rechten* hebben als de verplicht beschermden. En dat betekent dan ook dat het beëindigen van de bescherming van die facultatief beschermden op dezelfde wijze dient plaats te vinden als die van de verplicht beschermden. Ik heb daarvoor eerder de metafoer van een trein gebruikt. Als de conducteur het goed vindt dat ook mensen in een rolstoel gebruik mogen maken van de trein die speciaal is ingezet voor het vervoer naar een concert in Amsterdam, dan kunnen die rolstoelrijders niet halverwege de rit alsnog uit de trein worden gezet omdat de conducteur dat beter uitkomt.

**Noot Carolus Grütters**

**HvJEU 19 december 2024, C 244/24 en C 290/24, (Kaduna en Abkez) JV 2025/42, ve24002575, ECLI:EU:C:2024:1038**

5. Zowel de AG als het HvJEU volgen echter een andere redenering. Het HvJEU redeneert – in navolging van de AG – dat het facultatieve karakter van de uitbreiding van de doelgroep, op een zelfde wijze kan worden beëindigd: 'Deze lidstaat kan de tijdelijke bescherming die hij aan die categorieën personen heeft verleend *intrekken* op een eerdere datum dan die waarop de door de Raad vastgestelde tijdelijke bescherming geen rechtsgevolgen meer heeft, mits deze lidstaat met name geen afbreuk doet aan de doelstellingen en het nuttig effect van richtlijn 2001/55 en de algemene beginselen van het Unierecht eerbiedigt' (punt 135).

Het teleurstellende is dat de motivering waarom dat zo is, niet in de uitspraak is te vinden. Het HvJEU stelt slechts vast: Nederland heeft ook tijdelijke bescherming verleend – volgens de TBRI – aan de facultatieve groep, waarbij Nederland niet wenste te toetsen aan het vereiste of zij wel of niet in staat zouden zijn in veilige en duurzame omstandigheden naar hun land of regio van oorsprong terug te keren. Het ontvluchten van Oekraïne was derhalve voldoende om als ontheemde volgens de TBRI te worden aangemerkt (punt 101).

6. En dan komen de cruciale overwegingen: 'Bij gebreke van nadere verduidelijkingen in dit verband laat artikel 7(1) TBRI de lidstaten evenzeer de vrijheid om de datum vast te stellen vanaf welke zij de facultatieve tijdelijke bescherming willen verlenen, mits die datum ligt tussen de datum waarop de verplichte tijdelijke bescherming in werking treedt en de datum waarop zij geen rechtsgevolgen meer heeft' (punt 110).

En vervolgens: 'In de tweede plaats, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt (...), behouden de lidstaten zeggenschap over de duur van de facultatieve tijdelijke bescherming die zij willen bieden, op voorwaarde dat die duur binnen het tijdsbestek van de toepassing van het op het niveau van de Unie vastgestelde mechanisme van tijdelijke bescherming valt. Voor zover de krachtens artikel 7(1) TBRI verleende tijdelijke bescherming niet voortvloeit uit een door het Unierecht opgelegde verplichting, maar uit een autonoom besluit van een lidstaat om de kring van begunstigen van die bescherming uit te breiden, *moet die lidstaat die bescherming immers evenzeer autonoom kunnen intrekken*' (punt 111).

Oftewel: omdat er een keuze is voor een lidstaat om de *doelgroep* facultatief uit te breiden, is en blijft er ook de keuze voor die lidstaat om de bescherming van de facultatieve groep naar keuze te beëindigen. Of nog eenvoudiger: het facultatieve karakter van de uitbreiding van de groep beschermden strekt zich ook uit tot de duur van de tijdelijke bescherming en daarmee tot de bescherming zelf. Dat betekent dat de lidstaat op elke gewenst moment de tijdelijke bescherming van deze facultatieve groep mag beëindigen. De enige restrictie die daarbij geldt is de overweging dat dit gebeurt op een wijze die 'geen afbreuk doet aan de doelstellingen en het nuttig effect van de TBRI en de algemene beginselen van het Unierecht eerbiedigt' (punt 135). Dit laatste verwijst onder meer naar een tijdige aankondiging en het respecteren van gewekte verwachtingen. Maar wat daar dan precies onder moet worden verstaan is aan de nationale rechter.

7. De rechtvaardiging voor deze maximalisering van de bevoegdheid van een lidstaat is de constatering dat de TBRI alleen bedoeld is om een vorm van internationale bescherming te bieden aan mensen die permanent in Oekraïne verbleven, nergens anders naar toe kunnen, en vanwege de aantallen de nationale asielsystemen dreigen te ontwrichten. Dat betekent dat een ieder die tijdelijk in Oekraïne verbleef en de mogelijkheid heeft om zonder problemen terug te keren naar het land waar men een paspoort van heeft, niet onder de 'eigenlijke' doelgroep van de TBRI kan vallen. Als een lidstaat toch bereid is om meer te doen via de facultatieve bepaling, zo stelt het HvJEU in navolging van de AG, dan zou een verbod om die facultatieve bescherming eerder in te trekken (dan de verplichte bescherming) 'tot gevolg hebben dat de lidstaten ervan worden weerhouden om gebruik te maken van de in artikel 7 TBRI geboden mogelijkheid en dat aldus de door dat artikel en deze richtlijn nagestreefde doelstellingen worden ondermijnd' (punt 114).

Opmerkelijk is vervolgens de verwijzing (in punt 116) van het HvJEU naar punt 57 uit de uitspraak van HvJEU 12 december 2019, C-519/18, *T.B.*, JV 2020/17, ve19003500. Die verwijzing was bij de behandeling van de zaak aangedragen zowel door de Commissie als door Nederland. Die zaak (C-519/18) ging over de Gezinsherenigingsrichtlijn 2003/86 (GHRi) en betrof de interpretatie van artikel 10(2) GHRi. Dat artikel is een facultatieve bepaling: het laat de lidstaten vrij om de doelgroep 'gezinsleden' uit te breiden met die gezinsleden die niet genoemd zijn in artikel 4 GHRi. De gezinsleden uit artikel 4 GHRi zijn dan – om hetzelfde jargon te hanteren – te beschouwen als de groep van verplichte gezinsleden (die dus in ieder geval onder de doelgroep van de GHRi vallen) en een eventuele toepassing van artikel 10(2) GHRi zou dan een (per lidstaat variërende) groep van facultatieve gezinsleden creëren. Het HvJEU vindt dat dit dezelfde situatie is als in de TBRI voor wat betreft het onderscheid tussen de verplicht beschermden en de facultatief beschermden.

8. Het is inderdaad aan een lidstaat zelf om te besluiten wel of niet gebruik te maken van deze facultatieve bepaling en daarmee de mogelijkheid te hebben om een iets andere samenstelling van de groep van gezinsleden te definiëren. Maar daar houdt de vergelijking mijns inziens op tussen de GHRi en de TBRI. Het Hof gaat echter verder en suggereert dat de (eerdere) beëindiging van het verblijfsrecht van een facultatief beschermde volgens de TBRI vergelijkbaar is met dat van een facultatief gezinslid op grond van de GHRi. Ik

**Noot Carolus Grütters**

**HvJEU 19 december 2024, C 244/24 en C 290/24, (Kaduna en Abkez) JV 2025/42, ve24002575, ECLI:EU:C:2024:1038**

vind dat moeilijk voorstelbaar. Dat zou namelijk betekenen dat het verblijfsrecht van familieleden die in Nederland onder de facultatieve groep van de GHRi vallen (zoals de ongehuwde partner) op een eerder tijdstip kan worden beëindigd dan dat van hun partner die onder de groep van verplichte gezinsleden valt. Daarmee zou dat verblijf van die ongehuwde partner op andere dan in de GHRi genoemde gronden kunnen worden beëindigd. Of anders gezegd: deze 'escape' zou vele unierechten misvormen tot uniegunsten. Een uiterst bedenkelijke constructie.

9. Een geheel ander punt dat in dit arrest aan bod komt heeft betrekking op de Terugkeerrichtlijn (2008/115, TRi). Als een derdelander illegaal verblijft op het grondgebied van een lidstaat dan moet die lidstaat conform artikel 6 TRi een terugkeerbesluit uitvaardigen. De vraag die aan het HvJEU was voorgelegd is het tijdstip van het uitvaardigen van een terugkeerbesluit (punt 136). De Nederlandse overheid beargumenteerde dat de wetenschap dat het verblijf op een zeker tijdstip in de toekomst zal eindigen, voldoende is om daarop vooruitlopend tegen een derdelander, die *nog niet* illegaal verblijft, een terugkeerbesluit uit te vaardigen voor het geval die situatie zich in de toekomst zal voordoen. Deze vraag was weliswaar in de context van de ontheemden uit de TBRi gesteld, maar de beantwoording van deze vraag heeft een veel ruimere betekenis omdat deze van toepassing is op ieder terugkeerbesluit en dus op iedere derdelander die illegaal op het grondgebied van de EU verblijft.

10. Het HvJEU oordeelt resoluut dat een terugkeerbesluit *slechts* kan worden uitgevaardigd ten aanzien van een illegaal verblijvende derdelander. Zo lang de derdelander niet illegaal verblijft op het grondgebied van een lidstaat kan er geen sprake zijn van het uitvaardigen van een terugkeerbesluit (punt 140). Het is daarmee niet toegestaan om met een blik in de kristallen bol op voorhand te besluiten dat iemand moet vertrekken (punt 141). Het HvJEU geeft daarbij ook een praktisch argument. Uit de SIS verordening vloeit namelijk voort 'dat bij elk terugkeerbesluit onverwijld na de uitvaardiging ervan door de betrokken lidstaat een signalering in SIS moet worden ingevoerd "om te verifiëren of aan de terugkeerverplichting is voldaan en om de tenuitvoerlegging van terugkeerbesluiten te ondersteunen", ook wanneer dat besluit geen onmiddellijke werking heeft. In dat laatste geval verblijft de betrokkene op de datum van de signalering nog regelmatig op het grondgebied van die lidstaat en kan hij het recht hebben om zich naar andere lidstaten te begeven.' (punt 142). Of eenvoudiger gezegd: het uitvaardigen van een terugkeerbesluit aan nog wel legaal verblijvenden staat haaks op de registratie in SIS waarin uitsluitend illegaal verblijvenden moeten worden geregistreerd.

11. Ten slotte moet worden vastgesteld dat beide prejudiciële vragen aan het HvJEU het directe gevolg zijn van een onjuiste omzetting van de TBRi in de Nederlandse wetgeving. Helaas gaat het HvJEU daar niet op in, alhoewel dat argument uitdrukkelijk naar voren was gebracht. Karina Franssen heeft over die merkwaardige omzetting in 2011 een lezenswaardig proefschrift geschreven. De prejudiciële vraag naar de voortijdige beëindiging van de tijdelijke bescherming van de facultatieve groep, zou niet aan de orde zijn geweest indien de implementatie van de TBRi zou hebben geresulteerd in het toekennen van een verblijfsrecht zoals destijds in art 29(1)(d) Vw was geregeld: *de voorwaardelijke vergunning tot verblijf*. Dat is echter niet gebeurd bij de omzetting van de TBRi in de Nederlandse vreemdelingenwet. De ontheemde uit de TBRi wordt slechts beschouwd als een asielzoeker waarvan het asielverzoek vooralsnog niet zal worden behandeld. Aan de ontheemde wordt ook geen verblijfsvergunning verstrekt. Die heeft slechts de kwalificatie: vreemdeling wiens uitzetting in verband met een asielaanvraag op grond van de TBRi achterwege blijft (artikel 1 Vw). En dat laat alle (onnodige) ruimte voor de overheid om al dan niet voortijdig terugkeerbesluiten uit te vaardigen. Bij het (wel) bestaan van een voorwaardelijke vergunning tot verblijf voor ontheemden, die onder de bescherming van de TBRi vallen, zou dat niet mogelijk zijn geweest. Dan zou slechts het einde van de oorlog in Oekraïne een reden voor het beëindigen van de tijdelijke bescherming zijn geweest en dat zou tot het intrekken van de voorwaardelijke vergunning tot verblijf kunnen leiden. Alleszins reden om alsnog te overwegen om deze voorwaardelijke vergunning tot verblijf – die onder Minister Verdonk is afgeschaft – opnieuw in te voeren.

**Carolus Grütters, Research Fellow, Centrum voor Migratierecht, Radboud Universiteit, Nijmegen**

=.=